



**Monográfico**

**La protección social de los mayores  
frente al reto de la sostenibilidad  
y suficiencia de las pensiones**

**REVISTA DE ESTUDIOS  
JURÍDICO LABORALES Y  
DE SEGURIDAD SOCIAL**

**revista semestral**  
mayo-octubre 2021

**REJLSS**

ISSN-e 2660-437X

**3**

## REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICO LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

PERIODICIDAD SEMESTRAL

MAYO - OCTUBRE 2021

---

### PRESIDENTE

*Francisco Vila Tierno*

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

### DIRECTOR

*Miguel Ángel Gómez Salado*

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

### COORDINADORA GENERAL

*Belén del Mar López Insua*

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Granada

### SECRETARÍA GENERAL

*Estefanía González Cobaleda*

Profesora Contratada Doctora (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén

*José Luis Ruiz Santamaría*

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Málaga

Este número se enmarca dentro de las actividades de los siguientes proyectos:

- Proyecto de Investigación del Programa Estatal de I+D+i “Retos Investigación” orientado a los Retos de la Sociedad, “Retos, reformas y financiación del sistema de pensiones: ¿sostenibilidad versus suficiencia?” (ref. RTI2018-094696-B-I00), dirigido por Francisco Vila Tierno y Miguel Gutiérrez Bengoechea, y financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.
- Proyecto de I+D+i del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020) orientado a los Retos de la Sociedad Andaluza, “Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y el desarrollo económico. Un análisis de la realidad andaluza” (ref. P18-RT-2585), dirigido por Francisco Vila Tierno y Miguel Gutiérrez Bengoechea, y cofinanciado por la Unión Europea (FEDER) y por la Junta de Andalucía.

## ENFOQUE Y ALCANCE

La Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS) es una publicación científica editada por el Servicio de Publicaciones y Divulgación Científica de la Universidad de Málaga (UMA Editorial) que desde sus comienzos, en el año 2020, se distingue por dar a conocer trabajos originales, inéditos y dedicados a las materias que sean propias de la disciplina del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Se caracteriza por su acceso libre, abierto y gratuito, cuenta con una significativa presencia en Europa y Latinoamérica, está vinculada a la actualidad sociolaboral, quiere reflexionar y aportar soluciones en un contexto de evolución compleja de esta rama del Derecho, y tiene una clara vocación de continuidad, rigor, calidad y seriedad.

Asimismo, esta revista interuniversitaria es una publicación de periodicidad semestral, con dos números ordinarios por año (además de los números extraordinarios) que cubren los períodos mayo-octubre y noviembre-abril, editada en formato electrónico. Y se dirige a profesores universitarios, investigadores, estudiantes, abogados, graduados sociales, asesores y personas en general interesadas en los estudios jurídico-laborales, siempre con la finalidad de promover la investigación, la transferencia y la actualización académica y profesional dentro de su especialidad.

La revista incluye los siguientes contenidos:

- Presentación del número / Editorial
- Estudios doctrinales
- Estudios jurisprudenciales
- Tribuna de actualidad
- Reseñas normativas
- Reseñas bibliográficas

La revista se encuentra indexada en las siguientes bases de datos:

CIRC (D, Ciencias Sociales), Dialnet, Latindex, MIAR, DRJI, REBIUN, ROAD, Wizdom, WorldCat, CSUC, Google Académico (Google Scholar), Crossref Metadata Search, EZB (EZB Electronic Journals Library), WZB (WZB Berlin Social Science Center), ZDB (Zeitschriften Datenbank), Dulcinea



Dialnet

latindex

MIAR

DRJI  
Directory of Research Journal Indexing

CRUE  
Universidades Españolas  
Red de Bibliotecas REBIUN

ROAD  
DIRECTORY OF OPEN ACCESS SCHOLARLY RESOURCES

wizdom.ai

WorldCat®

CSUC

Google  
Académico

Crossref  
Metadata Search

EZB  
Elektronische Zeitschriftenbibliothek

WZB  
Berlin Social Science Center

ZDB  
ZEITSCHRIFTEN DATENBANK

DULCINEA

DISPONIBLE EN FORMATO ELECTRÓNICO EN <http://www.revistas.uma.es/index.php/REJLSS/>



PRESENTE EN TWITER

REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social  
mayo - octubre 2021 - núm 3 ISSN-e: 2660-437X

2



## CONSEJO EDITORIAL

### PRESIDENCIA

*Francisco Vila Tierno*

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga (España)

### DIRECCIÓN EJECUTIVA

*Miguel Ángel Gómez Salado*

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga (España)

### COORDINACIÓN GENERAL

*Belen del Mar López Insua*

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada (España)

### SECRETARÍA GENERAL

*José Luis Ruiz Santamaría*

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga (España)

*Estefanía González Cobaleda*

Profesora Contratada Doctora (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Jaén (España)

### VICESECRETARÍA GENERAL

*María Rosa Vallecillo Gámez*

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Jaén (España)

*Pompeyo Gabriel Ortega Lozano*

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada (España)

### COORDINACIÓN DE PUBLICACIONES

*María Salas Porras*

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga (España)



## **CONSEJO ASESOR VOCALES**

***José Luis Monereo Pérez***

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada (España). Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

***Rosa Quesada Segura***

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)

***María Nieves Moreno Vida***

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada (España)

***Cristóbal Molina Navarrete***

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Jaén (España)

***Cristina Sánchez-Rodas Navarro***

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla (España)

***José Luis Tortuero Plaza***

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Complutense de Madrid (España)

***José Ignacio García Ninet***

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Barcelona (España)

***Maria José Romero Ródenas***

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Castilla-La Mancha (España)

***Adriana Topo***

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Università degli Studi di Padova (Italia)

***Marco Esposito***

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Università degli Studi di Napoli «Parthenope» (Italia)

***Paola Bozzao***

Catedrática (acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Università degli Studi di Roma «La Sapienza» (Italia)

***Riccardo Del Punta***

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Università degli Studi di Firenze (Italia)

***Ángel Luis De Val Tena***

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Zaragoza (España)



*Juan García Blasco*

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Zaragoza (España)

*Susana Rodríguez Escanciano*

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de León (España)

*Jordi García Viña*

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Barcelona (España)

*María Arántzazu Vicente Palacio*

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Jaume I de Castellón (España)

*Inmaculada Ballester Pastor*

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Jaume I de Castellón (España)

*Stefano Bellomo*

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Università degli Studi di Roma «La Sapienza» (Italia)

*Franco Scarpelli*

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Università degli Studi di Milano-Bicocca (Italia)

*Carmen Elena Domínguez Soto*

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)

*Francisco Tapia Guerrero*

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)

## COORDINACIÓN GENERAL

*Antonio Márquez Prieto*

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga (España)

## CONSEJO DE REDACCIÓN

### VOCALES

*Francisco Miguel Ortiz González-Conde*

Profesor Ayudante Doctor (acreditado como Profesor Contratado Doctor) de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social  
Universidad de Murcia (España)

*José Luis Ruiz Santamaría*

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga (España)



*Estefanía González Cobaleda*

Profesora Contratada Doctora (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Jaén (España)

*Miguel Ángel Gómez Salado*

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga (España)

*Lucía Aragüez Valenzuela*

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga (España)

*Stefano Bini*

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Córdoba (España)

*Sara Guindo Morales*

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada (España)

*Silvia Fernández Martínez*

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Santiago de Compostela (España)

*Enea Ispizua Dorna*

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad del País Vasco (España)

*Jorge Baquero Aguilar*

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga (España)

*María Fátima Poyatos Chacón*

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga (España)

*María del Pilar Giménez Murugarren*

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga (España)

*María Rosa Martín Muñoz*

Profesora contratada predoctoral  
Universidad de Granada (España)

*Antonio Megías Bas*

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Murcia (España)

*Francisco Xabiere Gómez García*

Profesor contratado predoctoral  
Universidad de León (España)

*Matthieu Chabannes*

Profesor contratado predoctoral  
Universidad Complutense de Madrid (España)



*Gloria María Montes Adalid*

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga (España)

*Raquel Castro Medina*  
Trabajadora Social y Coordinadora de Centros CPA  
Granada (España)

## COORDINACIÓN GENERAL

*Salvador Perán Quesada*

Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga (España)

## SECRETARÍA GENERAL

*Francisca Moreno Romero*

Contratada Doctora Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Complutense de Madrid (España)

## SECCIÓN JURISPRUDENCIA

### COORDINACIÓN GENERAL

*Francisco Lozano Lares*

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga (España)

## SECCIÓN TRIBUNA DE ACTUALIDAD

### COORDINACIÓN GENERAL

*Marina Fernández Ramírez*

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga (España)

## COMITÉ DE EVALUADORES EXTERNOS

### VOCALES

*Miguel Ángel Almendros González*

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada (España)



*Isabel María Villar Cañada*

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Jaén (España)

*Margarita Miñarro Yanini*

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Jaume I de Castellón (España)

*Guillermo Rodríguez Iniesta*

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Murcia (España)

*Juan Antonio Maldonado Molina*

Catedrático (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada (España)

*Susana de la Casa Quesada*

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Jaén (España)

*Manuel García Jiménez*

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Jaén (España)

*Djamil Tony Kahale Carrillo*

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Politécnica de Cartagena (España)

*Olimpia Molina Hermosilla*

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Jaén (España)

*María Inmaculada Marín Alonso*

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla (España)

*Natalia Tomás Jiménez*

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada (España)

*María Teresa Igartua Miró*

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla (España)

*Daniela Da Rocha Brandão*

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro (Brasil)

*Miguel Gutiérrez Bengoechea*

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario  
Universidad de Málaga (España)

*Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado*

Profesora Titular Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Barcelona (España)



*José Antonio Peña Ramos*

Profesor Titular de Ciencia Política y de la Administración

Universidad de Granada (España)

*Patricia Benavides Velasco*

Profesora Titular de Derecho Mercantil

Universidad de Málaga (España)

*Consuelo Chacartegui Jávega*

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Pompeu Fabra (España)

*David Montoya Medina*

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Alicante (España)

*Esperanza Macarena Sierra Benítez*

Profesora Titular Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla (España)

*María de Monserrate Rodríguez Egío*

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia (España)

*Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca*

Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla (España)

*Raquel Vela Díaz*

Profesora Contratada Doctora (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Jaén (España)

*David Cutiérrrez Colominas*

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Autónoma de Barcelona (España)

*Patricia Espejo Megías*

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Castilla-La Mancha (España)

*Juan Alberto Tormos Pérez*

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Valencia (España)

*Rafael Moll Noguera*

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Valencia (España)

*María del Pilar Castro López*

Profesora de Derecho Administrativo

Universidad de Málaga (España)

*Alcides Antúnez Sánchez*

Jefe del Departamento de Derecho

Universidad de Granma (Cuba)



*Jorge Martínez Cumbreña*

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granma (Cuba)

*Carlos David Aguilar Segado*

Profesor de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de Málaga (España)

*Constanza Alejandra Richards Yáñez*

Profesora de Derecho. Universidad de Santiago de Chile (Chile). Abogada y Jefa del Departamento de Sistemas

Internacionales de Protección de los Derechos Humanos en la Subsecretaría de Derechos Humanos

(Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile)

*Aurora Adriana Vimercati*

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Università degli Studi di Bari (Italia)

*Lorenzo Giasanti*

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Università degli Studi di Milano-Bicocca (Italia)

*Francisco Trujillo Pons*

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Valencia (España)

*Juan Ignacio Caminos*

Abogado (Argentina)

*José Antonio Rueda Monroy*

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)

*María del Carmen Macías García*

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)

*María Iluminada Ordóñez Casado*

Profesora Contratada Doctora (Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)

*Carlos José Martínez Mateo*

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Almería (España)

*Albert Toledo Oms*

Colaborador docente Universitat Oberta de Catalunya

Profesor Asociado Adjunto ESADE Business & Law School.

Profesor colaborador de Derecho laboral

UManresa-Fundació Universitària del Bages (España)

*Juan José Rodríguez Bravo de Laguna*

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de la Laguna (España)

*José Eduardo López Ahumada*

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Alcalá (España)



*Oriol Cremades Chueca*

Investigador

Universidad Internacional de La Rioja (España)

## COORDINACIÓN GENERAL

*Juan Carlos Álvarez Cortés*

Catedrático (Acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)

## CONSEJO DE GESTIÓN Y EDICIÓN DIGITAL

### VOCALES

*Constanza Alejandra Richards Yáñez*

Profesora de Derecho. Universidad de Santiago de Chile (Chile)

Abogada y Jefa del Departamento de Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos en la Subsecretaría de Derechos Humanos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile)

*Silvia Fernández Martínez*

Miembro del Comité Ejecutivo Técnico de la Comunidad CIELO Laboral

Secretaria General y Responsable de la Plataforma informática de la Red Cielo Laboral

*José Erick Chávez Marín*

Profesor de Derecho Internacional Público

Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)

*Sofía Louise Martínez Martínez*

Técnica de investigación de la "Cátedra de Emprendimiento Sostenible"

Universidad de Málaga (España)

*Mario Millán Franco*

Profesor Contratado Doctor (Acreditado) de Trabajo Social y Servicios Sociales

Universidad de Málaga. Miembro de la Comunidad CIELO Laboral

*Jesús Avellaneda Menchón*

Investigador predoctoral en la Universidad de Málaga e ingeniero informático en la empresa privada

*Daiana Ana María Pićică*

Investigadora

Universidad de Málaga (España)

## COORDINACIÓN GENERAL

*Antonio López-Quiñones García*

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga (España)



# SUMARIO

## EDITORIAL

José Luis Tortuero Plaza .....	14-19
--------------------------------	-------

## ESTUDIOS DOCTRINALES

*José Luis Monereo Pérez*

LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFIOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL .....	21-84
---	-------

*Lourdes López Cumbre*

EL "DERECHO" A LA PENSIÓN FUTURA .....	85-118
--	--------

*Juan Antonio Maldonado Molina*

LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS MAYORES DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19 Efectos en su asistencia sanitaria, dependencia, servicios sociales y pensiones .....	119-177
---	---------

*Hugo Cifuentes Lillo*

LOS ADULTOS MAYORES Y LAS PENSIONES POR VEJEZ EN CHILE .....	178-196
--	---------

*Graziela Giuzio López*

LAS REFORMAS PREVISIONALES EN URUGUAY DE 1995 A 2021: SU ANÁLISIS EN TÉRMINOS DE GÉNERO .....	197-216
--	---------

*Luis Fernando Cabrera Juárez*

LAS PENSIONES POR VEJEZ EN GUATEMALA .....	217-236
--	---------

## ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

*María del Carmen Macías García*

¿ES REQUISITO NECESARIO LA SITUACIÓN DE ASIMILACIÓN AL ALTA PARA EL ACCESO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA INVOLUNTARIA? .....	238-258
--	---------

*M.ª Fátima Poyatos Chacón*

EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS TAREAS DE CUIDADO EN LOS CENTROS DE ATENCIÓN RESIDENCIAL Su consolidación tras la Sentencia 1024/2020, de 24 de noviembre, de la sala de lo social del Tribunal Supremo .....	259-274
--	---------

## TRIBUNA DE ACTUALIDAD

*José M. Domínguez Martínez*

LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES PÚBLICAS EN ESPAÑA: ASPECTOS BÁSICOS .....	276-290
---	---------



*Manuel Martín Hernández-Carrillo*

PENSIÓN DE VIUDEDAD, MATRIMONIO GITANO Y PAREJAS DE HECHO ..... 291-297

*Raquel Castro Medina*

APROXIMACIÓN AL SISTEMA DE PENSIONES CANADIENSE ..... 298-308

## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

*Alejandra Selma Penalva*

RESEÑA DE "BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD" ..... 310-312

*Carlos David Aguilar Segado*

RESEÑA DE "REFORMA DE LAS PENSIONES PÚBLICAS Y PLANES PRIVADOS DE PENSIONES" ..... 313-314

*Carlos Cuervo Fernández*

RESEÑA DE "EL RÉGIMEN FISCAL DE LOS PLANES DE PENSIONES EN FAVOR DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD" ..... 315-317

*Idoia Landa Reza*

RESEÑA DE "SOLUCIONES TECNOLÓGICAS PARA LOS PROBLEMAS LIGADOS AL ENVEJECIMIENTO: CUESTIONES ÉTICAS Y JURÍDICAS" ..... 318-322

## EPÍLOGO

*Francisco Vila Tierno*

MAYORES Y PENSIONES: UNA TENSIÓN NO RESUELTA PARA EL FUTURO DE NUESTRO ESTADO DEL BIENESTAR ..... 324-325



# EDITORIAL

Una de las características más relevantes de la reforma de las pensiones que está en trámite parlamentario es, sin duda, el reencuentro reformista con los espacios del pacto político y del diálogo social. Este nuevo marco pretende romper las fracasadas estrategias unilaterales que caracterizó el espacio reformista del 2013. Cambio de rumbo que tiene como antecedente un rechazo social, político y sindical de reformas impuestas con un marcado carácter penalizador. Me refiero al índice de revalorización escasamente aplicado y al factor de sostenibilidad que nunca entró en vigor.

Con este nuevo talante basado en el pacto y en el diálogo, la vigente reforma enlaza su sintonía con los pactos que concluyeron en la reforma del 2011. La cristalización de los espacios referidos, toman cuerpo en la renovación del Pacto de Toledo aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados de 19 de noviembre de 2020 y en el Acuerdo entre el Gobierno y los interlocutores sociales que sustenta el Proyecto de Ley, que tiene como título “Garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones”.

Si bien nuestro país, al igual que el resto de los europeos —por hacer referencia solo a nuestro marco próximo en un escenario mundial de pandemias—, está enfrentándose a los efectos económicos derivados de la crisis sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19, lo cierto es que el espacio europeo ha puesto en marcha una política de fondos para financiar la recuperación y la resiliencia de la Unión Europea. Estrategia que va unida a una mutación en la política de la deuda pública de los Estados y que ofrece y exige la posibilidad y la necesidad de que nuestros sistemas productivos se transformen para enfrentarse a los nuevos retos.

Por tanto, estamos en un momento histórico casi único que nos permitirá o, mejor dicho, que nos ofrece los medios para realizar las reformas y las transformaciones necesarias para situar a nuestro país, en el marco de la Unión Europea, en la vanguardia de las economías europeas.

El espacio descrito que tiene tiempos escalonados y vinculados a la programación y ejecución de programas de reforma, explica, como veremos a continuación, la estructuración de una reforma escalonada de nuestro sistema de seguridad social. El Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), establece como requisito indispensable que las recomendaciones económicas realizadas por la Comisión Europea a cada país miembro, redactadas en los documentos que conforman el Semestre Europeo, estén recogidas en sus planes nacionales para poder así acceder a estos fondos.

Quiero insistir en el nuevo marco propiciado por la Unión Europea, no solo por el importantísimo apoyo económico a las políticas de recuperación y resiliencia, en definitiva de transformación de nuestros países, sino también, porque el cambio de estrategia en materia de deuda pública, nos va a permitir realizar reformas impensables en momentos históricos próximos que todos recordamos y que exigieron reformas constitucionales (CE,art.135) —“*El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit*

estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros"—, que hoy no son amenazantes.

También quiero reiterar, que la reforma tiene una sucesión de tiempos. Los primeros, muy importantes, se integraron en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021 y en normativa de urgencia en el peor espacio de la pandemia, singularmente la creación del Ingreso Mínimo Vital y la creación del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género. Los segundos conforman un doble escenario, por un lado, la Ley de reforma que está en trámite parlamentario y, por otro, los que se incorporarán a la ley de Presupuestos para 2022. Tras ellos, las últimas reformas se efectuarán en la última fase de la legislatura.

El conjunto de estas reformas,—en una visión de globalidad en el diseño, esperemos que también en el resultado—, pretenden propiciar un cambio en nuestro modelo —no de modelo— de alcance excepcional, casi sin precedentes.

Con la idea de dibujar el modelo final que se pretende alcanzar en el referido proceso reformador, conviene identificar los retos a los que nos enfrentamos, los objetivos de las reformas y la identificación de las distintas piezas que conformarán el “todo”.

Los retos son sobradamente conocidos, si bien agudizados por la sucesión de crisis, la primera de carácter financiero (2008) y la segunda vinculada a la pandemia mundial (2020) en la que todavía estamos inmersos. Hay que hacer referencia al factor demográfico, al impacto de la llegada de las generaciones del *baby boom*, los cambios en las estructuras productivas basados en la inteligencia artificial y la robótica, entre otros factores.

Por su efecto inminente y de gran impacto, conviene hacer mención a la llegada de las generaciones del *baby boom*, cuyo impacto acumulativo alcanzará hasta los años 50, momento en el que comenzaremos a recuperar la senda normalizada. El periodo referido se caracterizará por un incremento notable del número de pensionistas, una elevación de la esperanza de vida, así como una elevación de las pensiones en la medida en que los nuevos pensionistas tendrán series históricas de cotización más altas. No cabe duda que el reto exigirá el esfuerzo de todos los ciudadanos a través de las transferencias desde los presupuestos del Estado, en clara compensación solidaria con las aportaciones de todo orden que realizaron las generaciones del *baby boom* a la conformación de nuestras sociedades.

El primer bloque de reformas se sitúa en el marco de la lucha contra el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que viven solas o integradas en una unidad de convivencia, cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas.

De la mano de la OIT o de la Unión Europea se potencian instrumentos que permitan la protección del sector más vulnerable de la sociedad. Teniendo presente que su identificación se aleja de la foto que podríamos denominar tradicional, sino que integra colectivos generados por las últimas crisis, las reformas laborales y las transformaciones productivas, entre otras.

En este espacio, el que podríamos denominar primer pilar está llamado a adquirir una importantísima dimensión. En esta línea España, siguiendo las directrices de la Unión Europea y en cumplimiento del programa de gobierno del gobierno de coalición progresista, ha aprobado el Ingreso Mínimo Vital (Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo). De los datos proporcionados se advierte que cerca de un 40 % de los posibles beneficiarios serán trabajadores pobres y que un 16 % serán hogares monoparentales, de los cuales el 90 % están encabezados por mujeres. Sin duda estas cifras calculadas en el escenario pre-pandemia se incrementarán en los tiempos inmediatos a la desescalada.

La situación de pobreza y desigualdad existente en España y el incremento de la vulnerabilidad económica y social ocasionado por el COVID-19, exigieron la puesta en marcha con carácter urgente de un mecanismo de garantía de ingresos de ámbito nacional.

Creado en desarrollo del artículo 41 de la CE, y sin perjuicio de las ayudas que puedan establecer las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias, el ingreso mínimo vital forma parte de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social como prestación económica en su modalidad no contributiva. De esta forma se procede a completar el espacio del primer pilar de protección de nuestro sistema que era claramente insuficiente, reiteradamente denunciado y exigido desde el espacio europeo. Por tanto, el IMV asegura un determinado nivel de rentas a todos los hogares en situación de vulnerabilidad con independencia del lugar de residencia.

El segundo bloque reformador se sitúa en el espacio de la financiación del sistema. Múltiples materias se abordarán en las sucesivas reformas. Así, la conclusión de la separación de fuentes – lo que se vino llamando de forma poco acertada pero muy gráfica, “gastos impropios”-, la creación de un nuevo sistema de cotización de los trabajadores autónomos que pivote sobre los ingresos reales, la elevación o eliminación de topes en la cotización de los trabajadores por cuenta ajena.

Es imprescindible que el conjunto de las reformas consiga un equilibrio donde la equidad individual y generacional constituya un espacio de referencia. Sin perjuicio de la situación excepcional en la que nos encontramos —la crisis provocada por la pandemia, con efectos de pasado, presente y futuro, impacta sobre unos sistemas no recuperados de la crisis financiera, en transformación de los sistemas productivos y recibiendo o preparándose para la recepción de las generaciones del *baby boom*— no podemos, ni debemos, transferir una carga insoportable a las generaciones futuras. El equilibrio complejo constituirá la mayor garantía de sostenibilidad y evitará el “drama” de la posible “ruptura del pacto generacional”.

Por todo lo anterior y sin perjuicio del carácter sobresaliente de algunas de las reformas financieras —separación de fuentes y cotización de autónomos— es necesario incorporar nuevos y complementarios medios de financiación estables y garantizados. El compromiso de transferencias del Estado es vital, pero creo que insuficiente.

Sin duda, la separación de fuentes es una materia de gran calado cuantitativa, cualitativa y de equidad. Seguramente si el sistema de seguridad social hubiera asumido tan solo los gastos propios y el Estado todos aquellos que pertenecen al espacio del “interés general”, la situación económico-financiera sería otra bien distinta. Pero, además, la seguridad social ha venido pagando durante dé-

cadas “políticas ajenas” —cuya lista sería interminable— sin ninguna explicación y, por tanto, con un efecto distorsionado, adulterado de lo que gráficamente podríamos llamar la cuenta de resultados. Todos los ciudadanos deberían conocer detalladamente lo que las cotizaciones sociales han hecho por nuestro país. La imagen, el reconocimiento, la confianza y el compromiso serían diferentes.

La separación de fuentes diseñada y en curso actual —el pasado ya está escrito—, así como el compromiso de transferencias del Estado para hacer frente al importante incremento de pensionistas hasta aproximadamente el año 2050, al aumento de las pensiones y de la esperanza de vida, es una necesidad de subsistencia que se enmarca en las obligaciones del Estado como garante del Sistema público, con el límite del equilibrio intergeneracional. En todo caso, quiero resaltar que la “foto es inédita y sobresaliente”, al tiempo que “posible” en un espacio de suavidad del Pacto de Estabilidad Presupuestaria.

Otro bloque de materias incorporadas a la Ley en trámite parlamentario, se centra en los distintos parámetros de ordenación de la jubilación, singularmente, desincentivación de las jubilaciones anticipadas, especialmente las voluntarias, fomento del mantenimiento en activo tras el cumplimiento de la edad de jubilación, retoques en la jubilación activa. Podríamos decir que la finalidad del conjunto de materias es propiciar “trabajar más tiempo” y especialmente aproximar la edad legal de jubilación con la edad real de expulsión del mercado laboral.

Sin duda han quedado muchos espacios en el tintero. Es imprescindible una reordenación completa del espacio de compatibilidad entre jubilación y trabajo, bien a favor o bien en contra. Lo que es inadmisible es el “privilegio”, casi individual, que constituye el acceso a la jubilación activa de trabajadores por cuenta propia y ajena, prácticamente singularizados; así como los espacios de privilegio de ciertos colectivos frente a la compatibilidad plena de la jubilación y los ingresos del trabajo. ¿Alguien se acuerda de la equidad?

En este orden, también quiero destacar la exclusión inexplicable, tanto en la reforma del 2011 como en la actual del 2021, de la opción de jubilación anticipada involuntaria de la persona trabajadora *por cuenta propia* que es víctima de violencia de género. La figura tan solo es aplicable a las trabajadoras por cuenta ajena. La solución es técnicamente sencilla, incorporar el precepto TRLGSS, art. 207.1.d). 7<sup>a</sup>) a los artículos que se aplican al régimen de autónomos, esto es, al artículo 318.d) del TRLGSS.

Finalmente, no estoy nada convencido y por tanto es posible que esté equivocado, sobre el impacto de las reformas de la jubilación anticipada, especialmente la voluntaria, en términos de alcanzar el objetivo de elevar la edad real de expulsión de los trabajadores del mercado laboral. Si nos situamos en la edad de acceso a la protección por desempleo —contributiva y asistencial— de los trabajadores expulsados a edades tempranas y la comparamos con la edad legal y la edad de acceso a la jubilación anticipada, no creo que la distorsión proceda del uso desproporcionado de la jubilación voluntaria. Probablemente la búsqueda del objetivo —necesario y deseado— tenga su espacio más complejo, pero más efectivo, en la adopción de medidas que operen sobre el mercado laboral. La fijación, en un espacio único, de una penalización desmedida a un trabajador que ha cotizado

entre 40 y 50 años a la seguridad social y la ausencia de fórmulas efectivas que impidan la expulsión indiscriminada y en muchas ocasiones encubierta, carece de racionalidad y de equidad. El tiempo y las cifras reales enjuiciarán los resultados y el cumplimiento de los objetivos.

El último espacio de reforma proyectada y en parte realizada se centra en la reordenación del espacio de protección complementaria. En la fase previa de la pandemia había sido objeto de reformas iniciales en varios países de la UE, que se centraban en fortalecer o redimensionar el espacio de la protección complementaria profesional de carácter obligatorio o pseudo obligatoria.

Se trata de nuevas fórmulas, que no son enteramente nuevas, que pretenden implantar mecanismos de protección de aportación definida, por tanto de capitalización, vinculados al ámbito de las empresas, o (y esta es la nueva tendencia) a la mera realización de actividad, con participación conjunta de empresarios y trabajadores, e incluso del Estado (como es el sistema implantado en el Reino Unido) Y que pretenden tener carácter obligatorio de forma directa o indirecta.

En España esta es nuestra asignatura pendiente, no tenemos desarrollados adecuadamente fórmulas complementarias de protección en ninguno de los niveles, ya sean vinculados al empleo o ya sean de carácter individual y con planteamientos de fiscales carentes de equidad. Ambas situaciones pretenden corregirse, siguiendo las directrices de la AIReF, a su vez recogidas por el Pacto de Toledo 2020, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021

Este espacio de reforma —que también es contemplado en la Recomendación 16 del Pacto de Toledo— en parte incorporado a la LPGE.21 (disp. ad. 4<sup>a</sup> que crea y articula el Fondo de pensiones público de empleo) contempla una revisión del sistema de previsión social complementaria, penalizando los planes de pensiones individuales mediante una reducción del incentivo fiscal y haciendo una apuesta por los planes de empleo. Igualmente, la disposición adicional cuadragésima de la LPGE 2021, determina que en el plazo máximo de 12 meses, el Gobierno ha de presentar un proyecto de ley sobre fondos de pensiones públicos de empleo en el que se atribuya a la Administración General del Estado la capacidad legal para su promoción. No se trata de un simple mandato, sino de una previsión con un contenido detallado y claro en lo sustancial, como recoge la disp. ad. 4<sup>a</sup> de la LPGE.21.

Es posible que estemos en presencia de un silencioso cambio de modelo, propiciado por un gobierno de coalición progresista que plantea no pocas dudas. A mi juicio, el punto de encuentro progresista estaría en la universalidad de su alcance —primero para los trabajadores por cuenta ajena y luego para los trabajadores por cuenta propia— que no es posible conseguir a través de la negociación colectiva. En más de una ocasión he argumentado y defendido en sedes académicas que el elemento que podría proporcionar la universalidad es la vinculación por mandato legal de las aportaciones al contrato de trabajo con carácter obligatorio, otorgando un papel de estructuración, mejora y complementariedad a la negociación colectiva

El tiempo da a las medidas su dimensión, aunque en ocasión no hay tiempo. Hace bastantes años defendí primero la creación de un permiso de paternidad, años más tarde defendí el periodo de pa-

# EDITORIAL



ternidad obligatorio en iguales condiciones que la maternidad y me condenaron a la hoguera, hoy ambos y con idéntica estructura están en nuestro ordenamiento jurídico bajo la figura del “nacimiento y cuidado del menor”. Cabe el consuelo de afirmar que nunca es tarde cuando la dicha es buena.

***José Luis Tortuero Plaza***

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
y Director del Título de Experto en Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid



# ESTUDIOS DOCTRINALES

**REJLSS**

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social  
mayo - octubre 2021 - núm 3 ISSN-e: 2660-437X



# ESTUDIOS DOCTRINALES

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

PENSION GUARANTEE: CHALLENGES FOR ECONOMIC AND SOCIAL SUSTAINABILITY

---

**José Luis Monereo Pérez**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada

Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum

[jmonereo@ugr.es](mailto:jmonereo@ugr.es) ORCID [0000-0002-0230-6615](https://orcid.org/0000-0002-0230-6615)

Recepción de trabajo: 04-07-2021 - Aceptación: 14-07-2021

- 1. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL MODELO GLOBAL DE PENSIONES.
- 2. REVALORIZACIÓN DE LAS PENSIONES PÚBLICAS: DEL MODELO DE LA AUSTERIDAD AL MODELO GARANTISTA DEL PODER ADQUISITIVO Y MEJORA ESTABLECIDO EN EL INFORME DEL PACTO DE TOLEDO DE 2020.
- 3. EL MODELO DE PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA.
- 4. DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN Y TENDENCIAS DE DESARROLLO DE LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA.
- 5. BALANCE FINAL: ¿EL FUTURO DE LOS SISTEMAS COMPLEMENTARIOS DE PENSIONES DENTRO DE UN MODELO GLOBAL DE PENSIONES GARANTISTAS?
- 6. BIBLIOGRAFÍA

## RESUMEN

El sistema de Seguridad Social padece graves carencias de cobertura y desigualdades que inciden, de manera relevante, en colectivos vulnerables como: los desempleados de larga duración, los trabajadores a tiempo parcial, los mayores y los empleados discontinuos e irregulares. El riesgo de pobreza está ocasionando una importante brecha social que incide no sólo en razón de la edad, sino también del género. La insuficiencia de mecanismos eficaces de protección social provoca en efecto, un impacto negativo sobre los trabajadores mayores, por lo que también las diferencias de protección determinan una forma de injusticia intergeneracional.

**PALABRAS CLAVE:** pensiones, sostenibilidad, Seguridad Social, Carta Magna y dignidad.

## ABSTRACT

The social security system suffers from serious gaps in coverage and inequalities that have a significant impact on vulnerable groups such as the long-term unemployed, part-time workers, the elderly and discontinuous and irregular employees. The risk of poverty is causing a significant social gap that is not only age-related but also gender-related. The inadequacy of effective social protection mechanisms is having a negative impact on older workers, and differences in protection also determine a form of intergenerational injustice.

**KEYWORDS:** pensions, sustainability, social security, magna carta and dignity.

*"El derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio [...] Más que el medio, por muy variado que sea, se reduce siempre a la lucha contra la injusticia"*

R. v. IHERING<sup>1</sup>

## 1. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL MODELO GLOBAL DE PENSIONES

La Seguridad Social se configura como un derecho social fundamental y el sistema de Seguridad Social, que le es instrumental, se caracteriza como un régimen público dotado de unos rasgos que limitan las opciones del legislador ordinario en orden a desarrollar las previsiones constitucionales. Límites que aun reconociéndose que existen tienen, solo en principio y en una primera aproximación "locativa" o de percepción sistemática aislada, una eficacia limitada en función de la ubicación del artículo 41 entre los principios rectores de la política social y económica. Estamos, por tanto, ante una norma de fines, de manera que los límites identificados con el carácter público del sistema y la suficiencia de la protección otorgada ante situaciones de necesidad se hacen relativamente flexibles ante los futuros desarrollos legislativos.

Ello no obstante, habría que entender que el legislador ordinario no puede utilizar esos límites, como rasgos característicos que son del sistema de la Seguridad Social, en el sentido discrecional de conveniencia y oportunidad. Y ello, si tenemos en cuenta dos aspectos de indudable raíz hermenéutica, como son: la técnica de la garantía constitucional y el de los deberes ineludibles. En relación a la primera, hay que recordar que se trata de una técnica de interpretación constitucional heredada o nacida a partir de la dogmática alemana de entreguerras en el marco del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho y que tiene como objetivo el inferir de la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico que es, una serie de rasgos identificativos de un derecho y de una institución instrumental sin los cuales dicho derecho constitucionalmente consagrado no sería reconocible en su *contenido esencial*. Por tanto, en la Constitución aparecen los elementos básicos que dotan de contenido esencial a un derecho jurídico-institucionalmente garantizado y que condicionarán necesariamente la regulación que del mismo *deba por imperativo constitucional* hacer el legislador de desarrollo de las previsiones constitucionales. Es así que los rasgos esenciales del derecho social y del sistema institucional de la Seguridad Social deberían constituirse en límite infranqueable para el legislador infraconstitucional, ya que su vulneración no lo harían reconocible en el estado actual de la conciencia social y de la cultura jurídica. Los artícu-

<sup>1</sup> IHERING, R. von, *La Lucha por el Derecho*, trad. Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, "Ihering y la lucha por el Derecho", (pp. VII-XXXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008, pág. 31.

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

los 41 y 50 y siguientes de nuestra Norma Fundamental deben ser interpretados sistemáticamente conforme al imperativo canon interpretativo ex artículo 10.2 CE en relación con los artículos 93 a 96 de la propia Constitución. Esto sería suficiente para afirmar que estamos ante la *garantía constitucional* de un verdadero derecho a la Seguridad Social dotado de un contenido esencial del derecho que actúa como límite al desarrollo legal de las previsiones constitucionales<sup>2</sup>. Sería suficiente el reclamo en virtud del canon interpretativo ex *constitutione* (bloque o grupo normativo formado por los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Carta Magna) del artículo 12 de la Carta Social Europa Revista, que configura a la Seguridad Social como un derecho dotado de un contenido esencial.

Hay que tener en cuenta que la idea de sostenibilidad —“mantener”— remite tanto a la sostenibilidad económica como social (y adecuación social) y entraña un mandato constitucional (artículos 41 y 50 de la CE, en relación con el artículo 12 de la Carta Social Europea Revisada) en virtud del cual es responsabilidad directa del Estado la organización y la financiación correspondiente para garantizar pensiones suficientes y adecuadas (sea a través de la exigencia legal de cotizaciones, o sea complementariamente a través de impuestos generales o especiales, o sea, por último, a través de un modelo mixto de financiación mediante cotizaciones e impuestos).

La interpretación de los artículos 41 y 50 de la Constitución Española (y en general de todo el bloque o grupo normativo regulador de los derechos de Seguridad Social contemplados en el Capítulo III), deberá hacerse necesariamente —por mandato del artículo 10.2 CE— en el marco del sistema internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales. En este contexto sistemático hay que interpretar la referencia del artículo 41 CE a que los poderes públicos deberán “mantener” un régimen público de Seguridad Social y el artículo 50 CE (“Los poderes públicos garantizarán mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad...”). Es posible pensar que con ello el constituyente no ha pretendido consagrar el principio de irregresividad del nivel de Seguridad Social alcanzado en cada momento. Pero no cabe duda que esa referencia a mantener debe ponerse en relación con la configuración del

2 MONEREO PÉREZ, J.L., “El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 de la Constitución)”, en VV.AA., *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002, págs. 1425-1524; MONEREO PÉREZ, J.L., “Dignidad de la persona y protección social en la Constitución de 1978: balance y propuestas de reforma para la mejora de sus garantías de suficiencia como derecho social fundamental”, en *RTSS*. CEF, núm. 429 (2018). Y, en una perspectiva de conjunto sobre la Seguridad Social como derecho constitucional garantizado, MONEREO PÉREZ, J.L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1995, págs. 194 y sigs. En cualquier caso, como se indica en estos estudios el marco constitucional regulador de la Seguridad Social es insuficiente y deficiente y la misma interpretación, forzadamente restrictiva, llevada a cabo por el Tribunal Constitucional contribuye decisivamente a ese déficit de la garantía constitucional de los derechos de Seguridad Social. Ello ha permitido que este derecho no quede mínimamente blindado ante políticas restrictivas de tales derechos sin estar siquiera acompañadas de un fundado motivo justificado ni de proporcionalidad (como obliga la inversión de la carga de la prueba por parte del Estado conforme al garantismo multinivel de los derechos fundamentales). Frente a este criterio hermenéutico, se debe entender que la Seguridad Social es derecho social fundamental (en el sentido amplio atribuido a este último término en el Derecho Internacional de los Derechos Fundamentales; paradigmáticamente en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, elevada a rango de Tratado de la Unión Europea por el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea) en una interpretación sistemática que atiende al grupo o bloque normativo constitucional regulador de este derecho de estructura jurídica compleja (artículos 41, 43, 49, 50 en relación con el artículo 10.2 Constitución española, que es la norma de apertura constitucional de engarce y remisión al sistema multinivel de garantía del derecho a la seguridad social, y los artículos 93 a 96 Norma Fundamental).

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

derecho a la Seguridad Social y de su contenido esencial tal como se impone deducir del sistema multinivel de garantías de los derechos fundamentales (que incluye, evidentemente, a los derechos fundamentales sociales) por el cauce del artículo 10.2 CE (en relación los artículos 93 a 96 de la Constitución). Y para decirlo con la mayor brevedad y precisión esa configuración y delimitación del contenido esencial se contiene lege data en el artículo 12 de la Carta Social Europea Revisada (1996), que significativamente utiliza los mismos términos y precisa su alcance. Efectivamente, conforme al artículo 12 CSE ("Derecho a la Seguridad Social"): "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social, las Partes se comprometen: 1. a establecer o mantener un régimen de Seguridad Social. 2. a mantener el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Código Europeo de la Seguridad Social. 3. a esforzarse por elevar progresivamente el nivel [alcanzado] del régimen de Seguridad Social...". Como se ve la obligación de "mantener un régimen de Seguridad Social" viene acompañada de la identificación de un estándar mínimo delimitador del alcance dinámico de los derechos de Seguridad Social, que materializan ese derecho matriz de estructura compleja, pues comprende diversos derechos prestacionales. La referencia al Código Europeo de la Seguridad Social (como en la versión anterior de 1961 que se hacía al Convenio OIT, núm. 102, norma mínima de Seguridad Social)<sup>3</sup>, es precisa respecto a la concreción de ese contenido mínimo esencial y conforma un estándar prestacional; un *ideal de cobertura* que integra un amplio conjunto de prestaciones contributivas y no contributivas que debe ser mantenido (y según el apartado 3 del artículo 12 CSE elevado progresivamente en atención a la necesidad de cobertura de nuevas necesidades sociales, pues la Seguridad Social presenta un contenido variable y en constante evolución con límites inestables) por el Estado, como típica responsabilidad pública<sup>4</sup>. De nuevo, hay que decir que es necesario tomarse en serio los derechos sociales fundamentales, por decir con Ronald Dworkin y con Robert Alexy<sup>5</sup>. Lo que se acaba de decir es crucial, porque la garantía del contenido esencial de los derechos de Seguridad Social —y dentro de ellos del derecho social a la pensión pública— actúa como núcleo resistente de los derechos y como restricción a las restricciones del legislador infraconstitucional de desarrollo de las previsiones constitucionales<sup>6</sup>. La intangibilidad del contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales reenvían al núcleo de valor que se halla encerrado en cada derecho fundamental y que resulta la inserción del derecho mismo en el sistema de valores constitucionales<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> MONERO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: "El Convenio OIT núm. 102 (1952) sobre norma mínima de Seguridad Social como delimitador del estándar mundial y sus límites actuales", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, Núm. Extra 0, 2019, págs. 90-123.

<sup>4</sup> MONERO PÉREZ, J.L. "Derechos a la Seguridad Social (Artículo 12)", en MONERO ATIENZA, C. Y MONERO PÉREZ, J.L. (Dirs. y Coords.) et alii. *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, págs. 629-659.

<sup>5</sup> DWORKIN, R.: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1ª ed., 1984; ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 419 y sigs.

<sup>6</sup> ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 286 y sigs.

<sup>7</sup> HÄBERLE, P.: *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, edición a cargo de J.L. Monero Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003, págs. 95 y sigs., y 322 y sigs.

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

El concepto de garantía constitucional —en el sentido de la tradición del constitucionalismo social garantista— ha sido proclamado por el Tribunal Constitucional en el sentido antes apuntado, aunque con la técnica de alcance garantista algo más limitada de la “garantía institucional”. Y así, se reitera por el intérprete constitucional que con dicha técnica se logra “la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”, con lo que, ligado esto a la consideración que hace el propio Tribunal Constitucional en orden a considerar que los derechos de Seguridad Social, como derechos sociales de prestación que implican una carga financiera, son de contenido legal, habría que admitir que la función legislativa tiene una amplia libertad de configuración del régimen público de Seguridad Social pero no hasta el punto de vaciar de contenido los elementos estructurales de la institución. Por tanto, el sentido de atribuir a la Seguridad Social la naturaleza de garantía institucional no puede ser otro que el de establecer un núcleo indisponible a la acción legislativa al derecho a la Seguridad Social constitucionalmente garantizado (SSTC 37/1994, de 10 de febrero; 38/1995, de 13 de febrero; 77/1995, de 22 de mayo, 149/2004, de 20 de septiembre; 213/2005, de 21 de julio, entre otras).

Este es el sentido de la *Recomendación número 0* que, entre otras cosas, declara que “el sistema español de Seguridad Social, fruto de la acción y el esfuerzo de cinco generaciones, constituye la columna vertebral del Estado del Bienestar, el estandarte y la seña de identidad de una sociedad moderna y cohesionada”<sup>8</sup>. Y añade que “el derecho de los españoles a la Seguridad Social viene configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva y se basa en los principios de universalidad, unidad, solidaridad, igualdad y suficiencia. La ciudadanía ha de ser partícipe de estos principios, que se traducen en un adecuado y necesario modelo de protección social; en esta línea es muy importante que la juventud sea sensible a esta situación, y que disponga de un mejor conocimiento de los citados principios, de los derechos de los que dispone desde el momento en que queda incluida en el sistema de Seguridad Social, así como de las obligaciones que deberá cumplir. Las personas jóvenes son protagonistas esenciales en el fortalecimiento del sistema de Seguridad Social; que recuperen la confianza perdida en el mismo exige la adopción de cuantas medidas sean necesarias para hacerlas partícipes de la necesidad de su recomposición y de sus bondades”. Con ello se especifica lo que son principios constitutivos del Sistema consagrados en la Recomendación 0 del Pacto de Toledo de 2020, que recupera, a su vez, la versión de 2011. En efecto, se indica a reglón seguido que “por todo ello, reiterando y actualizando la Recomendación 0 del Pacto de Toledo de 2011, el Congreso de los Diputados:

- Reafirma su compromiso en el mantenimiento, mejora y adaptación del sistema público de Seguridad Social y, especialmente, del sistema de pensiones, basado en la solidaridad intergeneracional y en el seno de cada generación, y a través del reparto equitativo de las cargas.

<sup>8</sup> Sobre la *Recomendación 0* y su significación técnica y de política del Derecho, véase, ampliamente, MONERO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “Recomendación 0. Defensa del mantenimiento y mejora del sistema público de pensiones: la opción por reformas paramétricas para garantizar las pensiones”, en HIERRO HIERRO, F.J. (Dir. y Coord.) et altri: *Perspectivas jurídicas y económica del “Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020)*, Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021.

– Se opone a cualquier transformación radical del sistema que suponga una ruptura de los principios en que se asienta el actual, en especial los de *solidaridad intergeneracional e intrageneracional, suficiencia de prestaciones, equidad en el reparto de las cargas y responsabilidad pública en la dirección y gestión del sistema*".

En el "Resumen" del Informe se concreta la *Recomendación 0* en los siguientes términos:

- Rechaza la sustitución del sistema de reparto por otro de capitalización.
- La financiación del sistema de la Seguridad Social debe adecuarse a la naturaleza de la protección, de modo que las prestaciones no contributivas se financien mediante aportaciones del Estado.

En definitiva, con ello se reafirman los grandes principios constitutivo del sistema de Seguridad Social —y por extensión del subsistema público de pensiones—, a saber: el principio de solidaridad intergeneracional e intrageneracional, el principio de suficiencia de prestaciones públicas, el principio de equidad en el reparto de las cargas y, por último, el principio de responsabilidad pública en la dirección y gestión del Sistema. Todo lo cual se infiere —en una lectura atenta e interpretación sistemática y finalista— del artículo 41 como eje del bloque o grupo normativo constitucional regulador de los derechos de Seguridad Social.

La fuerza normativa de lo preceptuado en el artículo 41 CE (en relación necesaria con el sistema de garantía multinivel de los derechos fundamentales que se infiere de la norma de apertura ex artículo 10.2 CE en relación con los artículos 93 a 96 de la Norma Fundamental) viene a ser reconocida declarativamente (no con carácter constitutivo, pues está establecida en el sistema normativo) en todas las Recomendaciones del nuevo Informe del Pacto de Toledo 2020.

Por su parte, en relación a la *Recomendación 2*, el Informe de 2020 se sitúa en la misma línea que los documentos anteriores del Pacto de Toledo, utilizando expresiones análogas en lo que se refiere a la defensa del mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones ("garantía por Ley y su preservación mediante la adopción de las medidas encaminadas a asegurar el equilibrio social y financiero del sistema de pensiones en el futuro"). Nuevamente, se insiste en el perjuicio que la inflación ocasiona a los pensionistas, "uno de los sectores de población más perjudicados por las variaciones crónicas —generalmente al alza— que la inflación ocasiona sobre el coste de la vida". De ahí que se vuelva a recordar que "la revalorización anual de las pensiones en base al IPC real se presenta como el mecanismo que ha de servir para conservar el poder adquisitivo de las pensiones". Y también se diga que "la revalorización debe ser diferenciada de cualquier otra acción de mejora encaminada no a conservar, sino a aumentar dicho poder adquisitivo —cuando lo permita la situación económica y con la oportuna cobertura legal—". Finalmente, los últimos párrafos de la recomendación número 2 se dedican a exigir al legislador una vuelta a lo previsto con anterioridad a las reformas emprendidas en este punto. La Comisión considera que el mecanismo de revalorización de las pensiones que se adoptó en 2013 "no goza del suficiente consenso político y social". De ahí que se pida "recuperar el consenso" de la Recomendación «Mantenimiento del poder adquisitivo y mejora de las pensiones»,

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

aprobada en el año 2011 en el marco de las Recomendaciones consensuadas en el Pacto de Toledo. Esta vuelta atrás (que es, en el fondo, recuperar *la lógica de los fines y el carácter instrumental de los medios* que han de ser predispuestos —como responsabilidad pública— para alcanzarlos), solicitada en el último Informe de 2020, resulta coherente, como se verá, ya que el mecanismo de revalorización adoptado con anterioridad en modo alguno sirve para atender la finalidad exigida<sup>9</sup>.

Interesa, para perifilar el modelo diseñado, llamar la atención en la Recomendación 15 del Pacto de Toledo, la cual consagra el principio de solidaridad y garantía de suficiencia, especificando el contenido —o, al menos, eso pretende— de dos principios constitutivos fundamentales del Sistema público de pensiones. En tal sentido se establece que “con arreglo a los artículos 41 y 50 de nuestra Constitución, la Comisión considera que la solidaridad y la garantía de suficiencia son valores fundamentales del sistema de pensiones que, como tales, han de seguir reforzándose.

Como tal principio básico, la solidaridad se articula en las dos esferas, contributiva y no contributiva, de nuestra Seguridad Social. En el nivel contributivo, los mecanismos de solidaridad sirven para modular el principio de adecuación, vinculado a la proporcionalidad entre cotizaciones y pensiones, en la relación entre base máxima y pensión máxima y en la garantía de suficiencia. Por eso, puede afirmarse que el modo más coherente y equilibrado de reforzar la contributividad del sistema es el que, en paralelo, fortalece el componente solidario de la acción protectora como condición necesaria para garantizar en todo caso la suficiencia de las prestaciones. Por su parte, el nivel no contributivo es, por definición, un ámbito de protección basado en la solidaridad, pues las personas beneficiarias carecen de una carrera de cotización y de recursos económicos para hacer frente a una situación de necesidad. Sólo a través de prestaciones suficientes se evita el riesgo de pobreza. El nivel no contributivo tiene la lógica de la compensación que le conduce a garantizar una suerte de *red de seguridad*.

En este sentido, la suficiencia actúa como garantía de la dignidad de la persona a la que se refiere el artículo 10 de nuestra Constitución<sup>10</sup>, asegurando el nivel mínimo de recursos establecido en el Protocolo Adicional de la Carta Social Europea. De ahí la importancia de contar con indicadores de suficiencia que a través de la delimitación de umbrales de referencia sirva para reforzar la efectividad de la lucha contra la pobreza. Por ello, la Comisión considera necesario establecer alguna referencia adecuada (como puede ser la tasa de sustitución que relaciona la pensión media del sistema con el

<sup>9</sup> Para un análisis de la Recomendación 2y su sentido político jurídico, véase ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “Recomendación 2. Mantenimiento del poder adquisitivo y mejora de las pensiones. La apuesta por la calidad de la pensión y por el principio de progresividad”, en HIERRO, F.J. (Dir. y Coord.) *et altr. Perspectivas jurídicas y económica del “Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020)*, Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021.

<sup>10</sup> Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: “Dignidad de la persona y protección social en la Constitución de 1978: balance y propuestas de reforma para la mejora de sus garantías de suficiencia como derecho social fundamental”, en RTSS. CEF, núm. 429 (2018); y en una perspectiva más amplia MONEREO PÉREZ, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019, espec., Capítulo I (“La dignidad de la persona: Significación fundante y su fuerza normativa en el sistema multinivel de garantía de los derechos y capacidades humanas. La dignidad de la persona como fundamento de los principios de libertad, igualdad y solidaridad”), págs. 9 y sigs.

salario medio de los trabajadores ocupados) y un ámbito territorial de medición comparada (países más avanzados de la Unión Europea), que permita realizar un seguimiento continuo de su evolución y, en caso de desviación, adoptar las medidas oportunas. Así, del mismo modo que la Carta Social Europea establece una fórmula para considerar que un salario es digno, resulta necesario establecer un objetivo que defina la suficiencia de las pensiones.

El Gobierno debe realizar un seguimiento continuado de las estadísticas que delimitan los umbrales de pobreza con arreglo a los criterios fijados por la Unión Europea (Encuesta de Condiciones de Vida), al objeto de reorientar en caso de ser necesario, las políticas públicas incluyendo las pensiones.

La Comisión reitera su apoyo al mantenimiento de las cuantías mínimas para las diferentes modalidades de pensión de nuestro sistema, con objeto de asegurar un umbral mínimo de rentas a todos los pensionistas que no dispongan de rentas alternativas. No obstante, la cuantía de tales complementos no debe ser superior a la cuantía de las pensiones no contributivas vigentes en cada momento para no desincentivar la cotización. Las mejoras para hacer efectivo este nivel de solidaridad deberán financiarse con cargo a la imposición general, como expresión de la solidaridad de la sociedad española y del principio de equidad intergeneracional. Las decisiones sobre los complementos por mínimos se deberán adoptar respetando la máxima coordinación posible con el ámbito no contributivo, con los sistemas asistenciales autonómicos y sin poner en cuestión el principio de proporcionalidad entre cotizaciones y prestaciones. Asimismo —se añade—, es necesario continuar con el proceso de reordenación de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social en coherencia con la distribución de competencias con las comunidades autónomas y corporaciones locales, para mejorar la cobertura, establecer con más claridad el ámbito de sus prestaciones e introducir nuevos ámbitos de protección en orden a colmar lagunas de cobertura que se detectan en el sistema; a tales efectos la tarjeta social digital deberá servir para recoger, de manera fiable y con independencia de su origen, la totalidad de las prestaciones asignadas a cada beneficiario. Un ejemplo claro, relacionado con dichas lagunas, sería la creación de una prestación no contributiva de orfandad (hoy inexistente con carácter general) o una más adecuada regulación de las prestaciones familiares”.

Ya la “Recomendación 0” alude a un conjunto de rasgos o principios que definen el sistema de la Seguridad Social español y que se pueden deducir del artículo 41 CE. Uno de los principios es el referido a la solidaridad. Como se sabe, las pensiones públicas se financian a través de un sistema de reparto por el cual las prestaciones de los beneficiarios son financiadas a través de cotizaciones sociales u otros mecanismos impositivos. No hay, en este supuesto, una acumulación de capital ya que las pensiones son financiadas por las cotizaciones del momento. Como se puede imaginar, su funcionamiento obedece a un principio de solidaridad intergeneracional en el sentido de que son los activos los que contribuyen con sus pagos a financiar las pensiones de los pasivos, en el entendimiento de que cuando aquéllos alcancen la edad de jubilación los nuevos activos harán lo mismo. De ahí que se diga que el citado principio tenga carácter permanente al estar sustentado por un *contrato social*—sustancialmente político y de política del Derecho social—entre generaciones sucesivas.

Además, se destaca el hecho de que el régimen público de Seguridad Social debe atender a todos los ciudadanos, independientemente de que ejerzan o no una actividad profesional. Se trata del

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

principio de universalidad al que se refería Augusto Venturi como característica fundamental de la Seguridad Social frente a las limitaciones en este punto de las técnicas del seguro social y la asistencia social<sup>11</sup>. En efecto, nuestro texto constitucional, a través de la expresión “todos los ciudadanos” del artículo 41, ha querido consagrar la evolución que han experimentado los sistemas contemporáneos de Seguridad Social, los cuales han pasado de ser instrumentos de protección de determinados colectivos a convertirse en algo mucho más sofisticado y complejo que tiene como principal rasgo el de la generalidad de la protección. Por tanto, se reconoce constitucionalmente el principio de universalidad subjetiva como resultado de un proceso histórico de diferenciación jurídica del sistema público de Seguridad Social respecto del originario tronco común jurídico-laboral. Esta nota de universalidad ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional que reconoce como uno de los rasgos caracterizadores de la Seguridad Social el de su universalidad en una tendencia expansiva de su ámbito de cobertura.

Por otro lado, otra característica esencial de la Seguridad Social es la que su protección ha de ser “suficiente” frente a “las situaciones de necesidad” en general. Suficiente, en el sentido de asegurar una renta acorde con el nivel de vida normal del sujeto protegido, para ello se fijan las prestaciones de modo proporcional a los ingresos que viniera percibiendo el sujeto protegido. De tal modo que la existencia de esta proporcionalidad entre prestaciones y salarios es una garantía de seguridad, porque permite a los asegurados mantener un nivel de vida no demasiado inferior al que le permitiría tener el salario o retribución que venían percibiendo. Debe matizarse —para evitar equívocos— en relación al *nivel contributivo del sistema de pensiones* la referencia a que “la Comisión considera necesario establecer alguna referencia adecuada (como puede ser la tasa de sustitución que relaciona la pensión media del sistema con el salario medio de los trabajadores ocupados) y un ámbito territorial de medición comparada (países más avanzados de la Unión Europea), que permita realizar un seguimiento continuo de su evolución y, en caso de desviación, adoptar las medidas oportunas. Así, del mismo modo que la Carta Social Europea establece una fórmula para considerar que un salario es digno, resulta necesario establecer un objetivo que defina la suficiencia de las pensiones”. Y el matiz importante es que en el *nivel contributivo* el referente tiene que ser —lo que ya preside de *lege data* el Derecho vigente—, una pensión contributiva que refleje, en términos de proximidad, el promedio de las rentas de activo, a fin de mantener el *nivel vida* alcanzado durante la vida activa laboral o profesional<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Es así que la Seguridad Social contrapone el principio de universalidad frente a las técnicas mencionadas, “según el cual su campo de aplicación comprende a toda la población, prescindiendo de la situación profesional y de las condiciones propias del individuo”. Cfr. VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Madrid, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994, pág. 341.

<sup>12</sup> MONERO PÉREZ, J.L.: “El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 CE)”, en VV.AA: *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Monero Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002, págs. 1425-1524. “El requisito constitucional de “suficiencia” de las prestaciones que dispensa en el sistema público encuentra su traducción en el ámbito de las prestaciones contributivas (que opera con el criterio de “renta de sustitución”) en la tendencia hacia una correspondencia satisfactoria (en términos sino de equivalencia, sí, al menos, de razonable aproximación) entre la renta de sustitución que se otorga a través de la prestación económica de la Seguridad Social y las rentas de activo dejadas de percibir como consecuencia. Obsérvese que este elemento de la garantía constitucional del derecho a la Seguridad Social entraña un límite objetivo respecto a la intensidad de la protección que

Sin embargo, en las prestaciones contributivas el nivel de suficiencia no tiene por referencia el salario de la vida activa, sino el nivel de vida digno de la persona que le permita no sólo la subsistencia en sí misma, sin la inclusión social con la plena posibilidad de ejercicio efectivo de los derechos fundamentales.

En definitiva, la suficiencia de las prestaciones se relaciona directamente con el derecho a la existencia digna de la persona, aunque apreciada en cualitativamente de manera diversas respecto a la *calidad e intensidad* de la pensión dispensada.

La metodología del enfoque global de pensiones (públicas y privadas) que ya se viene siguiendo en el proceso político del Pacto de Toledo<sup>13</sup> aparece de nuevo en esta última revisión cualitativa, encadenando las medidas de reforma de las pensiones públicas con las adaptadas respecto de las pensiones complementarias privadas, sin que —al menos formalmente— se asuma la teoría de los “vasos comunicantes” entre el espacio vital reservado a las pensiones de la Seguridad Social y el espacio vital atribuido a las previsión privada.

## 2. REVALORIZACIÓN DE LAS PENSIONES PÚBLICAS: DEL MODELO DE LA AUSTERIDAD AL MODELO GARANTISTA DEL PODER ADQUISITIVO Y MEJORA ESTABLECIDO EN EL INFORME DEL PACTO DE TOLEDO DE 2020

El mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y su posible mejora ha sido una constante en los acuerdos adoptados en el seno del Pacto de Toledo. El Informe de 1995 establecía en su Recomendación número 11 la necesidad de garantizar dicho mantenimiento “mediante la revalorización automática de las mismas, en función de la evolución del índice de precios al consumo y a través de fórmulas estables de contenido similar a la aplicada en el presente año”.

Por su parte, el Informe de 2003, a través de su Recomendación número 2, vuelve a incidir en este tema, reiterando la defensa del “mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas, garantiza-

---

ha de conferir la pensión pública y que, en puridad, pone límites a las acciones legislativas dirigidas hacia la “asistencialización” en grado mínimo de las pensiones contributivas. Son por ello discutibles en el terreno constitucional las reformas legislativas que acogen una noción de suficiencia asistencialista para la fijación de las pensiones contributivas, pues operan con un concepto de suficiencia prestacional que no se adecúa a la naturaleza jurídica de las prestaciones contributivas, las cuales quedan, así, desvinculadas de las rentas de activo” (*Ibid.*, pág. 1449).

<sup>13</sup> Para el origen, fundamentación y construcción jurídica de este enfoque global de pensiones, véase MONERO PÉREZ, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996, espec., págs. 77 y ss., y 84 y ss., sobre ello se abundará más adelante.

do por ley”, pero, en este caso, entendiendo que dicho mantenimiento debe “ser preservado mediante la adopción de medidas que garanticen el equilibrio financiero del Sistema en el futuro”. Asimismo, se establece la necesidad de “que las ganancias de poder adquisitivo que puedan derivarse de una inflación real inferior a la prevista se consoliden con carácter permanente en las pensiones, evitando la corrección a la baja cuando existan mejoras de poder adquisitivo derivadas del comportamiento de los precios”. Además, respecto a la revalorización de las pensiones contemplada en la Ley General de la Seguridad Social, obliga al Gobierno a “indicar, en el cuadro macroeconómico que acompaña a los Presupuestos Generales del Estado, el índice de precios al consumo previsto para ese ejercicio”.

De igual manera, el Informe de 2011 (en su Recomendación número 2) insiste en la obligación de los poderes públicos de defender el mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas, de garantizarlo por Ley y de proceder a su preservación mediante la adopción de medidas encaminadas a asegurar el equilibrio financiero del sistema de pensiones en el futuro. En la misma línea, se recuerda la incidencia que tiene la inflación en los pensionistas, de ahí que la revalorización anual de las pensiones se presente como el mecanismo que ha de servir para conservar el poder adquisitivo de las pensiones. Por otro lado, se advierte que “la revalorización debe ser diferenciada de cualquier otra acción de mejora encaminada no a conservar, sino —cuando lo permita la situación económica y con la oportuna cobertura legal—, a aumentar dicho poder adquisitivo”. En relación a la financiación de dicho mantenimiento, el Informe de 2011 dejaba claro que “la sostenibilidad del sistema exige que sólo se financien con cargo a los recursos de la Seguridad Social los gastos correspondientes al estricto mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, y que toda subida por encima del IPC (o del índice que, en su caso, pudiere adoptarse) sea sufragada con cargo a otros recursos financieros”. También se remarcaba cómo se debía actuar ante desviaciones entre el IPC previsto y el IPC real, debiendo proponerse para cada desviación que haya ocasionado subidas en las pensiones por encima del IPC real, un tratamiento específico: ya sea como mejora que, total o parcialmente, se consolida y absorbe permanentemente por el sistema, ya sea como mejora cuyo exceso no se consolida. Para ello, el Gobierno debía poner “en conocimiento de la Comisión del Pacto de Toledo la decisión a adoptar, acompañada de las oportunas proyecciones macroeconómicas y datos financieros que fundamenten dicha decisión y que aseguren su adecuación al requisito de sostenibilidad del sistema que exige el Pacto de Toledo”. Finalmente, el Informe de 2011 planteaba la conveniencia de “estudiar (para su posterior análisis y valoración por la Comisión) la posibilidad de utilizar otros índices de revalorización basados, entre otros, en el crecimiento de los salarios, la evolución de la economía o el comportamiento de las cotizaciones a la Seguridad Social, siendo recomendable que se tengan en cuenta los efectos que dichos índices han tenido sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones en los países de nuestro entorno”.

Finalmente, el Informe de 2020 se sitúa en la misma línea que los documentos anteriores, utilizando expresiones parecidas en lo que se refiere a la defensa del mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones (“garantía por Ley y su preservación mediante la adopción de las medidas encaminadas a asegurar el equilibrio social y financiero del sistema de pensiones en el futuro”). De nuevo se insiste en el perjuicio que la inflación ocasiona a los pensionistas, “uno de los sectores de población más perjudicados por las variaciones crónicas —generalmente al alza— que la inflación ocasiona sobre el coste de la vida”. De ahí que se vuelva a recordar que “la revalorización anual de las pensiones en base al IPC real

se presenta como el mecanismo que ha de servir para conservar el poder adquisitivo de las pensiones". Y también se diga que "la revalorización debe ser diferenciada de cualquier otra acción de mejora encaminada no a conservar, sino a aumentar dicho poder adquisitivo —cuando lo permita la situación económica y con la oportuna cobertura legal—". Finalmente, los últimos párrafos de la recomendación número 2 se dedican a exigir al legislador una vuelta a lo previsto con anterioridad a las reformas emprendidas en este punto. La Comisión considera que el mecanismo de revalorización de las pensiones que se adoptó en 2013 "no goza del suficiente consenso político y social". De ahí que se pida "recuperar el consenso" de la Recomendación "Mantenimiento del poder adquisitivo y mejora de las pensiones", aprobada en el año 2011 en el marco de las Recomendaciones del Pacto de Toledo. Esta vuelta atrás, solicitada en el último Informe de 2020, resulta coherente, como se verá, ya que el mecanismo de revalorización adoptado con anterioridad en modo alguno sirve para atender la finalidad exigida.

Una de las cuestiones más relevantes que afecta a la cuantía de las pensiones es la revalorización. Teniendo en cuenta que las pensiones, al menos las de naturaleza contributiva, constituyen una renta de sustitución de las personas cuando finalizan su vida profesional activa (en el caso de la jubilación), lo deseable es que el perceptor de aquellas pueda mantener un nivel de vida similar al que tenía cuando estaba trabajando. Si una vez calculada la pensión, ésta permanece inalterada durante todo el tiempo de su percibo, la depreciación monetaria incidirá en su valor adquisitivo y se producirá un alejamiento del salario al que sustituyen. Precisamente, los mecanismos de revalorización de la cuantía de las prestaciones causadas y reconocidas tratan de evitar el deterioro de la capacidad de compra de los sujetos beneficiarios que se produce con el paso del tiempo debido a una posible erosión provocada por la inflación.

El establecimiento de técnicas de revalorización no sólo respondería a exigencias de índole técnico-económico, esto es, de mantenimiento de la intensidad protectora y del poder adquisitivo, tal y como se ha apuntado, sino que además se debe subrayar una razón de justicia social como justificante de su existencia en nuestro ordenamiento jurídico, pues en el aumento del nivel de vida de un país interviene el esfuerzo de las distintas generaciones. En esta línea se manifiesta el art. 65.10 del Convenio núm. 102 OIT en el que se señala que los pagos periódicos atribuidos a la vejez, por la invalidez y por la muerte del sostén de la familia serán revisados cuando se produzcan variaciones sensibles del nivel de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida.

Por lo demás, la necesidad de la figura de la revalorización en nuestro país se conecta con el mandato del artículo 50 CE de garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Y también con lo previsto en el artículo 41 del mismo texto, que establece para los poderes públicos la obligación de garantizar a todos los ciudadanos, asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad. De ahí que la previsión legal de actualización es el desarrollo de un preciso mandato constitucional de garantizar la suficiencia económica de las pensiones. Aunque es cierto que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (TC), el legislador ordinario ostenta un amplio margen de discrecionalidad al tratarse (en el caso de la Seguridad Social) de derechos de estricta configuración legal<sup>14</sup>, ello no debe interpretarse en el sentido de que aquél ostente una libertad plena e ilimitada.

<sup>14</sup> Por todas, STC 37/1994, 10 febrero (RTC1994, 37).

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

Las fórmulas de revalorización de las pensiones pueden diseñarse en función de distintos criterios. La más utilizada es aquella que toma como referencia la evolución del coste de la vida. Para ello, se opta por la variable del Índice de Precios al Consumo (IPC), al considerarla representativa del deterioro monetario de la renta disponible dedicada a la compra de los productos de consumo por efecto de la inflación. También nuestro legislador se ha decantado por dicho criterio como forma de actualización de las pensiones hasta la actualidad. Fue la Ley 26/1985 la que incorporó el criterio de vinculación de la revalorización de las pensiones al IPC y posteriormente la Ley 24/1997 la que introdujo la previsión de corrección, en su caso, de la desviación de la revalorización inicial. Esta última norma fue la plasmación de lo que se recogía en la Recomendación número 11 del Pacto de Toledo de 1995, donde se afirmaba que debía garantizarse el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones mediante la revalorización automática de las mismas, en función de la evolución del índice de precios al consumo y a través de fórmulas estables de contenido similar a la aplicada el presente año. Con anterioridad a la aprobación de la Ley 24/1997, el Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social de 1996 contemplaba la revalorización de las pensiones de Seguridad Social en su modalidad contributiva en función del índice de precios al consumo para cada año, así como compensación o absorción para los casos de variación entre el índice previsto y el real.

La revalorización o recuperación del valor perdido de las pensiones de Seguridad Social se regula en el artículo 48 TRLGSS para las de carácter contributivo y en el artículo 52 del mismo texto legal para las de modalidad no contributiva. Hasta la aprobación de la Ley 23/2013 la revalorización se efectuaba, de forma automática, al comienzo de cada año, en función del índice de precios al consumo previsto para dicho año, lo que incluía igualmente a las pensiones mínimas. Por otro lado, se preveía que en el caso de que las previsiones de inflación hubieran quedado por debajo de la inflación real (correspondiente al periodo comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización) se procedía a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que estableciese la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado. Ello se materializaba abonando la diferencia, en un pago único, a los pensionistas cuyas pensiones hubiesen sido objeto de revalorización en el ejercicio anterior, antes del 1 de abril del ejercicio siguiente. En cuanto al régimen de revalorización previsto para las pensiones de invalidez y jubilación no contributivas, el artículo 52 del TRLGSS sigue estableciendo que serán actualizadas en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, al menos, en el mismo porcentaje que dicha ley establezca como incremento general de las pensiones contributivas de la Seguridad Social.

Por otro lado, en lo que se refiere a las pensiones a cargo del Régimen de Clases Pasivas del Estado, éstas tienen una regulación propia, contenida en el artículo 27 del Real Decreto 670/1987, de 30 de abril, y hasta la Ley 23/2013 se contemplaban los mismos criterios previstos en el art. 48 TRLGSS para las prestaciones contributivas. Según este artículo, las pensiones de clases pasivas, incluido el importe de la pensión mínima y los haberes reguladores que se aplican para determinar la cuantía de las pensiones, se revalorizarán al comienzo de cada año, en función del índice de precios al consumo previsto para dicho año. Además, si el índice de precios al consumo acumulado correspondiente al periodo comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico al que se refiere la revalorización, resulta superior al índice previsto, se procederá a su actualización conforme establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. A tales efectos, se abonará a

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

los pensionistas la diferencia, en un pago único, antes del uno de abril del siguiente ejercicio. Esta ley adopta, por tanto, el mismo criterio de revalorización de pensiones que el mencionado en el artículo 48 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.

La fórmula diseñada hasta la aprobación de la Ley 23/2013 ha desempeñado un papel importísimo en la garantía del poder adquisitivo de los pensionistas. Es ésta la finalidad que busca atender el art. 48 TRLGSS que lo contempla (como el art. 27 del RD 670/1987): tratar de que los pensionistas afronten mejor los aumentos del coste de la vida. No en vano se considera que con dicho instrumento se lucha contra el riesgo de pobreza de la población pensionista. Este aspecto es el que explica que en nuestro país las revalorizaciones representen una parte sustancial del importe de la nómina de las pensiones. Con ello se pretende que un colectivo débil, con una media de ingresos bajos, sin posibilidad de generar recursos de otro tipo, pueda hacer frente a la variación del índice del coste de la vida.

A pesar de la importancia que representa el mecanismo de la revalorización entre los pensionistas, ello no ha impedido que en los últimos años se proceda a actuar sobre el mismo con la finalidad de atenuar sus efectos, como una medida más dentro de la política de austeridad adoptada por nuestro país. Así, en el año 2010 se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, suspendiendo, de forma excepcional para el año 2011, la revalorización de las pensiones del sistema de Seguridad Social, excepto para las pensiones mínimas, las pensiones del extinguido SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas. Al año siguiente, el RDLey 20/2011, de 30 de diciembre, estableció, en su artículo 5, que las pensiones que abona el sistema de Seguridad Social en su modalidad contributiva, así como de Clases Pasivas del Estado, se incrementarían en un 1 por 100 para el año 2012. En la misma línea, el RDLey 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de Seguridad Social dejó sin efecto para 2012 la actualización con el IPC de las pensiones, en los términos previstos legalmente, con la excepción de las pensiones mínimas, las del SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas. En la adopción de estas medidas se deja ver la influencia que ejerce tanto el mandato del art. 135 CE que pretende situar la estabilidad presupuestaria por delante de cualquier otro deber o compromiso de los poderes públicos como el art. 11.5 Ley 2/2012 en el que se establece que las Administraciones Públicas de Seguridad Social mantendrán una situación de equilibrio o superávit presupuestario.

La suspensión de la actualización de las pensiones conforme a lo previsto en el art. 2.1 RDLey 28/2012 constituía una decisión ciertamente polémica si se atiende a dos aspectos fundamentales. El primero de ellos se conecta con razones de oportunidad política, ya que apenas cinco meses atrás la Ley 2/2012, en desarrollo de lo previsto por el RDLey 20/2011, contempló que las pensiones subirían un 1 por 100, lo que implícitamente incluía también la compensación de la ya entonces más que previsible desviación de esa cifra respecto de la evolución del IPC desde noviembre de 2011 al mismo mes de 2012. Finalmente, el dato de la inflación de referencia fue del 2,9 por 100, por lo que los pensionistas se quedaban sin el abono en un pago único de la diferencia existente: un 1,9 por 100 de la cuantía de la pensión<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Al respecto, ampliamente SUÁREZ CORUJO, B., *El sistema público de pensiones. Crisis, reforma y sostenibilidad*, Valladolid, Lex-Nova, 2014; MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas*, Madrid, Tecnos, 2014.

El segundo de los elementos controvertidos cabe situarlo en el plano jurídico ya que la adopción de dicha medida planteaba importantes dudas de constitucionalidad. De hecho, se planteó de forma inmediata un recurso de inconstitucionalidad contra el art. 2.1 RDLey 28/2012. Con anterioridad a la decisión del máximo intérprete de la Constitución recayeron algunas sentencias de los Juzgados de lo social que han entrado a resolver demandas planteadas con el objetivo, de un lado, de que se reconozca el derecho al abono de la paga única compensatoria por el desvío del IPC durante el año 2012 y, de otro, que se declare el derecho a que la revalorización correspondiente al año 2013 se aplique sobre una pensión incrementada en un 2,9 por 100 en lugar de un 1 por 100<sup>16</sup>. También en suplicación ha recaído algún pronunciamiento entrando a resolver estas cuestiones<sup>17</sup>.

La suspensión de la actualización de las pensiones en su modalidad contributiva para 2012 planteaba la duda de su encaje en el conjunto de garantías constitucionales. El primero de los problemas de constitucionalidad se conectaba con una eventual vulneración del art. 86.1 CE ya que se podría llegar a apreciar la falta de concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad para poder dictar el RDLey 28/2012. Otra de las cuestiones que podían servir para declarar la inconstitucionalidad de aquella medida se centraba en el incumplimiento del principio de suficiencia económica conforme a los arts. 41 y 50 CE. El tercero de los interrogantes en materia constitucional se vinculaba con la posible infracción de los tres principios consagrados en el art. 9.3 CE. Finalmente, el cuarto de los motivos de inconstitucionalidad de la suspensión de la actualización de las pensiones era la posible existencia de una discriminación indirecta por razón de la edad conforme a lo previsto por el art. 14 CE.

El problema de la interdicción de la irretroactividad de las normas jurídicas contenida en el art. 9.3 CE se constituye en el verdadero dilema a resolver respecto a la incidencia que en este punto presenta la medida de suspensión de la actualización de las pensiones decretada por el Gobierno. En otras palabras, la estimación o desestimación de la constitucionalidad de dicha decisión se apoya en un concreto motivo, a saber, la negación (o no) del carácter retroactivo del art. 2.1 RDLey 28/2012. Pese a los argumentos esgrimidos de un lado —recurrentes— y de otro —voto particular—, el TC en su sentencia de 5 marzo de 2015 opta por considerar en este punto que cuando se dictó el RDLey 28/2012 los pensionistas sólo tenían una mera expectativa de derecho a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto, negando la existencia de derechos consolidados cuando se aprobó aquella norma. Y así, a juicio del TC, la remisión que los arts. 48.1.2 TRLGSS y 27.1 del Real Decreto 670/1987 realizan a la Ley de Presupuestos no debe entenderse como un mero apunte contable, de manera que la citada Ley debe limitarse a aprobar el crédito presupuestario correspondiente para hacer frente al pago de la diferencia del IPC en el ejercicio económico siguiente. Según el criterio del TC, si esto fuera así no hubiera sido necesario hacerlo constar expresamente en la Ley, pues la necesidad de aprobar la correspondiente partida de gastos en los presupuestos del Estado se deriva de la obligación de pago antes del 1 de abril del ejercicio económico siguiente. Luego si en este caso el legislador se remite expresamente a ella es porque

<sup>16</sup> Ha reconocido dichos derechos la SJS núm. 4 San Sebastián 6 junio 2013 (AS2013, 1755). En contra, entre otras, las SSJS núm. 2 Palma de Mallorca 11 marzo 2014 (AS2014, 790) y núm. 31 Madrid 11 de julio 2013.

<sup>17</sup> STSJ Castilla La-Mancha 25 noviembre 2014 (AS2015, 291).

ha querido otorgar a esa remisión unos efectos que van más allá de la mera obligación de consignar en la misma la correspondiente partida de gastos. La remisión, según el TC, supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización de la revalorización en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento existentes. En definitiva, la STC 49/2015, de 5 de marzo termina avalando la constitucionalidad del RDLey 28/2012 que dejó sin efecto la actualización de las pensiones en relación con el Índice de Precios al Consumo pese a que los arts. 48 LGSS/1994 y 27 Real Decreto 670/198 lo garantizaban.

La segunda de las medidas contempladas en la Ley 23/2013 era el denominado como Índice de Revalorización. Como se sabe, el art. 48 TRLGSS concreta la revalorización periódica de las pensiones, mandatada en el artículo 50 CE, mediante su actualización de acuerdo con el Índice de Precios al Consumo previsto. Pues bien, a juicio del legislador, tal vinculación ha venido siendo cuestionada como consecuencia de los problemas de índole demográfica y económica que el sistema presenta: se hace hincapié en la influencia que tiene en nuestro sistema de reparto la tasa de dependencia y en la necesidad de garantizar a medio y largo plazo el equilibrio económico financiero del sistema de la Seguridad Social. Se citan como apoyos para la adopción de la citada medida tanto las orientaciones contenidas en el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2011, en el que se preveía la posibilidad de utilizar otros índices de revalorización basados, entre otros, en el crecimiento de los salarios, la evolución de la economía o el cómputo de las cotizaciones a la Seguridad Social; como la propuesta realizada por el CES en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley sobre Actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (posterior Ley 27/2011) determinando, a su vez, que en la futura concreción del factor de sostenibilidad cabría contemplar, además, otras variables determinantes de la sostenibilidad del sistema de pensiones, como las relacionadas con la actividad económica, la evolución del empleo, o la participación laboral.

La introducción de estabilizadores automáticos de esta naturaleza en el marco de los sistemas de pensiones se ha justificado en base a la idea de ampliar el objetivo del factor de sostenibilidad para proteger al sistema del riesgo del ciclo económico y de otros riesgos demográficos más allá del aumento de la esperanza de vida. Se considera que la vinculación automática, con algunos límites, de la revalorización de las pensiones no mínimas al balance financiero del sistema contributivo resolvería en gran parte el problema de sostenibilidad de nuestro sistema de pensiones ya que introducir un índice de estas características siguiendo esta filosofía supone vincular las pensiones a variables como el empleo o el crecimiento del PIB, que están en la base de los ingresos del sistema de reparto, dando mayor estabilidad financiera al sistema<sup>18</sup>. Se suelen poner como ejemplos los casos de Suecia y Alemania, que son los que aplican dichos mecanismos de equilibrio. Así, en el primer supuesto, si los pasivos superan a los activos se pone en marcha un mecanismo automático de estabilidad financiera que reajusta a la baja la indexación de las pensiones. Si en los años sucesivos se corrige dicha tendencia, se procede a la recuperación de la pérdida experimentada en períodos con déficit. En el

<sup>18</sup> MENEU *et alii*, "El Factor de Sostenibilidad: Diseños alternativos y valoración financiero-actuarial de sus efectos sobre los parámetros del sistema", *Economía Española y Protección Social*, núm. 5, 2013, p. 92.

caso de Alemania, uno de los factores que afecta a la revalorización de las pensiones es la relación entre cotizantes y pensionistas. Existe un sistema de puntos mediante el cual el valor de cada punto de pensión, que depende básicamente del crecimiento salarial, se ajusta por la evolución del ratio antes mencionado sin que pueda dar lugar a una revalorización negativa; en períodos bajos del ciclo económico las revalorizaciones son inferiores al crecimiento salarial y ello se compensa si el ratio cotizantes-pensionistas mejora en el futuro<sup>19</sup>.

En la justificación de la incorporación de este estabilizador automático en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra una crítica evidente al modo en que a día de hoy se ha llevado a cabo la revalorización de las pensiones y, especialmente, a la incidencia que la misma tiene sobre el gasto en pensiones. Se considera que dicha revalorización depende en todo momento de un factor (el IPC) que no atiende a los desafíos estructurales del sistema de financiación, dado que no toma en cuenta de forma adecuada las variables del ciclo económico que pueda estar afectando al equilibrio de las pensiones públicas, haciendo depender dicha decisión de un criterio político. Sobre esto último, se vuelve a insistir, como en el caso del factor de sostenibilidad, de la absoluta e imperiosa necesidad de que dicho factor quede desvinculado de la acción política. Incluso se llega a presentar el mismo como "el súmmum de la generosidad para con los pensionistas"<sup>20</sup>. Se comprueba, además, que la forma de llevar a cabo las revalorizaciones hasta ahora ha tenido una notable contribución al aumento de las pensiones entre el año 2000 y el 2012. Concretamente, la revalorización elevó el gasto en pensiones en un 45 por 100 en este periodo, una subida ligeramente inferior a la que hubiera ocurrido de actualizarse todos los años con la inflación.

Desde luego, la revalorización o indexación de las cuantías de las pensiones forma parte de las medidas que se pueden adoptar del lado de los gastos favoreciendo su contención dependiendo de cómo se configure en cada momento. Y así, sobre este particular no han faltado propuestas para diseñar dicho índice alternativamente a como se estaba haciendo, pero de manera general la mayoría de ellas tomaban como referencia el IPC. Por ejemplo, se ha podido llegar a considerar la posibilidad de efectuar una revisión automática de las pensiones en el caso de que el IPC observado fuese inferior al programado, así como tomar un índice de precios de referencia, construido a partir de una cesta representativa, que se ajuste mejor al poder adquisitivo de los pensionistas. Algunos autores estimaron que una revalorización de las pensiones según la variación del IPC -0,5% retrasaría en tres ejercicios la aparición del déficit en la Seguridad Social y contribuiría a reducir el gasto en pensiones contributivas en 4,2 puntos de PIB en 2060 respecto a un escenario base sin reformas paramétricas<sup>21</sup>.

Sobre el IPC, por tanto, ha pivotado la actualización de las pensiones hasta la actualidad. Fue la Ley 26/1985 la que incorporó el criterio de vinculación de la revalorización de las pensiones al IPC y

<sup>19</sup> DEVESÀ CARPIO, J. E. et altri, "El factor de sostenibilidad en el sistema de pensiones español: regulaciones alternativas y efectos sobre los jubilados", *Actuarios*, núm. 31, 2012, p. 56.

<sup>20</sup> DE LA FUENTE LAVÍN, M., *El sistema de pensiones en España. Evolución y perspectivas de futuro*, Granada, Comares, 2006, p. 187.

<sup>21</sup> BALMASEDA, M., MELGUIZO, A. y TAGUAS, D.: "Las reformas necesarias en el sistema de pensiones contributivas en España", *Moneda y Crédito*, núm. 222 (2006), pp. 313-340.

posteriormente la Ley 24/1997 la que introdujo la previsión de corrección, en su caso, de la desviación de la revalorización inicial. Esta última norma fue la plasmación de lo que se recogía en la Recomendación número 11 del Pacto de Toledo de 1995, donde se afirmaba que debía garantizarse el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones mediante la revalorización automática de las mismas, en función de la evolución del índice de precios al consumo y a través de fórmulas estables de contenido similar a la aplicada el presente año. Con anterioridad a la aprobación de la Ley 24/1997, el Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social de 1996 contemplaba la revalorización de las pensiones de Seguridad Social en su modalidad contributiva en función del índice de precios al consumo para cada año, así como compensación o absorción para los casos de variación entre el índice previsto y el real. La solución legal adoptada con anterioridad a la nueva propuesta recogida en la Ley 23/2013 se consideraba que cumplía con el mandato del artículo 50 CE de garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Y también con lo previsto en el artículo 41 del mismo texto, que establece para los poderes públicos la obligación de garantizar a todos los ciudadanos, asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad.

El nuevo Índice que se plasma en la Ley 23/2013 y que se ha trasladado al art. 58 TRLGSS surge en un contexto de retoques y ajustes en el ámbito de la revalorización de las pensiones, como se ha apuntado. Desde luego, las medidas adoptadas en los últimos años en el marco de la actualización de las pensiones han allanado el camino para que se termine por imponer un nuevo criterio de revalorización que se aleja de las previsiones contenidas en el Pacto de Toledo y sus sucesivas revisiones. Como se ha apuntado, las reformas acometidas en dicha materia suscitaban no pocas dudas respecto a la que pudiera pasar en el futuro con el sistema de revalorización aplicado en nuestro país desde 1985<sup>22</sup>.

Con el nuevo factor de revalorización anual se introduce una figura que, en verdad, no estaba prevista en la Ley 27/2011 ni tampoco en el Acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones del 2011. El Gobierno, por tanto, ha ido más allá de lo pretendido por el legislador añadiendo un segundo factor de naturaleza muy distinta al contemplado en la reforma de pensiones y, al mismo tiempo, no ha querido contar con el beneplácito de los actores sociales y políticos, más allá de su tramitación parlamentaria, apartándose de la línea seguida hasta ahora en la que la norma legal como su acuerdo previo han tenido el respaldo de los interlocutores sociales. Sobre este particular, el CES en su dictamen al Anteproyecto de Ley ha sido muy crítico con el procedimiento seguido por el Gobierno, lamentando que una medida de consecuencias tan relevantes para las actuales y futuras generaciones de pensionistas se haya apartado de los cauces específicos por los que han discurrido las principales reformas en el ámbito de la Seguridad Social desde mediados de los noventa, la Comisión del Pacto de Toledo y el diálogo social, que tanto han

<sup>22</sup> MONERO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: "Revalorización y actualización de pensiones: La STC 49/2015, de 5 de marzo de 2015", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, N.º Extraordinario, 2016; ERRANDONEA ULAZIA, E.: "Una crítica a la cuantía de las pensiones tras el RDLey 28/2012", *Aranzadi Social* (BIB 2013, 705), p. 14 y TOSCANI, D., "La revalorización de las pensiones en la Ley 23/2013 y su constitucionalidad", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2014.

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

coadyuvado a brindar estabilidad y seguridad en el futuro a los pensionistas, contribuyendo a que el sistema público de pensiones y —por ende— la Seguridad Social figure entre las instituciones más valoradas por los ciudadanos.

El artículo 7 de la Ley 23/2013 define en la actualidad el nuevo Índice, modificando el art. 48 LGSS/1994, de modo que las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, incluido el importe de la pensión mínima, serán incrementadas al comienzo de cada año en función del Índice de Revalorización previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Esto mismo contempla el nuevo art. 58 TRLGSS, estableciendo su apartado 2º la fórmula correspondiente.

Dicha fórmula tiene dos componentes, uno primero que establece una variación de la cuantía de la pensión en función de la evolución de los “ingresos-gastos” como si el sistema estuviera en equilibrio, y un segundo componente que trata de equilibrar el sistema aumentando la cuantía de las pensiones si los ingresos ponderados pasados y futuros superan a los gastos, y reduciendo su importe si los gastos ponderados superan a los ingresos. El propio precepto se encarga de precisar que “en ningún caso el resultado obtenido podrá dar lugar a un incremento anual de las pensiones inferior al 0,25 por ciento ni superior a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumo en el periodo anual anterior a diciembre del año t, más 0,50 por ciento”.

Conforme al apartado 3º del art. 48 TRLGSS, para el cálculo de la expresión matemática se considerará el total de ingresos y gastos agregados del sistema por operaciones no financieras (Capítulos 1 a 7 en gastos y 1 a 7 en ingresos del Presupuesto de la Seguridad Social) sin tener en cuenta los correspondientes al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y al Instituto de Mayores y Servicios Sociales. A los efectos de su utilización en el cálculo del Índice de Revalorización, y respecto de las cuentas liquidadas, la Intervención General de la Seguridad Social deducirá de los capítulos anteriores aquellas partidas que no tengan carácter periódico. No obstante, no se incluirán como ingresos y gastos del sistema los siguientes conceptos: primero, de los ingresos, las cotizaciones sociales por cese de actividad de trabajadores autónomos y las transferencias del Estado para la financiación de las prestaciones no contributivas, excepto la financiación de los complementos a mínimos de pensión; segundo, de los gastos, las prestaciones por cese de actividad de trabajadores autónomos y las prestaciones no contributivas, salvo los complementos a mínimos de pensión.

Del conjunto de elementos determinantes de la fórmula del Índice de Revalorización, hay que poner de manifiesto, en línea con lo sostenido por el propio CES, que la mayor parte se basan en estimaciones y previsiones de múltiples variables en el largo plazo, que además de estar sujetas a un alto grado de incertidumbre, muestran un margen de error. Por tanto, en este mecanismo de equilibrio van a ser fundamentales las previsiones que se hagan por los organismos competentes, en concreto, en lo que se refiere a los ingresos y gastos de los años t+1 a t+6 se encargará el Ministerio de Economía y Competitividad que facilitará a la Administración de la Seguridad Social las previsiones de las variables macroeconómicas necesarias para la estimación de los mismos (apartado 4º del art. 58 TRLGSS).

La aplicación de dicho factor se hace depender de unas previsiones donde puede haber cierta controversia y discrecionalidad en su estimación, lo que remite al modo en que serán objeto de

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

corrección a aquellas que sean erróneas. Cabe preguntarse, entonces, qué consecuencias tendrán dichas previsiones erróneas, más allá de que puedan corregirse en el año siguiente. Sobre esto último, el apartado 6º del art. 58 TRLGSS prevé la actuación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, la cual emitirá opinión conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, respecto de los valores calculados para la determinación del índice de revalorización de las pensiones aplicable en cada ejercicio.

Respecto de la fórmula del factor de revalorización anual se ha podido decir que adolece de cierta circularidad en su formulación, dado que para el cálculo de la revalorización de la pensión media hay que estimar precisamente la evolución de esa misma pensión media en una serie de años (según el coeficiente "n" que se elija), precisamente en el cociente del ratio Ingresos/Gastos (pensiones\*pensión media), de que ahí en las previsiones que hagan los organismos oficiales, que se utilizaran para el cálculo de la revalorización, tendrán que considerar alguna previsión (explícita o tácita) sobre la evolución de las pensiones medias en el año de la revalorización y siguientes<sup>23</sup>. Por tanto, los ingresos y gastos estarán condicionados por esa previsión apriorística que se haga de la pensión media<sup>24</sup>. El propio CES echaba en falta, en su dictamen al Anteproyecto, una mayor transparencia en la determinación de la fórmula, para lo cual consideraba necesario que se clarificaran cuáles iban a ser los determinantes concretos de la misma, a fin de no generar confusión y alarma entre los beneficiarios del sistema de la Seguridad Social.

Por lo demás, la fórmula se aplica a todas las pensiones del sistema indiferentemente de su cuantía, sin establecerse ninguna diferenciación entre las pensiones más altas y las mínimas. Conforme a lo expresado en el nuevo art. 58 TRLGSS, se propone una utilización lineal del índice de revalorización para el conjunto de pensiones contributivas del sistema. Ello puede tener consecuencias indeseadas en el marco de la equidad del sistema de pensiones, como ha señalado el CES en el ya mencionado Dictamen al Anteproyecto, ya que en torno al 50 por 100 de las pensiones contributivas se sitúan por debajo de los 650 euros mensuales, y el 27,7 por 100 de las pensiones tienen complementos por mínimo, al no alcanzar la cuantía mínima del sistema. Además, tal y como señala dicho organismo en las observaciones generales, las pensiones desempeñan una importante función como estabilizador automático de la economía en períodos de crisis, como se está haciendo patente en la actualidad. No en vano, de acuerdo con los datos que ofrece la Encuesta de Población Activa del INE, actualmente hay 4,6 millones de hogares en España en los que la fuente principal de ingresos procede de las pensiones. En este sentido, la población pensionista está teniendo un papel decisivo en la economía española y en el mantenimiento de la cohesión social, contribuyendo a paliar las dificultades económicas de las familias. Para evitar precisamente el riesgo de pobreza en el que pueden incurrir los mayores pensionistas, se ha sugerido con razón mantener la revalorización de

<sup>23</sup> RUESGA, S., "Hacia dónde caminar en el futuro del sistema público de pensiones. Una reflexión al hilo del Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad de las pensiones (junio 2013)", *Relaciones Laborales*, núm. 7-8, 2013, p. 123.

<sup>24</sup> ESTRADA, B., "La insoportable levedad del Informe sobre el Factor de Sostenibilidad", *Revista de Derecho Social*, núm. 62, 2013, p. 250.

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

las pensiones mínimas de acuerdo con el IPC ya que, de lo contrario, en una pensión cuyo tiempo medio de abono es de 15 a 20 años, la pérdida de poder adquisitivo real será significativa para todos los pensionistas, pero muy especialmente para las pensiones mínimas donde en la mayoría de los casos, para sus titulares son su única fuente de ingreso o el más importante y sin ella caerían bajo el umbral de la pobreza<sup>25</sup>.

Por lo demás, resulta obligado referirse al hecho de que el nuevo índice no ha afectado a lo dispuesto en el art. 62 TRLGSS en materia de revalorización. Inicialmente, se planteó la duda respecto a si, pese a que el ámbito de aplicación de la medida se restringe a la modalidad contributiva de las pensiones, incluida la mínima, les sería de aplicación indirecta a las no contributivas en virtud del artículo 62. En efecto, dado que la Ley 23/2013 no decía nada al respecto, la interpretación que se hacía era la de considerar que tanto el art. 52 como el 49 LGSS/1994 seguían vigentes<sup>26</sup>. En la actualidad, el apartado 7º del art. 58 TRLGSS establece que el importe de la revalorización anual de las pensiones del sistema “no podrá determinar para estas, una vez revalorizadas, un valor íntegro anual superior a la cuantía establecida en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, sumado, en su caso, al importe anual íntegro ya revalorizado de las otras pensiones públicas percibidas por su titular”. En el caso de las pensiones no contributivas, no hay variaciones con la entrada en vigor de la reforma. De esta forma, el art. 62 TRLGSS establece que las pensiones no contributivas serán actualizadas en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, “al menos, en el mismo porcentaje que dicha ley establezca como incremento general de la pensiones contributivas de la Seguridad Social”.

Por el contrario, la Ley 23/2013 sí mencionaba expresamente la incidencia que el nuevo índice de revalorización iba a tener en el marco del Régimen de Clases Pasivas. Por tal motivo, se procede a dar una nueva redacción al art. 27.1 RDLegislativo 670/1987, de 30 de abril, texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, donde se señala lo siguiente: “las pensiones de clases pasivas, incluido el importe de pensión mínima, y los haberes reguladores aplicables para la determinación de la cuantía de las mismas serán incrementados al comienzo de cada año, en función del índice de revalorización previsto para las pensiones en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado”.

Esta referencia a la Ley de Presupuestos nos permite comprobar seguidamente cómo se ha ido concretando el índice de revalorización en la norma presupuestaria. Y así, La Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 reguló a través de su Título IV, bajo la rúbrica de las pensiones públicas, arts. 37 y siguientes, la revalorización de las pensiones del sistema, estableciendo una revalorización del 0,25 por 100. Tal porcentaje se aplicó no solo a las pensiones abonadas por el sistema público de Seguridad Social, sino además a las pensiones de clases pasivas. El art. 37 de la Ley estableció respecto a la revalorización de las pensiones: “las pensiones

<sup>25</sup> TOSCANI, D.: “La revalorización las pensiones en la Ley 23/2013 y su constitucionalidad”, *Relaciones Laborales*, núm. 2 (2014), p. 7.

<sup>26</sup> CEA AYALA, A.: “El nuevo modelo de revalorización de las pensiones del sistema de Seguridad Social”, *Diario La Ley*, núm. 8253, 2014, p. 11. En la misma línea, GONZÁLEZ ORTEGA, S. “El nuevo régimen de revalorización de las pensiones”, *Relaciones Laborales*, núm. 5 (2014), p. 174.

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

abonadas por el sistema de la Seguridad Social, así como de clases pasivas, experimentarán en 2014 con carácter general un incremento del 0,25%, en los términos que se indican en los artículos correspondientes de esta Ley".

Por otro lado, el RD 1045/2013, de 27 de diciembre, se ocupó de desarrollar las previsiones legales anteriores en materia revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, incluyendo el límite máximo y las cuantías mínimas, y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio de 2014. El art. 3 de la norma, como importe general de la revalorización, fijó el 0,25 por 100, aplicable a las cuantías mínimas de las pensiones contributivas, a las pensiones no contributivas además de a las pensiones no concurrentes del SOVI. Además, el RD 1043/2013, de 27 de diciembre se encargó de hacer lo mismo en el ámbito de las pensiones de clases pasivas para el año 2014, contemplando la revalorización de este tipo de pensiones para el año 2014, con una revalorización general del 0,25 por 100. Este índice operó también con respecto a la asignación económica de protección familiar por hijo o menor acogido a cargo mayor de 18 años, afectado de un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100.

En la misma línea, la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 reguló la revalorización de pensiones del sistema, estableciendo una revalorización del 0,25 por 100. Tal porcentaje se aplicó no sólo a las pensiones abonadas por el sistema público de Seguridad Social, sino además a las pensiones de clases pasivas. Por otro lado, el RD 746/2016, de 30 de diciembre se ocupó de desarrollar las previsiones legales anteriores en materia de revalorización. Hasta el año 2018 se siguió aplicando el mismo porcentaje de revalorización general.

La aprobación del nuevo índice de revalorización, que suponía una desvinculación definitiva de las pensiones respecto del IPC, mereció un profundo rechazo ya que el mismo suponía, en línea con lo sostenido por el CES, una pérdida de poder adquisitivo de las pensiones. Tal y como estaba configurado este mecanismo parecía pensado no tanto para garantizar que los jubilados pudieran atender de forma adecuada los aumentos del coste de la vida sino más bien como una técnica para cumplir con los requerimientos de corte presupuestario del sistema de pensiones. El propio Gobierno, en la Memoria de Impacto Normativo que acompañaba al Anteproyecto de Ley, hacía sus cálculos respecto a cómo la aplicación del Factor de Sostenibilidad junto con la indexación de las pensiones considerando los límites propuestos iba a producir en los próximos años una reducción de los desequilibrios del sistema de Seguridad Social. La reducción anual estimada podía alcanzar, según cálculos del Gobierno, los -809,60 millones de euros en 2014, estabilizándose en torno a los 5.000 millones de euros anuales en el periodo 2019-2022.

Siendo este aspecto importante, no cabe ninguna duda de que el derecho de revalorización de las pensiones iba a sufrir una merma considerable al funcionalizarlo y someterlo a la disponibilidad presupuestaria. Ello nos lleva a pensar que está presente también una estrategia de contención del gasto público vía reducción de la cuantía de las pensiones en términos reales. Hay que tener en cuenta que, en línea con lo señalado por el CES en su dictamen al Anteproyecto, la introducción de este índice podría significar que, aunque las circunstancias económicas evolucionen favorablemente y se vayan obteniendo superávit en los próximos años, difícilmente las revalorizaciones de

pensiones superarían el tope mínimo, es decir, el 0,25 por 100, ya que, posiblemente, se neutralicen éstos con los déficit obtenidos anteriormente. Esto daría lugar a una disminución significativa de la pensión en términos reales, por lo que, a juicio del CES, sería conveniente establecer algún elemento adicional de corrección que permita modular el índice y, en caso de obtención de superávit, proporcione una actualización que preserve el poder adquisitivo.

Ante esta situación, en 2018, se opta por adoptar una nueva norma, el RDLey 28/2018, de 28 diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo. En dicha norma se establecía que se dejaba de aplicar lo dispuesto en los artículos 58 TRLGSS y 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado. Ello suponía que para el año 2019 la revalorización de las pensiones se iba a llevar a cabo de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 del RD-Ley, de modo que se dejaba de aplicar el Índice de Revalorización Anual. En dicho precepto se disponía una revalorización indexada a la previsión de IPC (1,60 por 100). De igual modo, para 2020 se dejó de aplicar el Índice de Revalorización Anual y para el 2021, la Disposición Adicional 48 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado ha previsto, igualmente, la suspensión de dicho índice: en concreto. “la revalorización de las pensiones se realizará de acuerdo con lo establecido en el título IV y disposiciones concordantes de esta ley, no siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 58 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y en el artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado”.

Estas últimas decisiones, consistentes en suspender el Índice de Revalorización Anual previsto en la Ley 23/2013, y volver al sistema de revalorización anterior atienden de forma coherente lo establecido en la recomendación 2 del Informe del Pacto de Toledo de 2020.

En cuanto la “mejora” de las pensiones conviene recordar que no es una opción discrecional del legislador, sino un mandato imperativo que se infiere del mismo bloque normativo regulador del sistema público de pensiones (artículos 41 y 50, en conexión necesaria con los artículos 10.2 y 93 a 96 de nuestra Norma Fundamental en el marco del sistema internacional multinivel de garantía de los derechos de Seguridad Social). La contundencia de los mandatos constitucionales es expresiva de ello, cuando el artículo 41 CE establece que “Los poderes públicos *mantendrán* un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que *garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad [...]*”, por lado, y por otro, cuanto el artículo 50 CE —que forma parte del mismo bloque o grupo normativo regulador— dispone que “Los poderes públicos *garantizarán*, mediante pensiones *adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica* a los ciudadanos durante la tercera edad”.

Conviene tener en cuenta que el mandato constitucional e internacional de “mejorar” las pensiones no se agota con el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, puesto que la obligación de mejora de las pensiones se obtiene por un doble cauce: 1º. A través de la “revalorización” encaminada a mantener el poder adquisitivo; y 2º A través la mejora del “ideal de cobertura” en las pensiones en términos de mayor intensidad protectora y perfeccionamiento de su ámbito objetivo y subjetivo. Ello se vincula al principio de progresividad de los derechos de Seguridad Social para proteger a las personas conforme a la evolución cambiante del sistema de necesidades sociales Result-

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

ta especialmente expresivo el artículo 12 ("Derecho a la Seguridad Social") de la Carta Social Europea Revistada (Estrasburgo, 3.V. 1996) al establecer que "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social, las Partes se comprometen: 1.º a establecer o mantener un régimen de seguridad social; 2.º a mantener el régimen de seguridad social en un *nivel satisfactorio*, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social; 3.º a esforzarse por elevar progresivamente el *nivel* del régimen de seguridad social [...]"<sup>27</sup>. La Recomendación 2 del Pacto de Toledo de 2020 subyace esa doble dimensión de la obligación de "mejora de las pensiones".

En el ámbito de los "silencios" de la Recomendación 2 se echa en falta una previsión de medidas acerca de cómo valorizar las pensiones que estén en el umbral de la pobreza<sup>28</sup>.

Finalmente, en el ámbito legal se opera un giro radical con el Real Decreto 46/2021, de 26 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2021. La Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, contiene, dentro de su título IV, los criterios de revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social para dicho ejercicio, y prevé su revalorización en un 0,9 por ciento. De acuerdo con tales previsiones legales, este real decreto establece una revalorización general de las pensiones y otras prestaciones abonadas por el sistema de la Seguridad Social, así como de Clases Pasivas del Estado, del 0,9 por ciento, siendo el porcentaje del 1,8 por ciento en el caso de las pensiones no contributivas. Asimismo, queda suspendida la aplicación de lo dispuesto en el artículo 58 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, y en el artículo 27 del texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, de conformidad con la disposición adicional cuadragésima octava de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre. Igualmente, se fija una revalorización del 0,9 por ciento de las cuantías mínimas de las pensiones de Clases Pasivas y de las pensiones del sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, así como de las pensiones no concurrentes del

27 MONERO PÉREZ, J. L.: "Derechos a la Seguridad Social (Artículo 12)", en VV.AA: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, (Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L., Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2017, págs. 629-659; MONERO PÉREZ, J. L.: "El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 de la Constitución)", en VV.AA: *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España*, (Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N., Dirs.), Granada, Comares, 2002, págs. 1425-1524. Para el juego del principio de progresividad en el marco de los principios que informa el estándar mundial de derechos sociales fundamentales, puede consultarse MONERO PÉREZ, J. L.: "Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales", en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 45 (2017). El artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), con rango de Tratado Internacional, establece que: "[...] cada uno de los estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos". Lo cual remite a la mejora de los niveles de protección, al su desarrollo progresivo en el sentido de mayor extensión y protección y régimen de garantías.

28 En realización a esto último, MONERO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, n.º 25, 4.º Trimestre (2020), pág. 17.

extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez. También se fijan en este real decreto las reglas y el procedimiento para efectuar la revalorización y el sistema de reconocimiento de complementos por mínimos en las pensiones de Clases Pasivas y en las pensiones de la Seguridad Social. En definitiva, mediante este real decreto se da cumplimiento a través de las mencionadas medidas a aquellas previsiones legales, en orden a facilitar su rápida aplicación en beneficio de los colectivos afectados (artículos 3 y siguientes del Real Decreto 46/2021).

## 3. EL MODELO LEGAL DE PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

El modelo de regulación legal vigente de las pensiones privadas es el resultado de intervenciones normativas de diferente signo adoptadas en momentos históricos distintos. Sobre este particular, ya se ha dado cuenta más arriba de los procesos legislativos más importantes que han tenido como resultado el modelo legal de PSC vigente. Del lado de los planes y fondos de pensiones, nos encontramos con una legislación específica que en la actualidad está conformada por el RD-Leg. 1/2002, de 29 de diciembre (TRLPFP) y su pertinente desarrollo reglamentario contenido en el RD 304/2004, de 20 de febrero (RPFP). Del resto de instrumentos de previsión social, conviene destacar el RD-Leg. 6/2004, de 29 de octubre (TRLOSSP).

El vigente es un modelo legal de pensiones privadas complementarias más o menos acabado que ha tenido cierta estabilidad en los últimos años, pero que, a tenor de las dificultades para generalizar la PSC entre los ciudadanos, sobre todo en el sentido de que los instrumentos que la conforman se constituyan en verdaderos mecanismos de complementación de las pensiones públicas, ha vuelto a ser objeto de importantes retoques. Se trata de cambios puntuales, pero todos ellos se orientan en la misma dirección que siempre: la de propiciar la extensión de dichos mecanismos. Y con la nueva reforma impulsada por el Pacto de Toledo de 2020 puede operarse un giro estratégico de envergadura, todavía por definir y regular legalmente, a saber, la previsión de un fondo de pensiones público (el cual, por cierto, encuentra plena acogida en el artículo 41 CE, siempre que sea estrictamente complementario y no sustitutivo del sistema público de pensiones).

En principio la Recomendación 16, relativa a los “Sistemas complementarios” es continuista en relación incluso a la primera versión del Pacto de Toledo (1995), quizás salvo el mayor énfasis ahora en promover legalmente, de forma preferente, los sistemas sustentados en el marco de la negociación colectiva, *de empleo* (“planes del sistema de empleo”), que integran el denominado segundo pilar del modelo de pensiones, y que prioritariamente habrán de ser sin ánimo de lucro. En efecto, conforme a la referida Recomendación 16: “Sin cuestionar la centralidad del sistema público de pensiones basado en un régimen financiero de reparto, el artículo 41 de la Constitución ampara el desarrollo de sistemas complementarios de carácter voluntario que, en línea con los países de nuestro entorno europeo, se articulan como mecanismos de naturaleza mixta. En su dimensión económico-financiera, son instrumentos de ahorro a medio y largo plazo para los trabajadores y herramienta de inversión

bajo tutela de los poderes públicos. Pero también tienen como objetivo complementar —en ningún caso sustituir— las pensiones públicas. Consciente del insuficiente e insatisfactorio recorrido que estas fórmulas han tenido hasta la fecha, la Comisión reafirma su apuesta por impulsar su implantación efectiva, atendiendo a la recuperación de los salarios y al fortalecimiento de la negociación colectiva, para lo que mantiene la recomendación de dotar de estabilidad al actual modelo de previsión social complementaria. En esta línea, la Comisión subraya la necesidad de impulsar, de forma preferente, los sistemas sustentados en el marco de la negociación colectiva, de empleo, que integran el denominado segundo pilar del modelo de pensiones, y que prioritariamente habrán de ser sin ánimo de lucro. Estas entidades deben permitir desarrollar un sistema de aportaciones suficiente, eficaz y duradero, en un porcentaje de la base de contingencias comunes u otros criterios objetivos, y con fórmulas específicas de apoyo a los salarios más bajos o a las carreras profesionales más vulnerables, incorporando la solidaridad en determinadas contingencias. En dicho sentido, el esfuerzo de trabajadores y de empresas debe ser adecuado, proporcional y sostenido en el tiempo; debe cubrir al menos las contingencias de jubilación, invalidez y fallecimiento; y debería materializarse en entidades que preferentemente abonen complementos en forma de renta. En línea con lo planteado por la AIREF en su evaluación de los beneficios fiscales (julio de 2020) deberá dotarse a dichas entidades de un régimen fiscal y jurídico adecuado y diferenciado, mejorando el existente en la actualidad y entendiendo que en ningún caso dichos sistemas de ahorro puedan ser considerados como meros productos financieros. Asimismo, esta Comisión llama la atención sobre dos aspectos sustanciales para el funcionamiento de los sistemas complementarios: El establecimiento de un sistema de comunicación veraz y adecuado en relación a los socios o titulares, cuya participación deberá ser periódica; y la necesaria evaluación de los gestores, respecto de sus competencias y de su desempeño en el proceso de generación de los complementos. El tercer pilar estará integrado por los mecanismos de ahorro individual. La gestión de estos mecanismos debe ser más transparente de lo que ha sido hasta ahora, de manera que los costes de administración por las entidades promotoras no comporten rendimientos negativos para los ahorradores; de ello se desprende la necesidad de regular fórmulas más intensas de protección de los ahorros invertidos en este tipo de sistemas complementarios”.

Se indica en el Resumen en relación a la Recomendación 16: Sistemas complementarios, que “Es necesario *impulsar los planes de pensiones de empleo*, sustentados en el marco de la negociación colectiva.” En cuanto al tercer pilar, su gestión debe ser más transparente.

Existe una línea de continuidad en el proceso del Pacto de Toledo y sus sucesivas reformas respecto a la política promocional de la previsión social complementaria, especialmente apostando por el instrumento de los planes y fondos pensiones. Lo hizo la primera versión del Pacto de 1995 y lo vuelve a hacer la última —por el momento— de 2020. En aquella ocasión se recomendaba abordar la ordenación de la previsión social complementaria, potenciándola como elemento de consolidación del modelo de protección social configurado en el artículo 41 de la Constitución Española. Además, se proponía la actualización y mejora de los incentivos fiscales dirigidos a la promoción de dicho sistema complementario, con especial atención a los sistemas colectivos. Y se defendía que se tuviera en cuenta el hecho de que estos instrumentos de previsión constituyen una importante fuente de ahorro a largo plazo, tanto individual como colectivo.

La Recomendación 16 del nuevo Informe del Pacto de Toledo vuelve a insistir en la necesidad de impulsar estos sistemas complementarios de pensiones, pero, en este caso, lo hace desde la sensación de fracaso que hasta ahora han supuesto las medidas adoptadas para su relanzamiento<sup>29</sup>. Se establece, en este sentido, que se ha producido un insuficiente e insatisfactorio recorrido de estos instrumentos que componen la Protección Social Complementaria, de ahí que parece justificado volver a impulsar su implantación efectiva. Esta insistencia en potenciar dichos sistemas viene de lejos, como se ha dicho, dado que se tiene el convencimiento de que pueden constituir verdaderos mecanismos de previsión social que sirvan para complementar las pensiones públicas. Es cierto, por lo demás, que la construcción de los modernos sistemas de Seguridad Social se ha mostrado compatible como los mecanismos complementarios de la protección dispensada a través de la iniciativa privada. La Seguridad Social no pretende anularlos. Es harto significativa, al respecto, la posición de William Henry Beveridge (1879-1963) respecto a que la Seguridad Social no debe impedir los esfuerzos de previsión debidos a la iniciativa privada<sup>30</sup>, y el principio constitucional de libertad de complementación voluntaria de las prestaciones públicas (“las prestaciones complementarias serán libres” —dice el artículo 41 de la Constitución Española—, dando también apertura a la iniciativa privada en ese espacio vital de la complementación voluntaria, siempre que se respete el nivel mínimo y obligatorio consagrado en la acción protectora del Sistema de Seguridad Social)<sup>31</sup>.

Es éste un planteamiento reiterado en los sucesivos Informes, pero la principal novedad que presenta este nuevo Pacto es la idea de que este impulso debe producirse preferentemente a través del apoyo a los mecanismos promovidos a través de la negociación colectiva. Indica la Comisión que se deben apoyar, de forma preferente, “los sistemas sustentados en el marco de la negociación colectiva, de empleo, que integran el denominado segundo pilar del modelo de pensiones”. Es más, se habla de dar prioridad a los instrumentos que no tengan ánimo de lucro. Junto a este aspecto, el Informe, además, considera fundamental abordar una reordenación de los beneficios fiscales de la PSC, dotando a “dichas entidades de un régimen fiscal y jurídico adecuado y diferenciado, me-

<sup>29</sup> Un estudio de la Recomendación 16 del Pacto de Toledo de 2020, en MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “Recomendación 16. Sistemas complementarios. La política del derecho de fomento de los planes de pensiones del sistema de empleo de carácter complementario”, en HIERRO HIERRO, F.J. (Dir. y Coord.) et alii. *Perspectivas jurídicas y económica del “Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020)*, Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021; y asimismo, en un marco analítico más amplio, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: *Los planes y fondos de pensiones: Balance de situación y nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo*, Albacete, Bomarzo, 2021.

<sup>30</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “William Henry Beveridge (1879-1963): La construcción de los modernos sistemas de Seguridad Social”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 4 (2015), págs. 279 y sigs.

<sup>31</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996, espec., págs. 77 y ss., y 84 y ss. (sobre la definición de la Seguridad Social obligatoria básica y “La previsión privada: delimitación de su ‘espacio social’, y la conexión dinámica encomendada por el ordenamiento jurídico al Sistema de Seguridad Social y las instituciones privadas de previsión). Asimismo, este reparto funcional debe de relacionarse con el carácter no sustitutivo y complementario de los planes de pensiones privados respecto de la acción protectora de la Seguridad Social (*Ibid.*, págs. 147 y ss.).

jorando el existente en la actualidad y entendiendo que en ningún caso dichos sistemas de ahorro puedan ser considerados como meros productos financieros”<sup>32</sup>.

La doctrina había insistido en la necesidad lógico-jurídica y de política del Derecho de dar prioridad a los planes de pensiones frente a otros mecanismos de previsión privados (señaladamente, frente a los seguros colectivos) y dentro de ellos a los planes del sistema de empleo (frente a la modalidad de los planes del sistema individual)<sup>33</sup>. En esta dirección se sitúa la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021. En ellos se mantiene el poder adquisitivo de las pensiones para el año 2021, con un incremento de 0,9 % para las contributivas y del 1,8 % para las no contributivas, diferencia justificada por la especial protección a dispensar a los beneficiarios de estas prestaciones por su especial situación de vulnerabilidad (Título IV. “De las pensiones públicas”, artículos 35 y siguientes).

Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, introduce una serie de modificaciones sustanciales de gran envergadura en la ordenación legal de los planes de pensiones (LPFP).

Desde la década de los ochenta el legislador ha ido incentivando fiscalmente los planes de pensiones privados con la idea de mantener el sistema de bienestar social mediterráneo. La misma tendencia sobre la protección fiscal de los planes de pensiones privados se regulaba en la década de los noventa y hasta el 2006, a partir del cual el montante de estos beneficios fiscales experimenta una modificación tanto en las aportaciones como en las percepciones.

En las aportaciones se suprime la reducción de las aportaciones del promotor en los planes de pensiones de empresas y posteriormente se restringe el exceso de aportaciones que podían ser reducibles para las personas físicas mayores de 52 años, aludiendo el legislador que la economía estaba en un ciclo ascendente y ya no era necesario este privilegio fiscal para este estrato de población.

Desde el lado de las percepciones se suprime la bonificación del 40 por ciento para el rescate de los derechos consolidados siempre que éstos se hagan en forma de capital.

Con estas modificaciones se palía parcialmente la lesión de facto al principio de capacidad económica de este tipo de beneficios fiscales dirigidos a fomentar el ahorro a largo plazo para complementar, “preferentemente a los sujetos que mayores rentas tienen” la pensión contributiva de carácter público.

Esta regulación fiscal de este beneficio fiscal se modifica de nuevo con la Ley de Presupuestos Generales del Estado. En tal sentido se modifica la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto

<sup>32</sup> MONERO PÉREZ, J.L.y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: *Los planes y fondos de pensiones: Balance de situación y nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo*, Albacete, Bomarzo, 2021.

<sup>33</sup> MONERO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: *Planes y Fondos de Pensiones: propuestas de reforma*, Documento de Trabajo, Madrid, Fundación Alternativas, núm. 137, 2008: MONERO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: “El modelo legal de pensiones privadas: orientaciones y propuestas de reforma en clave progresista”, en VV.AA.: *El sistema público de pensiones de jubilación. Desafíos y respuestas*, FRADES, J. (Coord.), Madrid, Fundación Largo Caballero&Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2011.

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio:

«Artículo 52. *Límite de reducción.*1. Como límite máximo conjunto para las reducciones previstas en los apartados 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 51 de esta Ley, se aplicará la menor de las cantidades siguientes:

- a. El 30 por 100 de la suma de los rendimientos netos del trabajo y de actividades económicas percibidos individualmente en el ejercicio.
- b. 2.000 euros anuales.

Este límite se incrementará en 8.000 euros, siempre que tal incremento provenga de contribuciones empresariales.

Las aportaciones propias que el empresario individual realice a planes de pensiones de empleo o a mutualidades de previsión social, de los que, a su vez, sea promotor y partícipe o mutualista, así como las que realice a planes de previsión social empresarial o seguros colectivos de dependencia de los que, a su vez, sea tomador y asegurado, se considerarán como contribuciones empresariales, a efectos del cómputo de este límite. Además, 5.000 euros anuales para las primas a seguros colectivos de dependencia satisfechas por la empresa.»

La modificación tributaria en la LPGE corrige aún más la regresividad de este tipo de beneficio fiscal sin que se modifique la tributación en cuanto a sus percepciones, que lógicamente se someterán al tipo marginal de la tarifa tributaria del IRPF.

Parece que es acertado por el Gobierno haber propuesto el mantenimiento de los beneficios fiscales para los planes de pensiones de empresas o para los planes de previsión empresarial porque sin duda el trabajador se va a sentir más motivado en la productividad de la empresa porque le está financiado de forma complementaria su pensión pública, sin embargo, en mi opinión esta medida presupuestaria no va a ser efectiva en estos momentos de crisis económica debido a que el 95 por ciento del tejido empresarial español está compuesto por pequeñas y medianas empresas las cuales están pasando dificultades de tesorería y que sin duda, no podrán hacer frente a esta economía de opción que repercutiría positivamente tanto al empleador como al empleado.

Tres. Se modifica la disposición adicional decimosexta, que queda redactada de la siguiente forma:

«Disposición adicional decimosexta. *Límite financiero de aportaciones y contribuciones a los sistemas de previsión social.*

El importe anual máximo conjunto de aportaciones y contribuciones empresariales a los sistemas de previsión social previstos en los apartados 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 51, de la disposición adicional novena y del apartado dos de la disposición adicional undécima de esta Ley será de 2.000 euros anuales.

Este límite se incrementará en 8.000 euros, siempre que tal incremento provenga de contribuciones empresariales.

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

Las aportaciones propias que el empresario individual realice a planes de pensiones de empleo o a mutualidades de previsión social de los que, a su vez, sea promotor y partícipe o mutualista, así como las que realice a planes de previsión social empresarial o seguros colectivos de dependencia de los que, a su vez, sea tomador y asegurado, se considerarán como contribuciones empresariales, a efectos del cómputo de este límite.

Además, para seguros colectivos de dependencia contratados por empresas para cubrir compromisos por pensiones, se establece un límite adicional de 5.000 euros anuales para las primas satisfechas por la empresa.»

La LPGE para 2021 establece una *política de Fomento selectivo* de los “fondos de pensiones públicos empleo. En efecto, conforme a la Disposición adicional cuadragésima. Promoción de fondos de pensiones públicos de empleo.

Se indica que en el plazo máximo de doce meses, *el Gobierno presentará un proyecto de Ley sobre fondos de pensiones públicos de empleo en el que se atribuya a la Administración General del Estado capacidad legal para su promoción*. La Recomendación 16, relativa a los “Sistemas complementarios”, viene a reconocer que las fórmulas complementarias privadas —subvencionadas fiscalmente— empleadas hasta ahora como instrumentos de ahorro y de inversión de los recursos acumulados han sido insuficientes e insatisfactorias; a añadir también deficientes en términos de equidad. Partiendo de ello y que el objetivo es complementar —no es sustituir— las pensiones públicas, recomienda, entre otras cuestiones, impulsar de forma preferente los planes de pensiones de empleo, sustentados en el marco de la negociación colectiva. Ello ha de ser así porque dichos planes del sistema de empleo son los verdaderos regímenes complementarios profesionales para los que estaba pensada originariamente la redacción del art. 41 de la Constitución, es decir, instrumentos complementarios de previsión colectiva como son planes privados de pensiones del sistema de empleo<sup>34</sup>. Esta propuesta fue defendida con entusiasmo por los representantes del Partido Nacionalista Vasco, quizás por su larga experiencia en Entidades de Previsión Voluntaria impulsadas por el Gobierno Vasco como complemento de las pensiones públicas de base. Tienen como singularidad que el trabajador y empresa abonan a parte iguales una cuota y tiene carácter obligatorio. Pues la Ley de Presupuestos generales avanza en esa idea y da un paso más hacia la creación de un “fondo de pensiones público”, que actuaría como un segundo nivel complementario dentro del sistema global de pensiones públicas y privadas<sup>35</sup>. La idea-fuerza explícita del “fondo de pensiones público” es la de ampliar la cobertura subjetiva de los planes de pensiones de empleo a través de la articulación de una política del Derecho típicamente calificable de “fomento” público institucional.

<sup>34</sup> En este sentido MONERO PÉREZ, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996; MONERO PÉREZ, J.L.: “El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 de la Constitución)”, en VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002, págs. 1425-1524.

<sup>35</sup> MONERO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, nº 25, 4º Trimestre (2020), págs. 13 y sigs., en particular págs. 26-27.

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

Los fondos de pensiones públicos de empleo serán de carácter abierto en relación con los procesos de inversión desarrollados y tendrán las siguientes características:

- a. Se trata de un fondo de pensiones de promoción pública. Podrán adscribirse a estos fondos de pensiones de promoción pública los planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para la jubilación que así lo establezcan en sus especificaciones; y, por defecto, los planes de pensiones de la modalidad de empleo que no determinen un fondo de pensiones específico concreto. Igualmente, estos fondos de pensiones públicos podrán canalizar inversiones de otros fondos de empleo que así lo decidan con un nivel de gastos que incentive la competencia en el sector.
- b. Gestión financiera privada —sin perjuicio de la titularidad pública del fondo objeto de gestión indirecta— sujeta a un principio de transparencia y un régimen de control y supervisión. El proceso de selección de las entidades gestora y depositaria del fondo se hará a través de concurso competitivo abierto.
- c. Sometimiento a una Comisión de control institucional. Los fondos de pensiones públicos de empleo estarán regidos por una comisión de control. La política de inversiones del fondo de pensiones, aprobada por la comisión de control, se hará constar en escritura pública y no podrá ser modificada, salvo con autorización expresa otorgada por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Hay que entender que en dicha comisión de control hay que garantizar la representación de los sujetos interesados y señaladamente de los partícipes y beneficiarios conforme al Real Decreto-Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre<sup>36</sup>.
- d. Derecho de veto del Ministerio sobre decisiones de inversión y entidades gestora y depositaria. El Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones tendrá derecho de veto en relación con las decisiones de la comisión de control del fondo que afecten a la estrategia de inversión, así como a la sustitución de las entidades gestora y depositaria.
- e. Se regularán procedimientos simplificados para la integración de los planes de pensiones de empleo en los fondos de pensiones públicos de empleo.
- f. Podrá preverse la integración de planes de pensiones asociados de trabajadores autónomos.

Se modifica la letra a) del apartado 3 del artículo 5, que queda redactada de la siguiente forma: «Artículo 5. *Principios básicos de los planes de pensiones.* [...] a) El total de las aportaciones y contribuciones empresariales anuales máximas a los planes de pensiones regulados en la presente Ley no podrá exceder de 2.000 euros. Este límite se incrementará en 8.000 euros, siempre que tal incremento provenga de contribuciones empresariales. Las aportaciones propias que el empresario individual realice a planes de pensiones de empleo de los que, a su vez, sea promotor y partípice, se

<sup>36</sup> MONERO PÉREZ, J.L.: "Instituciones de control y gestión de los planes y fondos de pensiones (las formas de participación de los interesados en la gestión de estos sistemas de previsión voluntaria)", en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 48 (1991), págs. 545-599.

considerarán como contribuciones empresariales, a efectos del cómputo de este límite.» El resto del artículo permanece con la misma redacción.

El sistema de pensiones español se define a partir del mandato contenido en el artículo 41 de la Constitución Española (en adelante CE). En dicho precepto se enuncia la existencia de un régimen público y obligatorio de protección de las necesidades sociales que conformaría lo que históricamente se ha denominado Seguridad Social. Junto a ésta, el propio texto constitucional alude a la posibilidad de complementar las prestaciones dispensadas por el sistema público a través de la iniciativa privada.

Esta forma de articular la protección social a través de un sistema público y obligatorio, por un lado, y a través de otras fórmulas de previsión de carácter privadas y voluntarias, por otro, ha servido para diferenciar en nuestro país un sistema de pensiones de tres pilares. El primero de ellos estaría representado por la Seguridad Social, mientras que los otros dos integrarían lo que hoy conocemos como protección o previsión social complementaria. Dentro de ésta, se distingue el segundo pilar, dedicado a los sistemas profesionales de Protección Social Complementaria de carácter colectivo que se dan en el marco de la negociación colectiva de las empresas, del tercer pilar, que agrupa los instrumentos privados e individuales que pueden suscribir las personas directamente con entidades financieras o aseguradoras.

Esta clasificación multipilar no ha sido la que tradicionalmente se ha venido utilizando en el marco de nuestro ordenamiento jurídico. Más bien en nuestro país se ha hecho una distinción entre niveles a la hora de dividir el modelo de protección social. De modo que la protección que se otorga a través de la Seguridad Social se estructuraría en un nivel contributivo o profesional, que dispensa prestaciones sustitutivas en función de lo cotizado y otro, no contributivo y asistencial, que protegería a todos los ciudadanos con independencia de la contribución al sistema. Junto a estos dos niveles, aparece el complementario del sistema público y obligatorio, el cual puede tener carácter interno (público) o externo (voluntario y privado). En este último es donde habría que integrar a los planes y fondos de pensiones a la que nos referiremos a continuación, ya que en el mismo quedarían encuadrados el conjunto heterogéneo de técnicas que participan del objetivo de otorgar protección adicional al régimen público de Seguridad Social.

Es lo cierto que en un caso como en otro se puede apreciar entre la Seguridad Social y la Protección Social Complementaria una nítida distinción respecto tanto a su naturaleza como a sus caracteres. Y así, la primera se caracteriza por la obligatoriedad, en el sentido de que ésta no representa un mecanismo voluntario, de carácter contractual, dado que resulta preceptiva para los sujetos incluidos en su campo de aplicación. Al mismo tiempo, la gestión de sus instrumentos protectores corresponde a los poderes públicos, poniéndose especial énfasis en el carácter de servicio público de la Seguridad Social, y ello con independencia de que se pueda admitir la intervención de sujetos privados en dicha función. Y, en fin, las prestaciones que dispensa tienen naturaleza jurídico-pública, y se caracterizan por constituir un régimen suficiente que atiende situaciones de necesidad previamente delimitadas.

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

Por su parte, la protección social voluntaria, al contrario que la Seguridad Social, se configura sobre la nota de la voluntariedad, cuestión que se proyecta tanto en la implantación de dichos mecanismos, en el que la autonomía privada juega un papel fundamental, como en el acceso a los mismos. Su gestión es normalmente de carácter privada, y ello pese a que la garantía constitucional de libertad en el campo de las prestaciones complementarias contenida en el último inciso del artículo 41 CE no impide una intervención de los poderes públicos en tal sentido. Por último, las prestaciones que otorga el sistema de previsión voluntario obedecen, generalmente, a una lógica contractual-privada, y tienen como finalidad ofrecer una protección adicional a la garantizada suficientemente por el sistema público.

Tanto más relevante es el diverso método de financiación de la Protección Social Complementaria y el propio de la Seguridad Social. El primero, opera bajo fórmulas de capitalización, frente al sistema de reparto, propio de la Seguridad Social. Este último es un sistema por el cual las prestaciones de los beneficiarios son financiadas a través de cotizaciones sociales u otros mecanismos impositivos. No hay, en este supuesto, una acumulación de capital ya que las pensiones son financiadas por las cotizaciones del momento. Asimismo, su funcionamiento obedece a un principio de solidaridad intergeneracional en el sentido de que son los activos los que contribuyen con sus pagos a financiar las pensiones de los pasivos, en el entendimiento de que cuando aquéllos alcancen la edad de jubilación los nuevos activos harán lo mismo. De ahí que se diga que el citado principio tenga carácter permanente al estar sustentado por un contrato social entre generaciones sucesivas. Por otro lado, el sistema de reparto por definición no tiene porqué implicar un mayor grado de redistribución, sin embargo en la práctica los sistemas públicos de pensiones actuales de reparto no se limitan únicamente a proporcionar una pensión que cumpla el equilibrio actuarial con las cotizaciones realizadas, sino que promueven una redistribución sistemática en favor de determinados colectivos mediante la aplicación de reglas de cálculo del importe de la pensión inicial y de su posterior evolución en el tiempo. Finalmente, hay que apuntar que tradicionalmente el sistema de reparto suele ser de pensación definida en el que la cuantía de la pensión se explicita desde el inicio fijándose *ex lege* las reglas de cálculo y los topes mínimos y máximos a percibir.

Por su parte, en el sistema de capitalización las pensiones se abonan a partir de un fondo creado durante un período de tiempo con las aportaciones de los partícipes y con los intereses generados. Por tanto, será necesario que se produzca una acumulación de recursos de varios años para obtener una pensión. Al acaecer la contingencia objeto de protección el fondo capitalizado se convierte automáticamente en una anualidad vitalicia o bien se permite la opción de cobrar el capital de una sola vez (y soportar el riesgo de agotar su dinero antes de morir) o pagar una prima y transformar el fondo en una anualidad. La capitalización puede tener naturaleza colectiva o individual en función de si se prevé o no algún tipo de transferencia de recursos entre los partícipes. Finalmente, el método de capitalización se instrumenta de forma mayoritaria a través del sistema de cotización definida que consiste en la fijación de una aportación determinada que debe realizar el sujeto partícipe durante todo su período de actividad laboral, de forma que la pensión a la que tiene acceso depende de los rendimientos de mercado de los activos del fondo.

Centrándonos en el análisis de los instrumentos que integran la PSC, debe remarcarse la pluralidad de estos. Así, los planes y fondos de pensiones, seguros colectivos, planes de previsión social empresarial, planes de previsión asegurados, planes de ahorro y jubilación, etc., son fórmulas de previsión voluntaria que encuentran su razón de ser en la libertad de complementación de las prestaciones de la Seguridad Social garantizada por el artículo 41 CE, caracterizados por una acusada dispersión normativa e institucional y por su especial heterogeneidad, de ahí que se pueda decir de todos ellos que conforman un auténtico “polisistema”<sup>37</sup>, donde resulta altamente complicado identificar una norma conformadora de todos ellos. En realidad, difícilmente pueden constituir un sistema coherente y altamente estructurado al modo de la Seguridad Social pública. Frente al sistema público de protección social que constituye inexcusablemente un sistema de carácter general y universal y que está organizado en función de unos principios básicos, la protección social complementaria es el resultado heterogéneo de esfuerzos de previsión voluntarios de muy distinta índole difícilmente reconducibles ni a la unidad ni a la homogeneidad. E, incluso, cada uno de los componentes del sistema previsor voluntario está ordenado por un régimen jurídico propio, claramente diferenciado del resto de instrumentos de protección, lo que hace que cada uno de ellos sea un orden previsor singular dotado de una lógica interna privada y contractual.

## 4. DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN Y TENDENCIAS DE DESARROLLO DE LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

El punto de partida no puede ser otro que el de dejar constancia del carácter dinámico del proceso de institucionalización y de consolidación del modelo legal de los sistemas complementarios ha sido fruto de esfuerzos legislativos de muy diferente signo. De todos ellos se pueden diferenciar dos grandes etapas en el proceso de gestación histórica del ordenamiento actual de los regímenes complementarios: de un lado, la que correspondería a la legislación preconstitucional, que se caracteriza por impulsar el Mutualismo Libre, las Fundaciones Laborales y las Mejoras Voluntarias como for-

<sup>37</sup> Monereo Pérez, J.L.: "Los Planes de Pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias", en VV. AA., *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias* (VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997, pág. 88. Respecto al proceso de gestación de ese *polisistema* de instrumentos previsores que serían organizados funcionalmente en la lógica de un Sistema Global de Pensiones, público y privado, véase exhaustivamente, desde la construcción doctrinal originaria y la identificación técnico-jurídica y de política del Derecho del *modelo normativo* de regulación integradora hasta su proceso de cristalización o materialización legislativas, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996, espec., págs. 71 y sigs, *passim*; *Ibid.*, *Los planes de pensiones del sistema de empleo. La incidencia de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados*, Valencia, Tirant lo Blach, 1997.

mas colectivas de previsión social complementaria, y de otro, el período correspondiente a los años ochenta, una vez aprobado el texto constitucional, en el que se advierte la adopción de un conjunto variado de intervenciones normativas que tratan de promover de forma preferente tanto el seguro privado como, muy especialmente, la figura de los planes y fondos de pensiones<sup>38</sup>.

Han sido dos grandes fases históricas netamente diferenciadas, dado que en la primera los diferentes mecanismos de protección complementaria actuaban de un modo u otro en conexión con la protección social de carácter pública y obligatoria, lo que era evidente en el caso de las mejoras voluntarias que una vez instauradas formaban parte del ordenamiento jurídico de la Seguridad Social y, en consecuencia, quedaban publicadas, pero además, en el caso de las Mutualidades y Montepíos se estaba ante instituciones colectivas caracterizadas por actuar financieramente con un sistema de reparto, bajo el principio de la solidaridad y la ausencia de ánimo de lucro; mientras que en la segunda se da un verdadero impulso a los instrumentos puramente privados, externos a la Seguridad Social, marcadamente individualistas, favoreciendo, en fin, una privatización del ámbito de la protección complementaria al reconducir, incluso, el resto de modalidades de previsión voluntaria, en lo que a los compromisos por pensiones asumidos por las empresas se refiere, hacia la figura de los planes de pensiones. Dicho modelo legal de sistemas complementarios privados y externos al sistema de Seguridad Social se ha afianzado suficientemente en nuestro país. Su proceso de gestación se inicia a raíz de la promulgación de la Ley 8/1987, siendo esta norma el detonante de la aplicación de un conjunto de medidas legislativas que hacen realidad la implantación en la práctica de este régimen iusprivatista de protección. Todas las intervenciones normativas que se suceden a lo largo de las últimas décadas tienen la finalidad de impulsar el nivel complementario libre, de carácter contractual y privado del sistema de protección social.

El modelo de previsión social vigente no ha surgido por generación espontánea a resultas sin más del juego de la iniciativa privada. Es un modelo "construido", no un modelo "dato". En la expansión del mercado de la provisión de las pensiones privada ha desempeñado un lugar determinante los poderes públicos, específicamente a través de un intervencionismo legal de carácter promocional o de alentamiento político institucional (actuando, así, la función promocional del Derecho)<sup>39</sup>. En efecto, la legislación pública ha intervenido decididamente en la determinación de los espacios encomendados a la previsión privada. Y lo ha hecho a través de una opción de política legislativa basada en tres aspectos fundamentales: el primero, consistente en obligar a las empresas a exteriorizar sus compromisos por pensiones, eliminando, de este modo, el principal inconveniente que ofrecían las mejoras voluntarias instauradas en las empresas, dado que su reconocimiento no suponía garantía alguna de su cobro; en segundo lugar, a través del tratamiento fiscal privilegiado de que han

<sup>38</sup> Ampliamente, sobre este proceso en Fernández Bernat, J.A.: *Los planes de pensiones del sistema de empleo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 127-198.

<sup>39</sup> Monereo Pérez, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996, espec., págs. 124 y sig.; Monereo Pérez, J.L.: "Los Planes de Pensiones en el proceso de reforma del sistema de protección social", *Revista de Derecho Social*, núm. 23, 2003, pág. 18.

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

gozado el conjunto de las modalidades de previsión voluntaria, especialmente los planes y fondos de pensiones; y, más recientemente, por medio del impulso dado a la previsión social privada en el marco del sector público.

En relación a la primera cuestión, el actual modelo de desarrollo de la previsión social complementaria en España nace de la necesidad de dotar de garantías a los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, normalmente en sede convencional. En efecto, la necesidad de asegurar las prestaciones complementarias privadas se hace ineludible a partir del instante en que empiezan a fracasar los simples compromisos pactados en convenio colectivo. La constitución de un complemento de pensión en el seno de las empresas, normalmente en materia de jubilación, se hacía sin la puesta en marcha de ningún tipo de sistema de previsión ni fondo acumulativo respecto a las obligaciones con sus empleados<sup>40</sup>. Así, gran parte de los pactos en materia de previsión social empresarial, nacidos en un momento de auge económico<sup>41</sup> y de alentamiento institucional, no ofrecían las garantías suficientes, dado que su instauración no iba precedida de un estudio sobre su viabilidad como instrumento de previsión a largo plazo ni tampoco se constituía fondo alguno suficiente para afrontar las obligaciones de pago futuras. A partir de la promulgación de la Ley 30/1995 se impone de forma obligatoria la exteriorización de los compromisos por pensiones instrumentados a través de fondos internos. Así, la cobertura de los compromisos por pensiones debía realizarse, salvo excepciones tasadas, de forma obligatoria, a través de la instrumentación externa de los compromisos en planes de pensiones o contratos de seguros, entre los que se incluyen las mutualidades de previsión social. La obligación de exteriorizar se extiende, no sólo sobre el futuro, en lo que a los compromisos que las empresas puedan contraer a partir de la entrada en vigor de la norma, sino que también se proyecta sobre las anteriores obligaciones contraídas y financiadas con simples reservas contables.

Ese proceso de exteriorización arroja resultados positivos en lo que a la consolidación de los sistemas complementarios se refiere. La evolución de los planes de pensiones, por ejemplo, desde 1992 muestra que el patrimonio y el número de partícipes de este instrumento de previsión han seguido en España una tendencia alcista durante estos años. No obstante, en un análisis más detallado por modalidad de plan observamos un especial dinamismo en los planes de la modalidad del sistema de empleo. De hecho, este tipo de plan registra una tasa de crecimiento superior a la de los individuales y asociados, sobre todo desde 1996. Más del 60 por 100 de los planes de pensiones del sistema de empleo fueron promovidos en el período 1999-2001, en pleno proceso de exteriorización. Dicho proceso permitió que las empresas y los trabajadores actualizasen sus sistemas de previsión y reordenasen los diferentes complementos pactados, introduciendo una nueva variable en la negociación colectiva. También los seguros colectivos vinculados a las contingencias de riesgo experimenta-

<sup>40</sup> Gallego Losada, R.: *Sistemas privados de pensiones en las empresas españolas*, Madrid, Dykinson, 2001, pág. 64.

<sup>41</sup> Nos referimos a la expansión industrial de los sesenta que llevó a España a situarse entre los países de mayor desarrollo industrial. Bajo esta situación, las empresas que se fueron creando como consecuencia de los Planes de Desarrollo Económico Social, formadas por poblaciones de trabajadores jóvenes, fueron reconociendo beneficios sociales complementarios a los dispensados por los seguros sociales. Se trataba, en definitiva, de "beneficios diferidos" que empezaron a tener presencia en un buen número de empresas. Cf. Soler Bordetas, F.J.: *Fondos de pensiones*, Bilbao, Deusto, 1985, pág. 47.

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

ron un fuerte desarrollo en dicho período. En el año 2000 los flujos del ahorro familiar encaminados hacia sistemas de previsión alcanzaron su máximo histórico (el 34,6).

No obstante, si bien la exteriorización de los compromisos por pensiones en la mediana y gran empresa fue culminada con éxito (en sectores como el financiero, energético, eléctrico, químico, automoción, etc.), no ocurrió lo mismo en el caso de las PYMES. En éstas últimas, los compromisos por pensiones no tenían la magnitud y extensión que en la primera, al tratarse de empresas de sectores como el de la hostelería, comercio minorista, construcción y otras ramas de actividad, como la industria del cuero y el calzado, textil y confección, pastelería, despachos y oficinas, industrias conserveras y de distribución etcétera, donde predominan convenios sectoriales y provinciales, de ámbito supraempresarial<sup>42</sup>.

Un segundo aspecto a resaltar en el modelo de desarrollo de los sistemas complementarios de pensiones es el de la fiscalidad incentivada de los instrumentos que la conforman. Inicialmente, dicho régimen tributario privilegió la figura de los planes y fondos de pensiones frente al resto de instrumentos de previsión social complementaria. La apuesta que con la Ley 8/1987 se hacía por hacer de este instrumento un potente mecanismo de protección social que fuera complementario del sistema público obligatorio de Seguridad Social exigía de algún tipo de incentivo lo suficientemente ventajoso para sus posibles destinatarios. A ello contribuyó el inicial trato fiscal favorable de este mecanismo en relación con otras instituciones de previsión, especialmente en el caso de Mutualidades y Montepíos. Sin embargo, en la actualidad, y en base al harto discutible (si se atiende a la lógica de la previsión social complementaria ex artículo 41 CE) nuevo principio de neutralidad en la tributación del ahorro que propugna la Ley 35/2006, todos los instrumentos de previsión social que cumplan con las características exigidas en la citada norma van a poder gozar de similares ventajas fiscales<sup>43</sup>. La nueva reforma, por tanto, había desdibujado por completo el protagonismo de los planes en este punto. Sin embargo, ese tratamiento fiscal ha sido alterado en aspectos importantes por la última Ley de Presupuestos Generales del Estado, reforzando selectivamente el tratamiento fiscal en favor de los planes del sistema de empleo.

Ciertamente, las medidas de incentivación fiscal adoptadas hasta la fecha han contribuido, sin lugar a dudas, a potenciar los planes de pensiones, especialmente con respecto a la pensión de jubilación. Sin embargo, dicha política pública de aiento promocional de dichos mecanismos presenta ciertos elementos cuando menos discutibles. El primero de ellos está vinculado a las deducciones en la base imponible del partícipe, en el caso de los planes de pensiones, dado que el aumento continuado de los límites a las aportaciones no ha estado plenamente justificado, más bien ha reforzado la situación de partícipes con una mayor capacidad de ahorro. Realmente la política de incrementar los límites financieros máximos de aportación tiene escasa incidencia práctica en los partícipes de planes de pensiones, de modo que los sucesivos incrementos de aportaciones tan sólo atienden a

<sup>42</sup> Vid., al respecto, García De Quevedo Ruiz, J.C. y De Paz Carbajo, J.A.: "Previsión social complementaria en España. Situación actual", *Boletín Económico de ICE*, núm. 2738, 2002, pág. 7-20.

<sup>43</sup> Vid., Roncaño Martín, M.A<sup>a</sup>; Mochón López, L. y Almagro Martín, C.: *La fiscalidad de los sistemas de ahorro-previsión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

un grupo minoritario de la población, con rentas elevadas, cuyo objetivo no es tanto constituir el ahorro suficiente para complementar su prestación futura, sino más bien de lo que se trata es de beneficiarse de un potente instrumento de deducción que minimice la factura fiscal<sup>44</sup>.

En segundo lugar, tampoco han estado plenamente justificados los incentivos fiscales a la percepción de prestaciones en forma de capital, como ha ocurrido hasta la reforma de 2007, en la que el cobro de prestaciones en forma de capital tenía una reducción por rendimiento irregular del 40 por 100, ya que con ello se opta por hacer de los instrumentos de la PSC meros productos financieros, favoreciendo además, que una vez acaecido el hecho causante de la prestación, ésta se cobre en forma de capital, llevando a consumo inmediato, lo que fue generado con un fin de complemento de las pensiones públicas<sup>45</sup>.

Por otra parte, en tercer lugar, el fomento de estos instrumentos de previsión puede tener un coste demasiado elevado en términos de recaudación fiscal perdida. En efecto, los planes de pensiones están subsidiados fiscalmente, lo que supone para el Estado una pérdida de ingresos fiscales. Se ha podido estimar que la actual política de deducciones fiscales aplicada ha llevado una evidente pérdida de ingresos para la Hacienda pública. Así, durante el período 1996-2000 el esfuerzo soportado asciende a más de 2.348 millones de euros<sup>46</sup>. En la actualidad, se suele hablar de cifras parecidas (unos 2000 millones) en términos de recaudación perdida.

Es posible afirmar, de este modo, que en términos generales no parece que con la política fiscal incentivadora de los instrumentos de previsión social voluntaria quede suficientemente garantizada la función social a la que éstos han de atender. Una función que debe caracterizarse por favorecer la universalización de estos mecanismos de protección, creando un ahorro a largo plazo que se vincule con la protección social pública de jubilación a la que han de complementar. Más bien, y especialmente en el caso de los planes y fondos de pensiones, aparecen estrechamente conectados a una estrategia financiera que no es siempre coherente desde una perspectiva de protección social frente a las contingencias pensionables. A lo que hay que añadir además el alto coste que representa dicho sistema de incentivos en un momento de restricción del gasto público, como se sabe. Sobre este aspecto, como se verá más adelante, el Gobierno pretende introducir reformas, en el sentido de reducir, por un lado, el incentivo fiscal a los planes de pensiones individuales y, por el contrario, aumentar los de la modalidad de empleo.

Finalmente, el tercer ámbito de potenciación de la Protección Social Complementaria ha venido de la mano de lo que he podido llamar como proceso de normalización de los planes y seguros pri-

<sup>44</sup> Bravo Fernández, C.: "Modelo de desarrollo de la previsión social complementaria en España", en VV. AA.: *Seguridad social complementaria*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pág. 118.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pág. 165.

<sup>46</sup> Serrano Pérez, F., García Díaz, M.A. y Bravo Fernández, C.: *El sistema español de pensiones*, Barcelona, Ariel, 2004, pág. 188.

vados de pensiones en el sector público administrativo<sup>47</sup>. Una vez superados los obstáculos legales para su implantación en el marco de las Administraciones Públicas<sup>48</sup>, los planes de pensiones son una realidad en la Administración General del Estado, en la Autonómica, en la Local y en la de carácter Institucional. Y ello pese a que las administraciones públicas citadas hayan sido excluidas de la normativa de instrumentación obligatoria de los compromisos por pensiones (RD 1588/1999, de 15 de octubre). Igualmente, en el caso del sector público empresarial, asistimos a un proceso gradual de instauración de medidas de acción social renovada que tiene a los planes y seguros como principal objeto de estas.

De lo que ha señalado se puede comprobar la evolución que han experimentado los sistemas complementarios en España. Es manifiesto que se ha existido un esfuerzo legal importante por tratar de instaurar en nuestro sistema de protección social un subsistema de capitalización complementario en las tres direcciones apuntadas: régimen de exteriorización, política de incentivación fiscal e instauración de los planes en el sector público. Hemos asistido, por tanto, en los últimos 32 años a un proceso de creación lento pero progresivo de un sistema de capitalización que conviva con un sistema público de reparto.

En particular respecto a los planes y fondos de pensiones, por ejemplo, y con datos obtenidos a partir del *Informe Estadístico de previsión social complementaria de 2018*<sup>49</sup> que publica el Ministerio de Economía y Empresa, se contaba (a 31 de diciembre de 2018) con un patrimonio gestionado por los fondos de pensiones de un total de 106.578 millones de euros. Habitualmente se suele destacar este dato comparándolo con otros países para comprobar el escaso peso que tienen los sistemas de capitalización en nuestro país, frente a otros donde el volumen total de inversiones de los fondos de pensiones representa un nivel mayor. Así, como sucede desde hace bastantes años, en el nivel más alto de inversiones sobre el PIB en términos porcentuales, se encuentran los Países Bajos, representando el 171 por 100 del Producto Interior Bruto. El volumen total de inversiones de los fondos de pensiones en España durante el año 2018 representaba un 8,8 por 100 del PIB. Del total del patrimonio de los fondos de pensiones en España, 35.790 millones corresponden a *planes del sistema de empleo*. Representan, por tanto, el 31,05 por 100, frente a los del *sistema individual* que concentran el grueso del patrimonio (78.594)<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Vid., Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: *Los Planes de Pensiones en el Sector Público*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2008.

<sup>48</sup> En general, la protección social complementaria en el sector público ha chocado tradicionalmente con dos tipos de limitaciones: por un lado, con la consideración de pensión pública de las prestaciones complementarias, con la consecuente sujeción a las reglas de concurrencia y al tope de máximo de pensiones y, por otro, con la prohibición de destinar recursos públicos a su financiación. Vid. sobre estas dificultades Aradilla Marqués, M.ªJ.: "La previsión social complementaria en el sector público", *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2004, pág. 29. Sobre los cambios operados, vid., López Gandía, J. y Momparler Carrasco, M.ªA.: "La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones", *Revista de Derecho Social*, núm. 25, 2004, págs. 31-64.

<sup>49</sup> Dgsfp: *Informe 2018. Informe Estadístico de Instrumentos de Previsión Social Complementaria*, Madrid, Ministerio de Economía y Empresa-DGSFP, 2019.

<sup>50</sup> Dgsfp: *Informe 2019. Seguros y Fondos de Pensiones*, Madrid, Ministerio de Económicos y Transformación Digital-DGSFP, 2020, pág. 184.

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

Resulta innegable que los planes y fondos de pensiones han tenido una evolución positiva en nuestro país, al menos desde los años 90 hasta la crisis de 2008. Dichos instrumentos han sentido la crisis en diferentes aspectos. De un lado, en el número total de cuentas de partícipes de esta modalidad de PSC: desde 2011 se produce una disminución (la primera vez). En el 2017, al igual que en los 6 años anteriores siguió disminuyendo, colocándose en 9,62 millones de cuentas, cifra inferior en un 2,17 por 100 a la del año anterior. De otro lado, en el volumen total de aportaciones, destacando la reducción de aportaciones en 2012 de casi el 20 por 100 en los planes de empleo, debido principalmente tanto a la reducción de las aportaciones del promotor, como consecuencia de la suspensión temporal de estas aportaciones en algunas empresas, como a la paralización de las contribuciones a los planes de pensiones de las Administraciones Públicas<sup>51</sup>.

Por otra parte, resulta interesante comparar algunos datos entre los planes de las modalidades de empleo e individual, para comprobar hasta qué punto presentan notables diferencias en su concepción y puesta en práctica como instrumentos de previsión social. Resulta llamativo, en primer lugar, que la inscripción de los nuevos planes del sistema individual siempre se suele concentrar en los períodos de abril y mayo, así como en los meses de octubre y noviembre, como consecuencia del lanzamiento de las campañas publicitarias de planes de pensiones antes del 31 de diciembre. De otro lado, desde el establecimiento de los planes de pensiones al amparo de la Ley 8/1987, los planes individuales y los planes de empleo presentan una relación inversa respecto al número de partícipes y su participación en la cuenta de posición agregada. Así, mientras los planes individuales captan la mayoría de los partícipes del sector, pero su participación en la cuenta de posición es relativamente pequeña, en los planes de empleo ocurre lo contrario, menor número de partícipes y mayor volumen de recursos. Las aportaciones medias en los planes de empleo son mayores que en los planes individuales, tal y como ha ocurrido en años anteriores, lo que supone que el total de patrimonio medio por partícipe en empleo resulte mayor que en el sistema individual. También el saldo medio del derecho consolidado de los partícipes de los planes de empleo es más alto que el de los planes individuales. Y finalmente, cabe destacar las diferencias de rentabilidad entre planes, siendo inferior en 2017 los de la modalidad individual (2,53 por 100) frente a los de empleo (3,18 por 100)<sup>52</sup>.

Finalmente, en relación a los planes de pensiones, resulta importante destacar, de un lado, la distribución sectorial de los planes de pensiones de empleo. Y así, cuatro sectores, donde predominan las grandes empresas, concentran más del 60 por 100 del patrimonio de dichos planes (Eléctrica, Telecomunicaciones, Servicios Financieros, Seguros y Administraciones Públicas), pero representan a su vez tan sólo el 13 por 100 del total de planes de empleo. El resto del tejido productivo concentra el mayor número de planes, pero se trata de sectores que no alcanzan el 1 por 100 del patrimonio. Por otro, conviene destacar la evolución positiva de los planes de promoción conjunta, ligados a la negociación

<sup>51</sup> Esta suspensión de aportaciones se ha mantenido durante los ejercicios siguientes, de acuerdo con las leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017.

<sup>52</sup> Según cálculos realizados por CCOO para los años 2000-2012, si los planes individuales hubieran obtenido la misma rentabilidad que los planes de empleo, los partícipes del sistema individual contaría con un patrimonio de 59.260 millones de euros; es decir 6.300 millones de euros más (CCOO: *El sistema de protección social en España*, Madrid, Cuadernos de Información Sindical, núm. 39 (2013), pág. 58).

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

colectiva sectorial. Es ésta la vía de acceso más habitual de las pequeñas y medianas empresas a los sistemas complementarios de previsión. Finalmente, hay que resaltar que las prestaciones pagadas por jubilación representan un 87,06 por 100 del importe total de las prestaciones devengadas durante el año 2019. Se trata de un porcentaje que se mantiene constante sin excesivas variaciones.

El estado de situación actual de los diferentes instrumentos de previsión social privada muestra aún un incipiente desarrollo. Se puede decir que existe en nuestro país un sistema complementario de pensiones asentado, pero en modo alguno generalizado entre la población española. Tanto la experiencia negociadora en las empresas como la propia contratación individual de planes en España demuestran que aún se está lejos del objetivo pretendido de implantar de manera definitiva dichos mecanismos, de manera que éstos actúen como verdaderos instrumentos complementarios del sistema público de protección.

Respecto a los instrumentos que forman parte del segundo pilar, se tiene la sensación de que estamos ante una situación de bloqueo, motivado fundamentalmente por la incidencia de la crisis en el sistema de relaciones laborales (con suspensión de aportaciones por parte de las empresas) y también por la culminación hace ya unos años del proceso de exteriorización obligatoria. En la actualidad, se cifra el número de personas cubiertas por planes de pensiones del sistema de empleo en torno a los 2 millones. De ellos, además, muy pocos realizan aportaciones en volumen relevante (el 65 por 100 son inferiores a 300 euros anuales de media) como para garantizar una adecuada previsión social complementaria en el futuro. El panorama en la previsión social complementaria de carácter individual (el tercer pilar) es también similar. En este caso, son mayores los partícipes (un poco más de 7 millones) pero el volumen por partícipe/asegurado es bajo.

El balance económico de la PSC en España es positivo por cuanto ha terminado por instaurarse un sistema complementario de capitalización. De ello da prueba el salto que se ha dado en el período 1987-2007 en volumen de recursos afectos a los sistemas de previsión privada: se ha pasado de 3,7 millardos en 1985 a 260,2 al cierre del 2º trimestre de 2007, esto es, casi 70 veces más<sup>53</sup>. No obstante, el balance social merece distinta consideración ya que la capacidad manifestada por estos instrumentos para generalizar coberturas de protección social ha sido limitada hasta ahora y sus perspectivas para los próximos años no son mejores<sup>54</sup>.

La ordenación legal vigente de las pensiones privadas es el resultado de intervenciones normativas de diferente signo adoptadas en momentos históricos distintos. Sobre este particular, ya se ha dado cuenta más arriba de los procesos legislativos más importantes que han tenido como resultado el modelo legal de PSC vigente. Del lado de los planes y fondos de pensiones, nos encontramos con una legislación específica que en la actualidad está conformada por el RD-Leg. 1/2002, de 29 de diciembre (TRLPFP) y su pertinente desarrollo reglamentario contenido en el RD 304/2004, de 20 de febrero (RPFP). Del resto de instrumentos de previsión social, conviene destacar el RD-Leg. 6/2004, de 29 de octubre (TRLOSSP).

<sup>53</sup> Inverco: *La Ley de Planes y Fondos de Pensiones; 20 años después*, Madrid, Inverco, 2007, pág. 276.

<sup>54</sup> CC.00.: *El sistema de protección social en España*, Madrid, Cuadernos de Información Sindical, núm. 39 (2013), págs. 53-59.

Se trata de un modelo legal más o menos acabado que ha tenido cierta estabilidad en los últimos años, pero que, a tenor de las dificultades para generalizar la PSC entre los ciudadanos, sobre todo en el sentido de que los instrumentos que la conforman se constituyan en verdaderos mecanismos de complementación de las pensiones públicas, ha vuelto a ser objeto de importantes retoques. Se trata de cambios puntuales, pero todos ellos se orientan en la misma dirección que siempre: la de propiciar la extensión de dichos mecanismos.

La primera reforma destacable se produce en el marco de la tributación de dichos instrumentos. La Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio introduce reformas de importancia en materia de previsión social complementaria en la empresa. Las más destacadas afectan, de un lado, a la creación de una nueva modalidad de seguro colectivo apto para la exteriorización de compromisos por pensiones, los planes de previsión social empresarial; en segundo lugar, se produce una modificación sustancial de la fiscalidad de las aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social complementaria, que afecta tanto al límite de la reducción de las mismas, como a la forma de percepción de las prestaciones y a los propios instrumentos de previsión que dan derecho a desgravación<sup>55</sup>.

En sede reglamentaria se producen dos cambios significativos: el primero, en 2007 (RD 1684/2007) para, sobre todo, incorporar las novedades introducidas por la Ley 35/2006; y, el segundo, a través del RD 1299/2009, de 31 de julio, en el que entre otros aspectos se suprime la exigencia del plazo de 12 meses continuados en situación legal de desempleo, con el fin de que los partícipes de un plan de pensiones que se encuentren en dicha situación y vean mermada sensiblemente su renta disponible, puedan acceder de modo inmediato al ahorro acumulado en el plan para atender a sus necesidades económicas, una vez agotadas las prestaciones por desempleo contributivas o en caso de no tener derecho a dichas prestaciones.

Otra norma legal que incide en los últimos años en las pensiones privadas es la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. A través de ella se adoptan medidas de reforma a aplicar en los mercados de seguros y fondos de pensiones con el objetivo de mejorar la tutela de los derechos de los asegurados y fomentar el desarrollo de la actividad económica en dicho sector. Los cambios introducidos por la Ley a través de la Disposición Final 13<sup>a</sup> no son menores: se incide en aspectos tales como la comercialización de los planes de pensiones, la movilización de los derechos consolidados, la revisión del sistema financiero-actuarial, el régimen administrativo de los fondos, la actuación de las entidades depositarias, etc.

Por lo demás, la Protección Social Complementaria ha tenido en el marco del proceso político del Pacto de Toledo una gran importancia. En la anterior versión de dicho documento, esto es, el *Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo*, se incidió en una materia que se pretendía que fuera,

<sup>55</sup> La reforma incorporaba otros aspectos relevantes: entre otros, la movilización de derechos entre sistemas de previsión social empresarial o la incorporación de la dependencia severa o gran dependencia como nueva contingencia.

como en otras ocasiones, un elemento sustancial de nuestro sistema de protección social. Así se desprendía de la Recomendación núm. 16 de dicho documento donde se volvía a valorar positivamente que “la protección social voluntaria, además de orientarse específicamente a un horizonte de ahorro a medio y largo plazo, sirva de complemento y mejora a las prestaciones de la Seguridad Social (...”).

Resultado de la aprobación de dicho documento fueron algunas de las orientaciones y medidas de reforma que se adoptaron en la materia con ocasión de la aprobación de la Ley 27/2011, de actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social. De un lado, se atendió el mandato impuesto por el TC en su sentencia de 29 de noviembre de 2010 en la que se declaraba inconstitucional la designación sindical efectuada en virtud de pacto colectivo. Ello obligó al legislador a reformular la redacción del artículo 7.2 LPFP a través de la Disposición final tercera de la Ley 27/2011. En esta disposición se mantenía igualmente la vía de intervención de la negociación colectiva en la designación de los miembros del órgano de supervisión y control del plan, pero se incorporaban mecanismos de participación de quienes no eran partícipes en activo.

Relevante ha sido otra de las modificaciones del TRLPFP que se centró en el ámbito de la Comisión de Control de los Fondos de Pensiones, incorporándose un nuevo apartado al artículo 14 de la norma legal. En este caso, se obligaba a dicho órgano a que, con la participación de la entidad gestora, elaborase por escrito una declaración comprensiva de los principios de su política de inversión. A dicha declaración se le debía dar suficiente publicidad, debiéndose mencionar si se tenía en consideración, en las decisiones de inversión, los riesgos extrafinancieros (éticos, sociales, medioambientales, ecológicos y de buen gobierno) que afectasen a los diferentes activos que integran el fondo de pensiones. De la misma manera, la comisión de control del fondo de pensiones de empleo, o en su caso la entidad gestora, debía dejar constancia, en el informe de gestión anual del fondo de pensiones de empleo, la política ejercida en relación con los criterios de inversión socialmente responsable anteriormente mencionados, así como del procedimiento seguido para su implantación, gestión y seguimiento<sup>56</sup>.

El tercero de los aspectos a destacar se refiere a determinadas obligaciones y derechos de información que se contienen en la Disp. Adic. Vigésima Sexta de la Ley 27/2011. Se trata de la obligación que se impone a la Administración de la Seguridad Social de informar a cada trabajador sobre su futuro derecho a la jubilación. Este deber corresponde también a los instrumentos de carácter complementario o alternativo que contemplen compromisos por jubilación tales como Mutualidades de Previsión Social, Mutualidades alternativas, Planes de Previsión Social Empresariales, Planes de Previsión Asegurados, Planes y Fondos de Pensiones y Seguros individuales y colectivos de instrumentación de compromisos por pensiones de las empresas. La información deberá facilitarse con la misma periodicidad y en términos comparables y homogéneos con la suministrada por la Seguridad Social.

<sup>56</sup> Un análisis más detallado sobre la relación de las pensiones privadas y la inversión socialmente responsable en Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: “La responsabilidad social de la empresa y los sistemas de pensiones: la inversión socialmente responsable” en López Cumbre, L. (Coord.) *et alii: Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, Granada, Comares, 2012, págs. 1229-1258.

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

Finalmente, la Disp. Adic. decimonovena de la Ley 27/2011 obligaba al Gobierno a que en el plazo de seis meses remitiera al Congreso de los Diputados un informe sobre el grado de desarrollo de la previsión social complementaria y sobre las medidas que podrían adoptarse para promover su desarrollo en España. A día de hoy, dicho Informe no ha visto la luz, aunque en su momento se dieron a conocer algunos elementos de un primer borrador.

En general, como ya se ha indicado, los cambios normativos propiciados hasta la fecha se han orientado en la línea de favorecer la expansión de los mecanismos de la PSC. Sin embargo, no todas las intervenciones del legislador han ido en esa dirección. En efecto, en el marco de la política de austeridad se adoptó el RD-Ley 20/2011, de 30 de diciembre para la corrección del déficit público, por el que se establece una importante medida que afecta a las Administraciones, entidades, y sociedades que actualmente constituyen el sector público, consistente en no poder realizar, durante el ejercicio 2012, aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación (artículo 2.Tres). Para el 2013, la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, volvió a recoger dicha medida, aunque se incorporó la opción de poder realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyesen la cobertura de contingencias distintas a la de jubilación, y siempre que con dicha medida no se produjera un incremento de la masa salarial (artículo 22. Tres, párrafo 2º). Un paso más se dio con ocasión de la aprobación de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, que aún, cuando repitió el mismo esquema regulador, esto es, la prohibición general de realizar aportaciones a planes y seguros que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación exceptuó de la misma a los instrumentos de previsión que hubieran sido suscritos con anterioridad al 31 de diciembre de 2011 (artículo 20. Tres). Este último esquema se repite en las Leyes de Presupuestos de los años siguientes (2014, 2015, 2016 y 2017). Sin embargo, en la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, se levanta la prohibición tantos años mantenida, permitiendo realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos, siempre que no se supere el incremento global fijado del 1,5 (artículo 18.3).

Continuando en el marco de las Leyes de Presupuestos, conviene destacar igualmente la de 2012, dado que con la misma se modifica el artículo 8.6 TRLPFP en lo que se refiere a la prestación de jubilación. Con esta reforma se permite que los planes puedan prever el pago de dicha prestación en el caso de que el partícipe, cualquiera que sea su edad, extinga su relación laboral y pase a la situación legal de desempleo en los casos contemplados en los artículos 49.1.g), 51, 52 y 57.bis del ET. En línea con lo establecido por la última reforma laboral, se suprime de la redacción anterior del precepto la referencia al expediente de regulación de empleo aprobado por la autoridad laboral. Se procede, en este sentido, a especificar los supuestos a través de los cuáles se podrá percibir la prestación de jubilación: muerte, jubilación o incapacidad del empresario, extinción de la personalidad jurídica del contratante (artículo 49.1.g); despido colectivo (artículo 51); extinción del contrato de trabajo por causas objetivas (artículo 52) y procedimiento concursal (artículo 57.bis).

Es destacable la realización de reformas en dos direcciones. De un lado, con ocasión de la aprobación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, se introduce una Disp. Adic. Séptima en el TRLPFP en la que

se permite, durante el plazo de dos años, que los partícipes de los planes de pensiones puedan hacer efectivos sus derechos consolidados en el supuesto de procedimiento de ejecución sobre la vivienda habitual del partícipe. Dicha posibilidad se somete al cumplimiento de una serie requisitos legamente establecidos. Asimismo, lo dispuesto en esta disposición será igualmente aplicable a los asegurados de los planes de previsión asegurados, planes de previsión social empresarial, Mutualidades de previsión social y, en general, a los seguros colectivos que instrumenten compromisos por pensiones en los que se haya transmitido a los asegurados la titularidad de los derechos derivados de las primas pagadas por la empresa así como respecto a los derechos correspondientes a primas pagadas por aquéllos. En segundo lugar, el RD-ley 4/2013, de 22 de febrero modificó la normativa de seguros y de planes y fondos de pensiones incorporando entre los activos aptos para la inversión: los valores y derechos negociados en el Mercado Alternativo Bursátil y en el Mercado Alternativo de Renta Fija (arts. 17 y 18).

Por último, en el ámbito reglamentario, se producen dos reformas adicionales. De un lado, se da aprobación al Real Decreto 681/2014, de 1 de agosto, en el que, entre otras cuestiones, se modifican tanto el RPFP, acomodando dicho reglamento a los cambios operados en la legislación de planes y fondos de pensiones, como el RICP, en lo que se refiere al pago del derecho de rescate en los seguros colectivos que instrumentan compromisos por pensiones, al régimen de información a asegurados y beneficiarios en este tipo de contratos y a los planes de previsión social empresarial. Por otro lado, otra de las reformas se ha producido con ocasión de la aprobación del Real Decreto 62/2018, de 9 de febrero, por el que se vuelven a modificar tanto el RPFP como el RICP. Entre otros aspectos, se introduce en ambas normas un nuevo supuesto de liquidez en planes de pensiones y sistemas análogos y se adaptan los procedimientos de movilización de derechos<sup>57</sup>. También se modifica el artículo 84 del RPFP, que regula las comisiones de gestión y depósito a percibir por las entidades gestoras y depositarias de fondos de pensiones.

Con todo, esta visión general de las modificaciones operadas en los últimos años en materia de pensiones privadas da idea de las idas y venidas del legislador en punto a alterar el régimen jurídico de dichos instrumentos de previsión con el objetivo de propiciar mejoras (más aparentes que reales) que traten de impulsar aquellas. Se trata de un proceso imparable que cada cierto tiempo vuelve a aparecer, propiciándose importantes cambios en la materia. Y así, en este año, se realizan nuevas propuestas reformadoras, aprovechando, de un lado, la aprobación del nuevo texto del Pacto de Toledo y, por otro, la adopción de la Ley de Presupuestos Generales del Estado (Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021), como se indicará después.

En relación al primer punto, cabe destacar las nuevas orientaciones que plantea el *Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo* aprobado recientemente. En su Recomendación 16<sup>a</sup> se vuelve a hacer una apuesta en favor de los sistemas complementarios, teniendo en cuenta la recupe-

<sup>57</sup> De forma reciente, el Real Decreto-ley 15/2020 de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo por la crisis de la COVID-19 establece las condiciones y los requisitos necesarios para poder rescatar el plan de pensiones o cualquier otro vehículo de previsión ligado a la jubilación para los afectados por la pandemia.

ración —por entonces— de los salarios y el fortalecimiento de la negociación colectiva. Este apoyo explícito a la implantación efectiva de las pensiones privadas se hace añadiendo una serie de consideraciones que han estado presentes en documentos anteriores: de un lado, la preferencia en favor de los sistemas sustentados en el marco de la negociación colectiva que integran el denominado como segundo pilar del modelo de pensiones y, de otro, la necesidad de una reformulación de su fiscalidad.

En el primer caso, se añade que dichos sistemas de empleo “deben permitir desarrollar un sistema de aportaciones suficiente, eficaz y duradero, en un porcentaje de la base de contingencias comunes u otros criterios objetivos, y con fórmulas específicas de apoyo a los salarios más bajos o a las carreras profesionales más vulnerables, incorporando la solidaridad en determinadas contingencias”. Y también, que “el esfuerzo de trabajadores y de empresas debe ser adecuado, proporcional y sostenido en el tiempo; debe cubrir al menos las contingencias de jubilación, invalidez y fallecimiento; y debería materializarse en entidades que preferentemente abonen complementos en forma de renta”. Pero *la principal novedad en este punto es la alusión que hace dicho documento a que estos sistemas complementarios de empleo no deban tener de forma prioritaria ánimo de lucro*.

En relación a la fiscalidad, el informe, apoyándose en las observaciones hechas por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (Airef) en su estudio sobre la evaluación de los beneficios fiscales de julio de 2020, considera que dichos instrumentos de previsión privados colectivos deberían tener “un régimen fiscal y jurídico adecuado y diferenciado, mejorando el existente en la actualidad y entendiendo que en ningún caso dichos sistemas de ahorro puedan ser considerados como meros productos financieros”. La evaluación realizada por la Airef de las ventajas fiscales que tienen las aportaciones a sistemas de previsión social ponía de manifiesto que estas no sirven adecuadamente al objetivo de estimular el ahorro previsional a largo plazo e incluso pueden resultar negativas para un conjunto amplio de ahorradores en función de diversas circunstancias<sup>58</sup>.

A partir de las observaciones realizadas en el Informe del Pacto de Toledo, el legislador ha optado por hacer dos propuestas de reforma de los sistemas complementarios. Estas se recogen en la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 y tratan los dos aspectos antes mencionados: de un lado, el impulso de los instrumentos colectivos de previsión del segundo pilar; y, de otro, la remodelación de los incentivos fiscales a dichos mecanismos.

Respecto a lo primero, la Disposición Adicional Cuadragésima de la Ley Presupuestaria exige al Gobierno que presente un *Proyecto de sobre fondos de pensiones públicos de empleo* en el que se atribuya a la Administración General del Estado capacidad legal para su promoción. De este modo, el ejecutivo atiende al mandato contenido en el Informe del Pacto de Toledo en el que se pide que se impulsen los sistemas complementarios de empleo y, además, se haga a través de instituciones sin ánimo de lucro. Respecto a dichos fondos, la citada disposición indica que tendrán carácter abierto en relación con los procesos de inversión desarrollados y establece una serie de características. De un lado, se establece que el fondo estará integrado por planes de pensiones de empleo de aporta-

58 Airef. *Estudio Beneficios Fiscales*, Madrid, Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, 2020, pág. 79.

ción definida para la jubilación que hayan decidido adscribirse al fondo público y así conste en sus especificaciones, pero también por aquellos otros planes de empleo que no hayan determinado un fondo de pensiones específico. De otro, se señala que deberá existir una Comisión de Control en la que se aprobará la política de inversiones del fondo, constando la misma en escritura pública, no pudiéndose modificar, salvo con autorización expresa otorgada por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. El propio Ministerio tendrá derecho de voto respecto de las decisiones de la comisión de control del fondo que afecten a la estrategia de inversión. En relación a las entidades encargadas de la gestión y depósito del fondo la norma prevé que sean entidades privadas y que sean seleccionadas a través de concurso competitivo abierto. Sobre estas, el Ministerio tendrá derecho de voto en relación a su posible sustitución. Finalmente, la norma presupuestaria alude a la posibilidad de que se integren en el fondo planes de pensiones asociados de trabajadores autónomos.

En relación a la deducibilidad fiscal a los planes de pensiones, la Ley de Presupuestos opta por diferenciar los límites de aportación a sistemas de previsión, de modo que propone rebajar de 8.000 euros a 2.000 euros los límites de aportación a planes individuales, al tiempo que eleva de 8.000 euros a 10.000 euros el límite para los sistemas de empleo<sup>59</sup>. Ello exigiría modificar el artículo 5.3.a) del TRLPFP que hasta ahora no contemplaba un régimen jurídico diferenciado en este punto.

## 5. BALANCE FINAL: ¿EL FUTURO DE LOS SISTEMAS COMPLEMENTARIOS DE PENSIONES DENTRO DE UN MODELO GLOBAL DE PENSIONES GARANTISTA?

Se ha podido apreciar que en España se dispone de un sistema complementario de régimen financiero de capitalización suficientemente asentado, con instrumentos de previsión social diferentes que cuentan con un marco jurídico propio. Este modelo de pensiones complementarias más o menos acabado desde el punto de vista legal ha propiciado una mayor presencia de los instrumentos que integran aquél en el sistema de protección social. El resultado de todo ello ha sido un lento pero progresivo crecimiento hasta ahora de las pensiones privadas. El patrimonio, por ejemplo, de los fondos de pensiones ha tenido una evolución positiva desde 1990, con tasas de crecimiento del orden de un 20 por 100. Por su parte, las reservas matemáticas de seguros han experimentado incrementos en la misma dirección.

No obstante, si lo que se pretendía, en línea con lo sugerido por el Pacto de Toledo, era desarrollar un sistema de pensiones complementarias que tendiese a generalizarse entre la población, este

<sup>59</sup> Disposición Final Décima Segunda.

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

aspecto hoy en día no se ha materializado. La capacidad manifestada por estos instrumentos para generalizar coberturas de protección social ha sido limitada hasta ahora y sus perspectivas para los próximos años no son mejores<sup>60</sup>. Lo anterior se puede comprobar en la práctica a través de la incidencia que los instrumentos de Protección Social Complementaria tienen en el ahorro de los ciudadanos.

En efecto, la referencia a los sistemas complementarios de pensiones, ya sean del primer pilar como del segundo, remite a la capacidad de ahorro de una sociedad. Obviamente, dicha capacidad va a influir de forma notable sobre las posibilidades de crecimiento que pueden llegar a tener los mecanismos de previsión privados. En nuestro país, en la actualidad, la tasa de ahorro bruto de los hogares está ligeramente por debajo de los países de su entorno. Pero, es más, el ahorro que se destina en España a complementar las pensiones públicas es muy escaso, del orden del 15 por 100 del total del ahorro privado. El resto se destina fundamentalmente a depósitos (un 50 por 100) y un 25 por 100 en inversión directa. Las familias españolas siguen destinando casi el 80 por 100 de su ahorro a la inversión inmobiliaria (ahorro no financiero).

Junto a este factor estructural, esto es, la orientación del ahorro en nuestro país hacia los bienes inmuebles, existe otro de carácter coyuntural que está provocando un estancamiento en el crecimiento de los instrumentos privados de previsión. Así, la crisis y, de forma especial, las políticas promovidas para enfrentarla (devaluación salarial, debilitamiento de la negociación colectiva, aumento del poder de dirección empresarial en materia de determinación de condiciones de trabajo y salarios, etc.) afectan negativamente a esta forma de retribución diferida. En buena lógica, si los salarios de los trabajadores en activo están sufriendo pérdidas de poder adquisitivo, la posibilidad de generar instrumentos de retribución diferida a través de la previsión social complementaria es, necesariamente, menor. Es uno más de los múltiples efectos negativos de las políticas de austeridad y depresión de la demanda interna que están provocando una distribución profundamente desequilibrada de los esfuerzos exigidos para afrontar la actual crisis económica.

Más allá de estos aspectos, lo cierto es que el desarrollo de los instrumentos de previsión privada en nuestro país se enfrenta a una serie de problemas desde hace bastantes años y que, reforma tras reforma de carácter parcial, no se logran solventar. El primero de ellos tiene que ver con la escasa y desigual implantación que los sistemas complementarios tienen en el ámbito laboral. Con respecto a su insuficiente presencia en el marco empresarial, conviene subrayar que en el caso de los planes de pensiones del sistema de empleo ello resulta decepcionante toda vez que, del total de 9 millones de partícipes, sólo 1,8 millones lo son de planes de empleo, lo que no llega ni a un 10 por 100 de la población activa. A ello hay que añadir la inexistencia de compromisos por pensiones en las PYMES, donde trabajan la inmensa mayoría de los trabajadores. El proceso de exteriorización obligatoria de los compromisos de la gran y mediana empresa ha sido culminado con éxito. Sin embargo, no se ha producido un fenómeno paralelo en las pequeñas y medianas empresas, entre otros aspectos, porque nunca ha habido en este tipo de empresas compromisos por pensiones de la magnitud y

<sup>60</sup> Comparten esta opinión, ARAMBURU, J. Y CANALS, A.: "La situación y el debate sobre la previsión social complementaria", *Ekonomiaz*, núm. 85 (2014), pág. 74.

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

extensión que tienen establecidos una buena parte de las empresas de mayor tamaño. Lo anterior, unido a la suspensión de aportaciones en las Administraciones Públicas, ha servido para que se generalice un cierto pesimismo en relación al desarrollo de la Protección Social Complementaria en el ámbito laboral, porque se tiene la sensación de que el sistema complementario de carácter colectivo ha tocado techo.

No sólo cabe destacar la reducida tasa de cobertura de los instrumentos privados del segundo pilar, también en dicho ámbito resulta obligado referirse a su desigual grado de implantación. Como ya se advirtió, los sistemas complementarios se están concentrando en las empresas de tamaño medio y grande, referidas a determinados sectores, entre ellos el que se corresponde con la Administraciones Públicas, siendo anecdótico en el resto. Además, la distribución de patrimonio por persona es muy heterogénea, con unos pocos cientos de miles de trabajadores con unos importes que garantizan una verdadera previsión social complementaria y un gran número de trabajadores con unos ahorros testimoniales.

El segundo de los problemas es el referido al acceso de los ciudadanos a los sistemas de previsión social privados. En los instrumentos referidos al llamado “tercer pilar”, el acceso a los mismos se ha producido hasta ahora más bien con el objetivo de reducir la factura fiscal que con la finalidad de establecer una herramienta de complementación de las pensiones públicas. En el ámbito del “tercer pilar”, y en concreto en los planes de empleo, un obstáculo fundamental al desarrollo de la Protección Social Complementaria en el ámbito de las relaciones de empleo se produce con la exigencia de una cierta antigüedad en la empresa para el acceso al plan como partícipe. Ello supone dejar fuera de los sistemas complementarios de previsión empresarial a centenares de miles de trabajadores temporales.

El tercero de los inconvenientes que está presentando la Protección Social Complementaria tiene que ver con el creciente desequilibrio que se produce entre los instrumentos de previsión en aspectos como su cobertura, volumen de aportaciones/primas, patrimonio, derechos económicos o consolidados, rentabilidad, etc. En lo que respecta a la cobertura de las contingencias, el desarrollo de los instrumentos ha sido lógico: esto lleva al instrumento del plan de pensiones a protagonizar la cobertura de la contingencia de jubilación, reservando a los contratos de seguros el papel más destacado en materia de contingencias de riesgos ( invalidez y fallecimiento).

En el marco de los planes de pensiones de empleo, se destaca la creciente desigualdad que se produce entre los trabajadores, siendo el perfil de este un trabajador fijo de una gran empresa del sector energético o de telecomunicaciones, lo que supone excluir a la inmensa mayoría de la población<sup>61</sup>. Entre planes de pensiones de empleo y planes de pensiones individuales las diferencias son bastante acusadas, tanto en volumen de aportaciones y saldo medio de los derechos consolidados, mayor en los de empleo frente a los individuales. Las diferencias también se muestran en dos aspectos esenciales: de un lado, las comisiones de los planes individuales son mayores frente a los del sistema de empleo; por otro, la rentabilidad es mayor en los segundos.

<sup>61</sup> SUÁREZ CORUJO, B.: *El sistema público de pensiones: crisis, reforma y sostenibilidad*, Valladolid, Lex-Nova, 2014, pág. 313.

Los desequilibrios entre el segundo y el tercer pilar de la Protección Social Complementaria son evidentes. En relación a los instrumentos del segundo, se ha paralizado la creación de nuevos planes y seguros colectivos en los últimos años. Por su parte, los planes de previsión social empresarial han tenido un escaso recorrido hasta ahora. Lo anterior contrasta con los instrumentos de previsión individual, que siguen con una tasa de crecimiento constante, aunque también con cierto estancamiento, pero incluso con una evolución positiva en los planes de previsión garantizados. Esto último debe conectarse con los cambios que se están produciendo en relación con la vocación inversora de partícipes y asegurados. La crisis económica había orientado a los inversores a contratar productos con vocación inversora en renta fija o productos que juegan una parte mínima en renta variable. Esta tendencia todavía es más nítida si se analiza la situación de los fondos garantizados que actualmente se encuentra en pleno auge<sup>62</sup>.

El último de los problemas a los que se enfrentan los sistemas complementarios es el de garantizar que dichos mecanismos se comporten como auténticos sistemas de seguridad capaces de atender sus compromisos de previsión asumidos. En España, como en el resto de los países de la OCDE, los sistemas complementarios de capitalización se han orientado hacia el modelo de contribuciones definidas, lo que supone trasladar al partícipe el riesgo de las inversiones. Los factores financieros y económicos, entre ellos, la rentabilidad del fondo durante toda la vida activa, los gastos de gestión, los costes de seguros y rentas vitalicias, tipos de interés, tablas actuariales, etc., se convierten en decisivos a la hora de determinar el cálculo de la pensión de los partícipes, tanto o más que el esfuerzo de cotización de éstos o del promotor del plan. La actitud de los gestores resultará fundamental no sólo en la búsqueda de la mayor rentabilidad posible de los recursos invertidos sino también respecto de una eventual depreciación de los fondos. Precisamente, en una época como la actual, se ha podido comprobar la enorme volatilidad del valor de los derechos consolidados tanto en los planes de empleo como individuales simplemente por la inestabilidad de los mercados. Pero en años anteriores, siendo la situación económica propicia, se ha puesto de manifiesto una escasa rentabilidad de los fondos tanto del sistema individual como de empleo<sup>63</sup>.

Aparte de los cuatro problemas señalados de forma muy breve, existen importantes sectores en nuestro país que consideran que los principales obstáculos al desarrollo de las pensiones privadas son, de un lado, la elevada tasa de sustitución de las pensiones públicas y, de otro, la voluntariedad del modelo. Respecto a lo primero, se argumenta que las altas tasas de sustitución del sistema público han repercutido en el desarrollo del segundo y tercer pilar de previsión. En línea con los trabajos de la OCDE, se sostiene que a medida que aumenta el nivel de prestaciones del sistema público de pensiones menor es el grado de participación en instrumentos de previsión privados colectivos o individuales. Precisamente, siguiendo este criterio, la última de la reforma de la Seguridad Social mejora las perspectivas de crecimiento de las pensiones privadas, ya que según los cálculos realizados la Ley 27/2011 va a reducir la tasa de reemplazo al 73,9 por 100 frente al 81,2 por 100 antes de la reforma para un trabajador con carrera completa.

<sup>62</sup> FERRUZ AGUDO, L. Y LÓPEZ ARCEIZ, F.J.: "Fondos de Pensiones: Normativa, impacto financiero y situación actual", *Análisis Financiero*, núm. 121, 2013, pág. 84.

<sup>63</sup> FERNÁNDEZ, P. Y BERMEJO, V. J.: "Rentabilidad de los fondos de pensiones en España, 1991-2007", Universidad de Navarra, 2008, pág. 14.

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

En lo que concierne a la voluntariedad, se considera necesario romper con dicho modelo optando por hacer obligatoria la participación en sistemas de complementación privada de pensiones, sobre todo en el ámbito del segundo pilar. Para compensar la previsible disminución en términos porcentuales de la pensión pública, se aboga por la adhesión obligatoria a dichos sistemas, de forma que los españoles se puedan jubilar con dos fuentes de renta: una del sistema de reparto y otra del sistema de capitalización.

Se puede comprobar, así, que el reforzamiento de los sistemas complementarios pasa por la superación de los problemas que descritos brevemente, lo cual puede hacerse desde diversas opciones de política legislativa. Desde luego, cabe estar de acuerdo con gran parte de los autores que en la actualidad sostienen que el campo de acción de los sistemas complementarios se va a ensanchar como consecuencia del recorte de la acción protectora pública, más allá de que aquí se mantenga una posición crítica respecto a ese recorte o contracción del sistema público de pensiones. Este reajuste permite vislumbrar el siguiente paso en la reconfiguración del modelo de protección social en nuestro país: una reforma normativa de la Protección Social Complementaria con el fin de impulsar su desarrollo. Pues bien, ante la perspectiva de que la gran reforma en el futuro sea la de la protección social privada, conviene formular algunas propuestas<sup>64</sup>.

Habría que volver a recordar, en primer lugar, el diferencial existente entre el salario previo a la jubilación y la pensión pública contributiva a la que se tiene derecho. Hay, en este sentido, suficiente margen para la intervención de la previsión social privada sin necesidad de reclamar un repliegue del sistema público y obligatorio. En este punto, resulta obligado insistir en la importancia que tienen los niveles salariales sobre el grado de desarrollo de los sistemas complementarios.

En segundo lugar, debe seguirse apostando porque los instrumentos de previsión social privados sean un régimen voluntario y complementario del sistema público y obligatorio de protección. Cuestión distinta es defender igualmente la introducción de elementos de obligatoriedad en la contratación o en la promoción de instrumentos de Protección Social Complementaria a través del mercado laboral, en línea con lo establecido en Nueva Zelanda a través del conocido como "Kiwi-saver". En resumen, abogaríamos por el mantenimiento de un sistema de previsión ocupacional, de carácter voluntario y capitalización individual, pero con fórmulas de adhesión automática y libre desafiliación, con un acceso inmediato en el sistema desde el ingreso en la empresa, eliminando los períodos de espera (antigüedad o tiempo de servicios previo).

Para que la cobertura que ofrecen los sistemas de previsión complementarios alcance a una población cada vez más amplia se tiene que potenciar los mecanismos del segundo pilar, es decir,

64 Siguen siendo plenamente válidas las que se recogen en MONERO PÉREZ, J.L. Y FERNÁNDEZ BERNAT, JA.: *Planes y Fondos de Pensiones: propuestas de reforma*, Madrid, Documento de Trabajo, Fundación Alternativas, núm. 137, 2008. Otras propuestas muy interesantes, en el marco del debate de la financiación del sistema público de pensiones, se pueden encontrar en VV.AA.: *Financiación del Derecho a pensiones públicas suficientes: alternativas sostenibles desde el lado de los ingresos*, Documento de Trabajo/Grupo de estudios sobre "pensiones suficientes, seguridad social universal y democracia", Fundación Francisco Largo Caballero, 2017; MONERO PÉREZ, J.L.: "Notas sobre la sostenibilidad económica y social de las pensiones en la perspectiva constitucional y legal. Propuestas de reforma", en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 2 (2018).

los de carácter profesional ligados a la relación laboral. Es ésta la tendencia reformista que siguen los países de nuestro entorno, con la cual se persigue la materialización de fórmulas de capitalización en los sistemas de protección social concertadas a nivel empresarial o sectorial. Para ello, y en línea con lo sugerido en el último Informe del Pacto de Toledo, habría que seguir avanzando por el cauce de la negociación colectiva como vía estratégica de generalización de la previsión social complementaria. Se debe seguir potenciando el papel de la negociación colectiva, muy especialmente en lo que se refiere a la instauración e implantación a través de ella de planes sectoriales o de promoción conjunta. Como se ha podido comprobar, estos planes tienen una nula o escasa presencia, pese a que los mismos presentan una serie de ventajas indudables frente a los planes de pensiones de carácter empresarial (racionalización de costes para las empresas implicadas, comisiones más bajas de las entidades gestoras y depositarias, etc.). Se trata, por lo demás, de la mejor (cuando no la única) opción para que los planes de pensiones del sistema de empleo continúen creciendo dado el volumen de trabajadores pertenecientes a pequeñas y medianas empresas sometidos gran parte de ellos a convenios de sector.

La apuesta que se hace por fomentar la incorporación automática de los empleados a esquemas de capitalización que tengan su origen en la negociación colectiva no se acompañaría de modo adecuado con la posibilidad de que las empresas puedan cumplir con dicho cometido con el ofrecimiento al empleado de un instrumento del tercer pilar. No es ésta la mejor opción si lo que se quiere es generalizar las fórmulas de previsión del segundo pilar. Por ello, consideramos una opción adecuada la creación de un fondo público en el que se puedan adscribir planes de empleo de reducida dimensión. En todo caso, falta concretar muchos aspectos sobre el mismo, especialmente todo lo relativo a su naturaleza, desarrollo y financiación.

El carácter preferencial que se le otorga a la vía ocupacional o colectiva frente a la individual en materia de previsión social obliga necesariamente a una diferenciación de los sistemas de empleo de los individuales. Los primeros nacen de la negociación colectiva y las aportaciones constituyen un "salario diferido" (en el sentido económico de la expresión; y no en el sentido estrictamente jurídico ex artículo 26 del ET) mientras que los sistemas individuales responden a decisiones de ahorro de aquellas personas con capacidad, por ello, en ocasiones constituyen un sistema de optimización fiscal cuando no un requisito impuesto por las entidades financieras para la obtención o mejora de las condiciones de los préstamos<sup>65</sup>. En base a lo anterior, se hace necesaria la delimitación y separación

<sup>65</sup> Con independencia de nuestro LPFP y dentro del Derecho Económico y de la Competencia de la Unión Europea, resulta harto significativa la lógica de un típico sistema individual como el regulado en el Reglamento (UE) 2019/1238 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativo a un producto paneuropeo de pensiones individuales (PEPP). Ciertamente, la lógica "individualista" y "mercantil" de ahorro y de libertad de mercado de este "producto paneuropeo" es patente. Se entiende por "producto paneuropeo de pensiones individuales o "PEPP": un producto de pensiones individuales de ahorro a largo plazo, que ofrece una empresa financiera apta con arreglo al artículo 6, apartado 1, en el marco de un contrato de PEPP, y que suscribe con un ahorrador en PEPP, o una asociación de ahorradores en PEPP independientes en nombre de sus miembros de cara a su jubilación, con una posibilidad de rescate estrictamente limitada o nula a e inscrito de conformidad con el presente Reglamento". El Capítulo III del referido Reglamento (UE) regula la "Promoción y portabilidad transfronteriza del PEPP" en el marco de la libre prestación de servicios y libertad de establecimiento por parte de los promotores del PEPP y los distribuidores de PEPP.

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

de ambos sistemas en aspectos como los incentivos fiscales y los límites de aportaciones diferenciados, entre otros. En esta línea se mueve la propuesta contenida en la Ley de Presupuestos y que consideramos muy pertinente por todo lo comentado.

El sistema, además, debería orientarse hacia la percepción de las prestaciones complementarias en forma de renta. Debería abordarse la posibilidad del establecimiento de medidas correctoras que incentiven el cobro de las prestaciones en forma de renta. A nuestro juicio, lo más apropiado desde la perspectiva de esa función social que se le otorga a los planes de pensiones como es la de servir de complemento a la pensión de jubilación recibida desde el sistema público es que se de preferencia a esa modalidad de cobro.

Por lo demás, el modelo de planes privados que se conformará en el futuro debe partir del hecho indubitable de que la adquisición y consolidación de derechos se produce de forma automática desde el momento que se efectúa la aportación. Ello impediría, por ejemplo, una introducción de porcentajes de adquisición de derechos consolidados de manera creciente o constante y lograr el 100 por 100 de los mismos después del transcurso de un determinado período.

Finalmente, el sistema complementario debería introducir suficientes dosis de flexibilidad con respecto a elementos como la posibilidad de realizar disposiciones de anticipadas de recursos bajo determinados requisitos y una eventual movilización de derechos económicos/consolidados entre diferentes instrumentos.

Si se observa atentamente estas reformas de una protección social complementaria que tenga una dimensión subjetiva más amplia y respete el carácter estrictamente complementario de los regímenes públicos de la Seguridad Social (artículo 41 CE) puede ser un instrumento que garantice el bienestar de los pensionistas (artículo 50 CE). Para esa combinación público-privado en el sistema de pensiones, el sistema público debe garantizar los principios de solidaridad intergeneracional, suficiencia prestaciones (pensiones públicas de calidad en cuanto al nivel de desmercantilización que satisfagan para los sujetos protegidos) y equidad prestacional. Ello no significa que los sistemas complementarios tengan un espacio vital marginal, pues siempre el nivel de cobertura de las pensiones públicas no será capaz de garantizar el cien por cien del promedio de las rentas de activos, por una parte, y por otra, porque los sujetos protegidos pueden desear —y estar en condiciones de poder hacerlo— una mejora complementaria o suplementaria de la protección dispensada por la cuantía de la pensión pública básica. Lo que no encuentra cabida en el bloque constitucional de regulador de las pensiones es la teoría de los “vasos comunicantes” (artículos 41, 50, en conexión con la cláusula de apertura hermenéutica ex artículo 10.2 y con los artículos 93 a 96 de la Constitución), en virtud de la cual las pensiones privadas se alimentan de los recortes crecientes en el nivel de suficiencia de las pensiones públicas (lo que conduciría a implantar un modelo residual de pensiones públicas y a la re-mercantilización de espacios funcionales propios del sistema público). Este modelo de re-mercantilización partiendo de la una deliberada insuficiencia manifiesta en la cobertura de la pensión pública para propiciar el acrecentamiento de la pensión privada de sustitución —no de complementación— supondría una ruptura del modelo de suficiencia garantista que se opone frontalmente a la garantía constitución establecida en los artículos 41 y 50 CE y al estándar mundial

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

multinivel al que reenvía o remite en vía interpretativa el artículo 10.2 CE (en relación con los artículos 93 a 96 de la Norma Fundamental). Es suficiente reparar, paradigmáticamente, en el contenido esencial de los derechos de Seguridad Social ex artículo 12 de la Carta Social Europea Revisada de 1996 para verificar la ruptura del modelo garantista que ello supondría<sup>66</sup>. La privatización parcial de ámbitos funcionales del sistema público de pensiones (sea por la vía de la privatización explícita, o sea por la vía de la privatización “implícita”) sería más un problema que una solución, entre otras cosas porque los proveedores de pensiones privadas no podrán ofrecer un sistema de seguridad equiparable al que dispensa el sistema público (Esta opción liberalizadora —propia de un discurso neoliberal— suele ocultar los costes reales de las pensiones privadas, por lo demás, poco seguras porque se enmarcan en una arriesgada lógica de financiarización del orden económico). Por lo demás, las personas mayores ostentan un derecho social a través de un régimen público de pensiones de manera que no tengan que “comprobarlo” como si fuera un artículo de comercio (provisión privada mercantil). La sostenibilidad social/parte de la experiencia —y no sólo de la convicción— de que los derechos relativos a la pensión pública no tienen por qué ser objeto de recorte necesario, por ser supuestamente “insostenibles”. El sistema público de pensiones en el marco del Estado Social (que no debería convertirse en un “Estado de Mercado”) surgió y se consolidó después para resolver las insuficiencias intrínsecas del mercado y de los instrumentos de aseguramiento comerciales a través de la concepción/invención de los derechos sociales como verdaderos de “desmercantilización” material relativa de los modos de satisfacción de las necesidades sociales consideradas fundamentales<sup>67</sup>.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Asociación Española de Salud y Seguridad Social, *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible* (III Congreso Internacional de la AESSS, celebrado en Madrid, 17-18 de octubre de 2019), Murcia, Laborum, 2019.

Barr, N., “Reforma de las pensiones: mitos, verdades y opciones políticas”, *Revista Internacional de Seguridad Social*, Vol. 55, núm. 2, 2002.

Barr, N. y Diamond, P., *La reforma necesaria. El futuro de las pensiones*, Madrid, El Hombre del Tres, 2012.

CC.OO., *El sistema de protección social en España*, Madrid, Cuadernos de Información Sindical, núm. 39, 2013.

<sup>66</sup> En este sentido MONERO PÉREZ, J.L.: “La política de pensiones entre Estado y Mercado”, en TORRES LÓPEZ, J. (Coord.) et altri: *Pensiones públicas: ¿Y mañana qué?*, Barcelona, Ariel, 1996, *passim*; MONERO PÉREZ, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996, espec., págs. 77 y sigs. (“Límites positivos explícitos entre los ámbitos funcionales de intervención de los Planes de pensiones privados y el sistema de pensiones público”).

<sup>67</sup> En este sentido MONERO PÉREZ, J.L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., págs. 27 y sigs., 134 y sigs., y 251 y sigs. (con particular referencia a “las políticas neoconservadoras y su proyección en el sistema de pensiones”).

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

Fernández Bernat, J. A., *Los planes de pensiones del sistema de empleo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007.

Fernández Bernat, J. A., "La protección social complementaria de la jubilación: las pensiones privadas", en Asociación Española de Salud y Seguridad Social: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible* (III Congreso Internacional de la AESSS, celebrado en Madrid, 17-18 de octubre de 2019), Murcia, Laborum, 2019.

Ferruz Agudo, L. y López Arceiz, F.J., "Fondos de Pensiones: Normativa, impacto financiero y situación actual", *Análisis Financiero*, núm. 121, 2013.

Gallego Losada, R., *El dilema de las pensiones en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

García Murcia, J., "El espacio de las pensiones privadas", en VV. AA., *Pensiones sociales. Problemas y alternativas* (IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Parte II), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999.

Grau Pineda, C., *La brecha de las pensiones en España*, Albacete, Murcia, 2020.

Gutierrez Bengoechea, M., "La sostenibilidad de las pensiones públicas en un Estado del Bienestar Social", en *E-Revista Internacional de Protección Social*, núm. 2, 2017.

Gutierrez Bengoechea, M., *La sostenibilidad de las pensiones públicas. Análisis Tributario y Laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Herrera Molina, P.M., "El nuevo régimen fiscal de los fondos de pensiones", *Impuestos*, 1987.

Hierro Hierro, F.J., *Pasajes de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo (2016-2020)*, Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2020.

Lacruz Berdejo, J.L., *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, Volumen Tercero, Contratos y cuasicontatos, 2<sup>a</sup> ed, Barcelona, 1986.

López Cumbre, L., *La prejubilación*, Madrid, Civitas, 1998.

López Insua, B.M., *El principio de igualdad de género en el Derecho Social del Trabajo*, Murcia, Laborum, 2017.

López Insua, B. M., "La protección frente al despido de los trabajadores mayores como elemento para la sostenibilidad de las pensiones", en *E-Revista Internacional De La Protección Social*, 3(1), 2018. 74–109. <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2018.101.05>.

Maldonado Molina, J.A., *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

Malvarez Pascual, L., "El régimen jurídico-tributario de los sistemas de previsión social" *Quincena Fiscal*, 1998.

Monereo Pérez, J.L. y De Val Tena, Á. L., "La protección complementaria en España", en VV.AA., *Sicurezza sociale e previdenza complementare in Europa*, Bari, Cacucci Editore, 2009.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., "El espacio de las pensiones privadas: los Planes de pensiones", en Monereo Pérez, J.L. (Dir.): *La política de pensiones en el Estado Social en transformación: Aspectos críticos*, Granada, Comares, 2010, pp. 273 y ss.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., "El Factor de sostenibilidad: configuración técnica y significación en la política de pensiones", capítulo IV de la obra colectiva, en VV.AA., *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos pro-*

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

cesos de reforma, Monereo Pérez, J.L. y López Cumbre, L. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y Fernández Ramírez, M. (Coords.), Granada, Comares, 2015, pp. 99-126.

Monereo Pérez, J. L. y Fernández Bernat, J. A., *Las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo. Un estudio técnico de la experiencia negociadora*, Granada, Comares, 2004.

Monereo Pérez, J. L. y Fernández Bernat, J. A., "Planes individuales y planes asociativos de pensiones", VV.AA. López Cumbre, L. (Coord.): *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Madrid, Iustel, 2007.

Monereo Pérez, J. L. y Fernández Bernat, J. A., *Los Planes de Pensiones en el Sector Público*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters&Aranzadi, 2008.

Monereo Pérez, J. L. y Fernández Bernat, J. A., *Planes y Fondos de Pensiones: propuestas de reforma*, Documento de Trabajo, Madrid, Fundación Alternativas, núm. 137, 2008.

Monereo Pérez, J. L. y Fernández Bernat, J. A., *Los Planes y Fondos de Pensiones. Guía de Negociación Colectiva*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2009.

Monereo Pérez, J. L. y Fernández Bernat, J. A., "La designación de los miembros de las Comisiones de Control de los Planes de pensiones de empleo: los "partícipes en suspenso" (Situación jurídica tras la STC de 29 de noviembre de 2010)", en *Aranzadi Social*, núm. 4 (2011).

Monereo Pérez, J. L. y Fernández Bernat, J. A., "El modelo legal de pensiones privadas: orientaciones y propuestas de reforma en clave progresista", en VV.AA., *El sistema público de pensiones de jubilación. Desafíos y respuestas*, Frades, J. (Coord.), Madrid, Fundación Largo Caballero, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2011.

Monereo Pérez, J. L. y Fernández Bernat, J. A., "Los planes y fondos de pensiones en el contexto de las reformas de los sistemas de protección social: ¿continuidad o renovación?", RGDTSS, núm. 31, 2012.

Monereo Pérez, J. L. y Fernández Bernat, J. A., "El factor de sostenibilidad: ¿Un nuevo paso para el cambio silencioso de modelo de pensiones públicas?", en *Revista de Derecho Social*, 2013.

Monereo Pérez, J. L. y Fernández Bernat, J. A., "La política del derecho comunitario de apoyo a los planes privados de pensiones: nuevas medidas para su relanzamiento", en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 214, 2018, pp. 55-89.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., *Planes y fondos de pensiones: propuestas de reforma*, Documento de trabajo 137/2008, Madrid, Fundación Alternativas, 2008. Disponible *on line* en abierto en la página web de la Fundación Alternativas.

Monereo Pérez, J. L. y Fernández Bernat, J. A., "El modelo legal de pensiones privadas: orientaciones y propuestas de reforma en clave progresista", en VV.AA., *El sistema público de pensiones de jubilación. Desafíos y respuestas*, FRADES, J. (Coord.), Madrid, Fundación Largo Caballero/ Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2011.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., "La responsabilidad social de la empresa y los sistemas de pensiones: la inversión socialmente responsable" en López Cumbre, L. (Coord.) et altri., *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*, Granada, Comares, 2012.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., "Revalorización y actualización de pensiones: La STC 49/2015, de 5 de marzo de 2015", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, N°. Extraordinario, 2016.

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

Monereo Pérez, J.L y Fernández Bernat, J.A., "Planes de pensiones y prejubilación: (El caso poliseda: aplicación del Texto Refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones a los compromisos empresariales de prejubilación. A propósito de la STS de 19 de diciembre de 2016)", en *Revista de derecho social*, núm. 78, 2017.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., *La sostenibilidad de las pensiones públicas*, Madrid, Tecnos, 2014.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., "El Convenio OIT núm. 102 (1952) sobre norma mínima de Seguridad Social como delimitador del estándar mundial y sus límites actuales", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, Núm. Extra 0, 2019, pp. 90-123.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., *Los planes y fondos de pensiones: Balance de situación y nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo*, Albacete, Bomarzo, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., "Recomendación 0. Defensa del mantenimiento y mejora del sistema público de pensiones: la opción por reformas paramétricas para garantizar las pensiones", en Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) et alii: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020)*, Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., "Recomendación 2. Mantenimiento del poder adquisitivo y mejora de las pensiones. La apuesta por la calidad de la pensión y por el principio de progresividad", en Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) et alii: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020)*, Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., "Recomendación 16. Sistemas complementarios. La política del derecho de fomento de los planes de pensiones del sistema de empleo de carácter complementario", en Hierro Hierro, F.J. (Dir. y Coord.) et alii: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020)*, Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters&Aranzadi, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., *Los planes y fondos de pensiones: Balance de situación y nuevas medidas de reforma del modelo legal tras la revisión del Pacto de Toledo*, Albacete, Bomarzo, 2021.

Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., (Dirs.) et alii: *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2020, 619 pp.

Monereo Pérez, J.L., Ojeda Avilés, A. y Gutiérrez Bengoechea, M., *Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones*, Murcia, Laborum, 2021. (En versión de papel y digital).

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2019.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., "La Protección Social de los artistas (a propósito de la propuesta de elaboración de un Estatuto del Artistas y Profesional de la Cultura)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 16, 2018.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., "La situación de la «Hucha de las pensiones». A propósito de las últimas disposiciones del Fondo de Reserva de la Seguridad Social y las limitaciones intrínsecas de este instrumento de garantía", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 5, 2015.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., "Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema de pensiones y en la jubilación forzosa", *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, n.º 18, 2019.

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., "Repensar críticamente el modelo de regulación de la pensión de jubilación", Título I en obra colectiva *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, Murcia, Laborum, Murcia, 2019.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, nº 25, 4º Trimestre 2020.

Monereo Pérez, J.L., *Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996.

Monereo Pérez, J.L., *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: El modelo de pensiones complementaria* (pp. 9-210), Ponencia general en el VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, González-Posadas Martínez, E. (Coord.), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997, pp.

Monereo Pérez, J.L., "Diálogo social y reforma de las pensiones: ¿de las políticas de consenso sociopolítico al dirigismo político?", en *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, núm. 5, 2014, págs. 73-107.

Monereo Pérez, J.L., "Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante", en *RMTAS*, Número Extraordinario, 2008.

Monereo Pérez, J.L., "Instrumentación jurídica e institucional de los Planes y Fondos de Pensiones (I y II)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núms. 40 y 41, 1989.

Monereo Pérez, J.L., "Notas sobre la caracterización jurídica de los planes privados de pensiones (en especial de los planes del sistema de empleo)", *Temas Laborales*, núm. 16, 1989.

Monereo Pérez, J.L., "Instituciones de control y gestión de los Planes y Fondos de Pensiones (las formas de participación de los interesados en la gestión de estos sistemas de previsión voluntaria)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 48, 1991.

Monereo Pérez, J.L., "La posición jurídica de los partícipes en la estructura de gestión y el sistema de adopción de acuerdos en las comisiones de control de los planes y fondos de pensiones", *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1992.

Monereo Pérez, J.L., "El ámbito material de responsabilidad empresarial en el trabajo en contratas. Las obligaciones "referidas" a la Seguridad Social", *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1992.

Monereo Pérez, J.L., "La política de pensiones entre Estado y Mercado", en TORRES LÓPEZ, J. (Coord.) et alii: *Pensiones públicas: ¿Y mañana qué?*, Barcelona, Ariel, 1996.

Monereo Pérez, J.L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996.

Monereo Pérez, J.L., *Fusión de sociedades y previsión voluntaria en la empresa*, Madrid, Editorial Ibídem, 1996.

Monereo Pérez, J.L., *Los Planes de Pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias*, Ponencia General en VV. AA., *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias (VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.

Monereo Pérez, J.L., *Los planes de pensiones del sistema de empleo: La incidencia de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

Monereo Pérez, J.L., "El futuro del sistema de pensiones: sistema público y sistemas privados (I y II)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núms. 88 y 89 (1998).

Monereo Pérez, J.L., "Planes y Fondos de Pensiones", en VV. AA. (Villa Gil, L. E. de la dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 4.<sup>a</sup> ed., 2004.

Monereo Pérez, J.L., "El Texto Refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones 1/2002: la cristalización de las direcciones fundamentales de la política de "reforma social", *Revista de Derecho Social*, núm. 22 (2003).

Monereo Pérez, J.L., "Los Planes de Pensiones en el proceso de reforma del sistema de protección social", *Revista de Derecho Social*, núm. 23 (2003).

Monereo Pérez, J.L., "El marco de referencia: los Planes de Pensiones en el proceso de reforma del sistema de protección social", en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N., dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada, Comares, 2003.

Monereo Pérez, J.L., "La protección social complementaria de las pensiones. Los planes privados de pensiones", en Monereo Pérez, J. L., García Ninet, J. I. (DIRS.), Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N. y Vicente Palacio, A. (Coords.): *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Granada, Comares, 2004.

Monereo Pérez, J.L., "Derechos sociales y Estado democrático social en Antón Menger" (pp. XI-LXXVIII), estudio preliminar a Menger, A., *El derecho al producto íntegro del trabajo&El Estado Democrático del Trabajo (El Estado Socialista)*, edición crítica de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004.

Monereo Pérez, J.L., "Convenio colectivo modificativo y pensiones (problemas sustantivos y de legitimación procesal)", en VV.AA., *Derecho Vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, Borrajo Dacruz, E. (Dirección técnica), Ramírez Martínez, J.M., y Sala Franco, T., Madrid, 2017.

Monereo Pérez, J.L., "Los planes de pensiones en el sistema de protección social: Configuración técnica y orientaciones de la reforma", en VV.AA., La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M.<sup>a</sup>.N. (Coordinadores), Granada, Comares, 2008.

Monereo Pérez, J.L., "El sistema de pensiones en el marco de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social", en Antón, A. (Coord.): *La reforma del sistema de pensiones*, Madrid, Talasa, 2010.

Monereo Pérez, J.L., "La política de pensiones tras el Acuerdo Social y Económico de 2011: la fase actual de la construcción de un "nuevo" sistema de pensiones", en Monereo Pérez, J. L. y Maldonado Molina, J. A. (Dirs.) et alii: *La edad de jubilación*, Granada, Comares, 2011.

Monereo Pérez, J.L., "La reforma concertada de las pensiones: el Acuerdo Social y Económico de 2011 y su desarrollo legislativo", *RGDTSS*, núm. 25, 2011.

Monereo Pérez, J.L., *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*, Granada, Comares, 2013.

Monereo Pérez, J.L., *La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores de edad avanzada*, Albacete, Bomarzo, 2019.

Monereo Pérez, J.L., "Diálogo social y reforma de las pensiones: ¿de las políticas de consenso sociopolítico al dirigismo político?", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2014.

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

Monereo Pérez, J.L., "La política de pensiones tras el Acuerdo Social y Económico de 2011: la fase actual de la construcción de un "nuevo" sistema de pensiones", en Monereo Pérez, J. L. y Maldonado Molina, J. A. (Dirs.) et alii: *La edad de jubilación*, Granada, Comares, 2011.

Monereo Pérez, J.L., "La reforma concertada de las pensiones: el Acuerdo Social y Económico de 2011 y su desarrollo legislativo", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 25, 2011.

Monereo Pérez, J.L., "El futuro del sistema de pensiones: sistema público y sistemas privados (I y II)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 88-89, 1998.

Monereo Pérez, J.L., "Seguridad Social y Ayuda Social (Artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)", en VV.AA., *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2012, págs. 893-938.

Monereo Pérez, J.L., "Derechos a la Seguridad Social y Asistencia Social (Artículos 22 DUDH, 9 PIDESC y Normas Concordantes)", en VV.AA., *El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Monereo Atienza, C. Y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2014, págs. 515-541.

Monereo Pérez, J.L., "Las reformas de las pensiones. Un análisis global del proceso reformista", en Monereo Pérez, J.L. y López Cumbre, L. (Dirs.): *La pensión de Jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Maldonado Molina, J.A. y Fernández Ramírez, M. (Coords.), Granada, Comares, 2015, págs. 1-57.

Monereo Pérez, J.L., "Derechos a la Seguridad Social (Artículo 12)", en VV.AA., *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2017, págs. 629-659.

Monereo Pérez, J.L., "Notas sobre la sostenibilidad económica y social de las pensiones en la perspectiva constitucional y legal. Propuestas de reforma", en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 2, 2018.

Monereo Pérez, J.L., "Dignidad de la persona y protección social en la Constitución de 1978: balance y propuestas de reforma para la mejora de sus garantías de suficiencia como derecho social fundamental", en *RTSS. CEF*, núm. 429, 2018.

Monereo Pérez, J.L., "El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 de la Constitución)", en VV.AA., *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002, págs. 1425-1524.

Monereo Pérez, J.L., "EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación", en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº Extra 1, 2010.

Monereo Pérez, J.L., "Reestructuración de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria", en Moreo Pérez, J.L. (Dir.) et alii: *La política de pensiones en el Estado Social en transformación: Aspectos críticos*, Granada, Comares, 2010, págs. 81-174.

Monereo Pérez, J.L., "William Henry Beveridge (1879-1963): La construcción de los modernos sistemas de Seguridad Social", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 4, 2015, págs. 279 y sigs.

Monereo Pérez, J.L., "El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 CE)", en VV.AA., *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002, págs. 1425-1524.

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

Monereo Pérez, J.L., "La garantía internacional y europea de los derechos a la Seguridad Social y Asistencia Social", en VV.AA., *Estudios sobre Seguridad Social. Libro Homenaje al Profesor José Ignacio García Ninet*, Barcelona, Atelier, 2017, págs. 187-228.

Monereo Pérez, J.L., "Pilar europeo de derechos sociales y sistemas de seguridad social, *Lex Social. Revista de los derechos sociales*, 8(2), 2018.

Monereo Pérez, J.L., *La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores de edad avanzada*, Albacete, Bomarzo, 2019.

Monereo Pérez, J.L., "Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para afrontar la crisis y la recuperación", en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 1, 2020, págs. 16-83. <https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/10403/10516>.

Monereo Pérez, J.L., "Los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460, julio 2021, págs. 129-146.

Monereo Pérez, J.L., *La garantía de los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea en tiempos de crisis*, Murcia, Laborum, 2021.

Monereo Pérez, J.L. (DIR.), *La concertación social en España: Una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos*, R. Álvarez Gimeno, Á. L. De Val Tena, J.A. Maldonado Molina, J.L. Monereo Pérez, M.N. Moreno Vida, R. Muñoz de Bustillo Llorente, Madrid, Consejo Económico y Social de España (Premio de Investigación del CES), 2015.

Monereo Pérez, J.L. y López Cumbre, L. (Dirs.) et altri, *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Maldonado Molina, J.A. Y Fernández Ramírez, M. (Coords.), Granada, Comares, 2015.

Monereo Pérez, J.L., y Rodríguez Iniesta, G., *La pensión de jubilación*, Murcia, Laborum, 2020.

Monereo Pérez, J.L., y Rodríguez Iniesta, G., "El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 25, 2020.

Monereo Pérez, J.L., y Rodríguez Iniesta, G., "La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre (A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID 19 y las medidas legales)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 23, 2020.

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., "La Seguridad Social en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021 (Ley 11/2020, de 30 de diciembre)", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 26, 2021, pp.13-31.

Monereo Pérez, J.L., y Rodríguez Iniesta, G., y Trillo García, A.R., *El Ingreso Mínimo Vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 2020.

Monereo Pérez, J.L., y Rodríguez Iniesta, G., y Trillo García, A.R., *El Ingreso Mínimo Vital*, Murcia, Laborum (Col. Trabajos de Investigación), 2021.

Moreno Fernández J.I., *Las retribuciones en especie del trabajo personal en la Ley del IRPF*, Valladolid, Lex Nova, 1994.

Moreno Romero, F., *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea. Equilibrio entre políticas de empleo, pensiones y sistema productivo*, Granada, Comares, 2016.

Ojeda Avilés, A., "Sostenibilidad de la Seguridad Social y Fondos colectivos de pensiones", en Asociación Española de Salud y Seguridad Social: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación* (I Congreso Internacional

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social celebrado en Madrid, en 2017), Murcia, Laborum, 2017.

Ojeda Avilés, A., "Treinta años después del "Modelo Chileno" de Fondos de pensiones", en VV.AA., *Estudios sobre Seguridad Social. Libro Homenaje al Profesor José Ignacio García Ninet*, Barcelona, Atelier, 2017, págs.229-245. Poveda Blanco, F: *Régimen fiscal de los Planes y Fondos de Pensiones*. Trabajo inédito del segundo ejercicio de cátedra, Alicante, Universidad de Alicante, 1990.

Romero Burillo, A.M.<sup>a</sup>, *Los planes de pensiones del sistema de empleo*, Cizur Menor (Navarra), ThompsonReuters&Aranzadi, 2002.

Ross, A., *Lógica de las normas*, trad. José S.P. Hierro, revisión, edición y estudio preliminar, "Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho" (pp.XI-CXXXVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000.

Serrano Pérez, F., García Díaz, M.A. y Bravo Fernández, C., *El sistema español de pensiones*, Barcelona, Ariel, 2004.

Suárez Corujo, B., *El sistema público de pensiones: crisis, reforma y sostenibilidad*, Valladolid, Lex Nova, 2014.

Suárez Corujo, B., *Los planes de pensiones del sistema de empleo. Principios ordenadores*, Valladolid, Lex Nova, 2003.

Tortuero Plaza, J. L. y Aguilera Cazorla, O. del., "Los sistemas de pensiones en Europa y Latinoamérica: realidades, expectativas e ideas para un debate", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho social Internacional y Comunitario)*, núm. 54, 2004.

Tortuero Plaza, J.L., La reforma de la jubilación (Marco de referencia y Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de la Seguridad Social), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters&Aranzadi, 2012.

Trillo García, A.R., "Seguridad Social y COVID 19", en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 23, 2020.

Vila Tierno, F. y Gutiérrez Bengoechea, M. (Dirs.) et altri, *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones*, Gómez Salado, M.Á. (Coord.), Granada, Comares, 2020.

VV.AA., *Comentarios a la Constitución Socioeconómica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2002.

VV.AA., Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N. (dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada, Comares, 2003.

VV.AA., *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias* (VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.

VV.AA., *La reforma de las Pensiones en la Ley 27/2011*. VII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Ediciones Laborum, 2011. VV.AA., *El sistema público de pensiones de jubilación. Desafíos y respuestas*, Frades, J. (Coord.), Madrid, Fundación Largo Caballero, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2011.

VV.AA., *La edad de jubilación* (Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., Dirs.), Granada, Comares, 2011.

VV.AA., *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Monereo Pérez, J.L., López Cumbre, L. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y M. Fernández Ramírez (Coords.), Granada, Comares, 2015.

## LA GARANTÍA DE LAS PENSIONES: DESAFÍOS PARA LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

VV.AA., *La reforma de la pensión de jubilación*, García Romero, B. y López Aniorte, M.C. (coordinadoras), Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

VV.AA., (Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. DIRS.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, 2 Tomos, Murcia, Laborum, 2017.

VV.AA., *Los trabajadores maduros: entre el trabajo y la jubilación*, Moreno Gené, J., y Ana María Romero Burillo, A. (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

VV.AA., *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, II Congreso Internacional y XV Nacional de la AESSS, 2 Tomos, Murcia, Laborum, 2018.

VV.AA., *Reforma y Modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, Sempere Navarro, A.V. y Fernández Orrico, F.J. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2012.

VV.AA., *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.ª N. (Dirs.), Granada, Comares, 2003.

VV.AA., *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, (Monereo Pérez, J.L., López Cumbre, L. (Dirs.), Maldonado Molina, J.A. y Fernández Ramírez, M. (Coords.) Granada, Comares, 2015.

VV.AA., *Financiación del Derecho a pensiones públicas suficientes: alternativas sostenibles desde el lado de los ingresos*, Documento de Trabajo/Grupo de estudios sobre "pensiones suficientes, seguridad social universal y democracia", Madrid, Fundación Francisco Largo Caballero, 2017.

VV.AA., *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Salcedo Beltrán, C. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.



# ESTUDIOS DOCTRINALES

## EL “DERECHO” A LA PENSIÓN FUTURA

### THE “RIGHT” TO A FUTURE PENSION

---

**Lourdes López Cumbre**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Cantabria

[lourdes.lopez@unican.es](mailto:lourdes.lopez@unican.es) ORCID 0000-0002-9403-5591

Recepción de trabajo: 11-07-2021 - Aceptación: 31-07-2021

- 1. EL “DERECHO” DISPONIBLE SOBRE LA PENSIÓN (PRIVADA) FUTURA Y LA PRETENDIDA AUSENCIA DE “DERECHO” EN LA PENSIÓN PÚBLICA. 1.1. ¿Existe un “derecho” a la pensión pública futura? 1.2. El “valor” de la cotización en el ámbito privado y en el ámbito público en cuanto a la configuración del “derecho” a la pensión futura.
- 2. LA “DISPONIBILIDAD” ANTICIPADA DEL “DERECHO” A UNA PENSIÓN (PRIVADA) FUTURA. 2.1. El título que permite “disponer” del “derecho” a una pensión privada. 2.2. El establecimiento de una “prenda” sobre el “derecho consolidado” a la pensión futura. 2.3. La disposición pignorática sobre el rescate anticipado de las aportaciones a un plan de pensiones.
- 3. SOBRE EL “DERECHO” A UNA PENSIÓN PÚBLICA FUTURA Y SU DISPONIBILIDAD ANTICIPADA. 3.1. La errónea aplicación de la doctrina del “derecho adquirido”. 3.2. Derecho consolidado, derecho en curso de adquisición, derecho en progresión: en definitiva, un derecho susceptible de protección. La “carrera de cotización” como soporte de la titularidad de un derecho a la pensión.
- 4. CÓMO GARANTIZAR EL “DERECHO” A LA PENSIÓN EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. 4.1. Una cotización complementaria voluntaria individual dentro del sistema de Seguridad Social. 4.2. Algunas experiencias ya contrastadas dentro del sistema español. 4.3. Principales reticencias a una cotización voluntaria individual capitalizada en el sistema de Seguridad Social.
- 5. EL FONDO DE PENSIONES PÚBLICO DE EMPLEO.
- 6. BIBLIOGRAFÍA

## RESUMEN

Desde hace tres años, los partícipes y beneficiarios de un plan de pensiones pueden rescatar sus derechos consolidados correspondientes a aportaciones realizadas con, al menos, diez años de antigüedad. Esta disponibilidad anticipada permite ampliar la capacidad para establecer embargos o prenda sobre los derechos consolidados, siendo de mayor interés para el beneficiario la prenda o cesión. Dada la situación económica, cada vez es más frecuente que el ciudadano busque fórmulas para obtener rentabilidad de aquellos bienes o derechos que posee. De ahí que esta opción resulte sumamente atractiva. ¿Mas ¿se podría hacer lo mismo con el derecho derivado de una pensión pública? ¿Existe un "derecho" a la pensión pública futura semejante al "derecho consolidado" de la pensión privada, aunque aún no sea disponible? ¿Puede condicionar la financiación —sistema de capitalización en el ámbito privado y de reparto en el ámbito público— la configuración del "derecho" a la pensión futura en el sistema de Seguridad Social? Hasta ahora, la respuesta a esta última pregunta, sin mucha mayor precisión, ha sido que sí, que ambos modelos son dispares y que, por tanto, las consecuencias también lo son. Pero, tal vez, cabría replantear la simplicidad de la respuesta, objetivo perseguido por este análisis.

**PALABRAS CLAVE:** pensiones públicas, derecho a la pensión, pensiones privadas, derecho adquirido, expectativa de derecho, rescate anticipado de la pensión, fondo público de empleo.

## ABSTRACT

Since three years ago, beneficiaries of a pension plan scheme have been able to redeem their vested rights corresponding to contributions made at least ten years earlier. This advance availability allows to expand the capacity to establish embargoes or pledge on the consolidated rights, with the pledge or assignment being of greater interest to the beneficiary. Given the economic situation, it is becoming increasingly common for citizens to seek formulas to obtain profitability from the goods or rights they possess. Hence, this option is extremely attractive. But could the same be done with the right derived from a public pension? Is there a "right" to a future public pension similar to the "consolidated right" to a private pension, even if it is not yet available? Can the financing system of capitalization in the private sphere and distribution system in the public sphere condition the configuration of the "right" to the pension in the social security system? So far, the answer to this last question, without much precision, has been yes, that both models are disparate and that, therefore, the consequences are also different. But perhaps we should rethink the simplicity of the response, which is the aim of this analysis

**KEYWORDS:** public pensions, right to a pension, private pensions, acquired right, expectation of entitlement, early pension redemption, public employment fund.

## 1. EL "DERECHO" DISPONIBLE SOBRE LA PENSIÓN (PRIVADA) FUTURA Y LA PRETENDIDA AUSENCIA DE "DERECHO" EN LA PENSIÓN PÚBLICA (1)

### 1.1. ¿Existe un "derecho" a la pensión pública futura?

1. Dada la situación económica, cada vez es más frecuente que el ciudadano busque fórmulas para obtener rentabilidad de aquellos bienes o derechos que posee. La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (Resolución de 10 de junio de 2020, BOE, 31 de julio) decidió denegar la inscripción de una escritura de pignoración de los derechos derivados de un plan de pensiones. Y no lo hizo por entender que la misma no procedía, sino porque advirtió sobre la necesidad de aclarar “–defecto fácilmente subsanable– que se pignoran los derechos consolidados derivados del plan de pensiones pero que se subordina su ejecución a que sean disponibles”.

¿Se podría hacer lo mismo con el derecho derivado de una pensión pública? ¿Existe un “derecho” a la pensión pública futura semejante al “derecho consolidado” de la pensión privada, aunque aún no sea disponible? ¿Puede condicionar la financiación —sistema de capitalización en el ámbito privado y sistema de reparto en el ámbito público— la configuración del “derecho” a la pensión futura en el sistema de Seguridad Social? Hasta ahora, la respuesta a esta última pregunta, sin mucha mayor precisión, ha sido que sí, que ambos modelos son dispares y que, por tanto, las consecuencias también lo son.

Pero, tal vez, cabría replantear la simplicidad de la respuesta.

2. El derecho a la pensión pública surge cuando se cumplen los requisitos establecidos en relación a la misma por la ley vigente en el momento en que se produce el hecho causante. Esta es la norma propia del régimen público de Seguridad Social, no cuestionada. Si se toma como referencia la pensión contributiva —la que mejor se asimila a la pensión privada de los planes de pensiones— y se exemplifica en la jubilación —la que más exigencia de cotización supone y la que, en principio, todo trabajador aspira a obtener—, exige una serie de requisitos (edad, carencia, cese en la actividad, etc) (2). Entretanto podría considerarse que sólo existe una mera “expectativa” de derecho a la pensión.

Sin embargo, el mismo esquema se halla presente en el ámbito de las prestaciones complementarias (“privadas”) —planes de pensiones o contratos de seguro, con referencia en este análisis únicamente a los primeros— y respecto de las mismas, existe una “consolidación” del derecho a medida

---

1 Este análisis se realiza dentro del Proyecto de Investigación “*La Organización de la empresa en la era digital y sus consecuencias laborales, sindicales y de Seguridad Social*” (DER2017-82192-C3-2-R) del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

2 López Cumbre, L., “La jubilación. Entre el derecho y la obligación”, en AAVV, *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 39-106.

que se va cotizando, pudiendo condicionar el ejercicio de cualquier disposición del mismo a que el derecho sea ejecutivo. Y, aun cuando en una definición poética de la Seguridad Social se estime que la misma supone que "*al egoísmo estrictamente personal de la supervivencia digna, se superponga el altruismo de querer lo mejor para todos los otros*"<sup>3</sup>), lo cierto es que el individuo que cotiza también quiere obtener una contraprestación a cambio de su esfuerzo.

Podría afirmarse que la principal diferencia que permite obtener en un caso —pensión privada— la disponibilidad del derecho, antes de que éste pueda ejecutarse, es la forma de financiación, tan dispar para las pensiones en el ámbito privado y en el ámbito público, de capitalización en aquél y de reparto para este último. De esta manera, en el primer supuesto el titular del derecho posee un "fondo" que va incrementando progresivamente a medida que cotiza y del que un día dispondrá, mientras que en el ámbito público el sistema de reparto no prevé identificación alguna de un "fondo" individual y, por ende, no cabría apreciar idéntico ejercicio en el derecho que se "consolida" porque dicho "fondo" no existe como tal.

Pero no es cierto. Al menos no lo es en relación a quienes hayan "cumplido" ya los períodos mínimos de cotización establecidos legalmente para alcanzar un derecho. Y, así, si se toma como ejemplo la pensión de jubilación, cuando se ha cotizado quince o más años al sistema, el beneficiario sabe que —algún día, cuando cumpla la edad pertinente y los requisitos exigidos— obtendrá la pensión correspondiente. Pero el derecho a la misma se ha ido generando con la cotización. Lo mismo ocurre en el plan de pensiones, con la diferencia de que la norma legal admite que, en este último caso, existen unos "derechos consolidados" que nacen desde la primera cotización y que van creciendo en su cuantía a medida que la contribución se incrementa. Y, si bien es cierto que, en el ámbito público, el "derecho" podrá admitirse como "consolidado" cuando se cumpla el requisito de carencia o cotización mínima exigido legalmente, la aportación a la financiación de la pensión se ha venido haciendo, como en el ámbito privado, desde la primera cotización. Mas, en puridad, no existe un "derecho" a percibir la pensión de jubilación, como tampoco existe tal "derecho" en el ámbito privado y, sin embargo, en este último sí se permite la disponibilidad de lo acumulado, y en el ámbito público no.

### 1.2. El "valor" de la cotización en el ámbito privado y en el ámbito público en cuanto a la configuración del "derecho" a la pensión futura

1. ¿Significa esto que el cotizante en el ámbito público no posee ningún "derecho" a su pensión futura hasta tanto no se cumplan todos los requisitos y obtenga su correspondiente pensión, a diferencia del partícipe del plan de pensiones que, anticipadamente, puede "disponer" del "derecho", aunque el cobro de la pensión se retrase en el tiempo? Cuestión que no intenta poner de manifiesto una hipotética discriminación o desigualdad entre titulares de un sistema, público en un caso y privado en otro. Tan sólo cuestionar una diferencia entre sistemas que, siendo de por sí distintos, persiguen el mismo objetivo: garantizar una pensión a cambio de una cotización.

<sup>3</sup> Villa Gil, L.E. de la, "La aportación del profesor José Vida Soria al ordenamiento español de Seguridad Social", en AAVV, *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008, pág. 42.

## EL "DERECHO" A LA PENSIÓN FUTURA

Quizá la mayor objeción a una identificación de ambos sistemas en el objetivo de una disponibilidad previa a la obtención de la pensión, sea el hecho de que, en la pensión pública, se desconoce el *quantum* de la misma hasta el momento de acceder a ella. Algo que también puede suceder en la pensión privada —que valora la modalidad de aportación definida, sin conocer el importe final de la pensión— y, pese a ello, el legislador no ha impedido la disponibilidad del derecho.

2. Aunque, sin ninguna duda, el principal obstáculo es la modalidad actuarial de financiación en un sistema y en otro, ya sea de reparto en el público o de capitalización en el privado. La forma de gestionar la financiación del sistema contribuye a alcanzar esta conclusión ya que el sistema de reparto supone la financiación de los pasivos con las cotizaciones de los activos a cambio de que éstos obtengan una pensión en el futuro. Con todo, ese futuro, incierto, podría modificar los requisitos reduciendo la pensión prevista o, incluso, anulándola. De hecho, todos los malos augurios sobre la solvencia, viabilidad o sostenibilidad del sistema público reproducen dichos presagios lo que, sin duda, contribuye a generar desconfianza sobre el sistema público de pensiones. Pero ¿existe algún derecho sobre la cotización ya efectuada o se trata de una mera contribución impositiva al sostenimiento de un servicio público, en este caso, la Seguridad Social?

Pues no. La cotización no es un impuesto que se abona para obtener los beneficios de un servicio público, sino que constituye una prima semejante a la del seguro privado, principal referente de la cotización, a cambio de la cual se obtendrá, producido el hecho causante, una pensión. Eso significa que, como en el seguro, el beneficiario tiene unos derechos en expectativa —que no una expectativa del derecho— a medida que va contribuyendo al sistema. De lo contrario, el desincentivo resultaría palpable pues daría lo mismo cotizar que no hacerlo o cotizar más que cotizar menos. ¿Por qué entonces tanta diferencia con el sistema privado, en especial con la posibilidad de disponer anticipadamente en los términos antes indicados? Es cierto que, en el ámbito privado, el "fondo" económico es individual y se va incrementando el mismo a medida que se producen las cotizaciones correspondientes. Sin embargo, su gestión no le corresponde al interesado por lo que, si los gestores no acierran con la inversión financiera del capital depositado, podrá ocurrir que la pensión se reduzca e incluso quede anulada.

Como es sabido, el método actuarial de reparto consiste en que los pagos corrientes se financian con ingresos corrientes, esto es, que las pensiones de la generación anterior se financian con las contribuciones de la generación actual, cuyas futuras pensiones se financiarán con las contribuciones que abone la generación siguiente. Considerado como "el fundamento mismo de la Seguridad social contemporánea" <sup>4</sup>, se ha mantenido hasta nuestros días, no sin ser cuestionado precisamente por la desconfianza que el sistema provoca en las generaciones presentes y futuras. Por su parte, el método actuarial de capitalización supone que cada afiliado asuma sus propios riesgos y pague sus prestaciones aportando recursos económicos suficientes para el coste de su pensión futura. Fórmula asimismo en cuestión cuando se produce una escasa —o nula— rentabilidad de la inversión efectuada.

<sup>4</sup> Gonzalo González, B., "El modelo de financiación de la Seguridad Social (la tensión entre el régimen de reparto y el régimen de capitalización en AAVV *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación...*", Comares, Granada, 2008, pág. 492.

Al margen de considerar que ya se han introducido mecanismos de capitalización en las prestaciones contributivas de Seguridad Social —capitalización por parte de la Mutua colaboradora del importe de la prestación en caso de invalidez permanente y supervivencia derivadas de riesgos profesionales o la cobertura de las pensiones de jubilación de los religiosos, entre otros supuestos—, lo cierto es que el método imperante en el ámbito público es el sistema de reparto, ex artículo 87 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS). De ahí que, cada vez sea más necesario discernir, en el ámbito de la Seguridad Social y antes de cualquier regresión del sistema contributivo en los términos en que fue concebido, entre aquella parte de la misma universalizada y financiada por impuestos generales y aquella otra parte “contributivizada” y sostenida por las cotizaciones de trabajadores y empleadores. De lo contrario, se correría el riesgo de eliminar pensiones con el pretexto de universalizar prestaciones. Ciertamente, con esta división puede agudizarse el problema de que no sea suficiente con la cotización corriente el pago de las pensiones corrientes. De ser así y si se llegara a esta situación, será el Estado, valedor de las pensiones públicas, el que deberá contribuir al sistema para garantizar los derechos adquiridos o en curso de adquisición, sin perjuicio de las reformas que deba adoptar para evitar este desfase en generaciones futuras.

3. Porque, si fuera de otra forma, se podría alcanzar una conclusión perversa para el sistema: que trabajadores y empleadores cotizantes tuvieran obligaciones, pero no tuvieran garantías sobre sus derechos futuros.

En efecto. De todo lo expuesto podría deducirse que el “valor” de la cotización resulta desconocido en el ámbito público toda vez que lo que se cotiza no va destinado a la pensión de quien lo hace sino de un tercero —el pensionista actual— a cambio de que, en un futuro, se obtenga la pensión correspondiente. Mas, conviene aclarar que tampoco en el ámbito privado existe tal garantía; primero, porque el “valor” de lo cotizado puede depreciarse como consecuencia de fallidas inversiones y, segundo, porque la rentabilidad entre lo proyectado y lo que se percibirá es volátil.

Pues, si se llegara a la conclusión de que quien cotiza hoy no tiene garantizado nada mañana, el sistema de Seguridad Social podría generar una desconfianza letal para el mismo. De hecho, si se sigue alimentando la idea de que quienes contribuimos —incluidos los jóvenes, aunque en menor dimensión por su mayor precariedad— lo hacemos a “fondo perdido” y sin garantía de recuperación de la inversión realizada, la mera solidaridad no será suficiente para el mantenimiento del sistema.

No en vano, la socialización de los riesgos a la que responde el sistema de Seguridad Social no significa la confiscación del derecho a la pensión futura por parte del sistema. No para quienes han establecido una relación con el mismo con unos parámetros concretos en virtud de los cuales cumplen con su obligación<sup>5</sup>). Es cierto que el legislador puede modificar los requisitos que permiten acceder a la pensión, pero no puede anular el derecho a la misma para quienes ya han contribuido en los términos previamente acordados.

5 López Cumbre, L., “La jubilación. Entre el derecho y la obligación”, en AAVV, *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación...* op.cit., pp. 39-106.

Entonces, existiendo tantas semejanzas —aunque también ingentes diferencias—, ¿cómo es posible que a los titulares de planes de pensiones se les permita no sólo la disponibilidad anticipada sino la contemplación de un derecho de crédito sobre los "derechos consolidados" —que no sobre la pensión futura— y no exista un derecho similar en el ámbito público?

## 2. LA "DISPONIBILIDAD" ANTICIPADA DEL "DERECHO" A UNA PENSIÓN (PRIVADA) FUTURA

### 2.1 El título que permite "disponer" del "derecho" a una pensión privada

1. Una de las últimas reformas importantes en materia de planes de pensiones (Real Decreto 62/2018, de 9 de febrero, BOE, 10) consistía precisamente en poder disponer de forma anticipada, por parte de los partícipes, del importe, total o parcial, de sus derechos consolidados correspondientes a aportaciones realizadas con, al menos, diez años de antigüedad. Con carácter general, podrán hacerlo los planes del sistema individual y los del sistema asociado y, en el caso de los del sistema de empleo, siempre que lo prevean las especificaciones del plan y con las condiciones o limitaciones que éstas establezcan en su caso (artículo 9.4 del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, en adelante RPFP).

Esta disponibilidad anticipada permitirá ampliar, entre otras, la capacidad para establecer embargos o prenda sobre los derechos consolidados, siendo de mayor interés para el beneficiario la prenda o cesión. En este último caso, se abre una nueva posibilidad de financiación para sujetos que no cuentan con otros activos patrimoniales, a diferencia del embargo por el que no se financia al titular del activo gravado, sino que se mejora la condición de su acreedor. Aunque conviene no menospreciar la oportunidad de "negocio" que esta reforma genera. Para los acreedores pignoráticos o embargantes, porque se añade una vía de agresión a los derechos económicos o consolidados del plan antes de que se cause la prestación; para los deudores —y, por extensión, para su acreedor—, porque podrán hacer previsiones económicas fundadas en un término *certus an* y *certus quando*, toda vez que atenderán a las aportaciones con diez años de antigüedad desde el momento en que lo permita la norma.

2. Para precisar cuándo y cómo se generan estos derechos consolidados susceptibles de disponibilidad anticipada procede advertir una serie de aclaraciones (6).

En primer lugar, que el partícipe del plan realiza (o bien terceros por su cuenta, en el sistema de empleo) aportaciones al fondo. El conjunto de éstas a lo largo de la fase pasiva del plan genera derechos consolidados. Los derechos consolidados pueden caracterizarse desde una doble pers-

---

6 Carrasco Perera, A. y López Cumbre, L., "Rescate y pignoración de los planes de pensiones", *Diario La Ley*, 2018, núm.9209, pp. 1-8.

pectiva: como derechos en tanto titularidad jurídica real o modalidad de propiedad; pero, también, como expectativas de créditos futuros, a la espera de que se produzca la contingencia que generará la prestación a favor del titular del derecho consolidado, por tanto, un derecho de crédito futuro y contingente cuya actualización puede depender de una o más contingencias *certus an, incertus an, certus quando o incertus quando*. Cuando sucedan las contingencias de actualización del crédito se producirá entonces lo que se denomina prestación a cargo del fondo y, por tanto, la fase activa del sistema para su beneficiario.

En segundo término, que se trata de un crédito futuro y contingente de carácter especial porque su cristalización en manos del acreedor no puede producirse mientras duren los derechos consolidados, sino con la contingencia de prestación. Lo que supone que el acreedor no pueda "subrogarse" en el plan ni en el fondo por vía de ejecución de la garantía.

En tercer lugar, que las prestaciones se causan como consecuencia de las contingencias, y los derechos consolidados como consecuencia de las aportaciones al fondo. Las prestaciones se causan cuando se generan las contingencias protegidas en los planes de pensiones (en la actualidad, la jubilación, la incapacidad total y permanente o gran invalidez, la muerte del partícipe o beneficiario y la dependencia severa o gran dependencia del partícipe) y podrán percibirse en forma de renta o capital. Por su parte, los derechos consolidados (la denominación es válida para los partícipes pues, en el caso de los beneficiarios, se consideran, por regla general, "derechos económicos") constituyen la cuota parte que corresponde al partícipe, determinada en función de las aportaciones, rendimientos o gastos, en los planes de aportación definida y, en los planes de prestación definida, la reserva que le corresponda de acuerdo con el sistema actuarial utilizado. Derivan de las aportaciones realizadas al fondo de pensiones a las que están obligados promotor y partícipe, si bien la titularidad de los recursos patrimoniales afectos a cada plan corresponde únicamente a los partícipes y, en su caso, a los beneficiarios.

Finalmente, que la "disponibilidad" del plan significa el derecho a redimir (liquidar, rescatar, etc.) el plan antes de que se produzca la contingencia que hace nacer la prestación. Lo que, a su vez, genera un concepto adicional, el del crédito dinerario derivado del rescate, que es distinto del crédito dinerario en que se cosifica el derecho a la prestación, aludiendo el legislador, con poca fortuna, a que los derechos "se hacen efectivos".

3. El artículo 8.8 de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones (en adelante, LPFP) establece que los derechos consolidados del partícipe en un plan de pensiones "*no podrán ser objeto de embargo, traba judicial o administrativa, hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación o en que se hagan efectivos en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración por corresponder a aportaciones realizadas con al menos diez años de antigüedad.*". Cuando se abonen las pensiones correspondientes al beneficiario previsto o designado deberá considerarse si "*mediara embargo, traba judicial o administrativa, en cuyo caso se estará a lo que disponga el mandamiento correspondiente*", ex artículo 8.10 LPFP. Por su parte, el artículo 22.7 RPFP señala que "*cuando el derecho a las prestaciones del partícipe en un plan de pensiones sea objeto de embargo o traba, judicial o administrativa, ésta resultará válida y eficaz, si bien no se ejecutará hasta que se cause*

*el derecho a la prestación o puedan hacerse efectivos o disponibles conforme a lo previsto en el artículo 9".* Producidas tales circunstancias, la entidad gestora ordenará el traspaso de los fondos correspondientes a las prestaciones o derechos consolidados a quien proceda, en cumplimiento de la orden de embargo. En caso de que el partícipe o beneficiario sea titular de varios planes de pensiones serán embargables, en primer lugar, los del sistema individual y asociado, y en último término, los planes del sistema de empleo.

Como se anticipara, existe una serie de supuestos que permiten una liquidez excepcional de estos derechos (enfermedad grave, desempleo de larga duración y, en el caso de planes del sistema individual o asociado, se podrá disponer anticipadamente del importe, total o parcial, de los derechos consolidados correspondiente a aportaciones realizadas con al menos diez años de antigüedad, entre otros y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 LPFP). Como consecuencia de la pandemia, la Disposición Adicional 20<sup>a</sup> del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, BOE, 1 de abril, amplió dichas posibilidades, si bien durante un período tasado de tiempo (seis meses desde la entrada en vigor del estado de alarma, con posibilidad de prórroga). En tal caso, podrían disponer de los derechos consolidados quienes se encontraran en situación legal de desempleo como consecuencia de un expediente de regulación temporal de empleo derivado de la situación de crisis sanitaria o aquellos empresarios titulares de establecimientos cuya apertura al público se hubiera visto suspendida o los trabajadores por cuenta propia que hubieran estado previamente integrados en un régimen de la Seguridad Social como tales y hubieran cesado en su actividad como consecuencia de la situación de crisis sanitaria. A tal fin, se establece el importe máximo disponible de los derechos consolidados, con las correspondientes prórrogas de las medidas adoptadas durante la pandemia.

## 2.2 El establecimiento de una “prenda” sobre el “derecho consolidado” a la pensión futura

1. En el recorrido descrito, las prestaciones o pensiones de los planes de pensiones deberán ser abonadas al beneficiario o beneficiarios previstos o designados, salvo que medie embargo, traba judicial o administrativa (o pignoración), en cuyo caso se estará a lo que disponga el mandamiento (o contrato) correspondiente. Sin embargo, la ley señala que los derechos consolidados del partícipe en un plan de pensiones no pueden ser objeto de embargo, traba judicial ni administrativa hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación o en que sean disponibles o efectivos en los supuestos de enfermedad o desempleo de larga duración o por corresponder a aportaciones realizadas con, al menos, diez años de antigüedad.

Ante el silencio de la regulación primigenia, la reforma introducida por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, BOE, 9, añadiría la prohibición de que estos derechos consolidados fueran objeto de embargo, traba judicial o administrativa hasta el momento en que se cause la prestación. De hecho, cuando se planteó la inconstitucionalidad de dicha inembargabilidad (STC 88/09), el Tribunal Constitucional alegó que “aunque es indudable que el derecho consolidado de un partícipe en un plan de pensiones puede valorarse en dinero, el partícipe no puede a voluntad ni enajenar ni gravar ni rescatar tal derecho porque la ley lo prohíbe [...] (por lo demás se tiene en cuenta [...] la doble función económica y social que desempeñan: la de complementar el nivel obligatorio y público de protección social y la de favorecer la modernización, desarrollo y estabilidad de los mercados financieros” (FJ 2).

Un matiz que hoy deviene inaplicable toda vez que, en la actualidad y como viene exponiéndose, los derechos consolidados del partícipe no podrán ser objeto de embargo o traba “*hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación o se hagan efectivos en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración o por corresponder a aportaciones realizadas con al menos diez años de antigüedad*”, exartículo 8.8 LPFP. De ahí que, cuando el derecho a las prestaciones del partícipe en un plan de pensiones sea objeto de embargo o traba judicial o administrativa, ésta resultará válida y eficaz. El artículo 22.7 RPFP es expresivo y dispone, como se indicara, que la traba no será ejecutable —no que no se pueda efectuar— hasta que se cause el derecho a la prestación o puedan hacerse efectivos o disponibles los citados derechos consolidados.

2. Bien es cierto que, en su momento, algunas decisiones judiciales optaron por diferenciar entre los derechos consolidados del partícipe (inembargables) y las pensiones futuras (susceptibles de embargo o traba), ya del partícipe, ya del beneficiario. Así, mientras los “derechos consolidados” como tales resultaban inembargables, pues solamente podrían hacerse efectivos en los supuestos excepcionales previstos por la normativa aplicable, sin que pudieran ser mientras tanto objeto de disposición, la “prestación futura” derivada de estas aportaciones deberá merecer un trato diferente <sup>(7)</sup>. Esto suponía que el derecho, titularidad jurídica real sobre el fondo (derecho consolidado), no puede ser embargado como tal mientras que la prestación ya nacida sí puede ser objeto de embargo.

Mas, como ha habido oportunidad de precisar en otros estudios, el crédito futuro contingente a la prestación, que se inicia en la fase pasiva del plan, también puede ser objeto de embargo <sup>(8)</sup>. Esto es, en la fase del derecho consolidado ya puede practicarse la traba, si bien no se hará efectiva sino sobre el crédito a la prestación cuando ésta nazca o cuando se produzca el rescate con anterioridad a la prestación, en su caso. Por lo tanto, supone una incorrección técnica sostener que los derechos consolidados no pueden ser objeto de traba, pues sí pueden serlo en tanto crédito futuro, aun cuando no se pueda realizar la vía de apremio sobre los derechos consolidados antes de la fase de prestación o rescate. Por lo que, como se advirtiera, el apremio o ejecución no generarán subrogación sobre los derechos consolidados.

3. Procede, sin embargo, precisar alguna distinción en atención a las contingencias que causan el derecho a la prestación (jubilación o muerte u otra contingencia prevista) respecto de las contingencias que causan el derecho de rescate (enfermedad grave, desempleo de larga duración, transcurso de diez años).

<sup>7</sup> Dicha prestación constituye un crédito no realizable en el acto, pero puede ser objeto de embargo o traba conforme lo dispuesto en el artículo 5922.9.<sup>a</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil (embargo de créditos, derechos y valores realizables a medio o largo plazo). El hecho de encontrase sometido a un evento futuro como es el cumplimiento de alguna de las contingencias previstas en la Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones para que pueda producirse su abono al deudor no impide el embargo o traba, puesto que ésta resulta posible sin perjuicio de que su efectividad práctica se difiera al momento de su devengo (Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 26 de junio del 2002, Ar. 260146, FJ 2).

<sup>8</sup> Carrasco Perera, A. y López Cumbre, L., “Rescate y pignoración de los planes de pensiones”..., *op.cit.*, pp. 1-8.

Si la atención se centra, por ejemplo, en la jubilación, la prestación no dependerá en este caso de la voluntad del titular. En tal supuesto, la ejecución no se demorará hasta que se "obtenga" la prestación, sino hasta que ésta "se cause", por lo que habrá que esperar a que el titular se jubile. En condiciones normales, esta opción resulta voluntaria y, una vez que se cumplen los requisitos objetivos, el pensionista puede retrasar la solicitud de su pensión tanto tiempo como quiera. Pero con un embargo o traba de por medio bastará con que "se cause el derecho" a la prestación. Así lo establece el artículo 8.10 LPFP cuando retrasa el embargo de los derechos consolidados "hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación" y no hasta que "se cause" esta última (pues, de ser así, prevalecería la voluntad del titular).

En estos términos se han venido pronunciando algunas decisiones judiciales considerando que, cuando existen embargos judiciales sobre derechos a favor del beneficiario de un plan de pensiones, la aseguradora, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 621 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debió proceder a retenerlos y a ingresarlos en la cuenta de consignaciones del juzgado en el momento del devengo, pues ya habían quedado afectos a las respectivas ejecuciones, aunque el titular, hallándose ya jubilado, hubiera optado por no solicitar el cobro del derecho correspondiente <sup>(9)</sup>.

## 2.3 La disposición pignorática sobre el rescate anticipado de las aportaciones a un plan de pensiones

1. Mas la nueva normativa sobre el rescate anticipado de los planes permite efectuar conclusiones distintas. Pues, aun cuando pudiera considerarse que el rescate es para los "planes" tras diez años de antigüedad, no parece que el legislador haya optado por esta vía. Distingue la norma entre "los derechos correspondientes a aportaciones o primas abonadas antes del 1 de enero del 2016 [en cuyo caso] podrán hacerse efectivos a partir de 1 de enero del 2025" (Disposición Transitoria 7<sup>a</sup> LPFP) y la "disposición anticipada de los derechos consolidados del partícipe de un plan de pensiones correspondientes a aportaciones realizadas con al menos diez años de antigüedad" (artículo 8.8 LPFP). Esto significa que todo lo aportado hasta diciembre del 2015 podrá hacerse efectivo a partir del 2025 (y, en ese caso, sí que podría aludirse al rescate de todo el "plan"), pero aquellas aportaciones efectuadas a partir del 2016 podrán ser rescatadas a los diez años (2026), las del 2017 en el 2027 y así sucesivamente. No otra interpretación cabe de los términos precisados por esta norma reglamentaria y, en coherencia con ella, todo lo aportado hasta diciembre del 2015 cumplirá con el requisito de la antigüedad y el resto de las aportaciones irán cumpliendo dicho requisito progresivamente.

Esto podría provocar que, a partir del 2025, se originara una "fuga" masiva de todos los planes, con todas las aportaciones y de todos los derechos consolidados de los partícipes que hayan hecho aportaciones y por la totalidad de éstas antes del 1 de enero del 2016. Distinta hubiera sido la consecuencia si, en estos casos, se hubiera optado por limitar un porcentaje de este tipo de rescate —como ha ocurrido en las situaciones excepcionales de rescate por la pandemia—. Pero se ha establecido un rescate ilimitado para dichos supuestos y las consecuencias serán las que el comportamiento de los partícipes refleje en el 2025.

<sup>9</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 9 de junio del 2014, Ar. 185122, FJ 3.

2. El resto de las situaciones deberán regirse por lo que la norma indica, esto es, por rescatar el importe de las aportaciones con diez años de antigüedad. De hecho, y aun cuando para los supuestos excepcionales de liquidez surgidos por enfermedad o desempleo, el rescate del plan resultará "incompatible con la realización de aportaciones a un plan de pensiones" (salvo a los del sistema de empleo), para el rescate por antigüedad en las aportaciones se prevé que sea "compatible con la realización de aportaciones a planes de pensiones para contingencias susceptibles de acaecer" (artículo 11.5 RPFP). De esta forma, el rescate (total o parcial) de los derechos consolidados no impedirá seguir realizando aportaciones a un plan de pensiones, sea el mismo rescatado u otro distinto.

No obstante, y como ya ha habido ocasión de precisar, los plazos del rescate solucionan un posible problema de "azar moral" que de otra forma se presentaría. Si, por ejemplo, la prenda de los derechos del plan se concertara en el 2015, el acreedor sabría, que, llegado el caso, podrá apropiarse por ejecución del valor de rescate de todas las aportaciones hechas hasta esa fecha. No podrá "interesarse"—pero tampoco tendrá que ocuparse de ellas—por las que se hagan (si se hacen) desde el 2016 en adelante, pues éas no podrán "hacerse efectivas" en el primer acto de rescate. Con todo, siempre queda la posibilidad de que, en la prenda, se atribuya al acreedor el derecho a rescatar en decenios sucesivos, mas, de ser así, deberá considerar, entre otras posibilidades, que el titular del plan pueda no realizar más aportaciones "bajo la sombra del rescate ajeno" (<sup>10</sup>).

3. En todo caso, se puede afirmar sin ambages que esta posibilidad abierta últimamente de rescatar el plan sin condición a ningún tipo de contingencia, más allá de la antigüedad en las aportaciones, obliga a sustantivizar el propio derecho de rescate del plan como un objeto susceptible de tráfico patrimonial.

Y, así, cabría caer en la tentación de especular con la posibilidad de embargar o pignorar el derecho de rescate como activo independiente del embargo o prenda de los derechos consolidados. No obstante, semejante segmentación del derecho no parece necesaria. La traba sobre los derechos derivados del plan (antes de que surja la fase de prestación) comprenderá también el derecho de rescate como derecho potestativo de configuración jurídica, que es una de las facultades del haz de derechos que constituyen los derechos consolidados. Pero es importante que el derecho de prenda lo especifique, pues si el acreedor no pactara el ejercicio en nombre propio, el artículo 1869 del Código Civil sólo lo legitimaría por sustitución, sin que pudiera apropiarse los fondos al no actuar por cuenta propia (<sup>11</sup>).

Es cierto que este tipo de disponibilidad supone el riesgo de que, en el futuro, ya no exista un derecho a la pensión. Y, a estos efectos, el legislador deja sin detallar un extremo determinante. Tanto en el rescate por enfermedad o desempleo como en el rescate por el mero transcurso del tiempo, parece a primera vista que, a diferencia del crédito a la prestación, el derecho de rescate es de ejercicio potestativo por su titular, que puede ejercitarlo o no, aunque los derechos consolidados, como crédito futuro contingente, hayan sido ya embargados o pignorados. En otras palabras, que se podría predicar su naturaleza de derecho intransferible a tercero del que no cabría ejercicio subrogado.

<sup>10</sup> Carrasco Perera, A. y López Cumbre, L., "Rescate y pignoración de los planes de pensiones"..., *op.cit.*, pp. 1-8.

<sup>11</sup> *Ibidem.*

torio en méritos de lo dispuesto en el artículo 1111 del Código Civil. La cuestión no se plantea en este extremo en términos distintos para las diferentes contingencias que permiten el rescate, aunque es notorio que las dos primeras constituyen contingencias del tipo *in certus an* y la última es cierta en todo escenario. Cabe efectuar esta precisión porque —con una lejana analogía con el Derecho sucesorio— se podría considerar que en los derechos contingentes de la primera categoría no hay nada en la titularidad del plan que pueda ser embargado o pignorado, pero en la segunda sí, al depender la contingencia de un término cierto. Sin embargo, se opta por entender que no es así, y en los tres casos de contingencias de rescate la relación, personalísima o no, del titular con el rescate debe ser tratada de la misma manera.

Cuando se ha planteado en los tribunales esta cuestión, la respuesta más común ha sido que el rescate constituye un derecho del titular del plan y que, por tanto, corresponde a su voluntad ejercerlo o no. Por esa razón, en ningún modo, el acreedor podrá sustituir en el derecho al contratante en cuanto que éste se otorga a aquél <sup>(12)</sup>. Por lo tanto, sólo si el beneficiario opta por el “rescate” y se liquidan los derechos consolidados, procedería ejecutar el embargo, y no será así en caso contrario.

Pero la reforma del 2018 parece descansar en un presupuesto distinto. A diferencia de referencias anteriores a la posibilidad de “hacer efectivos” los derechos consolidados, ahora la Ley que regula los planes y fondos de pensiones alude a que la prohibición de embargo o traba se extiende hasta el momento en que dichos derechos “sean disponibles”. E, incluso, el Reglamento especifica que dicha prohibición se extenderá hasta que los derechos consolidados “puedan ser disponibles o efectivos”, invirtiendo los términos cuando, en el mismo artículo 22.7, admite que el embargo o traba resultarán válidos y eficaces cuando dichos derechos “puedan hacerse efectivos o disponibles”. El momento es importante pues, como se ha señalado, producidas tales circunstancias la entidad gestora ordenará el traspaso de los fondos correspondientes a las prestaciones o derechos consolidados a quien proceda, en cumplimiento de la orden de embargo.

En consecuencia, y a diferencia de la tesis judicial expuesta, partidaria de hacer prevalecer la soberanía del titular en relación con el rescate, el legislador parece haber optado por “expropiar” el derecho potestativo cuando media una traba o embargo. Y, así, del mismo modo que ya el embargo no se hará efectivo cuando se obtenga la prestación, sino cuando “se cause el derecho a la misma”, en el caso de posible rescate anticipado el acreedor podría recurrir al apremio cuando los derechos sean disponibles o puedan hacerse efectivos.

4. En definitiva, se considera que el derecho de rescate puede ser embargado y pignorado y que, al menos en el caso de la pignoración (o la cesión plena del crédito), el acreedor pignoraticio puede hacerse ceder el derecho de provocar el rescate mediante el ejercicio en nombre y cuenta propia del derecho a liquidar anticipadamente el plan. De no ser así, la prenda de los derechos económicos derivados del plan no tendría ningún valor, ya que obviamente el titular no ejercitaría nunca el rescate si el producto de éste hubiera de ir a manos del acreedor.

<sup>12</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 21 de febrero del 2006, Ar. 155092, FJ 3.

Es cierto que una propuesta semejante supondrá en la praxis que la arquitectura convencional del modelo de jubilación puede resquebrajarse de manera más intensa de lo que hubiera podido sospecharse al admitir el rescate por transcurso del tiempo, con el perentorio riesgo que este intercambio puede causar a las expectativas que el sistema quiere crear de una jubilación digna. Pero es el legislador el que ha iniciado un camino sin retorno al admitir una liquidación anticipada de los planes de pensiones. Si dentro de diez años un partícipe de un plan de pensiones puede liquidar sus aportaciones para hacer un viaje a un lugar de ensueño, también será admisible que pida hoy al banco un préstamo personal para este viaje y lo amortice en el futuro cuando se liquide su derecho si el acreedor no tiene otra forma de cobrar su crédito (13).

## 3. SOBRE EL "DERECHO" A UNA PENSIÓN PÚBLICA FUTURA Y SU DISPOSIBILIDAD ANTICIPADA

### 3.1 La errónea aplicación de la doctrina del "derecho adquirido"

1. Desde antiguo se ha venido afirmando, en relación a la pensión de jubilación, que no existe un "derecho consolidado" sino una "expectativa de derecho". La aclaración la formula el Tribunal Constitucional en torno a la edad de jubilación y no al derecho a la pensión. Y, así, en la STC 108/86, cuando se cuestionó la Ley Orgánica del Poder Judicial, entre otras materias también por el anticipo de la edad de jubilación forzosa de los jueces, el citado Tribunal se pronunciaría en estos términos al confirmar que no existe un "derecho" a jubilarse a una edad determinada, sino que es el legislador el que, justificando su decisión, podrá modular la misma.

En efecto. Cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial redujo la edad de jubilación forzosa a los 65 años, el recurso de inconstitucionalidad de la norma esgrimió, entre otros interesantes argumentos también para otros no menos importantes aspectos, que dicho anticipo suponía una situación de hecho, la de que aquellos Jueces y Magistrados que entraron al servicio de la Administración de Justicia cuando la edad de jubilación era la de setenta años, incluso con posibilidad de prórroga, y que ahora veían reducida su vida activa en cinco o en siete años, obligados a terminarla anticipadamente. Este hecho, suponía, a juicio de los recurrentes un grave atentado a la "seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución), concebida como el «saber a qué atenerse» o, en otras palabras, como la confianza en que el Estado cumpla sus compromisos, dando fijeza y estabilidad a las leyes, seguridad jurídica que permita promover el orden jurídico, la justicia y la igualdad. No se han respetado, por ello, situaciones consolidadas que habían generado derechos públicos subjetivos derivados de una relación jurídica confirmada". Un argumento que bien podría reproducir la inquietud de quienes, pendiente de su pensión, comprueban que las condiciones o la cuantía se modifican.

13 Carrasco Perera, A. y López Cumbre, L., "Rescate y pignoración de los planes de pensiones"..., *op.cit.*, pp. 1-8.

## EL "DERECHO" A LA PENSIÓN FUTURA

Pero el Tribunal no atiende a estos argumentos por considerar que “*la existencia de una carrera judicial o de un derecho a la jubilación de sus integrantes, por ejemplo, son elementos que no están en la disponibilidad del legislador, que sí puede, en cambio, modificar sus condiciones y, entre ellas, el momento en que ha de producirse la jubilación. De todo ello resulta que quien accede a la función pública como Juez no es titular de un derecho subjetivo a ser jubilado a la edad establecida para ello en el momento de su acceso, sino de una expectativa a ser a tal edad, lo que acarrea evidentes consecuencias a las cuales se alude a continuación*” (FJ 16).

Para afianzar esta tesis, el Tribunal entiende que, a diferencia de otras situaciones, no se produce en este caso un supuesto de retroactividad de normas restrictivas de derechos individuales, impedida por el artículo 9.3 CE. Puesto que, dado que no es posible limitar derechos que no existen, la inaplicabilidad del principio parece evidente cuando, por lo demás, “*la invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisible petrificación del ordenamiento jurídico*” (STC 27/81 y 6/83). No en vano, una norma se considera retroactiva, a los efectos del artículo 9.3 CE, cuando incide sobre “relaciones consagradas” y afecta “a situaciones agotadas” (STC 27/81), lo que no ocurre en este supuesto en que no existe una situación con estas características. Como afirma el Tribunal, “*lo que se prohíbe en el art. 9.3 es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad*” (STC 42/86, FJ 3). Incluso, aun cuando se admitiera, en hipótesis, la existencia de un derecho subjetivo a la edad de jubilación, no se entendería vulnerado el citado principio de irretroactividad toda vez que “*las disposiciones impugnadas para nada alteran situaciones ya agotadas o perfectas, sino que se limitan a establecer para el futuro la consecuencia jurídica (la jubilación) de un supuesto genérico (cumplir determinadas edades) que aún no ha tenido lugar respecto a los sujetos afectados*” (STC 108/86, FJ 17).

Conviene subrayar, en este punto, el reproche sobre la seguridad jurídica que este antípodo pudiera implicar en el ordenamiento jurídico. Porque, para los recurrentes, dicha seguridad supone “el saber a qué atenerse”, esto es, que se cumplan los compromisos ya adquiridos. Es decir, la seguridad jurídica considerada como la obligación del legislador de respetar los derechos adquiridos o, en general, las situaciones jurídicas subjetivas que se hubieran creado a favor de los jueces en activo y que se verían afectados por el adelantamiento de la jubilación.

En este sentido, el Tribunal califica de “huidiza” la teoría de los derechos adquiridos, no acogida deliberadamente en la Constitución y que, en todo caso, “*no concierne al legislador ni al Tribunal Constitucional cuando procede a la función de defensor del ordenamiento, como intérprete de la Constitución*” (STC 27/81, FJ 10). Esta doctrina, congruente con la sostenida al tratar de la irretroactividad y de la interdicción de la arbitrariedad y que se justifica por el respeto que merece el campo de acción del legislador y las posibilidades de reforma del ordenamiento propios de un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1 CE), hace que, “*aun en la hipótesis de la existencia de derechos subjetivos (y con más razón sin duda tratándose de expectativas) respecto a la jubilación, no podría invocarse el principio de seguridad jurídica para hacerlos valer frente al legislador ante este Tribunal*” (STC 108/86, FJ 19).

Asimismo, y, por último, los recurrentes alegan la vulneración de lo dispuesto en los artículos 33.3 y 35 CE, respectivamente. Como es sabido, el primero dispone que "*nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública, o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes*". No define la Constitución qué deba entenderse exactamente por expropiación de "bienes y derechos", "pero dado que el precepto se remite a «*lo dispuesto por las Leyes*», parece que hay que referirse a la legislación vigente, que acoge un concepto amplio respecto al posible objeto de la expropiación". En este sentido, se estima que, falta en la legislación que se cuestiona un elemento indispensable "para que pueda calificarse la reducción de la jubilación de medida expropiatoria, cual es que sólo son expropiables y, por tanto, indemnizables la privación de bienes y derechos o incluso intereses patrimoniales legítimos aun no garantizados como derechos subjetivos (por ejemplo, las situaciones en precario); pero en ningún caso lo son las expectativas". Más aún, la doctrina jurídica y la jurisprudencia consideran, casi unánimemente, que "sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futuros". Y, en consecuencia, no existiendo un derecho adquirido a que se mantenga una determinada edad de jubilación, "debe concluirse que de lo que se ha privado a Jueces y Magistrados es de una expectativa, pero no de un derecho actual consolidado, con la consecuencia de que esa privación no es expropiatoria" (STC 108/86, FJ 20).

2. Cuestionar la edad no es sinónimo de cuestionar el derecho. No se trata, aquí, de defender la existencia de un derecho adquirido tanto como la defensa de un derecho que se va consolidando a medida que se va cotizando. Una situación que no encaja en la doctrina de los derechos adquiridos, ligada más a la existencia previa de una legislación que se modifica. Se defiende con ella la subsistencia de derechos previamente adquiridos frente a un cambio legislativo en un determinado ordenamiento jurídico como modo de irretroactividad de la norma.

En efecto. Si se atiende a los antecedentes de este principio, procedería remontarse a la Regla Teodosiana en Derecho romano, estudiándose en los siglos XVI y XVII una casuística importante en torno a la aplicación del respeto a los derechos adquiridos en la Ley 24 del Título XI de la Partida Cuarta, en este caso para ordenar la inmutabilidad del régimen económico matrimonial tanto pactado como derivado de la costumbre del lugar de celebración del matrimonio (<sup>14</sup>). Estas Partidas, redactadas en la segunda mitad del siglo X por mandato del Rey Alfonso X de Castilla, serán mencionadas en relación a la doctrina de los derechos adquiridos hasta la entrada en vigor del Código Civil de 1888. Código que, como es sabido, prevé, por una parte, la posibilidad de retroactividad de las leyes, si ellas mismas así lo disponen; pero, por otro lado, establece que las variaciones introducidas por el Código que perjudiquen derechos adquiridos no tendrán efectos retroactivos.

La definición más clásica de los denominados "*iura quaesita*" es la que señala que el derecho adquirido es aquel derecho que entró a formar parte del patrimonio del beneficiario a "consecuencia de un acto idóneo y susceptible de producirlo, en virtud de una ley del tiempo en que el hecho hubiere

<sup>14</sup> Mijaya de la Muela, A., "Los derechos adquiridos en la doctrina española y en el sistema de Derecho Internacional Privado", *Anuario Español de Derecho Internacional*, 1974, vol. 1, pág. 12.

tenido lugar, aunque la ocasión de hacerlo valer no se presentase antes de la publicación de la ley nueva relativa al mismo”<sup>(15)</sup>. Sin embargo, se pone de manifiesto una cierta contradicción al pretender subrayar que no puede existir derecho sin previa adquisición del mismo por lo que será determinante concretar el momento en que el derecho entra a formar parte de patrimonio de la persona. De ahí que se estime que existe “eficacia retroactiva no sólo cuando la nueva ley desconoce las consecuencias ya realizadas del hecho cumplido, es decir, cuando destruye las ventajas ya nacidas, sino también cuando, por una razón relativa a este hecho solamente, impide una consecuencia futura de un hecho ya consumado”<sup>(16)</sup>. Considerando que la mayor parte de los actos jurídicos no tienen un desenlace inmediato y sus efectos se prolongan en el tiempo, no parece fácil la delimitación con la mera expectativa toda vez que esta última supone una situación que, sin haber llegado a la plena consolidación del derecho, reclama algún tipo de protección jurídica, no siempre alcanzada<sup>(17)</sup>.

Con todo, se califica a la tesis de los derechos adquiridos como un exponente conservador, siendo atacada por visiones más progresistas en la evolución del ordenamiento jurídico. De hecho, se ha definido abiertamente como “una serie de intereses creados, que no merecen o no debieran protegerse jurídicamente”<sup>(18)</sup>. Y, pese a esa consideración como concepto huidizo (STC 15/81) o de difícil contorno (STC 63/82), la doctrina de los derechos adquiridos no deja de suponer un interés claro: la necesidad de garantizar posiciones jurídicas individuales frente a la capacidad de modificar las normas del Estado. Lo que, a su vez, ha sido considerado como un objetivo antitético, si se tiene en cuenta que precisamente el ordenamiento jurídico no puede permanecer inalterado si trata de satisfacer las necesidades de convivencia y de solución de conflictos de las sociedades desarrolladas<sup>(19)</sup>.

3. Esta posición conduce a otro concepto, no ajeno a lo expuesto, que es el de garantía o seguridad jurídica. Principio constitucionalizado con “un sesgo tendencialmente axiológico”<sup>(20)</sup>, presente en todo el ordenamiento jurídico. De hecho, la seguridad jurídica garantizada en el artículo 9.3 CE se proyecta tanto en la creación como en la aplicación e interpretación del Derecho. Y es sinónimo de previsibilidad. La seguridad jurídica supone poder ajustar la conducta a normas determinadas con consecuencias previsibles, confiando en la respuesta y en que las situaciones jurídicas individuales no van a ser desconocidas o alteradas sin la adopción, en su caso, de las debidas garantías. De ahí que su análisis esté implícitamente unido al debido respeto de los derechos adquiridos, aunque no siempre se comparta su convergencia<sup>(21)</sup>.

<sup>15</sup> Definición ofrecida por Gabba en su *Teoria dell' retroattività delle leggi*, publicada en 1923 y citada por todos los autores especializados. En este caso, citado por Barrero Rodríguez, C., “El respeto a los derechos adquiridos”, *Documentación Administrativa*, 2002, núms. 263-264, pág. 141.

<sup>16</sup> Covello, N., *Doctrina general del Derecho civil*, Editorial Hispano-América, México, 1949, pág. 120.

<sup>17</sup> Josserand, L., *Derecho Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-américa, Buenos Aires, 1951, vol. I, pág. 76.

<sup>18</sup> Nieto García, A., “Los derechos adquiridos de los funcionarios”, *Revista de Administración Pública*, 1962, núm.39, pág. 241.

<sup>19</sup> Capilla Roncero, F., Voz “Derechos adquiridos”, en AAVV, *Enciclopedia jurídica*, Civitas, Madrid, 1995, Vol. II, pág. 2381.

<sup>20</sup> Pérez Luño, A. *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, pp. 27-33.

<sup>21</sup> Serrano TrianA, A. “La función de la seguridad jurídica en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en AAVV, *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasi*, Civitas, Madrid, 1989, en particular, pp. 1257-1262.

Por su parte, el Tribunal Constitucional define la seguridad jurídica como la "suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, ... todo ello sin perjuicio del valor que, como principio constitucional, ostenta por sí misma" (STC 225/98, FJ 2), vinculando la seguridad jurídica con la exigencia de certeza en el Derecho.

En este sentido, el derecho adquirido puede asimilarse a la propiedad del derecho, es decir, a aquello que entra dentro de la esfera del patrimonio de la persona de lo que ya no puede ser privada. Por su parte, la expectativa no es más que la eventualidad de que esto ocurra, sometiendo su materialización a una serie de condiciones que aún no se han producido. En la expectativa de derecho, el hecho jurídico que sirve de título para alcanzar el derecho es complejo y su realización aún permanece incompleta. Sin embargo, el derecho adquirido tiene como único fundamento jurídico positivo la ley en la que se basa, que se realiza en el destinatario a través de un título jurídico concreto. Se trata de derechos que se adquirieron porque se realizó el hecho o acto jurídico válidos como título para su adquisición.

Esto supone que, si la diferencia entre ambos conceptos —derecho adquirido y expectativa de derecho— es que la expectativa implica que el derecho haya iniciado su andadura bajo una legislación, pero consiga materializarse bajo el amparo de otra distinta, habrá que plantear cuál es el valor de los hechos o actos parciales ya realizados. Y, en ese sentido, convendría cuestionar que, si los actos jurídicos tienen entre sí una conexión causal, de tal forma que la presencia de uno resulte determinante para la existencia de los otros, la existencia del primer acto, aunque no significa el derecho adquirido a los efectos jurídicos que se deducen de la realización del título jurídico completo, sí conlleva el derecho adquirido a la realización de los demás actos, según la norma anterior.

### 3.2 Derecho consolidado, derecho en curso de adquisición, derecho en progresión: en definitiva, un derecho susceptible de protección. La "carrera de cotización" como soporte de la titularidad de un derecho a la pensión

1. Lo expuesto es precisamente lo que ocurre en el ámbito de la Seguridad Social, no pudiendo ser otro el sentido de su modalidad contributiva.

Como ya manifestaran los clásicos, la Seguridad Social responde a la idea de un derecho a la protección, lo que supone que las prestaciones previstas por el ordenamiento son jurídicamente exigibles, en tanto derecho derivado de la contraprestación previa en forma de cuota abonada por el beneficiario o por un tercero a cuenta de aquél (22). El esquema, de hecho, no deja de ser el mismo que el de un seguro privado [fijación del riesgo cubierto, aleatoriedad o incertidumbre individual en el siniestro, formación de un fondo mutuo común para atenderlo, tratamiento matemático-financiero de la cobertura, para que la presencia del fondo elimine el riesgo respecto del colectivo asegurado].

22 Bayón Chacón, G., "Los derechos a los beneficios de la Seguridad Social como patrimonio jurídico", *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, 1958, núm.4, pp. 1023-1037.

La principal diferencia en el seguro social es su obligatoriedad —por cierto, también presente en algunos supuestos de seguro privado— (23). Y, otra determinante, y es que el Estado se convierte en elemento esencial de la misma, único capaz de hacer cumplir con la obligatoriedad que caracteriza al sistema. El Estado forma parte esencial de la existencia de la Seguridad Social, basándose esta última sin más en la garantía de la existencia del Estado. La Seguridad Social constituirá una función del Estado, independientemente de que sea posible una descentralización en la gestión de la misma para aproximar su protección a los beneficiarios (24).

Es cierto que la Constitución no prevé, en su artículo 41 un “derecho a la Seguridad Social” sino la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social. Eso significa, al menos por lo que se refiere al ámbito contributivo que este análisis abarca, el respeto a la preexistencia de un modelo de Seguridad Social que, si bien puede ser modificado por el legislador, ha de resultar reconocible. Y también algo que, escondido tras la grandilocuente afirmación sobre la misión de los poderes públicos, se olvidaba; y es el derecho subjetivo público de los ciudadanos a sus prestaciones (25).

2. No existe en la legislación española un concepto, presente en la europea, como es el “derecho en curso de adquisición”. El artículo 8 de la Directiva 80/98, 20 de octubre de 1980, DOUE, 28, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (hoy, Directiva 2008/94, 22 de octubre, DOUE, 28), exige que los Estados miembros garanticen la adopción de aquellas medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores asalariados y de las personas que ya han dejado la empresa o el centro de actividad del empresario en lo que se refiere a sus derechos adquiridos “o a sus derechos en curso de adquisición”, a prestaciones de vejez, incluidas las prestaciones a favor de los supervivientes, bien que en referencia a los regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales existentes al margen de los regímenes legales nacionales de Seguridad Social.

En cierta medida, está en la misma línea que la Directiva 2014/50, de 16 de abril de 2014, DOUE, 30, destinada a la “mejora de la adquisición y el mantenimiento” de los derechos complementarios de pensión. Y, *a priori*, parecería que dicha trasposición genera, en cumplimiento de la normativa europea, una obligación de conceder derechos económicos en todo caso y de forma automática, a fin de facilitar la movilidad de los trabajadores [entre Estados de la Unión Europea o, como ha decidido el legislador español —Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 11/2018, apartado II— dentro del propio Estado].

23 Vid por todos García Ortúño, F., *Seguro privado y seguridad social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 1976.

24 Rodríguez-Piñero, M., “El Estado y la Seguridad Social”, *Revista de Política Social*, 1964, núm. 61, pp. 41 y ss.

25 Vida Soria, J., “¿Qué fue eso de la Seguridad Social?”, *Relaciones Laborales*, 2001, núm. 2, pp. 377-392 y “La garantía pública de un régimen de Seguridad Social”, en AAVV, *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero*, La Ley, Madrid, 2006, pág. 925.

Sin embargo, la norma europea, consciente del ámbito que regula, establece una autolimitación a su inicial ambición de "coordinar" los sistemas complementarios europeos, ciñéndose a una finalidad más modesta, "armonizadora" de dichos sistemas. En ese sentido, reconoce los límites que no ha de traspasar [*"habida cuenta de la diversidad de los regímenes complementarios de pensión, la Unión debe limitarse a determinar objetivos a alcanzar en términos generales; por consiguiente, una directiva es el instrumento jurídico apropiado"* (Considerando 26)]. Precisamente por eso aparta la idea de aprobar un Reglamento —semejante al de la Seguridad Social pública— y se conforma con una Directiva —al prevalecer la heterogeneidad como regla nuclear de la protección complementaria [como, por cierto, ocurría también en la Directiva 1998/49, de 29 de junio, DOCE, de 25 de julio, predecesora de la citada Directiva 2014/50]—.

Esta decisión de técnica jurídica es importante porque reconoce que, en esta materia, la iniciativa privada y la capacidad de los interlocutores sociales en la creación, negociación y desarrollo de estos sistemas es determinante [*"en particular, la presente Directiva debe respetar el papel que desempeñan los interlocutores sociales en la concepción y aplicación de los regímenes complementarios de pensión"* (Considerando 8) por lo que la presente Directiva *"no limita la autonomía de los interlocutores sociales cuando sean responsables de establecer y gestionar regímenes de pensiones siempre que puedan garantizar los resultados fijados en la presente Directiva"* (Considerando 10)]. De hecho, la propia Directiva remite en varias ocasiones a lo largo de su articulado a la posibilidad de que los interlocutores sociales puedan establecer mediante Convenio Colectivo disposiciones diferentes, en la medida en que dichas disposiciones no ofrezcan una protección menos favorable y no creen obstáculos a la libre circulación de los trabajadores [artículo 4.2. *"Los Estados miembros podrán permitir a los interlocutores sociales establecer mediante convenio colectivo disposiciones diferentes, en la medida en que dichas disposiciones no ofrezcan una protección menos favorable y no creen obstáculos a la libre circulación de los trabajadores"*].

Lo que se pretende, en consecuencia, es eliminar los obstáculos para la libre circulación de los trabajadores, evitando que los trabajadores pierdan los derechos complementarios de pensión que pudieran tener como consecuencia de la movilidad laboral. Pero ello no significa que dichos derechos complementarios no puedan estar sujetos a determinadas condiciones para que se conviertan en derechos adquiridos. La interpretación que defiende un reconocimiento automático de derechos económicos a quienes extinguen su relación antes de que se produzca la contingencia de jubilación, sin haber sido reconocido dicho derecho en el pacto por el que se crea el compromiso, por el mero hecho de la trasposición de la Directiva, debe salvar la propia dicción de la norma europea y de la norma nacional. Esta última, de hecho, no parece admitir tal tesis cuando la Disposición Adicional 1ª.4 LPFP alude a aquellos supuestos en los que se reconozcan derechos [...] *"cuando el compromiso o la póliza prevean la adquisición de derechos económicos por el trabajador antes de la jubilación..."* "...*En caso de cese de la relación laboral por causa distinta de la jubilación habiendo adquirido derechos...*"], admitiendo, en consecuencia, que existan otros que no los reconozcan y aceptando la autonomía colectiva como fuente de determinación del contenido de los compromisos por pensiones. Por lo demás, el Reglamento de desarrollo de estos compromisos por pensiones [Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, BOE, 27, reformado asimismo en 2018], sigue exigiendo, en su artículo 32, que los contratos

de seguro "deberán, en todo caso, especificar la existencia o no de derechos económicos derivados del mismo y reconocidos en favor de los trabajadores, en el supuesto de que se produzca el cese de la relación laboral previa al acaecimiento de las contingencias previstas, o se modifique o suprima el compromiso por pensiones vinculado a dichos sujetos". Por lo que acepta, en consecuencia, que no se deriven derechos económicos de esta clase de compromisos por pensiones sin imputación fiscal.

3. Quizá pueda plantearse, asimismo, si la exigencia de no establecer una regulación más desfavorable que la Directiva impone al legislador nacional obliga a interpretar la nueva redacción de la Disposición Adicional 1ª LPFP reconociendo la citada aplicación automática de los derechos económicos, ahora inexistentes.

Mas, en puridad, la norma europea —y su trasposición en la legislación nacional— no se refiere a la existencia o inexistencia de derechos económicos sino a la obligación de que, de existir, deberán respetar una serie de condicionantes que faciliten la movilidad de los trabajadores. Y, así, la norma europea recoge unos límites a los períodos de carencia o de espera, adquisición o edad para acceder a estos derechos de pensión complementaria que, de haber seguido siendo establecidos libremente en la autonomía colectiva, podrían obstaculizar la finalidad pretendida sobre la movilidad de los trabajadores. De hecho, el legislador español optó por una intervención normativa frente a la posibilidad que otorga el artículo 8.1 de la Directiva [*"Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 21 de mayo de 2018, o garantizarán que, a más tardar en dicha fecha, los interlocutores sociales hayan introducido por convenio las disposiciones necesarias"*], evitando que fuera la negociación colectiva la que tuviera que ajustarse directamente a las exigencias comunitarias, por entender que la regulación legal constituye una opción más garantistas y eficaz que la disponibilidad negocial. Previsiblemente en esta opción pesara un elemento temporal en la trasposición toda vez que el plazo para trasponer la Directiva finalizó el 21 de mayo de 2018 y el Real Decreto-Ley 11/2018 se aprobó el 31 de agosto de 2018.

Y es cierto que la Directiva exige que no se produzca un retroceso en relación al ordenamiento nacional vigente [*"La aplicación de la presente Directiva no puede justificar retroceso alguno en relación con la situación existente en cada Estado miembro"* (Considerando 28)]. Ocurre, sin embargo, que, en este caso, la regulación se mantiene pues, como antaño, sigue siendo posible establecer o no derechos económicos. Lo único que ocurre ahora es que, si fueran reconocidos por los compromisos por pensiones, deberán ajustarse a las condiciones establecidas por la norma legal. Cuestión distinta sería si, una vez reconocidos, se anularan o se redujera su ámbito de protección o su cuantía, pero no existe tal retroceso por el hecho de mantener la posibilidad de que no se reconozcan. No en vano, la nueva Disposición Adicional 1ª LPFP mejora la situación existente cuando permite que las estipulaciones de los compromisos, pese a la inexistencia de imputación fiscal, reconozca dichos derechos, cuando lo habitual era que, en estos casos, no se derivaran derechos económicos, eso sí, ahora con las condiciones impuestas tanto por la Directiva como por la legislación nacional.

No en vano, el apartado 4 de la Disposición Adicional 1ª LPFP recoge una situación legal ya vigente como es la de los seguros colectivos en los que las primas abonadas por la empresa no se impu-

tan fiscalmente a los trabajadores, en cuyo caso, la atribución a aquéllos de derechos económicos derivados de dichas primas, de producirse un cese en la relación laboral previo a la contingencia cubierta, dependerá de los términos pactados en los Convenios Colectivos u otros acuerdos laborales de naturaleza colectiva en los que se establecen los compromisos y se estipulen, en su caso, las condiciones de adquisición de derechos. Pues bien, ese nuevo apartado 4 establece condiciones para aquellos compromisos que prevean la adquisición de derechos económicos por el trabajador, pero no para aquellos que no los reconocen ni tampoco deroga la legislación vigente en la que se admite la inexistencia de derechos económicos cuando no existe imputación fiscal al trabajador (en los términos ya descritos del artículo 32 del Reglamento de desarrollo).

Ciertamente, de existir un cese en la relación laboral y de reconocerse derechos económicos, las condiciones de adquisición establecidas deberán ajustarse a los requisitos incluidos en este apartado 4 y que son los recogidos por la Directiva 2014/50. Se evitan, así, disfunciones y abusos que se venían observando en los distintos tipos de sistemas de protección complementaria (edades altas para la inclusión en el sistema, períodos de espera excesivamente largos, períodos de antigüedad elevados para la obtención de derechos, etc.). En consecuencia, y como ocurre en la actualidad, este tipo de compromisos puede estar condicionado, si bien, en caso de establecerse condiciones de la naturaleza contemplada en la norma, deberán someterse al régimen jurídico propio de la misma. Pero también se mantiene la posibilidad de que los compromisos no reconozcan derechos económicos previos a la contingencia o que éstos se sometan a condiciones de naturaleza distinta a las reguladas por la nueva norma.

4. En esta misma línea cabe apuntar dos precisiones contenidas en la "Memoria del análisis del impacto normativo" que acompañaba la tramitación del Real Decreto-Ley 11/2018, en concreto en cuanto a su impacto económico. Por una parte, se entiende que, en relación a los costes para las empresas, "cabe señalar que la propuesta normativa no se aplica a cualquier expectativa referida a la jubilación, sino a aquellos compromisos para la jubilación en los que el compromiso o la póliza prevean la adquisición de derechos económicos por el trabajador correspondientes a la cobertura de dicha contingencia en caso de cese de la relación laboral antes de la jubilación, para los que se establece, conforme a la Directiva, que si se estipula un período de servicios mínimo no podrá superar los tres años, o si se requiere una edad mínima no podrá ser superior a 21 años, y además, como se ha expuesto, se incluye mención expresa a la exigencia de otras condiciones de adquisición de naturaleza distinta de las citadas" (pág. 55). Lo que significa que no todos los compromisos por pensiones reconocerán dichos derechos económicos.

Y, por otro lado, la Memoria reconoce que esta nueva regulación produce "un impacto económico negativo por importe de las cantidades abonadas a los seguros colectivos desde que se inicia el pago de la prima hasta el momento en que el compromiso establece el período de adquisición de los derechos, siempre que el trabajador cese en la relación laboral a partir de los tres años de antigüedad, y hasta el citado período de adquisición de los derechos contemplado en el compromiso". Ahora bien, también indica expresamente que "para el trabajador, esta regulación tendría un impacto positivo, por cuanto que se reconocen unos derechos económicos que no estaban previstos en el compromiso por pensiones, siempre que el cese se produzca entre los tres años de antigüedad y la jubilación".

dad y el período de adquisición de los derechos previsto en el compromiso por pensiones" (pág. 46). Afirmaciones todas ellas que parten de una premisa común: la aplicación a aquellos compromisos que reconozcan derechos económicos y para los que, ciertamente, la nueva regulación supondrá —en tanto las condiciones legales favorecen, con carácter general, a los trabajadores—, un coste para la empresa y un beneficio para el trabajador.

## 4. CÓMO GARANTIZAR EL "DERECHO" A LA PENSIÓN EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

### 4.1 Una cotización complementaria voluntaria individual dentro del sistema de Seguridad Social

1. Quizá la fórmula para integrar estas inquietudes —esto es, que la cotización que el trabajador efectúa a la Seguridad Social pudiera tener, de algún modo, el mismo tratamiento que tiene la cotización en el ámbito privado, generando un derecho "en curso de adquisición", pero un derecho, en definitiva— se podría resolver mediante la integración de una cotización privada como complemento de la cotización básica obligatoria, pero también dentro del sistema<sup>(26)</sup>. No se oculta la posibilidad de acudir a la participación privada en el ámbito de la Seguridad Social. Y no sólo en los términos hoy existentes (mejoras o compromisos por pensiones complementarios en el ámbito privado a través de planes de pensiones o contratos de seguro) sino mediante una cotización adicional que garantizara un sistema capitalizado dentro del sistema de Seguridad Social.

Con esto se lograría, como ocurre en otros países de la Unión Europea, que el régimen complementario fuera destinado a incrementar la pensión del beneficiario al margen del sistema de reparto y en virtud de las previsiones que se hicieran (por aportación definida o por prestación definida), pero siempre con la gestión e inversión propia del sistema público. De esta manera, se conseguiría reforzar los recursos del sistema público y se eliminarían ciertos gastos y riesgos hoy presentes por la intervención de entidades financieras. Para evitar el recelo de estas últimas debiera caber la opción entre la "externalización" o la "interiorización" de estos sistemas de modo tal que, en un mercado competitivo, cada entidad ofreciera las mejores condiciones a sus depositarios que, a su vez, podrían optar por el mantenimiento en el sistema público bien que con un nivel individual, complementario, privado, fruto de una cotización adicional destinada no al reparto sino a la capitalización amén del sistema obligatorio<sup>(27)</sup>. Del mismo modo que, ahora, los funcionarios, dentro de su sistema de Seguridad Social, pueden optar por una asistencia sanitaria de naturaleza pública o privada, también se podría introducir esta opción en la protección complementaria de las pensiones, respetando la naturaleza pública del nivel básico.

<sup>26</sup> López Cumbre, L. "Financiación por cotización y alternativas complementarias para financiar la Seguridad Social", *Revista Trabajo y Derecho*, 2015, número monográfico 2, pág.15.

<sup>27</sup> López Cumbre, L., *La participación privada en el sistema de protección social español*, Premio FIPROS, 2010 ([www.seg-sociales.es](http://www.seg-sociales.es), 267 páginas), pp. 87 y ss.

2. La inclusión en el artículo 41 de la Constitución de la protección complementaria ha sido desarrollada a través de instrumentos como los planes de pensiones o contratos de seguros gestionados por entidades financieras o bancarias. Nada impide, sin embargo, que, alternativamente —no sustitutoriamente— esa misma opción voluntaria que realiza cualquier trabajador de completar su pensión con una aportación adicional a la obligada cotización sea gestionada por la Seguridad Social (28). Aunque el adjetivo “libre” empleado por el precepto constitucional puede tener varias acepciones, la interpretación más consolidada es que la diferencia entre una pensión privada y una pública es el carácter voluntario de la primera frente a la obligación de la que surge esta última. Su integración, por lo demás, en el ámbito de la Seguridad Social proviene de antiguo, desde que las mejoras voluntarias se incorporaran al primigenio texto de la Seguridad Social moderna —aquella que surge tras la Ley de Bases de 1963—, permitiendo a empresarios y trabajadores completar las prestaciones o pensiones de la Seguridad Social más allá de la obligación legal de cotización.

No en vano, el Tribunal Constitucional no ha dudado en establecer un modelo abierto en el ámbito de la Seguridad Social que permite injerencias privadas sin distorsionar su esencia. Y, así, la STC 37/94, señala que la “*garantía institucional del sistema de Seguridad Social, en cuanto impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social, lleva aparejado el carácter público del mencionado sistema. Ahora bien, este rasgo debe apreciarse en relación con la estructura y el régimen del sistema en su conjunto, sin distorsionar la evaluación, centrándola en aspectos concretos de éste desvinculados del conjunto al que pertenecen; sin cerrar la interpretación de ciertos conceptos de relevancia constitucional, ni tampoco haciéndoles encajar indebidamente en los moldes que en un determinado momento proporciona la ley ordinaria, tratando de descartar que pueda haber otros posibles. Lo que verdaderamente ha de ser tutelado por imperativo constitucional es que no se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social a la que pertenecen... Desde esta perspectiva, el carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél. La experiencia comparada y la de nuestro país así lo ponen de manifiesto.*” (FJ 4). Al margen deberá quedar la polémica sobre si estas “mejoras” voluntarias suponen un “complemento” a la pensión pública que se integra en el concepto de pensión pública —a efectos de la aplicación de las características propias de esta última, en especial el tope máximo—, porque no se trata de financiación con recursos públicos sino con aportaciones privadas (STC 144/91). Tan sólo se modifica la gestión, no la naturaleza de los complementos de la pensión.

Aunque en la evolución legislativa estas mejoras voluntarias se han ido transformando y, siguiendo normas europeas y fundamentalmente para reforzar la garantía del cobro de las mismas, se ha impuesto su “externalización” en su gestión —planes y fondos junto a contratos de seguros de los

28 En mi comparecencia ante la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo de 9 de febrero de 2017 (BOCG, Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, 9 de febrero de 2017), planteé la posibilidad de gestionar en el ámbito público un sistema de protección complementaria voluntaria.

que ahora se denominan “compromisos por pensiones” (Disposición Adicional 1<sup>a</sup> LPFP) —, su naturaleza sigue siendo la misma. A estos efectos, y siguiendo lo establecido en la citada norma, se consideran compromisos por pensiones “los derivados de obligaciones legales o contractuales del empresario con el personal de la empresa y vinculados a las contingencias establecidas en la legislación de planes y fondos de pensiones”. Estos compromisos deberán instrumentarse, “desde el momento en que se inicie el devengo de su coste, mediante contratos de seguros, incluidos los planes de previsión social empresariales y los seguros colectivos de dependencia, a través de la formalización de un plan de pensiones o varios de estos instrumentos. Una vez instrumentados, la obligación y responsabilidad de las empresas por los referidos compromisos por pensiones se circunscribirán exclusivamente a las asumidas en dichos contratos de seguros y planes de pensiones”.

Mas, aunque se trate de una nueva formulación para garantizar su percepción, sigue representando el interés de empresarios y trabajadores por completar lo que la Seguridad Social dispensa a través de una aportación adicional a fin de que el resultado económico de la prestación sea mayor. Sistemas que suelen funcionar capitalizando la aportación para individualizar la prestación, sin que se someta al sistema de reparto propio del ámbito público.

De hecho, la presencia de fórmulas de capitalización en el sistema de Seguridad Social no resulta extraña. Así ocurre, por ejemplo, con las normas que permiten a los religiosos y sacerdotes secularizados computar el tiempo que estuvieron ejerciendo su ministerio o religión [básicamente, RRRD 487/98, 27 de marzo, BOE, 9 de abril y 2665/98, 11 de diciembre, BOE, 12] (<sup>29</sup>)]. En su momento, aquéllos no pudieron cotizar por hallarse fuera del sistema pero, con esta normativa, se admite capitalizar el coste de la pensión a cambio del pago periódico de la misma de la que se detrae una cantidad periódica para financiar aquél. De esta forma, la norma obliga a “abonar el capital-coste de la parte de la pensión que se derive de los años de cotización que se le hayan reconocido”. A tal fin se señala el cálculo exigido para capitalizar la pensión y se determina que el abono del capital coste aludido “podrá ser aplazado por un período máximo de quince años y fraccionado en pagos mensuales, deducibles de cada mensualidad de la pensión reconocida”. Una clara manifestación de voluntad por parte del legislador de entender que el régimen de capitalización seguido también en los planes y fondos de pensiones pertenece al ámbito de la Seguridad Social, bien que complementaria.

## 4.2 Algunas experiencias ya contrastadas dentro del sistema español

1. Pudiera resultar *a priori* rechazable que un sistema complementario “privado”—voluntario, financiado por el empresario, por el trabajador, por ambos o sólo por uno de ellos y basado en la capitalización y, por ende, individualizado— pueda ser gestionado por el sistema público. Pero no existe ninguna norma legal ni ningún límite constitucional que lo impida. Tan sólo la tradicional forma de gestión privada seguida hasta el momento. Con un matiz. La presencia de ánimo de lucro consustancial a cualquier actividad mercantil, que ha de estar ausente en la gestión realizada por un

<sup>29</sup> Vid, por todos, Villa Gil, L.E. de la, *La situación y los derechos de los sacerdotes y religiosos secularizados*, Cinca, Madrid, 2007.

sistema público. Sin embargo, esa objeción puede ser fácilmente rebatible si se tiene en cuenta que, en caso de gestión pública, el beneficio obtenido —como ocurre con las Mutuas colaboradoras— se integraría en el sistema y repercutiría —directa o indirectamente— en el trabajador beneficiario de una pensión pública “mejorada”.

Con ello se relativizaría toda posible oposición que pueda surgir del sector privado de seguros que considerará que se trata de una competencia no admitida en el ámbito mercantil de la rama aseguradora, reservada exclusivamente para el ámbito privado y sin posibilidad de incursión alguna por parte de entidades gestoras públicas. Sin embargo, el propio Fondo de Reserva de la Seguridad Social —artículos 117 y ss LGSS, con 2.153 millones de euros según el último Informe publicado— puede operar como contención y como ejemplo de semejantes objeciones. Contención porque, siendo un fondo de capitalización creado por el legislador estatal, se rige por su propia normativa, y como ejemplo, porque las estrictas reglas de inversión permiten garantizar una rentabilidad segura de los recursos depositados. En esta línea, los fondos capitalizados que gestionara la Seguridad Social podrían regirse por las mismas o idénticas reglas de garantía que el Fondo de Reserva, el cual ha obtenido, incluso en épocas de crisis, una rentabilidad fija lineal superior a las que dispensaban las fuertes oscilaciones de los operadores mercantiles privados. En dicho Fondo (inicialmente regulado por la Ley 28/2003, de 29 de septiembre, BOE, 30), los rendimientos de cualquier naturaleza que generen los fondos y los activos financieros en que se hayan materializado sus dotaciones se integrarán automáticamente en las dotaciones del correspondiente fondo (artículo 120.2 LGSS), los valores en que se materialice el Fondo de Reserva serán títulos emitidos por personas jurídicas públicas (artículo 122 LGSS) y serán las comisiones designadas al efecto las que fiscalicen el funcionamiento y las inversiones del fondo (artículos 123, 124 y 125 LGSS).

De acuerdo con el último Informe presentado a las Cortes (año 2019 y disponible en la web del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones desde julio de 2020), el Fondo de Reserva invertirá en Deuda Pública española, pudiendo hacerlo también en Deuda Pública del Estado alemán, francés y Países Bajos y en activos emitidos por el ICO (Instituto de Crédito Oficial). Todos los activos han de estar emitidos en euros, ser de calidad crediticia elevada y negociarse en mercados regulados o sistemas organizados de negociación. De hecho, si se aprobara la inversión en Deuda Pública de emisores no españoles por parte del Comité de Gestión del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, aquélla estará limitada a que el importe total de la deuda extranjera sobre el íntegro de la cartera no supere el límite del 55% en valor nominal. O, en fin, en caso de que las condiciones de mercado lo aconsejen, podrá preverse la enajenación de activos de acuerdo a criterios de seguridad, rentabilidad y diversificación, entre otras cautelas. En atención a lo expuesto en dicho Informe, “*la rentabilidad acumulada del Fondo de Reserva desde su creación en 2000 hasta 31 de diciembre de 2019 se sitúa en un 104,16%, lo que supone en términos anualizados un 3,78%*” (pág. 34 del Informe).

2. No obstante, y como es sabido, existen fórmulas de ahorro puramente individuales que permiten a cualquier ciudadano —no necesariamente trabajador, empleado público, autónomo o empresario— suscribir un plan de pensiones individual con su entidad financiera o bancaria. Podría llegar a discutirse, en consecuencia, si este tipo de opción individual también podría incorporarse al sistema público. Mas comoquiera que el sistema de Seguridad Social se basa en unos parámetros

## EL "DERECHO" A LA PENSIÓN FUTURA

fuertemente profesionales, debería restringirse la posibilidad de gestionar en el ámbito público sólo aquella opción de quien se encuentra dentro de sistema de Seguridad Social, cualquiera que sea el Régimen General o Especial de cobertura, incluyendo todos aquellos supuestos que se hallan incorporados al mismo a través de la correspondiente suscripción del convenio especial.

Se resolverían, así, algunas paradojas como, por ejemplo, la que supone que el plan privado de pensiones de la Administración General del Estado, en el que están presentes las entidades gestoras de la Seguridad Social, sea gestionado por una entidad bancaria. Según los últimos datos publicados (Memoria Anual del Fondo, 2019, en [www.plandepensiones-age.es](http://www.plandepensiones-age.es)), en 2019 se trataba de un fondo con 523.875 personas, entre partícipes y beneficiarios. A cierre del ejercicio 2019, la Cuenta de Posición del Plan de Pensiones de la Administración General del Estado, que coincide con el Patrimonio neto, muestra un saldo de 635.305.212,87 euros, frente a los 606.182.085,80 euros del ejercicio anterior. Frente a una rentabilidad del - 3,67%, en el año 2018, la rentabilidad obtenida en 2019, atribuible a los derechos consolidados de los partícipes y a los derechos económicos de los beneficiarios, ha sido del 7,83%. Por otra parte, la rentabilidad del Plan en el año 2019 ha sido casi un punto inferior al del conjunto de los planes de pensiones, que se situó en el 8,80%, pero superior al de los planes de similar nivel de riesgo (renta fija mixta) que fue del 5,14%. (pág.5).

De acuerdo con sus Especificaciones, (Resolución de 23 de septiembre de 2008, BOE, 29 y cuya última actualización se produjo el 21 de abril de 2021 según consta en [www.plandepensiones-age.es](http://www.plandepensiones-age.es)), se trata de un plan de pensiones del sistema de empleo de promoción conjunta y de aportación definida en el que podrá ser partícipe cualquier empleado de las entidades promotoras, sometido a la legislación española que, cuente, al menos, con dos años de permanencia y no renuncie a su adhesión. Pues bien, entre las Entidades Promotoras del Plan, se encuentran las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social. Como el resto, deberán efectuar las contribuciones pactadas y tienen derecho a participar en la comisión de control del plan a través de los miembros que designe en su representación. Por concurso público —y no sin cierta litigiosidad—, la comisión promotora designó a una entidad bancaria privada para la gestión y depósito del fondo de pensiones a la que se le abona periódicamente la correspondiente comisión de gestión por su servicio (en la actualidad, tanto la entidad gestora del fondo como la entidad depositaria del mismo figuran en el artículo 4.3 de las Especificaciones del Plan). En las normas de funcionamiento de la Comisión de Control aprobadas el 18 de diciembre de 2018 ([www.plandepensiones-age.com](http://www.plandepensiones-age.com)) consta que la citada Comisión pueda acordar "*la sustitución de la Gestora o Depositaria designando otra entidad dispuesta a hacerse cargo de la gestión o el depósito mediante acuerdo adoptado con el voto favorable de los dos tercios de sus miembros. En dicho acuerdo deberá designarse la nueva gestora o depositaria. En tanto no se produzca la sustitución efectiva, la entidad afectada continuará en sus funciones*" (artículo 18).

Nada impediría, en este contexto, que la Administración de la Seguridad Social (Tesorería General de la Seguridad Social) llevara a cabo tal gestión, evitando costes y generando, en su caso, beneficios para el sistema. Y, posiblemente, algunos empleados públicos que ahora no participan, quizá decidieran contribuir o, al menos, plantearse hacerlo en un futuro si se diseña esta gestión por parte del sistema público. Como señala la doctrina, carece de sentido que el plan privado de pensiones de la

Administración General del Estado esté siendo gestionado por entidades privadas <sup>(30)</sup>. Las ventajas económicas y sociales que la gestión pública del mismo supondría generarían además un efecto centrípeto hacia el sistema público.

La experiencia en gestión de capitales coste por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social avalaría la eficacia en el cumplimiento de esta obligación. De hecho, el artículo 110 LGSS señala cómo proceder en el caso del capital coste de determinadas prestaciones, el artículo 167 precisa cómo gestionar la responsabilidad en materia de prestaciones en caso de incumplimiento de las obligaciones de encuadramiento y/o cotización y, en una relación sin pretensión de exhaustividad, el artículo 260 de dicha norma indica cómo proceder en caso de contingencias profesionales.

De acuerdo con el artículo 27.3 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, BOE, 15, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, la actividad de seguro y reaseguro podrán realizarla entidades que adopten la forma de derecho público siempre que se ajusten “*a lo dispuesto en esta Ley, en defecto de reglas especiales contenidas en su normativa específica*”. Bien es cierto que la Ley de Planes y Fondos de Pensiones antes citada, en sus artículos 20 y 21, parece no contemplar la gestión y el depósito de los planes y fondos a través de entidades que no tengan forma de sociedad anónima pero no existe impedimento constitucional ni comunitario a que se pueda ampliar a otras entidades dicha función. En esta línea, el artículo 3 de la Directiva 2016/2341 de 14 de diciembre de 2016, DOUE, 23, relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo, dispone que los fondos de pensiones de empleo “*que también gestionen sistemas obligatorios de pensiones dependiente del empleo vinculados a la Seguridad Social.... estarán regulados por la presente Directiva en relación con sus actividades de fondos de pensiones de empleo que no tengan carácter obligatorio. En este caso, tanto las obligaciones como los recursos afectos a los sistemas voluntarios estarán claramente delimitados y no podrán ser transferidos a los sistemas de pensiones obligatorios considerados como sistemas de Seguridad Social y viceversa*

”. Lo que significa que no existe ningún impedimento para que el sistema de Seguridad Social gestione aquellos fondos, si bien con las indicaciones y límites señalados.

### 4.3 Principales reticencias a una cotización voluntaria individual capitalizada en el sistema de Seguridad Social

1. Para aceptar la tesis expuesta habría que superar no pocas reticencias. Quizá la más importante sea la del “contagio” de los riesgos de mercado a un sistema, en principio, ajeno a los mismos <sup>(31)</sup>. De hecho, y con carácter general, se ha considerado siempre que la pensión privada supone una

<sup>30</sup> Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A., “¿Perjudica financieramente a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social su posición actual en el plan privado de pensiones de la Administración General del Estado?”, en AAVV, *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social. Libro homenaje al profesor Antonio Ojeda Avilés*, Laborum, Murcia, 201, pág. 469

<sup>31</sup> Sobre las pérdidas de patrimonio acumulado y de rentabilidad constante de las pensiones privadas, Monereo Pérez, J.L., “Gestión pública y gestión privada de las pensiones. La racionalidad jurídica de los sistemas privados de pensiones”, en AAVV, *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2013, pág. 397.

dependencia a la volatilidad del mercado y eso permite reforzar el apoyo al sistema público como inerte a las mismas. Ese planteamiento conduce a la posición desmercantilizada de todo sistema de Seguridad Social que no se corresponde plenamente con la realidad pues, si bien cabe admitirlo en relación al nivel asistencial, no puede afirmarse con tamaña tranquilidad, sin embargo, en lo que al nivel contributivo se refiere.

Una independencia tal del mercado surge únicamente cuando el poder público presta un servicio que garantiza a una persona su subsistencia al margen del desarrollo del mercado. Confianza plena que no cabe si se atribuye al sistema contributivo que, basado en un sistema de reparto, sufre también ineludiblemente las oscilaciones económicas hasta el punto de poder modificar —e incluso llegar a anular— lo que tan sólo se consideran “expectativas de derecho” a lo largo de la carrera de seguro del trabajador o alterar sustancialmente sus reglas a lo largo de la vida laboral del trabajador o “congelar” la evolución de las cuantías sin atender al incremento del coste de la vida.

2. Conviene advertir, por otra parte, que el ánimo de lucro que resulta consustancial a la actividad mercantil y más lejano a la de Seguridad Social pueda estimarse compatible con esta última en tanto la repulsa sólo se refiere al posible encarecimiento del sistema y no a la contribución de los particulares para el mantenimiento del mismo. De lo contrario, no se entendería que el texto constitucional aceptara la participación privada complementaria como una parte del sistema de protección social. Porque, además, la apariencia de que el Estado se desresponsabiliza de la garantía patrimonial de las prestaciones otorgadas a impulso privado procediendo a someter a reglas del mercado un espacio reservado a la Seguridad Social no es más que eso, una apariencia. En verdad, las reformas en materia de compromisos por pensiones no han respondido a una finalidad distinta que a la de comprometer al Estado en la garantía de las pensiones privadas y obligarle a un férreo control para asegurar la percepción de las mismas.

Bien es cierto que el diferente sistema de financiación sobre el que se basan las pensiones privadas y la Seguridad Social permite, sin duda, una distinción cualitativamente más importante que la antes aludida. Un sistema basado en el reparto para la Seguridad Social frente a la capitalización que caracteriza al seguro privado y, en concreto, a los planes y fondos de pensiones, predispone la incompatibilidad de ambas técnicas en un mismo sistema o, cuando menos, impone la prevalencia de una respecto de la otra. En los modernos sistemas de Seguridad Social la fórmula de reparto se encuentra expandida hasta tal punto que una modificación por la de capitalización se muestra imprevisible, no ya por su mejor o peor engarce legal o constitucional, sino por su inviabilidad económica durante generaciones. Pero eso no significa que no quepan fórmulas híbridas que permitan incluir con carácter complementario sistemas de capitalización de forma parcial dentro de la Seguridad Social, como ha sido expuesto. Y no cabe tildar este proceso como privatizador toda vez que se trataría de reforzar la viabilidad del sistema público.

3. Finalmente, el aval europeo reforzaría la posición de cualquier gestión privada dentro del sistema público. La Directiva 2016/2341 ya citada y relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo, señala en su artículo 3 que los fondos de pensiones de empleo que también gestionen sistemas obligatorios de pensiones dependientes del empleo vinculados a la Seguridad

Social, y que estén regulados por los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, se regirán por la presente Directiva respecto de las actividades de fondos de pensiones de empleo que no tengan carácter obligatorio. En este caso, tanto las obligaciones como los recursos afectos a los sistemas voluntarios estarán claramente delimitados y no podrán ser transferidos a los sistemas de pensiones obligatorios considerados como sistemas de la Seguridad Social y viceversa.

Una garantía que impide cualquier transferencia del sistema privado complementario gestionado en el ámbito público al sistema de Seguridad Social y viceversa. De esta forma, la norma comunitaria parte de la imposible quiebra de los sistemas nacionales de Seguridad Social tanto si promueven y gestionan fondos privados de pensiones de empleo como si no.

## 5. EL FONDO DE PENSIONES PÚBLICO DE EMPLEO

1. Una de las grandes novedades, en línea con lo expuesto y con lo defendido desde hace tiempo, se contiene en la Disposición Adicional 40<sup>a</sup> LPGE/2021 (Ley 11/2020, 30 de diciembre, BOE, 31) al regular la promoción de fondos de pensiones públicos de empleo. En atención a la misma y en el plazo máximo de doce meses, el Gobierno se compromete a presentar un proyecto de ley sobre fondos de pensiones públicos de empleo en el que se atribuya a la Administración General del Estado capacidad legal para su promoción.

De acuerdo con esta nueva normativa, los fondos de pensiones públicos de empleo serán de carácter abierto en relación con los procesos de inversión desarrollados y tendrán las siguientes características:a) podrán adscribirse a estos fondos de pensiones de promoción pública los planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para la jubilación que así lo establezcan en sus especificaciones; y, por defecto, los planes de pensiones de la modalidad de empleo que no determinen un fondo de pensiones específico concreto. Igualmente, estos fondos de pensiones públicos podrán canalizar inversiones de otros fondos de empleo que así lo decidan con un nivel de gastos que incentive la competencia en el sector; b) el proceso de selección de las entidades gestora y depositaria del fondo se hará a través de concurso competitivo abierto; c) los fondos de pensiones públicos de empleo estarán regidos por una comisión de control. La política de inversiones del fondo de pensiones, aprobada por la comisión de control, se hará constar en escritura pública y no podrá ser modificada, salvo con autorización expresa otorgada por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones; d) el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones tendrá derecho de veto en relación con las decisiones de la comisión de control del fondo que afecten a la estrategia de inversión, así como a la sustitución de las entidades gestora y depositaria; e) se regularán procedimientos simplificados para la integración de los planes de pensiones de empleo en los fondos de pensiones públicos de empleo; y, en fin, f) podrá preverse la integración de planes de pensiones asociados de trabajadores autónomos.

Como referencia internacional de aproximación a esta nueva medida se señala, entre otras, la del modelo británico (automatic enrolment o sistema Nest) en el que, desde el año 2012, los empleados deben inscribir de forma obligatoria a los trabajadores que cumplan con una serie de requisitos en un plan de pensiones aun cuando, una vez inscrito, el trabajador pueda permanecer o no en el mismo de forma voluntaria (según los últimos datos disponibles sólo optan por la salida menos del diez por ciento de los trabajadores, por lo que se deduce el éxito del sistema). La aportación supone, aproximadamente, un ocho por ciento del salario (un tres por ciento lo aporta el empresario, un cuatro por ciento el trabajador y un uno por ciento el Estado). Comoquiera que antes de esta nueva regulación, la aportación, tanto empresarial como obrera, era voluntaria, su implantación ha significado una revolución en materia de pensiones. El sistema Nest recoge las siglas de National Saving Employment Trust como mayor gestor de sistemas de pensiones de empleo de Reino Unido, tal vez porque concentra a la mayor parte de las pymes. Bien es cierto que el volumen de gestión es muy inferior al que representan las grandes empresas con sus planes de pensiones o las Administraciones Públicas con los suyos. Una de sus principales características es que los trabajadores adheridos al mismo pueden elegir el tipo de fondo en el que invertir el capital depositado como aportación.

Asimismo, constituye una alusión ya clásica, en este sentido, el modelo francés. Basado en un régimen básico se completa con uno complementario que también es obligatorio y que se basa del mismo modo en un sistema de reparto. Actualmente se gestiona a través del régimen Agirc-Arrco, fruto de la fusión, en 2019, de los dos regímenes existentes hasta ese momento (Arrco-Asociación para el régimen complementario de los trabajadores por cuenta ajena— y Agirc —Asociación general de las instituciones de seguro de vejez para los cargos directivos—). Su funcionamiento se basa en la obtención de unos puntos por cada año de cotización, acumulados en la cuenta individual del trabajador. El importe de la pensión dependerá del valor del punto en el año correspondiente.

Sin embargo, esta nueva iniciativa sobre el Fondo de Pensiones Público de Empleo no tiene como referente ningún supuesto extraño al sistema público de pensiones actual como es el de las cuentas nacionales suecas. Estas últimas, como es sabido, suponen la creación de una cuenta ficticia para el trabajador en la que se van sumando sus cotizaciones a la Seguridad Social. Cuando se acceda a la pensión de jubilación, se sumarán todas las cotizaciones efectuadas a lo largo de su vida laboral y se dividirá entre el número de años que reste según la esperanza de vida del país. A diferencia de nuestro sistema de aportación definida (en el que se combinan los años cotizados con las cotizaciones efectuadas en los últimos años para obtener la cuantía de la pensión), constituye aquél un sistema de prestación no definida (en el que la cuantía de la pensión está en función de una serie de variables desconocidas hasta el momento de proceder al cálculo de la misma). El sistema supone, en conjunto, una combinación de pensión básica, sistema de empleo y sistema individual. Eso sí. Existe una coincidencia con lo expuesto en este análisis y es que el Estado permite a los trabajadores elegir la inversión de sus aportaciones entre los diferentes fondos destinados al efecto, incluido el fondo público, que, de ser elegido, supondrá que sea el Estado el que invierta con garantía el capital depositado.

2. A la espera de la regulación anunciada por el Gobierno, se anticipa que se tratará de un instrumento colectivo de previsión social complementaria con supervisión y garantía pública en términos semejantes a las Entidades de Previsión Social Voluntaria. Reguladas de forma autonómica, como ocurre en el País Vasco, se trata de instituciones distintas a los planes de pensiones, con los que comparten un objetivo común, el de la protección complementaria. Carecen de ánimo de lucro y se hallan bajo la supervisión y control del Gobierno autonómico, teniendo supeditadas sus inversiones a las limitaciones legalmente establecidas (<sup>32</sup>). A diferencia del plan de pensiones, estas entidades tienen personalidad jurídica propia y gestionan de forma autónoma su patrimonio sin la necesaria concurrencia de un tercero. Las empresas pueden constituir su propia entidad para desarrollar esta función a través de la modalidad de empleo, distinta a la modalidad individual (creada por entidades financieras) o asociada (constituida por asociaciones). En la actualidad, estas dos últimas modalidades permiten el rescate de sus aportaciones antes de que se origine el hecho causante de la prestación o pensión.

Constituye esta iniciativa de creación de un Fondo de Pensiones Público de Empleo un buen comienzo para potenciar esta idea general, planteada en este estudio y defendida desde hace tiempo, sobre la posibilidad de complementar voluntariamente aportaciones en forma de cotización adicional a la obligatoria pero dentro del sistema de Seguridad Social y con una fórmula de capitalización. Por supuesto, ninguno de los modelos expuestos reúne de forma plena las características planteadas. Esto es, aportación complementaria, voluntaria, a un sistema público gestionado por la Seguridad Social, sin que la regulación existente hasta el momento en materia de pensiones públicas se modifique.

Pero, si así fuera, si se llegara a instrumentalizar esta cotización adicional voluntaria complementaria pública, sí cabría desarrollar la idea expuesta sobre el "derecho" a la pensión pública en los mismos términos desarrollados para la pensión privada. Porque, de esta forma, el sujeto tendría una posibilidad de "rescate" sobre parte de su pensión de forma anticipada con los argumentos manifestados en relación a la protección complementaria privada. Avanzar hacia un "derecho" a la pensión anterior al hecho causante en el sistema público basado en una fórmula de reparto puede resultar difícil —por el momento— pero anticipar un "derecho" sobre parte de la pensión futura cuando existe una proporción de la misma sustentada en la capitalización debería ser un planteamiento nada desdeñable. Como señalara Kant en la Introducción a su *Crítica de la razón pura* al diferenciar el conocimiento puro del conocimiento empírico, "*la experiencia nos enseña que algo tiene estas u otras características, pero no que no pueda ser de otro modo*".

<sup>32</sup> Mayor desarrollo en López Cumbre, L., "Protección social y Comunidades Autónomas", en AAVV, *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías. XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 645-752 y "La difícil delimitación competencial en materia de protección social", en AAVV, *Protección Social y Comunidades Autónomas*, Editorial Cinca, Madrid, 2012, pp. 35-102.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Barrero Rodríguez, C., "El respeto a los derechos adquiridos", *Documentación Administrativa*, 2002, núms. 263-264, pp.137-183.

Bayón Chacón, G., "Los derechos a los beneficios de la Seguridad Social como patrimonio jurídico", *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, 1958, núm.4, pp. 1023-1037

Capilla Roncero, F., Voz "Derechos adquiridos", en AAVV, *Enciclopedia jurídica Civitas*. Madrid, 1995, Vol. II, pp. 2381-2381lo

Carrasco Perera, A. y López Cumbre, L., "Rescate y pionoración de los planes de pensiones", *Diario La Ley*, 2018, núm.9209, pp.1-8.

Coviello, N., *Doctrina general del Derecho civil*, Editorial Hispano-América, México, 1949.

García Ortuño, F., *Seguro privado y seguridad social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 1976.

Gonzalo González, B., "El modelo de financiación de la Seguridad Social (la tensión entre el régimen de reparto y el régimen de capitalización", en AAVV *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación.*, Comares, Granada, 2008, pp. 491-543.

Josserand, L., *Derecho Civil*, vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-américa, Buenos Aires, 1951.

López Cumbre, L., "Financiación por cotización y alternativas complementarias para financiar la Seguridad Social", *Revista Trabajo y Derecho*, 2015, número monográfico 2, pp.1-21.

López Cumbre, L., "La difícil delimitación competencial en materia de protección social", en AAVV, *Protección Social y Comunidades Autónomas*, Editorial Cinca, Madrid, 2012, pp.35-102.

López Cumbre, L., "Protección social y Comunidades Autónomas", en AAVV, *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías.XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 645-752.

López Cumbre, L., *La participación privada en el sistema de protección social español*, Premio FIPROS, 2010 ([www.seg-social.es](http://www.seg-social.es).), 267 páginas

López Cumbre, L., "La jubilación. Entre el derecho y la obligación", en AAVV, *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 39-106.

Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A., "¿Perjudica financieramente a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social su posición actual en el plan privado de pensiones de la Administración General del Estado?", en AAVV, *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social. Libro homenaje al profesor Antonio Ojeda Avilés*, Laborum, Murcia, 201, pp. 461-472

Miaja de la Muela, A., "Los derechos adquiridos en la doctrina española y en el sistema de Derecho Internacional Privado", *Anuario Español de Derecho Internacional*, 1974, vol. 1, pp.3-28.

Monereo Pérez, J.L., "Gestión pública y gestión privada de las pensiones. La racionalidad jurídica de los sistemas privados de pensiones", en AAVV, *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2013, pp.383-436

## EL "DERECHO" A LA PENSIÓN FUTURA

Nieto García, A., "Los derechos adquiridos de los funcionarios", *Revista de Administración Pública*, 1962, núm. 39, pp. 241-266

Pérez Luño, A., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991.

Rodríguez-Piñero, M., "El Estado y la Seguridad Social", en *Revista de Política Social*, 1964, núm. 61, pp.40-61

Serrano Triana, A., "La función de la seguridad jurídica en la doctrina del Tribunal Constitucional", en AAVV, *Libro Homenaje al Profesor Jose Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp.1244-1284.

Vida Soria, J., "¿Qué fue eso de la Seguridad Social?", *Relaciones Laborales*, 2001, núm. 2, pp. 377-392.

Vida Soria, J., "La garantía pública de un régimen de Seguridad Social", en AAVV, *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero*, La Ley, Madrid, 2006, pp.903-925.

Villa Gil, L.E. de la, "La aportación del profesor José Vida Soria al ordenamiento español de Seguridad Social", en AAVV, *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008, pp. 3-44.

Villa Gil, L.E. de la, *La situación y los derechos de los sacerdotes y religiosos secularizados*, Cinca, Madrid, 2007.



# ESTUDIOS DOCTRINALES

## LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS MAYORES DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19\*

### Efectos en su asistencia sanitaria, dependencia, servicios sociales y pensiones

THE SOCIAL PROTECTION OF THE ELDERLY IN THE COVID-19 PANDEMIC

Effects on your healthcare, long-term care, social services and pensions

---

**Juan Antonio Maldonado Molina**

Acreditado a Catedrático de Universidad

Coordinador del Máster en Gerontología, Dependencia y Protección de los Mayores. Universidad de Granada

[jmaldo@ugr.es](mailto:jmaldo@ugr.es) ORCID 0000-0002-5673-3620

Recepción de trabajo: 07-06-2021 - Aceptación: 18-07-2021

- 1. **EL BRUTAL IMPACTO DE LA COVID-19 EN LA POBLACIÓN MAYOR.** 1.1. Los datos. 1.2. Las causas.  
1.2.1. La edad. 1.2.2. La dependencia. 1.2.3. La organización de los centros y la densidad convivencial.
- 2. **LA ATENCIÓN SANITARIA.** 2.1. Centros sociosanitarios vs. Centros sanitarios: una diferenciación sustancial. 2.2. Los servicios sanitarios prestados por las Residencias. Su ineficiencia frente a una pandemia. 2.3. Los servicios sanitarios prestados por el Sistema Sanitario a los usuarios de centros residenciales. 2.3.1. La atención a mayores institucionalizados por el SNS. 2.3.2. La prestación farmacéutica. 2.3.3. Medidas para corregir su limitada presencia durante la primera ola. 2.3.4. Medidas de coordinación en Andalucía.
- 3. **EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA (SAAD).** 3.1. Introducción: el impacto en los dependientes y en el SAAD. 3.1.1 Impacto MoMo. 3.1.2. Impacto en servicios prestados. 3.1.3. Impacto en el procedimiento. 3.2. Medidas adoptadas en la Comunidad andaluza. 3.2.1. Centros residenciales. 3.2.2. Centros de día. 3.2.3. Servicio de Ayuda a Domicilio. 3.2.4. Servicio de Teleasistencia.
- 4. **SERVICIOS SOCIALES.** ■ 5. **PENSIONES Y PANDEMIA.** 5.1. El impacto en los pensionistas. 5.2. Nuevo supuesto de compatibilidad con el trabajo.
- 6. **LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES DURANTE LA PANDEMIA.** 6.1. Los derechos humanos de los mayores. 6.2. Los derechos humanos de los mayores durante la pandemia.
- 7. **CONCLUSIONES.** ■ 8. **BIBLIOGRAFÍA**

\* Este estudio ha sido realizado en el marco del Proyecto Envejecimiento Activo y Vida Laboral: trabajadores maduros y pensionistas productivos (DER2017-85096-R).

## RESUMEN

La pandemia del COVID-19 ha tenido una especial virulencia sobre las personas mayores, cuya protección social se ha puesto a prueba, no siempre con buen resultado. En este trabajo se analizan los efectos que la pandemia han tenido en los cuatro sistemas protectores de las personas mayores: sistema de salud, cuidados de larga duración (dependencia), servicios sociales y pensiones. Los dos primeros han sido los que han soportado más tensiones. Mientras que el sistema de pensiones, por no requerir un trato personal, ha pasado la crisis sin que ningún pensionista quedara desprotegido económicamente, habiendo solo retrasos en las nuevas altas. Pero si hay un sistema que no ha cumplido las expectativas, ha sido el sanitario en la primera ola, dando lugar incluso a la vulneración de los derechos humanos de las personas mayores, cuestión ésta que también se analiza.

**PALABRAS CLAVE:** Personas mayores, COVID-19, centros residenciales, dependencia, derechos humanos.

## ABSTRACT

The COVID-19 pandemic has had a special virulence on the elderly, whose social protection has been put to the test, not always with good results. This work analyzes the effects that the pandemic has had on the four protective systems for the elderly: the health system, long-term care, social services and pensions. The first two have been the ones that have endured the most tensions. While the pension system, because it does not require personal treatment, the crisis has passed without any pensioner being economically unprotected, with only delays in new registrations. But if there is a system that has not met expectations, it has been the health system in the first wave, even giving rise to the violation of the human rights of the elderly, an issue that is also analyzed.

**KEYWORDS:** Old people, COVID-19, nursing home, long-term care, human rights.

## 1. EL BRUTAL IMPACTO DE LA COVID-19 EN LA POBLACIÓN MAYOR

### 1.1. Los datos

Uno de los aspectos más alarmantes de pandemia provocada por el SARS-CoV-2 ha sido su altísimo impacto entre las personas mayores, en especial las institucionalizadas en residencias, por el número de contagiados pero sobre todo por la letalidad que en ellos tuvo.

Como es sabido, los datos de mortalidad en residencias han generado cierta controversia (más de la que ya de por sí hubo con el número de afectados en general), dado que —sobre todo en los primeros meses— no siempre se realizaba una prueba de diagnóstico que reflejara si la causa del fallecimiento era el virus; y además en ocasiones el fallecido exhiraba en un centro sanitario sin contabilizarlo como mayor residente.

Esta divergencia de datos no ha sido exclusiva de España (ni el que los centros residenciales hayan sido altamente vulnerables a los efectos de la infección por COVID-19)<sup>1</sup>, sino que internacionalmente han existido criterios muy diferentes para contabilizar la mortalidad en residencias: hay países que solo los registraron si ése era el lugar de la muerte, mientras que otros también informaron de las muertes hospitalarias de residentes; igualmente, hay países que solo contabilizaron muertes de personas que dieron positivo (antes o después de su muerte)<sup>2</sup> mientras que otros (como España) en unos datos oficiales de Sanidad reflejaban las muertes de personas sospechosas de tener COVID-19, pero otro Ministerio (Derechos Sociales) optó en noviembre de 2020 por no contabilizarlos, como ahora veremos. Y todo ello al margen del dato de exceso de mortalidad, que en muchos casos son “víctimas colaterales”: personas que fallecen por la parálisis sanitaria que se produjo, o temor a acudir a centros sanitarios por miedo a posibles contagios, personas que no encajan para nada en con los casos “compatibles” con muerte con COVID-19<sup>3</sup>.

Partiendo de estas limitaciones, es obligado comenzar recordando los datos de personas institucionalizadas fallecidas a consecuencia del COVID-19. Para ello, tomaremos los datos oficiales del Ministerio de Sanidad a 21 de marzo de 2021<sup>4</sup> (un año después de la declaración del estado de alarma), poniendo en relación las cifras absolutas con las relativas a las personas usuarias de residencias. Así, el número de personas contagiadas fue —a esa fecha— 3.232.440, de los que murieron 74.326, lo que supone una tasa de letalidad del 2,3 por ciento. De los 74.326 fallecidos, el número

<sup>1</sup> OMS, “Impact of COVID-19 on long-term care: what the evidence tells us”, *Preventing and managing COVID-19 across long-term care services*, Policy Brief, 24 July 2020, págs. 2-3. Disponible en [https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Policy\\_Brief-Long-term\\_Care-2020.1](https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Policy_Brief-Long-term_Care-2020.1)

<sup>2</sup> Gallego Berciano, P., «Impacto de COVID-19 en los centros sociosanitarios», *Revista Española de Salud Pública*, 13 de mayo de 2020, pág. 2. Disponible en [https://www.mscbs.gob.es/biblioPublic/publicaciones/recursos\\_propios/resp/revista\\_cdrom/Suplementos/Perspectivas/perspectivas2\\_gallego.pdf](https://www.mscbs.gob.es/biblioPublic/publicaciones/recursos_propios/resp/revista_cdrom/Suplementos/Perspectivas/perspectivas2_gallego.pdf).

<sup>3</sup> [https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Actualizacion\\_340\\_COVID-19.pdf](https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Actualizacion_340_COVID-19.pdf).

<sup>4</sup> [https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Actualizacion\\_340\\_COVID-19.pdf](https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Actualizacion_340_COVID-19.pdf).

total de exitus de residentes con COVID-19 (compatible o confirmado), fue de 30.123 (con una tasa de letalidad del 20,8 por ciento)<sup>5</sup>.

Vistas así las cifras, se evidencia la terrible tragedia que ha supuesto la pandemia en las residencias: el 40,5 por ciento de los fallecidos estaban institucionalizados. Ahora bien, si ponemos el foco en la primera ola (datos hasta el 22 de junio de 2020)<sup>6</sup>, los porcentajes que se reflejan son espeluznantes: 20.301 fallecidos (confirmados o compatibles) en residencias del total de 29.672 decesos<sup>7</sup>, es decir, el 68,4 por ciento pertenecían a este grupo. Este porcentaje fue notablemente superior al que sufrieron los países de nuestro entorno, en los que se rondó el 50 por ciento<sup>8</sup>.

El que siete de cada diez fallecidos de la primera ola fueran personas institucionalizadas no es una cifra que se admita desde el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. En el Informe del Grupo de Trabajo COVID-19 y Residencias<sup>9</sup>, se argumenta que para tener una imagen comparable con lo sucedido en otros países:

- a. no deben contabilizarse los no confirmados, dado que “obviamente no pueden constar en esa estadística, atendiendo a los estándares internacionales de notificación, por no haberse confirmado la infección mediante pruebas diagnósticas”<sup>10</sup>. En el siguiente gráfico, el IMSERSO recoge tanto los fallecimientos “confirmados” por COVID-19 como los “compatibles”. Estos últimos son los que el Ministerio de Derechos Sociales estima que no hay que contabilizar:

5 [https://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/inf\\_resid\\_20210321.pdf](https://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/inf_resid_20210321.pdf).

6 Tomamos esa fecha en tanto que la finalización del primer estado de alarma fue el 21 de junio (RD 555/2020, de 5 de junio, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19).

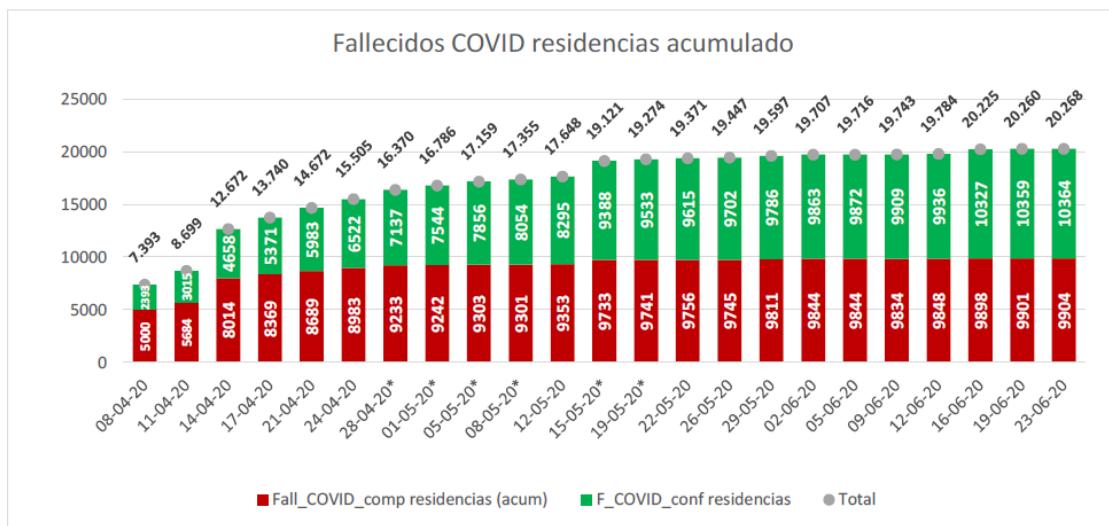
7 [https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Actualizacion\\_144\\_COVID-19.pdf](https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Actualizacion_144_COVID-19.pdf).

8 Así –aunque con reservas porque los datos son de mayo de 2020– en Alemania la tasa de fallecidos en este colectivo sería del 35 por ciento, Portugal el 40 por ciento, Francia el 50 por ciento, Bélgica el 55 por ciento, Irlanda el 59,7 por ciento y Noruega el 60 por ciento (Gallego Berciano, P., *op. cit.*). En otro artículo científico (Comas-Herrera A, Zalakaín J, Litwin C, Hsu AT, Lemmon E, Henderson D y Fernández J-L, «Mortality associated with COVID-19 outbreaks in care homes: early international evidence», *LTCcovid.org*, International Long-Term Care Policy Network, CPEC-LSE, 14 octubre 2020), que es el que asume –con cautela– el Informe del Grupo de Trabajo Covid 19 y Residencias de noviembre de 2020, se apuntan los siguientes datos (de menos a más): Dinamarca (35%), Austria (36%), Israel (39%), Alemania (39%), Reino unido (45%), Francia (46%), Suecia (46%), Escocia (47%), Irlanda del Norte (49%), Bélgica (61%), España (63%), Australia (75%), Canadá (80%) y Eslovenia (81%).

9 [https://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/inf\\_resid\\_20210321.pdf](https://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/inf_resid_20210321.pdf).

10 Previamente indica, literalmente: «En algunos medios de comunicación, e incluso en algunos ámbitos especializados, se han relacionado, entendemos que erróneamente, esos 20.000 fallecidos en residencias con los más de 29.000 *fallecidos confirmados* por la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica para ese periodo. Esto ha llevado a afirmar que casi el 70% de las personas fallecidas en España estaban en residencias. Sin quitar un ápice de gravedad a lo sucedido, creemos que esto no ha sido así».

## LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS MAYORES DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19



Fuente: IMSERSO. Gráfica recogida en el Informe del Grupo de Trabajo COVID-19 y Residencias, noviembre 2020, pág. 12

b. Y si se optara por contabilizarlos, para que la estadística fuera fiel con el global de fallecidos, también habría que sumar dentro de los no institucionalizados aquellas personas que fallecieran con síntomas compatibles. Pero como tales datos no existen, lo que habría que hacer es sumar en ambos colectivos el exceso de mortalidad. Literalmente, indica:

“La suma de fallecidos confirmados COVID-19 en la RENAVE (29.000) y de fallecidos con síntomas compatibles (sin confirmación) de residencia ascendería a 39.000 personas. El resto de fallecimientos hasta una hipótesis de 43.600 (deducida de exceso de fallecimientos MoMo) bien podría deberse a fallecimientos por COVID-19 no confirmados y producidos en ámbitos domiciliarios y otros en los que la ausencia de diagnóstico de confirmación fue mucho menor que en las residencias, sumados a fallecimientos no-COVID”<sup>11</sup>.

Con esos matices, el Informe del Grupo de Trabajo COVID-19 y Residencias concluye que “Se podría por lo tanto estimar como plausible un rango entre el 47% y el 50% de afectación en residencias respecto al total de fallecimientos por la enfermedad COVID-19 en la primera oleada”.

Consideramos que —ciertamente— en la cifra de fallecidos globales no se contabilizaron los casos “compatibles”, haciendo ese recuento solo para las personas institucionalizadas, lo cual es una limitación en la investigación, que puede adulterar el resultado final. Pero no entendemos que sea coherente subsanar esa divergencia contando como fallecidos por COVID-19 a todo lo que sería exceso de mortalidad, en tanto que oficialmente ese exceso de mortalidad no se incluye en las cifras que suministra el Ministerio de Sanidad como fallecidos por esta pandemia. Y en las cifras que

<sup>11</sup> Informe del Grupo de Trabajo Covid 19 y Residencias, noviembre 2020, pág. 13. [https://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/inf\\_resid\\_20210321.pdf](https://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/inf_resid_20210321.pdf).

aporta Sanidad sí se recogen los “compatibles” como víctimas del patógeno SARS-CoV-2, cosa que no ocurre con el exceso de mortalidad. Por tanto, atendiendo a los datos oficiales, el porcentaje de fallecidos en residencias en la primera ola sí fue cercano al 70 por ciento del total de muertes.

Por ello, a continuación procedemos a revisar cuáles son las causas de esa altísima letalidad, para discriminar las que han sido comunes por el perfil de los afectados, y las causas que pueden considerarse “responsables” de que la cifra sea superior en España.

## 1.2 Las causas

Como hemos indicado, en todos los países el grupo poblacional con más elevada tasa de mortalidad ha sido el de los mayores. Las causas de esta mayor afectación son:

### 1.2.1 La edad

Este grupo se caracteriza por sus frecuentes pluripatologías, comorbilidad y presentar más fragilidad que otros grupos etarios lo que complica la enfermedad en estas personas y dificulta el tratamiento exitoso. En este sentido, la mortalidad ha sido alta no solo en los mayores institucionalizados, sino en la población adulta mayor en general. Así, de las 74.421 personas fallecidas por COVID-19 a 26 de marzo de 2021, 63.553 tenían más de 70 años (el 85,4 por ciento de los finados), con una especial incidencia en los mayores de 80 años (47.611, el 64 por ciento de los fallecidos)<sup>12</sup>. Por tanto, la mortalidad ha sido alta en esa franja de edad, afectando también a los que permanecían en sus domicilios, aunque en la primera ola fue especialmente grave para los institucionalizados. A 29 de mayo de 2020, el porcentaje de mayores de 70 años fallecidos era ya el predominante (el 86,4 por ciento de los fallecidos)<sup>13</sup>, pero más del 70 por ciento estaban institucionalizados. Por el contrario, en la segunda ola se redujo (debido a la introducción de sistemas organizativos eficientes y la dotación de medios preventivos); y de forma sobresaliente disminuyó en la tercera ola, ya que fue el primer colectivo en ser inmunizado con el plan de vacunación, mientras que los mayores no institucionalizados del mismo grupo etario tardaron más en quedar inmunizados. En la cuarta ola pasó a ser el colectivo menos afectado.

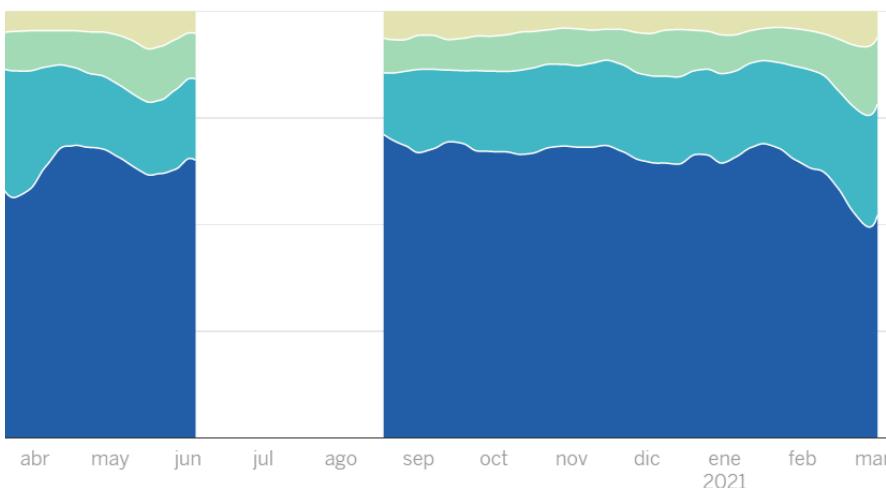
En el siguiente gráfico se observa cómo desde febrero de 2021 ha descendido el porcentaje de mayores de 80 años entre los fallecidos, lo cual se debe claramente al proceso de vacunación realizado en las residencias:

12 <https://rubenfcasal.github.io/COVID-19/COVID-19-tablas.html>.

13 [https://github.com/datadista/datasets/blob/master/COVID%2019/PDFs%20originales%20de%20resumen%20de%20situacio%C8In/Actualizacion\\_120\\_COVID-19.pdf](https://github.com/datadista/datasets/blob/master/COVID%2019/PDFs%20originales%20de%20resumen%20de%20situacio%C8In/Actualizacion_120_COVID-19.pdf)

## LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS MAYORES DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

las muertes de **mayores de 80**, **entre 70 y 79**, **60 y 69** y **menores de 59**  
fallecidos diarios sobre el total. Se filtran los días con menos de 30 fallecidos.



Fuente: El País, "Los datos de una pandemia en tres olas", 11 de marzo de 2021,  
<https://elpais.com/sociedad/2021-03-10/los-datos-de-una-pandemia-en-tres-olas.html>

Por tanto, no solo se vieron afectados con mayor virulencia los mayores institucionalizados, sino el conjunto de ese grupo de edad, como queda patente por el hecho de que no se mantiene la constante la variable “institucionalizado” frente a la de “edad”, y no solo desde que comienza la vacunación, sino ya en la segunda ola, y ello porque en ese momento sí se dio prioridad a la coordinación sanitaria y se dotó de medios a los centros. Esta prevalencia de la variable “edad” frente a “institucionalizado” queda clara si comparamos los datos del Ministerio de Sanidad (cifras absolutas y por edad) y los publicados por el IMSERSO (residentes)<sup>14</sup>:

Períodos (oleadas)	Nº total fallecidos	Nº institucionalizados fallecidos
Del 14/03/20 al 22/06/20	29.672	20.301 (68,4 %)
Del 23/06/20 al 03/01/21	24.616	6.044 (24,5 %)
Del 04/01/21 al 21/03/21	19.645	3.788 (19,3 %)

Fuente: Tabla de elaboración propia sobre datos del Ministerio de Sanidad y del IMSERSO

<sup>14</sup> Hasta enero de 2021, los datos se recogieron por el IMSERSO en dos períodos (el primero del 14 de marzo de 2020 al 22 de junio de 2020; el segundo, del 23 de junio de 2020 al 3 de enero de 2021). Pero el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia acordó el 2 de diciembre de 2020 que en 2021 —y mientras dure la pandemia— se elaboraría una estadística semanal pública de la situación de los centros residenciales.

## LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS MAYORES DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

La misma conclusión obtenemos si estamos a los datos de casos notificados a la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica (RENAVE), del Ministerio de Ciencia e Innovación, donde se comprueba que aunque el porcentaje de contagiados no sea mayoritario entre los mayores de 60 años (al contrario, es algo inferior), sí lo es en el de hospitalizados y fallecidos, tanto en la primera ola como las siguientes. Así, si sumamos los datos recogidos por la RENAVE hasta el 10 de mayo 2020 (fecha en la que la RENAVE cambió su metodología) y con posterioridad de esa fecha, los datos serían:

Grupo de edad	Población* N (%)	Casos totales N (%)	Hospitalizados	Defunciones N (%)
Menores de 60 años	35.319.740 (74,43 %)	2.488.765 (76,29 %)	103.482 (33,48 %)	3.111 (4,86 %)
60 o más años	12.131.055 (25,57 %)	773.467 (23,71 %)	205.608 (66,52 %)	60.849 (95,14 %)
Total	47.450.795	3.262.232	309.090	63.960

\*Población a 31-12-2020

Fuente: Tabla de elaboración propia sobre datos del Instituto de Salud Carlos III (RENAVE)

Desagregados por esas dos etapas (antes y después del 10 de mayo de 2020, fecha en la que se modifica la metodología), resultan del siguiente modo

Grupo de edad (años)	Casos totales N	Hospitalizados n (%) <sup>1</sup>	UCI n (%) <sup>1</sup>	Defunciones n (%) <sup>1</sup>
<2	348	171 (55,3)	26 (11,1)	2 (0,6)
2-4	168	44 (31,0)	4 (4,3)	0 (0,0)
5-14	717	144 (22,9)	22 (5,1)	0 (0,0)
15-29	13879	1579 (13,4)	94 (1,2)	27 (0,2)
30-39	21639	3689 (19,8)	246 (2,0)	55 (0,3)
40-49	33482	8412 (28,8)	690 (3,5)	194 (0,6)
50-59	40931	13662 (38,3)	1434 (5,7)	583 (1,4)
60-69	33174	16783 (57,1)	2345 (10,9)	1616 (4,9)
70-79	31603	20152 (71,5)	2097 (10,1)	4436 (14,0)
≥80	53956	23952 (51,6)	340 (1,1)	11418 (21,2)
<b>Total</b>	<b>231765</b>	<b>88707 (44,0)</b>	<b>7306 (5,3)</b>	<b>18352 (7,9)</b>

<sup>1</sup>Los porcentajes se calculan sobre los casos de COVID-19 de los que se dispone de información de cada variable. Datos actualizados a 11-05-2020.

Fuente: Instituto de Salud Carlos III<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Informe nº 30. Situación de COVID-19 en España a 11 de mayo de 2020 <https://www.isciii.es/QueHacemos/Servicios/VigilanciaSaludPublicaRENAVE/EnfermedadesTransmisibles/Documents/INFORMES/Informes%20COVID-19/Informe%20n%2Ba%2030.%20Situaci%3B3n%20de%20COVID-19en%20Espa%3Bla%20a%2011%20de%20mayo%20de%202020.pdf>.

Grupo de edad (años)	Casos totales N	Hospitalizados <sup>1</sup> N (%)	UCI <sup>1</sup> N (%)	Defunciones <sup>1</sup> N (%)
<2	36209	877 ( 2,4)	29 ( 0,1)	2 ( 0,0)
2-4	58961	357 ( 0,6)	12 ( 0,0)	1 ( 0,0)
5-14	291029	1205 ( 0,4)	81 ( 0,0)	6 ( 0,0)
15-29	597907	7315 ( 1,2)	352 ( 0,1)	59 ( 0,0)
30-39	426782	11498 ( 2,7)	743 ( 0,2)	123 ( 0,0)
40-49	516366	21751 ( 4,2)	1914 ( 0,4)	446 ( 0,1)
50-59	450347	32778 ( 7,3)	4112 ( 0,9)	1613 ( 0,4)
60-69	285591	38881 (13,6)	6346 ( 2,2)	4247 ( 1,5)
70-79	181559	42439 (23,4)	5592 ( 3,1)	9416 ( 5,2)
≥80	187584	63401 (33,8)	1132 ( 0,6)	29716 (15,8)
<b>Total</b>	<b>3042127</b>	<b>221118 ( 7,3)</b>	<b>20362 ( 0,7)</b>	<b>45797 ( 1,5)</b>

<sup>1</sup> n (%) calculado sobre el total de casos en cada grupo de edad

\*Las defunciones notificadas a la RENAVE en estos grupos de edad disminuye en este informe respecto a informes previos, después de una verificación y actualización de los datos de vigilancia realizada el 17 de marzo de 2021.

Fuente: Instituto de Salud Carlos III<sup>16</sup>

## 1.2.2 La dependencia

A la edad se añade que el nivel de dependencia funcional de las personas institucionalizadas multiplica el riesgo de exposición al virus, dado que ha habido una transmisión cruzada trabajadores - residentes en el origen de los brotes<sup>17</sup>. Hay factores de riesgo que han estado presentes en los mayores institucionalizados frente al resto de mayores, y uno es su situación de dependencia. Es imposible concebir distanciamiento social entre cuidador y dependiente, contacto que además se produce en un entorno cerrado, y que es más fácil de contagiar dado que un cuidador no atiende a un solo dependiente, como sí puede suceder en otros ámbitos. Edad y Dependencia no son variables completamente alejadas, dado que si bien las situaciones de dependencia pueden darse en cualquier franja de edad, entre los dependientes son mayoría los octogenarios<sup>18</sup>.

Si atendemos a los datos del SISAAD (Sistema de Información del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia), queda patente que si hay un colectivo en el que la letalidad ha sido demoledora es el de las personas en situación de dependencia. En este sentido, ya es elocuente el hecho de que a 31 de diciembre de 2020, el número absoluto de beneficiarios con prestación hu-

<sup>16</sup> Informe nº 72. Situación de COVID-19 en España a 30 de marzo de 2021 [https://www.isciii.es/QueHacemos/Servicios/VigilanciaSaludPublicaRENAVE/EnfermedadesTransmisibles/Documents/INFORMES/Informes%20COVID-19/INFORMES%20COVID-19%202021/Informe%20COVID-19.%20N%C2%BA%2072\\_30%20de%20marzo%20de%202021.pdf](https://www.isciii.es/QueHacemos/Servicios/VigilanciaSaludPublicaRENAVE/EnfermedadesTransmisibles/Documents/INFORMES/Informes%20COVID-19/INFORMES%20COVID-19%202021/Informe%20COVID-19.%20N%C2%BA%2072_30%20de%20marzo%20de%202021.pdf)

<sup>17</sup> Causa, R, Almagro Nievas, D, Bermúdez Tamayo, C, «COVID-19 y dependencia funcional: análisis de un brote en un centro sociosanitario de personas mayores», *Revista Española de Salud Pública*, núm. 95, 2021, 26 de marzo de 2021. Disponible en [https://www.mscbs.gob.es/biblioPublic/publicaciones/recursos\\_propios/resp/revista\\_cdrom/VOL95/ORIGINALES/RS95C\\_202103045.pdf](https://www.mscbs.gob.es/biblioPublic/publicaciones/recursos_propios/resp/revista_cdrom/VOL95/ORIGINALES/RS95C_202103045.pdf)

<sup>18</sup> Cfr. Maldonado Molina, J.A., *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 27. En 30 de abril de 2021, el 53,56% de los dependientes tenía más de 80 años (<https://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/estsisaad20210430.pdf>).

biera aumentando solo un 0,8 por ciento, mientras que en el año precedente se incrementó un 5,8 por ciento (2019)<sup>19</sup>. Pero no es necesario quedarnos con esos datos, ya que en septiembre de 2020 el IMSERSO publicó un Informe sobre el Impacto del COVID-19 en el SAAD (Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia), en el que se refleja que<sup>20</sup>:

- Entre marzo y julio de 2020 se observa un exceso de mortalidad de 35.120 personas en el SAAD (incremento del 43,4% de la esperada) afectando al 1,85% del total de solicitantes del SAAD
- Por rangos de edad, el 82,5% de las personas fallecidas en exceso tenía 80 o más años (28.974 personas).
- Se observa un impacto muy elevado en la mortalidad excesiva en personas con atención en residencia, con un exceso de fallecimientos de 18.911 personas (7,59% del total de personas dependientes atendidas en residencia), mientras que los dependientes que recibían la prestación de cuidados en el entorno familiar tuvieron un exceso de mortalidad (respecto de la prevista) de 3.222 personas (0,75% sobre el total de atendidos con estos cuidados), y los que eran usuarios de Servicios de proximidad (ayuda a domicilio, centro de día...) presentaron un exceso de mortalidad de 6.492 personas (un 1,47% sobre el total).

### 1.2.3 La organización de los centros y la densidad convivencial

Las pautas preventivas frente al COVID-19 pasaban por implementar diferentes medidas, algunas de tipo organizativo, medidas que chocaban con la tradicional organización interna de los centros sociosanitarios, que tuvo un claro impacto en la propagación del virus. Habitaciones compartidas, personal que atiende a todos los usuarios, zonas de uso común y masivo en espacios cerrados, hicieron que en caso de que entrar el virus en una residencia, su propagación se extendiera rápidamente entre el conjunto de trabajadores y residentes.

Una residencia admite distintos modelos organizativos. Sin entrar ahora a desarrollar los modelos alternativos existentes, queremos subrayar que desde hace años se trata de promover el llamado “modelo de atención centrado en la persona”, que sitúa en el eje de la organización las necesidades singulares del usuario, y que en la práctica se concretaba —entre otras cuestiones— en la compartimentación de los centros residenciales, creando unidades de convivencia de menor tamaño. Por eso, ya en marzo de 2020 un grupo de personas defensoras de ese modelo en España (lideradas por la Fundación Matia y la Fundación Pilares) redactaron una Declaración (al que nos adherimos más de mil especialistas en este campo), publicado el 1 de abril de 2020<sup>21</sup>, en el que se abogada por la nece-

<sup>19</sup> En términos netos, de durante 2020 solo aumentó en 9.047 personas el número de beneficiarios, mientras que en 2019 fueron 60.908 personas. Consultado en [https://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/estssisaad\\_compl20210228.pdf](https://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/estssisaad_compl20210228.pdf)

<sup>20</sup> [https://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/inf\\_momo\\_dep\\_20200831.pdf](https://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/inf_momo_dep_20200831.pdf)

<sup>21</sup> Se publicó en varios sitios web bajo el título “Ante la crisis de COVID-19: una oportunidad de un mundo mejor. Declaración en favor de un necesario cambio en el modelo de cuidados de larga duración de nuestro país”. Consultar en <https://www.fundacionpilares.org/wp-content/uploads/2020/08/Declaracio%CC%81n-en-favor-de-un-cambio-de-modelo-en-el-a%C3%81mbito-de-los-cuidados-de-larga-duraci%C3%B3n.pdf>

## LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS MAYORES DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

sidad de que “las alternativas de alojamiento que dispensen cuidados e intervenciones profesionales se orienten desde una atención centrada en las personas y no desde objetivos de mera custodia”.

Esos modelos de compartimentación no buscaban atajar contagios. Ese escenario no se imaginaba. Pero realmente ha sido el que ha servido de inspiración al Ministerio de Sanidad para reorganizar los centros ante la expansión de la COVID-19. Así, la Orden Ministerial SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros sociosanitarios, estableció la división de los usuarios según su situación sanitaria, procurando el aislamiento vertical o por plantas, como criterio de agrupación preferible para cada uno de los grupos de residentes, utilizando la sectorización de incendios ya definida como área de ubicación de cada uno de los grupos señalados, salvo que esto no sea posible por el tamaño de la residencia.

Y respecto de los trabajadores de estos centros, se exigía que fueran asignados a cada uno de los grupos de residentes, garantizando que sean los mismos los que interactúen en los cuidados de cada uno de estos grupos, y sin que se produjeran rotaciones de personal asignado a diferentes zonas de aislamiento. En el mismo sentido, se aprobó la Orden SND/275/2020, de 23 de marzo, por la que se establecen medidas complementarias de carácter organizativo (modificada por Orden SND/322/2020, de 3 de abril).

Pues bien, estas reglas excepcionales y de emergencia, hubieran sido innecesarias si previamente el modelo organizativo de las residencias ya estuviera adaptado al modelo de atención centrada en la persona. A nivel organizativo, los centros de atención para las personas mayores establecen unas ratios de personal que han demostrado ser insuficientes para atender a las personas que allí residen, y el no asignar un cuadro de profesionales estable a los usuarios, sino con un sistema de gestión de recursos humanos altamente rotatorio, ha facilitado la propagación del virus.

## 2. LA ATENCIÓN SANITARIA

### 2.1 Centros sociosanitarios vs. Centros sanitarios: una diferenciación sustancial

No debemos confundir conceptos. El que una persona dependiente necesite una atención integral, integrada, continua y simultánea en los ámbitos social y sanitario en su lugar de residencia, no debe llevar a considerar como “sanitario” ese lugar de residencia (sea su domicilio o una institución). Los centros residenciales son centros de naturaleza sociosanitaria, pero su cometido natural (lo indica su denominación) es el residencial: son el hogar de los usuarios, que en atención a su mayor fragilidad debe estar dotado de una atención sanitaria básica para la atención de las patologías crónicas que sufren.

Ya hace décadas, antes de la puesta en marcha del SAAD, se reclamaba atender las situaciones de dependencia mediante la coordinación de servicios sanitarios y sociales<sup>22</sup>. La puesta en marcha

<sup>22</sup> Maravall Gómez-Allende, H., «La coordinación socio-sanitaria: una exigencia ineludible», *Revista Española de Geriatría y Gerontología*, núm. 30, 1995; Martínez Aguayo, C., «Coordinación entre servicios sociales y sanitarios. Un modelo de atención posible», *Revista Española de Geriatría y Gerontología*, núm. 30, 1995;

del SAAD en 2007 es el claro ejemplo de modelo de atención sociosanitaria. Ello es así porque la situación de dependencia se caracteriza por requerir una protección coordinada de los ámbitos sanitarios y sociales<sup>23</sup>. No es posible deslindar ambas cuestiones en las personas dependientes, pues normalmente son necesidades a) que concurren en el tiempo, por lo que atender sanitariamente sin una intervención social, no resuelve el problema, y viceversa; b) que se retroalimentan, ya que sus problemas de salud los excluyen socialmente, y la exclusión social agudiza sus problemas de salud.

Siguiendo esta línea, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en su artículo 11.1, relativo a la participación de las Comunidades Autónomas en el SAAD, les asigna —entre otras cuestiones— la función de establecer los procedimientos de coordinación sociosanitaria, creando los órganos de coordinación que procedan para garantizar una efectiva atención. Junto a ello, la Ley 39/2006 deja claro que el contenido del recurso residencial es sociosanitario, al indicar que el Servicio de Atención Residencial ofrece, desde un enfoque biopsicosocial, servicios continuados de carácter personal y sanitario. Es decir, centrado en la persona.

Por su parte, el Sistema Nacional de Salud (SNS) contempla dentro de su catálogo de prestaciones las correspondientes a "atención sociosanitaria"<sup>24</sup>, prestación que comprende —según el artículo 14.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud— «el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social». Por tanto, actuación simultánea y sinérgica de dos servicios en paralelo, pero no cualquier servicio sanitario, sino aquél que necesita una persona que por su características (enfermos crónicos, por ejemplo), puede recibir tales servicios a la vez que los sociales (atención a la dependencia). Se trata de que quien demande simultáneamente atención social (atención residencial, v.gr.), y sanitaria (enfermedad crónica), no vea interrumpido cualquiera de esos servicios, sino que haya continuidad. Y una actuación sinérgica, dado que la acción conjunta aporta grandes beneficios al Sistema y a los destinatarios<sup>25</sup>. Junto a ello, la Ley 16/2003 prevé que por parte del SNS se presten servicios asistenciales, que comprende «todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios»<sup>26</sup>.

---

Asociación Multidisciplinaria de Gerontología, *Las necesidades sociosanitarias de la población dependiente en España: modelos y cuidados prolongados y coordinación de recursos. El debate profesional*. Informe para el Defensor del Pueblo, Madrid, 2000; Defensor del Pueblo, *Recomendaciones del Defensor del Pueblo sobre la atención sociosanitaria y aspectos conexos*, Madrid, 2000, pág. 19. El Plan Estratégico del INSALUD de 1997 adopta ya como estrategia la coordinación integrada de recursos sanitarios y sociales.

<sup>23</sup> Maldonado Molina, J.A., «La protección a la dependencia en Andalucía», Revista *Temas Laborales*, núm. 100, 2009, pág. 416.

<sup>24</sup> Artículo 7 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

<sup>25</sup> Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, *Libro Blanco de la Coordinación Sociosanitaria en España*, 2011, págs. 5 y 257. Disponible en [https://www.mscbs.gob.es/novedades/docs/Libro\\_Blanco\\_CCS\\_15\\_12\\_11.pdf](https://www.mscbs.gob.es/novedades/docs/Libro_Blanco_CCS_15_12_11.pdf)

<sup>26</sup> Artículo 8 bis Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

## LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS MAYORES DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

El objetivo de que se recoja esta prestación dentro del SNS es que la institucionalización de una persona no ponga en peligro la continuidad del servicio, y para ello el artículo 14.3 dispone que tal continuidad «será garantizada por los servicios sanitarios y sociales a través de la adecuada coordinación entre las Administraciones públicas correspondientes». Coordinación, esa es la palabra, para conseguir una atención integral de la persona. La coordinación consiste en posibilitar que el SNS siga prestando cobertura a las personas institucionalizadas, precisando el artículo 14.2 Ley 16/2003 que “en el ámbito sanitario” (ojo, sanitario), “la atención sociosanitaria se llevará a cabo en los niveles de atención que cada comunidad autónoma determine y en cualquier caso comprenderá: a) Los cuidados sanitarios de larga duración; b) La atención sanitaria a la convalecencia; c) La rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable”.

El hecho de que la atención sociosanitaria se preste por parte del SNS, no debe llevarnos a pensar que los centros sociosanitarios forman parte de tal Sistema. Son centros no sanitarios que incorporan servicios que realizan actividades sanitarias. Esa es la indicación que se recoge en el punto C.3 del Anexo II del RD 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios. No forman parte del Sistema Nacional de Salud.

No hay un concepto normativo de centro sociosanitario. El RD 1277/2003, de 10 de octubre se refiere a tres figuras (ya en la propia denominación de la norma): centros, servicios y establecimientos sanitarios<sup>27</sup>. De ellos, lo que se presta en un centro sociosanitario es el “servicio sanitario”, que es una “unidad asistencial, con organización diferenciada, dotada de los recursos técnicos y de los profesionales capacitados, por su titulación oficial o habilitación profesional, para realizar actividades sanitarias específicas. Puede estar integrado en una organización cuya actividad principal puede no ser sanitaria” (art. 2.1 RD 1277/2003). Por el contrario, los “centros sanitarios” son el “conjunto organizado de medios técnicos e instalaciones en el que profesionales capacitados, por su titulación oficial o habilitación profesional, realizan básicamente actividades sanitarias con el fin de mejorar la salud de las personas. Los centros sanitarios pueden estar integrados por uno o varios servicios sanitarios, que constituyen su oferta asistencial”.

De este modo, el que dentro de un centro no sanitario -como es una residencia- exista un servicio sanitario, no le otorga naturaleza de centro sanitario, al igual que ocurre con otras entidades como pueden ser balnearios, prisiones, empresa, hoteles, centros comerciales, en los que se incluye un Servicio sanitario<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Se define como el “conjunto organizado de medios técnicos e instalaciones en el que profesionales capacitados, por su titulación oficial o habilitación profesional, realizan básicamente actividades sanitarias de dispensación de medicamentos o de adaptación individual de productos sanitarios”. En esta categoría (que forman parte del Sistema de Salud), se incluyen Oficinas de farmacia, botiquines, ópticas, ortopédicas y establecimientos de audioprótesis.

<sup>28</sup> Tales servicios deben inscribirse en el Registro general de centros, servicios y establecimientos sanitarios del Ministerio de Sanidad (art. 5 RD 1277/2003). Dicho Registro puede consultarse en la web <http://regcess.mscbs.es/regcessWeb/InicioBuscarCentrosAction.do>. La consulta debe realizarse acotando la búsqueda al Código C3

En el caso de las Residencias, los Servicios Sanitarios que suelen incluir su oferta asistencial son: U1 Medicina general/de familia; U2 Enfermería; U4 Podología; U59 Fisioterapia; U60 Terapia ocupacional; U84 Depósito de medicamentos; U900 Otras unidades asistenciales.

El modelo de atención sociosanitaria tiene unos destinatarios con un perfil en el que es posible combinar la atención a las situaciones de dependencia con sus problemas de salud estructurales. No está concebido para atender problemas de salud que no puedan ser atendido en los espacios residenciales donde viven (por requerir servicios sanitarios especializados), al igual que tampoco está orientado a las “personas con enfermedades que pueden ser crónicas y además pluripatológicas que, precisando un amplio nivel de servicios sanitarios especializados, no quedan incluidas en el espacio sociosanitario por carecer de necesidades sociales continuadas”<sup>29</sup>. Solo debe prestarse a las personas que tienen un perfil sociosanitario, que son aquéllas que cumplen tres notas: necesidad simultánea de atención en las áreas social y sanitaria; necesidad de atención significativa, cuantitativa o cualitativamente en ambos campos, tanto en la intensidad de la intervención como en la duración en el tiempo; y para quienes las intervenciones desde ambos sectores son sinérgicas en su efecto<sup>30</sup>.

Como es fácil de colegir, y centrándonos en el objeto de nuestro estudio, estos servicios sanitarios no son los necesarios para hacer frente al virus SARS-CoV-2. Por ello, la coordinación sociosanitaria era más imprescindible que nunca, concretada en que los Sistemas de Salud prestaran la atención sanitaria adecuada a las personas que enfermaran en centros de mayores o dependientes, pero en el sentido de que se atendieran las necesidades de salud extraordinarias que se estaban viviendo y que sobrepasaban las previstas para un centro sociosanitario. Sin embargo, el colapso de los sistemas sanitarios (y en otros casos el temor a que se produjera ese colapso, sin que llegara a suceder), determinó que en alguna Comunidad (Madrid)<sup>31</sup> se implementara un protocolo de admisión de pacientes en los que el triaje implicada no atender a los que estuvieran institucionalizados que no dieran un perfil<sup>32</sup>, que en algunos casos se ha impedido directamente que se deriven a centros sanitarios, lo que algunas instancias<sup>33</sup> han denunciado que ha costado la vida a muchas personas

29 Fundación Economía y Salud, *Lo sociosanitario: de los casos reales al modelo*, 2018, pág. 42. Disponible en [http://www.fundacioneconomiasalud.org/wp-content/uploads/Lo-sociosanitario\\_De-los-casos-reales-al-modelo.pdf](http://www.fundacioneconomiasalud.org/wp-content/uploads/Lo-sociosanitario_De-los-casos-reales-al-modelo.pdf)

30 Fundación Economía y Salud, *Lo sociosanitario: de los casos reales al modelo*, cit. pág. 41.

31 Dirección General de Coordinación Socio-Sanitaria, *Protocolo de coordinación para la atención a pacientes institucionalizados en residencias de personas mayores de la Comunidad de Madrid durante el periodo epidémico ocasionado por el COVID-19*, 25 de marzo de 2020, disponible —entre otros sitios web— en <https://amuts.es/wp-content/uploads/2020/01/COVID-CAM-coordinaci%C3%B3n-residencias-sinfecha-20200412.pdf>.

32 En el punto 5 de dicho Protocolo, se recomienda «Valorar clínicamente la derivación al hospital a los pacientes que cumplan estos criterios: Pacientes en situación de final de vida subsidiarios de cuidados paliativos; Pacientes con criterios de terminalidad oncológica, de enfermedades de órgano avanzada; Pacientes con criterios de terminalidad neurodegenerativa (GDS de 7); Criterio de Fragilidad igual o mayor de 7».

33 Así, Médicos Sin Fronteras, *Poco, tarde y mal El inaceptable desamparo de los mayores en las residencias durante la COVID-19 en España*, agosto de 2020, disponible en <https://msfcovid19.org/wp-content/uploads/2020/08/aaff-msf-informe-covid19-residencias-baja-nota.pdf> (en concreto, apartado 50:

(aunque otros lo han negado: Sociedad Española de Geriatría y Gerontología<sup>34</sup>). Uno de los objetivos de dicho Protocolo era, explícitamente, «Contribuir a la sostenibilidad del Sistema de Salud evitando las graves consecuencias que el colapso del mismo tendría tanto para la población afectada por el COVID-19 como para los pacientes no afectados por el virus y cuya salud debiera sufrir las menores consecuencias posibles de la actual crisis». En Cataluña no se implementó un Protocolo prohibiendo las derivaciones. Sí se aprobó un Protocolo del Servicio de Emergencias Médicas en el que se recomendaba no ingresar en la UCI a determinados pacientes de más de 80 años con coronavirus, y hacía referencia al criterio de futilidad<sup>35</sup>.

Esta falta de coordinación se detectó y trató de corregirse. Así, en la reunión entre la Secretaría de Estado de Derechos Sociales y las Comunidades Autónomas del 4 de agosto de 2020, dentro del documento “Marco común de aplicación a los centros residenciales del Plan de Respuesta Temprana en un escenario de control de la pandemia por COVID-19”, se indicaba en los puntos 10 y 11:

“10. Las autoridades competentes deberán garantizar la coordinación de los centros sociales residenciales con los recursos sanitarios del sistema de salud de la comunidad autónoma, con el fin de asegurar en todo momento a estas personas la atención sanitaria a la que tienen derecho como ciudadanos (artículo 10 del Real Decreto-ley 21/2020).

11. En el caso de contagio y siempre que sea necesario, las autoridades sanitarias garantizarán el acceso a la atención hospitalaria a las personas que residen en estos centros en igualdad de condiciones al resto de la ciudadanía, sin que puedan establecerse protocolos genéricos que supongan discriminación por motivos de edad o discapacidad. El acceso a los medios sanitarios hospitalarios debe decidirse facultativamente y en función de la situación individual de cada paciente y no por aplicación de criterios generales.”

---

Denegación de derivaciones a los servicios hospitalarios: ¿negligencia u omisión del deber de socorro?; Amnistía Internacional, *Abandonadas a su suerte: la desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia COVID19 en España*, 3 de diciembre de 2020, disponible en <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/reportajes/residencias-en-tiempos-de-covid-personas-mayores-abandonadas-a-su-suerte/>

- 34 Ese fue el caso del Presidente de la Sociedad Española de Geriatría y Gerontología, que el día 7 de junio de 2020 hizo público un comunicado, con el título *Residencias de mayores: ya tenemos al culpable*, en el que literalmente indica: “Que no se ha negado el ingreso hospitalario a los ancianos de la Comunidad de Madrid también lo dicen los datos: 10.300 residentes han sido trasladados desde su residencia a hospitales desde el 1 de marzo hasta el día 5 de junio (una media de 106 cada día); el día 6 de abril se alcanzó un pico de 206 traslados de residencias a hospitales; de los 2.226 pacientes ingresados en La Paz entre el 25 de febrero y el pasado 19 de abril, el 32% (709 personas) provenían de una residencia de mayores...y así en el resto de hospitales.”. En su escrito subraya que “lo ocurrido en España no ha sido diferente a lo ocurrido en nuestro entorno” y que “no ha fallado el sistema de atención geriátrica instalado”. Disponible en <https://www.segg.es/media/descargas/Carta-geriatria-residencias-Madrid.pdf>
- 35 Recomendaciones per suport a les decisions d'adequació de l'esforç terapèutic (AET) per pacients amb sospita d'infecció per COVID-19 i insuficiència respiratòria aguda (IRA) hipoxèmica. Grup de treball de Ventilació, Cap Àmbit Emergències, Direcció Mèdica i Direcció Infermera de SEM, 25 de marzo de 2020. [https://d3cra5ec8gdi8w.cloudfront.net/uploads/documentos/2020/07/07/\\_protocolocatalua\\_179628f4.pdf](https://d3cra5ec8gdi8w.cloudfront.net/uploads/documentos/2020/07/07/_protocolocatalua_179628f4.pdf)

Antes de la Declaración del estado de alarma, el Ministerio de Sanidad publicó unas Recomendaciones a residencias de mayores y centros sociosanitarios para el COVID-19 (5 de marzo de 2020), de tipo organizativo fundamentalmente, en el que indicaba que «todo centro sociosanitario que detecte que un residente pueda haber sido contacto de un caso de COVID-19 indicará a esta persona que permanezca en el centro o residencia y se lo comunicará a los servicios de salud pública que valoren dicha identificación según el “Procedimiento de actuación frente a casos de infección por el nuevo Coronavirus (SARSCoV-2)”. Añadiendo: «Si una persona clasificada como contacto de un caso probable o confirmado cumple criterios de caso en investigación, se informará a las autoridades de salud pública y se realizará el seguimiento según lo establecido por las mismas. No es necesario su traslado al centro sanitario si su estado general es bueno»<sup>36</sup>. Es decir, si su estado general no era bueno, era inimaginable que se quedara en el centro residencial. En caso de tener contacto o incluso positivo asintomático, confinamiento individual. Las mismas pautas que actualmente se siguen con las residencias donde ya se han vacunado<sup>37</sup>.

La Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros sociosanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, estableció una primera batería de medidas, fundamentalmente de carácter organizativo, encaminadas a luchar contra el COVID-19 en estos centros. Pero su insuficiencia, hizo que pronto hubiera que ampliar las medidas, cuestión que se abordó con Orden SND/275/2020, de 23 de marzo, por la que se establecen medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información en el ámbito de los centros de servicios sociales de carácter residencial en relación con la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

La Orden SND/322/2020, de 3 de abril<sup>38</sup> buscó dar prioridad en la realización de pruebas diagnósticas de los residentes y del personal que presta servicio en los mismos, así como la disponibilidad de equipos de protección individual para ambos colectivos, y se aclara en qué casos concretos un centro residencial podrá ser intervenido por la autoridad autonómica.

En estas normas ya no se habla de centros sociosanitarios, sino de centros de servicios sociales de carácter residencial. Igualmente, la normativa que se aprobó en durante los estados de alarma, para prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, cuando habla de centros residenciales, no los califica como centros sociosanitarios. Esto ocurrió con el RDL 21/2020, de 9 de junio, y la Ley 2/2021, de 29 de marzo<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Disponible en [https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Centros\\_sociosanitarios.pdf](https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Centros_sociosanitarios.pdf).

<sup>37</sup> Adaptación de las medidas en residencias de mayores y otros centros de servicios sociales de carácter residencial en el marco de la vacunación. Ministerio de Sanidad, 15 de marzo de 2021. Disponible en [https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Centros\\_sociosanitarios\\_actuacion\\_vacunados.pdf](https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Centros_sociosanitarios_actuacion_vacunados.pdf).

<sup>38</sup> Por la que se modifican la Orden SND/275/2020, de 23 de marzo y la Orden SND/295/2020, de 26 de marzo, y se establecen nuevas medidas para atender necesidades urgentes de carácter social o sanitario en el ámbito de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

<sup>39</sup> En ambas normas, en el artículo 10.2 indica que las autoridades competentes deberán garantizar la coordinación de los centros residenciales de personas

## 2.2 Los servicios sanitarios prestados por las residencias. Su ineficiencia frente a una pandemia

Como hemos adelantado, el RD 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, no contempla los centros residenciales como centros sanitarios. Pero sí que dentro de los mismos se presten “servicios sanitarios”, entendiendo por tales una “unidad asistencial, con organización diferenciada, dotada de los recursos técnicos y de los profesionales capacitados, por su titulación oficial o habilitación profesional, para realizar actividades sanitarias específicas. Puede estar integrado en una organización cuya actividad principal puede no ser sanitaria” (art. 2.1 RD 1277/2003).

No existe una normativa nacional que indique qué perfiles profesionales deben estar presentes en un centro residencial, ya que los servicios sociales son competencia autonómica (art. 16 Ley 39/2006)<sup>40</sup>, sí hay un Acuerdo del Consejo Interterritorial que contempla los criterios comunes de acreditación, conforme el art. 34.2 Ley 39/2006. Es la Resolución de 2 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

En su punto tercero, núm. 7, se dedica a las ratios de personal, recogiendo unas cifras que deberían revisarse al alza<sup>41</sup>, como vamos a ver. El número de profesionales se adecuará a la tipología, a la intensidad de la prestación de cada recurso del Sistema y a los servicios que prestan. Estas ratios son para que un centro se acredite, es decir, para que pueda ofrecer plazas concertadas. Al respecto, parte de que dependerá del tipo de centro<sup>42</sup>, y da un margen para que cada Comunidad Autónoma concrete. Así, en Andalucía, hay que estar a la Orden de 5 de noviembre de 2007, por la que se regula el procedimiento y los requisitos para la acreditación de los centros para personas mayores en situación de dependencia en Andalucía. Esta norma diferencia dos tipos de centros: Centro re-

---

con discapacidad, de personas mayores y de los centros de emergencia, acogida y pisos tutelados para víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra las mujeres, con los recursos sanitarios del sistema de salud de la comunidad autónoma en que se ubiquen.

<sup>40</sup> En el caso de las Residencias, los Servicios Sanitarios que suelen incluir su oferta asistencial son: U1 Medicina general/de familia; U2 Enfermería; U4 Podología; U59 Fisioterapia; U60 Terapia ocupacional; U84 Depósito de medicamentos; U900 Otras unidades asistenciales.

<sup>41</sup> Rodríguez Escanciano, S., «Los cuidados en la vejez como servicio social público de carácter esencial: apostando por una cobertura de calidad», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 57, 2020, pág. 52; Defensor del Pueblo, *Separata sobre atención a las personas mayores. Centros residenciales* en el *Informe anual de 2019*. [https://www.defensordelpueblo.es/wpcontent/uploads/2020/05/Separata\\_personas\\_mayores\\_centros\\_residenciales.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/wpcontent/uploads/2020/05/Separata_personas_mayores_centros_residenciales.pdf)

<sup>42</sup> Las ratios se aplicarán en cada Centro en relación proporcional al número de usuarios del mismo valorados con el respectivo grado de dependencia. Así, Residencia Mayores dependientes: 0,54; Centro de Día y de Noche Mayores dependientes: 0,25; Residencia personas discapacidad física: 0,72; Residencia personas discapacidad intelectual: 0,75; Centro Día y Noche personas discapacidad física: 0,33; Centro Día y Noche personas discapacidad intelectual: 0,35.

sidencial con plazas para personas mayores en situación de dependencia<sup>43</sup> y Centros Residenciales con plazas para personas mayores con trastornos graves y continuados de conducta (necesidades especiales)<sup>44</sup>. Pues bien, salvo en centros de mayores con trastornos graves, la figura del médico es optativa. El personal de enfermería sí es obligatorio, pero en una ratio de 0,04: por cada 100 usuarios, 4 enfermeras<sup>45</sup>. Obviamente, el tiempo dedicado a cada usuario está lejos del que demandaría un enfermo de SARS-CoV-2 (además de los medios necesarios).

Estas ratios no llegaron a cumplirse durante la pandemia en muchos casos. En primer lugar, por las bajas médicas que se produjeron al contagiarse, Y además por las bajas voluntarias que también se produjeron entre el personal de enfermería (igualmente entre gerocultoras), que recibieron ofertas de empleo en el sector público, con unas remuneraciones muy superiores a las del sector privado<sup>46</sup>. Ésta fue otra debilidad que se puso de manifiesto, y es la disparidad de condiciones laborales entre el sector privado y el público para el personal sociosanitario, que debería corregirse si se quiere mantener una atención de calidad a las personas mayores, dado el reducido porcentaje de plazas residenciales públicas existentes en nuestro país.

Las funciones a realizar por el personal sanitario aparecen recogidas en el Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio)<sup>47</sup>. La lectura de tales cometidos pone de manifiesto su insuficiencia para hacer frente a una pandemia por parte del personal sanitario. Así,—además de encargarse de cualquier función le sean solicitadas y tengan relación con las mismas y/o con su titulación y competencia profesional—

---

**43** La ratio (núm. trabajadores/usuarios) mínima exigida será de 0,50, debiendo contar con Enfermería: ratio 0,04; Fisioterapeuta; ratio 0,01; Terapeuta Ocupacional, Monitor Ocupacional y/o Animador Socio-cultural: ratio 0,01; Resto de personal: médico/a, psiquiatra, psicólogo/a, farmacéutico/a, educador/a social o logopeda (optativos).

**44** La ratio mínima exigida será de 0,65 debiendo contar con Enfermería: ratio 0,04; Fisioterapeuta: ratio 0,01; Terapeuta Ocupacional, Monitor Ocupacional y/o Animador Socio-cultural con ratio 0,01; Psicólogo/a con ratio 0,012; Médico/a con ratio 0,012.

**45** De acuerdo con la utilización que hace el Consejo Internacional de Enfermeras (CIE) del término «Enfermera», la utilización de dicho término en el presente trabajo hace referencia a los profesionales de ambos sexos.

**46** Las tablas salariales actualizadas se recogen en la Resolución de 19 de marzo de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registran y publican la revisión y las tablas salariales para 2019 del VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE de 29 de marzo de 2019). La categoría profesional de médico tiene previsto un salario base de 1.539,92, más complemento de antigüedad de 18,74; y la de ATS/DUE (terminología arcaica...), un salario base de 1.347,42 y una antigüedad de 18,74. Por el contrario, en la Sanidad Pública andaluza, el salario base más complementos de un médico es 3.450,23; y la de una enfermera 2.138,33 (más pagas extraordinarias) ([https://www.sspa.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/sites/default/files/sincfiles/wsas-media-sas\\_normativa\\_mediafile/2021/Resolucion\\_0001\\_2021\\_Retribuciones.pdf](https://www.sspa.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/sites/default/files/sincfiles/wsas-media-sas_normativa_mediafile/2021/Resolucion_0001_2021_Retribuciones.pdf))

**47** Resolución de 11 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio), BOE de 21 de septiembre de 2018.

las funciones que desarrollan tanto las enfermeras<sup>48</sup> como personal médico<sup>49</sup>, que se centran en la atención de enfermedades crónicas y cuidados derivados de enfermedades que son diagnosticadas y tratadas por el Sistema de Salud. Su función no es curar, sino cuidar<sup>50</sup>.

### 2.3 Los servicios sanitarios prestados por el sistema sanitario a los usuarios de centros residenciales

#### 2.3.1 La atención a mayores institucionalizados por el Sistema Nacional de Salud (SNS)

En nuestro Ordenamiento no existe una atención especializada sanitaria para las personas dependientes, ni de la tercera edad, sino únicamente una modalidad de atención primaria<sup>51</sup>. Se incluiría

- 
- 48** Coordinación y supervisión de los cuidados que se prevean en el Plan de cuidados y atención a la persona usuaria, siempre que estén incluidas en su ámbito funcional; vigilar y atender a las personas usuarias, sus necesidades generales humanas y sanitarias, especialmente en el momento en que éstos necesiten de sus servicios; preparar y administrar los medicamentos según prescripciones facultativas, específicamente los tratamientos; tomar la presión sanguínea, el pulso y la temperatura; colaborar con el personal médico preparando el material y medicamentos que hayan de ser utilizados; ordenar las historias clínicas, anotar los datos relacionados con la propia función que deba figurar; atender a la persona usuaria encamada por enfermedad, efectuando los cambios posturales prescritos, controlando el servicio de comidas a los enfermos y suministrando directamente a aquellos pacientes que dicha alimentación requiera instrumentalización (sonda nasogástrica, sonda gástrica, etc.); cuidado y limpieza del adhesivo y el estoma de aquellos usuarios colontomizados; controlar la higiene personal de las personas usuarias y también los medicamentos y alimentos que estos tengan en las habitaciones; atender las necesidades sanitarias que tenga el personal que trabaja en el centro y sean de su competencia; colaborar con fisioterapeutas en las actividades, el nivel de calificación de las cuales sean compatibles con su titulación de Enfermero/a, cuando sus funciones específicas lo permitan; realizar los pedidos de farmacia, analítica y radiología en aquellos centros donde no exista especialista; vigilar y tener cuidado de la ejecución de las actividades de tipo físico recibida por el personal médico, observando las incidencias que puedan presentarse durante su realización; cortar uñas de los pies, a usuarios y usuarias diabéticas y a quienes reciban tratamiento con anticoagulantes, así como los que tengan tratamiento de uñas clavadas y uñeros.
  - 49** Realizar el reconocimiento médico a las nuevas personas usuarias y cumplimentar la correspondiente historia médica y certificaciones profesionales, en que constarán las indicaciones de tipo de vida más acorde, la rehabilitación necesaria, y el tratamiento a seguir si hace falta; atender las necesidades asistenciales de las personas usuarias. Hacer los exámenes médicos, diagnósticos, prescribir los tratamientos más acordes, en cada caso, para llevar a cabo las terapias preventivas, asistenciales y de rehabilitación de los diagnósticos clínicos y funcionales de las personas usuarias; informar a los familiares sobre el estado de salud de la persona usuaria; dirigir el programa de movilización y rehabilitación de las personas usuarias, fijando en equipo los programas a desarrollar de forma individual y en grupo; realizar el seguimiento y evaluar los programas, conjuntamente, con el equipo formado por todas las personas que intervienen; asistir al personal destinado en el centro en los casos de necesidad y de urgencia; como máximo responsable de su departamento médico, en el caso de que el centro no pueda tratar debidamente a las personas usuarias, derivarles a un centro hospitalario o de salud; participar en la comisión de supervisión y seguimiento de las personas usuarias en cuanto a las necesidades asistenciales y de la vida diaria de las personas usuarias que realizarán en colaboración con la dirección, trabajador/a social, psicólogo/a, y demás profesionales, de acuerdo con la situación física de las personas usuarias, los objetivos a conseguir y las características del centro; programar y supervisar los menús y dietas alimentarias de las personas usuarias; supervisar el trabajo del personal sanitario; supervisar el estado sanitario de las dependencias del centro.
  - 50** Curar es la acción médica indicada para alguien que tiene una enfermedad curable; pero cuando en un plazo de tiempo determinado no se consigue su remisión y la enfermedad se convierte en crónica, se necesita controlar la enfermedad, sus complicaciones y secuelas, es decir, cuidar.
  - 51** Así, de forma genérica, se contempla en el artículo 12.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del SNS, dentro de lo que sería la asistencia sanitaria a demanda, programada y urgente tanto en la consulta como en el domicilio del enfermo (letra a), las atenciones y servicios específicos relativos a la tercera edad; los grupos de riesgo y los enfermos crónicos (letra f); la atención paliativa a enfermos terminales (letra g) y la atención a la salud mental, en coordinación con los servicios de atención especializada (letra h).

dentro de las prestaciones sociosanitarias como respuesta a muchas de las necesidades generadas por dicha situación. La norma incluye explícitamente en el catálogo de prestaciones del SNS la atención sociosanitaria (artículo 7.1 Ley 16/2003) y en el artículo 14 define las prestaciones mínimas, en el ámbito estrictamente sanitario, dejando a las Comunidades Autónomas la determinación de los niveles en que se llevará cabo. Por tanto, las actuaciones de prevención de las enfermedades y de promoción, curación, rehabilitación de la salud de las personas con dependencia corresponde a los sistemas de salud que tienen una cobertura universal<sup>52</sup>.

De forma más específica en el Anexo II del RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del SNS y el procedimiento para su actualización, incluye dentro de la atención primaria una previsión con la que el legislador<sup>53</sup> pretende dar cumplimiento al mandato del artículo 50 de la Constitución. Ahora bien, a diferencia de la normativa de 1995, la regulación de 2006 sí detalló aspectos de la atención sanitaria a los mayores que inciden en el tratamiento y prevención de las situaciones de dependencia. En particular, la atención a las personas mayores se sistematiza en tres bloques: actividades de promoción y prevención<sup>54</sup>, atención al anciano de riesgo<sup>55</sup>, y atención domiciliaria a personas mayores inmovilizadas, incluyendo información, consejo sanitario, asesoramiento y apoyo a las personas vinculadas al paciente, especialmente al cuidador/a principal.

Junto a la atención primaria, hay que estar a la atención especializada de las personas dependientes. Lo destacable es que no se contempla la geriatría. Solo aparece recogida de forma indirecta para los tratamientos post hospitalarios, pero no para los hospitalarios<sup>56</sup>. Hay una gran laguna en el cuidado de mayores dependientes ingresados, ya que son minoría los hospitales que tienen prevista algún tipo de atención especializada para personas mayores. Las dos prestaciones más relevantes para

---

52 El artículo 14 establece que la atención sociosanitaria «comprende el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social».

53 Al igual que ocurría con el derogado RD 63/1995 de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud

54 En relación a: alimentación saludable y ejercicio físico; identificación de conductas de riesgo; prevención de caídas y otros accidentes; detección precoz del deterioro cognitivo y funcional; detección precoz del deterioro físico, con especial énfasis en el cribado de hipoacusia, déficit visual e incontinencia urinaria; consejo y seguimiento del paciente polimedicado y con pluripatología; detección y seguimiento del anciano de riesgo, según sus características de edad, salud y situación sociofamiliar.

55 Valoración clínica, sociofamiliar y del grado de dependencia para las actividades de la vida diaria. Esta valoración conlleva la elaboración de un plan integrado de cuidados sanitarios y la coordinación con atención especializada y los servicios sociales, con la finalidad de prevenir y atender la discapacidad y la comorbilidad asociada.

56 Así, prevé el apoyo a la atención primaria en el alta hospitalaria precoz y, en su caso, hospitalización a domicilio para los casos en que el paciente se encuentre en una situación clínica que requiera de atención continuada y no presente una inestabilidad clínica que pudiera suponer un riesgo en su evolución, el servicio de salud podrá optar por la hospitalización a domicilio. Tal tratamiento incluye información y asesoramiento a las personas vinculadas al paciente, especialmente al cuidador/a principal.

personas institucionalizadas son la atención paliativa a enfermos terminales y la atención a la salud mental<sup>57</sup>. La prestación ortoprotésica también es importante para la población institucionalizada<sup>58</sup>.

## 2.3.2 La prestación farmacéutica

La población residencial suele ser un tipo de paciente polimedicado<sup>59</sup>, por lo que para ellos la atención farmacéutica es clave, y debe articularse un sistema ágil y accesible, ello en coherencia también con el artículo 87 del RD Legislativo 1/2015, de 24 de julio<sup>60</sup>, establece que la prescripción de medicamentos y productos sanitarios en el SNS se efectuará en la forma más apropiada para el beneficio de los pacientes.

El artículo 6 del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, establece que será obligatorio el establecimiento de un servicio de farmacia hospitalaria propio, entre otros, en los centros de asistencia social que tengan cien camas o más en régimen de asistidos, salvo que la Consejería responsable en materia de prestación farmacéutica, a través de acuerdo o convenio les exima de dicha exigencia, siempre y cuando dispongan de un depósito de medicamentos vinculado al servicio de farmacia del hospital público de su área de referencia. Contempla tres alternativas: depósitos de medicamentos, servicios de farmacia en el centro sociosanitario o vincular el depósito de medicamentos al servicio de farmacia del hospital. Y en todo caso, el modelo opta por un sistema de dispensación en dosis unitaria individualizada<sup>61</sup>.

Por tanto, con carácter general debe tener su propio servicio de farmacia si supera las cien camas, pero se permite una regulación diferencial autonómica (incluso eximiendo de esa obligación). De hecho, todas las CCAA tienen una regulación propia en la materia<sup>62</sup>. Así, mejorando esa regulación

<sup>57</sup> El tema de la salud mental de los ancianos sí tiene una mención específica en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que en su artículo 20 dispone que «se considerarán de modo especial aquellos problemas referentes a la psiquiatría infantil y psicogeriatría».

<sup>58</sup> Se contempla en el Anexo VI RD 1030/2006, de 15 de septiembre.

<sup>59</sup> Hay una relación entre polifarmacia, utilización de fármacos considerados potencialmente inadecuados, eventos adversos relacionados con la medicación e incremento del riesgo de hospitalización o muerte. La polifarmacia incrementa el riesgo de presentar una reacción adversa a medicamentos desde un 13% a un 82% cuando se pasa de 2 a 7 ó más fármacos como criterio definitorio, siendo los fármacos más frecuentemente relacionados los cardiovasculares, diuréticos, anticoagulantes, AINE, antibióticos e hipoglucemiantes. La prevalencia de polifarmacia en pacientes mayores institucionalizados en Europa se ha estimado en un 75% (igual o más de 5 fármacos) y el de polifarmacia excesiva (igual ó más de 10 fármacos) en el 24,3%. Sociedad Española de Farmacia Hospitalaria, *Prestación farmacéutica especializada en centros socio sanitarios análisis de situación y propuesta CRONOS-SEFH*, 2013, pág. 10. Disponible en [https://www.sefh.es/sefhpdfs/dossier\\_CRONOS\\_2013.pdf](https://www.sefh.es/sefhpdfs/dossier_CRONOS_2013.pdf).

<sup>60</sup> Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

<sup>61</sup> Sociedad Española de Farmacia Hospitalaria, *Prestación farmacéutica especializada en centros socio sanitarios análisis de situación y propuesta CRONOS-SEFH*, 2013, pág. 4. Disponible en [https://www.sefh.es/sefhpdfs/dossier\\_CRONOS\\_2013.pdf](https://www.sefh.es/sefhpdfs/dossier_CRONOS_2013.pdf).

<sup>62</sup> Un análisis de los distintos modelos, en Sociedad Española de Farmacia Hospitalaria, *Prestación farmacéutica especializada en centros socio sanitarios análisis de situación y propuesta CRONOS-SEFH*, cit. págs. 12 y ss.

estatal, la Comunidad andaluza en 2015 rebajó ese umbral a cincuenta camas (y además aplicándolo no solo a centros públicos, sino también privados)<sup>63</sup>. Otras Comunidades se mantienen en cien camas, con normas aprobadas recientemente, como la Comunidad Valenciana<sup>64</sup>.

El artículo 3.6 RD Legislativo 1/2015, de 24 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos, no contempla a los centros asistenciales como centros autorizados para custodia, conservación y dispensación de medicamentos<sup>65</sup>. No fue hasta el RDL 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, cuando se adoptaron medidas en materia de gestión de la prestación farmacéutica (medidas que se mantuvieron con la Ley 2/2021, de 29 de marzo). En concreto, la disposición adicional sexta estableció que la conservación y dispensación de medicamentos corresponderá también a los servicios de farmacia de los centros de asistencia social (medida que se extiende hasta que se declare el fin de la crisis sanitaria).

### 2.3.3 Medidas para corregir su limitada presencia durante la primera ola

Tras el fracaso de la coordinación sociosanitaria durante la primera ola (en buena parte de las CC.AA.), el RDL 21/2020, de 9 de junio, y la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, recogen en sus artículos 10, 23, 28 una serie de medidas a tomar bien por las Administraciones o por los centros de servicios sociales:

---

**63** El Decreto 512/2015, de 29 de diciembre, de prestación farmacéutica en los centros sociosanitarios residenciales de Andalucía. Los depósitos de medicamentos de los centros sociosanitarios residenciales, con camas en régimen de asistidos, que cuenten con más de cincuenta camas desarrollarán su actividad bajo la responsabilidad directa de un farmacéutico del servicio de farmacia del hospital del Servicio Andaluz de Salud al que se encuentre vinculado, asistido por el personal técnico necesario. La ratio de dedicación, para cada uno de estos profesionales, será de 25 y 35 minutos, respectivamente, por cama y mes. En el caso de los centros sociosanitarios con más de cien camas y que no suscriban el convenio, el personal farmacéutico y técnico correrá por cuenta de las entidades titulares del centro (artículo 3). En aquellas instituciones con cincuenta o menos camas, la atención y el suministro de medicamentos quedan vinculados a una oficina de farmacia, que será elegida mediante concurso público. En Andalucía, la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, en su artículo 55, dedicado a la atención farmacéutica en los centros sociosanitarios, que define en su artículo 2 apartado c), prevé establecer reglamentariamente los criterios para la obligatoriedad de que los centros sociosanitarios residenciales cuenten con un servicio farmacéutico, así como el régimen de vinculación que ha de regir para los depósitos de medicamentos, con los que deben contar aquellos centros sociosanitarios que no estén obligados a disponer de aquel. En dicho artículo se hace referencia también a los mecanismos de coordinación, acuerdo o convenio según proceda, tanto para los centros sociosanitarios de carácter público como privado respectivamente, para hacer efectiva la prestación farmacéutica a que tengan derecho las personas residentes en dichos centros.

**64** Decreto 42/2021, de 18 de marzo, del Consell, de regulación de la prestación farmacéutica en los centros sociosanitarios en la Comunitat Valenciana.

**65** Solo contempla las oficinas de farmacia abiertas al público y los servicios de farmacia de los hospitales, de los centros de salud y de las estructuras de atención primaria del SNS.

### a. Obligaciones para las Administraciones:

- Vigilancia de la prevención por los centros. El número 1 del artículo 10 obliga a las Administraciones competentes a asegurar el cumplimiento por los titulares de centros de servicios sociales de carácter residencial y centros de día de las normas de desinfección, prevención y acondicionamiento de las instalaciones, que aquellas establezcan; y en particular, velar por que su normal actividad se desarrolle en condiciones que permitan en todo momento prevenir los riesgos de contagio.
- Coordinación sociosanitaria. El número 2 del artículo 10 exige a las autoridades competentes la coordinación de los centros residenciales con los recursos sanitarios del sistema de salud de la comunidad autónoma en que se ubiquen.
- Garantía de disponibilidad de profesionales sanitarios (artículo 28)<sup>66</sup>.

### b. Obligaciones para titulares de los centros

- Planes de contingencia por COVID-19. Han de disponer de planes de contingencia por COVID-19 orientados a la identificación precoz de posibles casos entre residentes y trabajadores y sus contactos, activando en su caso los procedimientos de coordinación con la estructura del servicio de salud que corresponda.
- Medias organizativas y EPI`s. Deben adoptarán las medidas organizativas, de prevención e higiene en relación con los trabajadores, usuarios y visitantes, adecuadas para prevenir los riesgos de contagio. Asimismo, garantizarán la puesta a disposición de materiales de protección adecuados al riesgo.

### c. Obligaciones para Administraciones y centros

- Obligación de información. El artículo 23 establece la obligación de facilitar a la autoridad de salud pública competente todos los datos necesarios para el seguimiento y la vigilancia epidemiológica del COVID-19 que le sean requeridos por ésta, incluidos, en su caso, los datos necesarios para la identificación personal<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> En particular, garantizarán un número suficiente de profesionales involucrados en la prevención y control de la enfermedad, su diagnóstico temprano, la atención a los casos y la vigilancia epidemiológica.

<sup>67</sup> Esta obligación recae sobre "el conjunto de las administraciones públicas, así como a cualquier centro, órgano o agencia dependiente de estas y a cualquier otra entidad pública o privada cuya actividad tenga implicaciones en la identificación, diagnóstico, seguimiento o manejo de los casos COVID-19". En particular, será de aplicación a todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios y servicios sociales, tanto del sector público como del privado, así como a los profesionales sanitarios que trabajan en ellos. En ese sentido, la Orden SND/322/2020, de 3 de abril dio prioridad a la identificación e investigación epidemiológica de los casos por COVID-19 relacionados con residentes, trabajadores o visitantes de estos centros, disponiendo nuevas obligaciones de suministro de información por parte de las comunidades autónomas.

- En el Informe del Grupo de Trabajo COVID-19 y Residencias<sup>68</sup>, se recoge en su Anexo III las medidas de coordinación sociosanitaria implementadas por las Comunidades Autónomas (información transmitida por cada una), con objeto de asegurar la atención médica de las personas que conviven en ellas, mediante una coordinación adecuada entre los servicios sociales y los sanitarios. En la mayor parte de los casos de trata de Protocolos de transmisión de información, facilitando que los centros residenciales puedan transmitir rápidamente sus necesidades y las de los mayores residentes.

### 2.3.4 Medidas de coordinación en Andalucía

En Andalucía, además de los Protocolos, destacan dos medidas:

- Asignación de un/a enfermero/a gestor de casos referente del centro de salud a los centros residenciales para mayores que corresponda según la ubicación del centro, para evitar la existencia de casos positivos COVID-19 y contagios en los centros residenciales, así como su adecuado aislamiento preventivo; garantizar la sectorización del centro y que los nuevos ingresos residenciales y los trabajadores, de nueva alta o que regresen de vacaciones, tengan PCR con resultado negativo para COVID-19.
- Adscripción de médico de familia de atención primaria para la supervisión de casos de personas residentes en centros residenciales, para asegurar una adecuada coordinación entre los centros sanitarios de atención primaria y los centros residenciales.

En esta Comunidad, ya desde marzo de 2020 hay que subrayar que se pusieron en marcha mecanismos de coordinación para garantizar una efectiva asistencia sanitaria a los mayores institucionalizados. Así, el 22 de marzo de 2020, la Dirección General de Cuidados Sociosanitarios puso en marcha un protocolo titulado “Actuación en centros residenciales de mayores y otros sociosanitarios asimilados —COVID-19”—, en su Anexo 4, titulado «Medicalización de los centros residenciales y dotación de recursos por la situación actual generada por el covid-19»<sup>69</sup>, ya recogió:

- Instalaciones para hacer frente a eventualidades, y ahí se ingresaron como centros intermedios a los mayores residentes que hubieran contraído el virus pero que su gravedad no exigía hospitalización
- Ante la presencia de casos, se facilitarán todos los medios profesionales y materiales necesarios para garantizar la asistencia en los centros residenciales.
- Se creó una Red de Alerta de Enfermera Gestoras de Casos<sup>70</sup>.

68 [https://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/inf\\_resid\\_20210321.pdf](https://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/inf_resid_20210321.pdf).

69 [https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Recomendaciones\\_Residencias\\_Centros\\_Sociosanitarios\\_22032020.pdf](https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Recomendaciones_Residencias_Centros_Sociosanitarios_22032020.pdf)

70 Desarrollaron un papel de coordinación mediante el seguimiento presencial y/o telefónico diario de todas las residencias con la finalidad de elaborar un mapa diario con la incidencia de casos nuevos en residencias, para planificar las intervenciones y realizar las indicaciones oportunas para organizar el aislamiento en las residencias que incluyan los casos o sospecha de casos; resolver dudas; orientar la asistencia y coordinar alertas con equipos sanitarios para la atención presencial en caso necesario en situaciones de mayor complejidad o situaciones de agravamiento.

## LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS MAYORES DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

- Aquellos casos que por su complejidad o condiciones clínicas lo requieran se activa la atención médica presencial a través del desplazamiento de los Equipos de Salud del Centro Sanitario o la activación de los Servicios de Urgencia y cuando sea necesario de los Servicios Especializados Hospitalarios<sup>71</sup>.
- Cuando se detectara necesidad de presencialidad de profesionales para continuar con los tratamientos necesarios (administración de medicación parenteral, oxigenoterapia, ventilación mecánica,...), así como la vigilancia y control de síntomas durante el tratamiento y evolución de los pacientes, se dotaría a la residencia de los recursos profesionales y materiales que se vayan requiriendo en base a esos criterios clínicos.
- Igualmente, en coordinación con los hospitales, se organizará la disponibilidad de recursos materiales de cuidados hospitalarios para su traslado al ámbito residencial (ventilación mecánica o cualquier otro material derivado de las necesidades de especialistas hospitalarios tras valoración).

En el Acuerdo de 8 de abril de 2020, del Consejo de Gobierno, se puso en conocimiento el Informe sobre la respuesta del sistema sanitario ante los efectos de la infección por COVID-19 en centros residenciales y en domicilios de Andalucía (de 6 de abril), en el que se hace patente que el sistema sanitario se reorganizó y reforzó los servicios para la prevención y abordaje de las necesidades de salud de los centros residenciales y centros sociosanitarios asimilados, que atienden situaciones de discapacidad-dependencia (BOJA de 9 de abril).

Y las sucesivas normas que fueron aprobándose para implementar medidas ante las diversas olas, también recogieron medidas de coordinación de los centros con el sistema público de salud. En concreto:

- Intervención sanitaria gradual en los centros sociosanitarios, cualquiera sea su titularidad y tipología de gestión, en función del estado de la situación en cada centro afectado<sup>72</sup>, pudiendo realizar las siguientes funciones:
  - a. Asumir o controlar la asistencia sanitaria de las personas residentes con el personal sanitario propio de la residencia.

---

<sup>71</sup> Esta asistencia presencial se activaría cuando se presentasen las siguientes situaciones clínicas:

1. Pacientes en situación de cronicidad compleja, con agravamiento de su patología de base que requiera valoración médica.
2. Pacientes con agravamiento de síntomas por COVID-19
3. Pacientes en situación de cuidados paliativos con empeoramiento clínico.

<sup>72</sup> Orden de 20 de marzo de 2020, por la que se insta a la adopción de medidas en relación con las actuaciones sanitarias en centros sociosanitarios, cualquiera sea su titularidad y tipología de gestión, en salvaguarda de la salud pública a causa de la pandemia por coronavirus COVID-19. La vigencia de estas medidas era de un mes, pudiéndose prorrogar por otro. Una vez finalizada la primera ola, la Orden de 19 de junio de 2020, en su apartado séptimo recogió qué actuaciones podía hacer la autoridad sanitaria en caso de intervención de un centro. Al inicio de la segunda ola, volvió a contemplarse la eventual intervención en centros residenciales por el artículo 18 de la Orden de 22 de septiembre de 2020. Y lo mismo sucedió con la tercera ola: artículo 16 de la Orden de 4 de diciembre de 2020. Se mantiene la previsión tras el escenario de vacunación: artículo 11 de la Orden de 8 de abril de 2021.

- b. Trasladar a las personas residentes a otro recurso residencial o centro habilitado, con independencia de su carácter público o privado.
  - c. Supervisar y asesorar en las actuaciones que lleve a cabo el personal sanitario y no sanitario, en su caso, de la residencia.
  - d. Designar a una enfermera gestora de casos para dirigir y coordinar la actividad asistencial de estos centros pudiendo disponer de los recursos materiales y humanos del centro residencial intervenido, así como de los recursos vinculados con la actividad sanitaria asistencial que se presta de forma habitual a las personas residentes en el mismo.
  - e. Implementar medidas de salud pública frente la aparición de nuevos casos de COVID-19 y para el control de brotes.
  - f. Apoyar puntualmente a la residencia con personal, de ser necesario.
- Codecisión en la valoración de si se cumplen las condiciones mínimas para las visitas y paseos (a partir de Orden de 13 de agosto de 2020). Se establece un protocolo en el que la decisión de suspender o restringir las visitas es compartida entre la dirección del centro y la enfermera gestora de casos<sup>73</sup>.
  - Toma de muestras PCR o test rápidos de antígenos (Orden de 22 de septiembre de 2020, Orden de 4 de diciembre de 2020 y Orden de 8 de abril de 2021). Si en el centro se cuenta con profesionales sanitarios de medicina o enfermería, ellos realizarán la toma de muestras para la práctica de las pruebas previa capacitación por parte de profesionales sanitarios del Sistema Sanitario Público, que, a su vez, definirá el circuito de envío de las mismas. Si —por el contrario—no fuese así, la prueba será realizada por profesionales del Sistema Sanitario Público.
  - Seguimiento proactivo de las personas residentes en centros desde los servicios sanitarios públicos (art. 1.2 Orden de 4 de diciembre de 2020 y art. 2 Orden de 8 de abril de 2021)<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Decisión tomada en base a la información y el soporte adecuados, para lo que se apoyarán en un equipo formado por diferentes profesionales, como los profesionales de epidemiología o de la inspección de Servicios Sanitarios referente del centro. Dicha decisión será comunicada a la dirección del Distrito/Área Sanitaria. La decisión adoptada será remitida por la enfermera gestora de casos referente del centro a la enfermera gestora de casos provincial y ésta a su vez a la Dirección General de Cuidados Sociosanitarios para su validación y devolución de la información para su comunicación a la dirección del centro residencial. Este proceso no debe ser superior a 24 horas. La enfermera gestora de casos referente del centro y la dirección del centro serán los encargados de implementar y vigilar la ejecución de medidas adoptadas y de informar de la situación de la evolución del centro a los referentes de epidemiología del área (Orden de 13 de agosto de 2020).

<sup>74</sup> El artículo 2.2 Orden de 4 de diciembre de 2020 especifica, a propósito del Plan de Contingencia, que debido a la especial vulnerabilidad ante la pandemia de las personas mayores que viven en residencias y para facilitar el seguimiento proactivo, el registro de las medidas relacionadas con la realización de pruebas diagnósticas de infección activa de COVID-19 y el seguimiento de los posibles contagios se realizará en la plataforma habilitada por el Servicio Andaluz de Salud. El centro residencial designará un referente para tal fin y se validarán estos datos siempre que sea necesario según la Enfermera gestora de casos de referencia del centro residencial de mayores.

- Papel de los servicios de salud públicos en el Plan de Contingencia y Actuación para la prevención del COVID-19 de los centros sociosanitarios<sup>75</sup>.

## 3. EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA (SAAD)

### 3.1 Introducción: el impacto en los dependientes y en el SAAD

#### 3.1.1 Impacto MoMo

Resulta obligado indicar que, en la primera ola, el colectivo de personas dependientes fue el que más mortalidad experimentó. Ya lo hemos corroborado con los datos indicados en la introducción, y que pueden inferirse también del exceso de mortalidad esperada habida entre las personas solicitantes y beneficiarias del SAAD, que ha sido cuantificado con precisión por el IMSERSO, en los Informes MoMo dependencia, en los que recoge la evolución desde marzo de 2020 de los fallecimientos observados, correlacionados con el cálculo de fallecimientos esperados para el mismo periodo en la población ligada al SAAD<sup>76</sup>, aunque se advierte que el exceso de mortalidad no necesariamente deriva del COVID-19 de modo directo.

<sup>75</sup> A partir de la Orden de 4 de diciembre de 2020 (se mantiene en la Orden de 8 de abril de 2021), la persona responsable del centro se coordinará con los centros sanitarios y con la enfermera gestora de casos referentes de la zona donde se localiza el centro para organizar los aspectos relativos a la prevención y detección de sospechas y casos por COVID-19, la organización de la realización de las pruebas y el seguimiento de los posibles contagios.

La persona responsable o coordinadora del centro procederá a comunicar a la enfermera gestora de casos del centro de salud de la zona de referencia del centro la sospecha de caso, ya que la infección por el COVID-19 es una enfermedad de declaración obligatoria urgente.

Una vez confirmado el caso de COVID-19, la enfermera gestora de casos procederá a su declaración a los profesionales de Salud Pública de las Unidades de Epidemiología de forma urgente a través de correo electrónico, llamada telefónica o por cualquier medio de comunicación que se disponga.

Tras la detección de uno o más casos confirmados de COVID-19, desde la dirección del centro de atención primaria de referencia y los servicios de Salud Pública, se coordinará la estrategia de intervención y se establecerán las actividades a desarrollar adaptadas a cada situación (medidas de sectorización, estudio de contactos, etc...) en coherencia con los recursos disponibles y con los profesionales de referencia implicados, enfermera gestora de casos, epidemiólogo de atención primaria, y cuando proceda con la inspección de servicios sanitarios, técnicos de protección de la salud, equipos de atención primaria y equipos de atención hospitalaria. En la estrategia de intervención participará el profesional del centro residencial responsable de las medidas de prevención y del plan de contingencia.

Desde epidemiología de Atención Primaria se vigilará la puesta en marcha y la implantación de la estrategia de intervención y se propondrán las correcciones oportunas en función de la evolución. Asimismo, se determinará la finalización o cierre del estudio de contactos y de la alerta en su conjunto y la realización del informe final que integre toda la información sobre la misma.

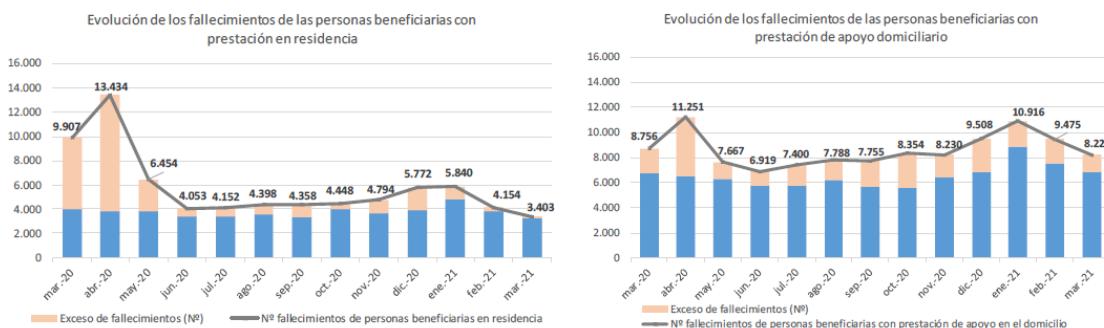
El seguimiento por la administración sanitaria de los centros residenciales, a través de la enfermera gestora de casos de referencia del centro, comprobará y registrará, en la plataforma diseñada para tal fin, que las restricciones de salidas y visitas se han producido según los criterios establecidos. La Dirección General de Cuidados Sociosanitarios tendrá conocimiento actualizado de las restricciones realizadas en los centros sociosanitarios a través de la plataforma.

<sup>76</sup> IMSERSO, *Monitorización de la mortalidad en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) (Datos a 30 de abril de 2021)*, Disponible en [https://www.imserso.es/imserso\\_01/documentacion/estadisticas/info\\_d/covid19\\_dep/index.htm](https://www.imserso.es/imserso_01/documentacion/estadisticas/info_d/covid19_dep/index.htm)

## LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS MAYORES DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

De forma resumida, los resultados recogidos por IMSERSO en lo relativo a exceso de mortalidad respecto de la esperada se sintetizan del siguiente modo (ámbito temporal: marzo de 2020 a marzo de 2021; ámbito personal: solicitantes y beneficiarios):

- Exceso de mortalidad sobre la esperada: 24,9% (54.945 personas).
- Edad: mayores de ochenta años. El 80,5% de las personas fallecidas en exceso tenía 80 o más años (44.222 personas).
- Género: muy equilibrado<sup>77</sup>.
- Por situación administrativa, el exceso de mortalidad afectó más a los que ya eran beneficiarios de una prestación: al 2,89% del total de solicitantes, el 3,16% de los valorados, y el 4,73% de los ya atendidos con un servicio o prestación.
- Por Grados de Dependencia, el mayor impacto se observa en las personas con grado II 17—074— (28,3% de exceso de fallecimientos), grado III —24.362— y I —9-167— (28,0%) y el menor en las personas valoradas sin grado de dependencia, con un 24,8% de exceso de fallecimientos —4.632—.
- Por prestaciones, los beneficiarios de la atención residencial sufrieron un impacto mucho mayor en la primera ola —en concreto de marzo a mayo—, mientras que en los meses siguientes se igualó a los mayores atendidos en su entorno familiar, y en los últimos fue menor el impacto en residencias. En las siguientes gráficas del IMSERSO se refleja claramente<sup>78</sup>



Fuente: IMSERSO. Gráficas recogidas en Monitorización de la mortalidad en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) (Datos a 30 de abril de 2021), pág. 5

<sup>77</sup> Aunque en el grupo de edad de mayores de 80 años —que fue el mayoritario— hubo un porcentaje ligeramente superior de hombres (25,5%) frente a mujeres (24,4%), en el grupo de edad de menos de 80 años fue a la inversa: mayor exceso de mortalidad en mujeres (26,0%) que en hombres (24,6%).

<sup>78</sup> El 10,45% del total de personas dependientes atendidas en residencia entra en el exceso de mortalidad (26.027 personas), aunque de junio 2020 al inicio de la vacunación -enero de 2021- el exceso de mortalidad fue similar independientemente del lugar de la prestación, excepto en octubre de 2020 y desde febrero de 2021 donde hubo menor exceso de mortalidad en personas con atención residencial que en apoyo en el domicilio. Entre las personas atendidas con apoyos domiciliarios los excesos en fallecimientos en el periodo marzo 2020-marzo 2021 fueron de 26.975 fallecidos en exceso sobre un total de 872.358 de personas atendidas en marzo (3,09%).

### 3.1.2 Impacto en servicios prestados

Por primera vez desde 2015, el número de solicitudes, de resoluciones, y el de personas con derecho a prestaciones, descendió. Ahora bien, el número de prestaciones que se prestan (económicas, mixtas o en servicios, téngase en cuenta que un beneficiario puede recibir varias), continúo aumentando el número, pero con un incremento mucho más lento que el que hubiera correspondido a la tendencia de los años anteriores. También aumento ligeramente el de personas que efectivamente reciben alguna prestación, pero también en un porcentaje inferior al que normalmente hubiera acontecido.

En el siguiente cuadro podemos ver la foto fija a 31 de diciembre de 2019 y de 2020, en el que se concreta lo anteriormente indicado:

	31-12-2019	31-12-2020	Variación
Solicitudes	1.894.744	1.850.950	-2,3%
Resoluciones	1.735.551	1.709.394	-1,5%
Personas con derecho a prestación	1.385.037	1.356.473	-2,1%
Personas beneficiarias de prestación	1.115.183	1.124.230	0,8%
Número prestaciones	1.411.021	1.427.207	1,1%

Fuente: Tabla de elaboración propia sobre datos del SISAAD

Ahora, lo realmente destacable es que hay dos prestaciones, las más relevantes si atendemos a la financiación y las necesidades que cubren, que redujeron el número de prestaciones: centros residenciales y centros de día

	2019	2020	Variación
Prevención	60.438	61.411	2%
Teleasistencia	246.617	254.644	3%
SAD	250.318	253.202	1%
Centro Día/noche	96.748	88.465	-9%
Residencia	170.785	156.437	-8%
Vinculada servicio	151.340	154.547	2%
Cuidado entorno familiar	426.938	450.517	6%
Asistente personal	7.837	7.984	2%

Fuente: Tabla de elaboración propia sobre datos del SISAAD

El cuidado fuera del hogar se resiente claramente, tanto porque el número de beneficiarios descendió porque en sus beneficiarios hubo una mayor mortalidad que entre los que estaban cuidados en sus domicilios, como por la paralización de nuevos ingresos los primeros meses y sobre todo por el temor de los potenciales nuevos usuarios y sus familiares a ingresar en centros residenciales y centros de día, habiéndose producido una estigmatización de las residencias en especial, con una regresión en la imagen colectiva de tales centros a épocas pasadas, una imagen negativa injusta ya

que la mortalidad en tales centros no puede reprocharse tanto a una mala gestión, sino fundamentalmente a que esta enfermedad ha tenido más incidencia en los grupos convivenciales y personas con salud frágil, y esas dos notas son propias de esas instituciones.

### 3.1.3 Impacto en el procedimiento

El procedimiento de valoración de la dependencia, ya de por si tortuoso<sup>79</sup>, se complicó con la pandemia. Como todo procedimiento administrativo, se vio afectado por el RD 463/2020, de 14 de marzo, que en su disposición adicional tercera estableció la suspensión de términos y la interrupción de plazos del sector público, hasta el 1 de junio de 2020.

Ello retrasó la resolución de los expedientes abiertos a la fecha. Pero lo que más impacto tuvo fue la paralización de los servicios sociales que gestionan las prestaciones por dependencia. El número de Resoluciones descendió en los primeros meses de pandemia, sin que ello derivara de una bajada de solicitantes, ya que aunque también descendió esa variable —obviamente—, el tiempo en tramitarse la solicitud, como media se sitúa en España en 430 días, según datos del Observatorio de la Dependencia<sup>80</sup>. Así, se pasaron de 1.748.292 resoluciones en marzo de 2020, a 1.699.216 a 30 de junio de 2020, un 2,8 por ciento menos. Mientras que el número de solicitudes de final de marzo de 2020 fue de 1.898.854, y el de 30 de junio 1.850.322: un 2,6 por ciento inferior<sup>81</sup>.

Pero junto a ello, en Andalucía se suspendieron las visitas domiciliarias realizadas por el personal trabajador social responsable de las valoraciones y los Programas Individuales de Atención. Esta medida se extendió hasta el 14 de mayo de 2020 (Orden de 14 de mayo de 2020), condicionado a que se hubiera entrado en la fase 1 del Plan para la Transición a la Nueva Normalidad, reanudándose de forma progresiva y escalonada las visitas domiciliarias, aunque extremando la autoobservación, abseniéndose de realizar visitas en caso de sintomatología compatible con coronavirus, y extremando igualmente la vigilancia sobre el estado de salud de las personas que visita.

### 3.2 Medidas adoptadas en la Comunidad andaluza

La Orden de 13 de marzo de 2020, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en la Comunidad de Andalucía como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (COVID-19), en coordinación con la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación, estableció una serie de medidas preventivas también en el ámbito sociosanitario, que afectaron a los Centros

<sup>79</sup> Maldonado Molina, J.A., "El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia tras sus reformas", en Monereo Pérez, Maldonado Molina y Rubio Herrera (Dir.), *Prevención y Protección de la Dependencia: un enfoque transdisciplinar*. Ed. Comares, Granada, 2014.

<sup>80</sup> Observatorio Estatal para la Dependencia, Asociación Estatal de Directores y Gerentes en Servicios Sociales, *XXI Dictamen del Observatorio de la Dependencia*, 15 de marzo de 2021, página 5. Disponible en <https://directoressociales.com/wp-content/uploads/2021/03/N.PrensaXXI-Dictamen.-15-Marzo-21-jrn.pdf>.

<sup>81</sup> IMSERSO, *Impacto del COVID-19 en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD)*(Datos a 30 de abril de 2021), páginas 11 y 10, respectivamente. Disponible en [https://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/evo\\_sisaad\\_covid19\\_202104.pdf](https://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/evo_sisaad_covid19_202104.pdf)

residenciales, centros de día, ayuda a domicilio y teleasistencia. Eran medidas que inicialmente iban a ser de aplicación desde el 16 de marzo de 2020 hasta el día 30 de marzo de 2020 —si bien ya contemplaba posibles prórrogas, como así sucedió durante la primera ola<sup>82</sup>—.

Una vez superada la primera ola, la Orden de 19 de agosto de 2020 fue la que fijó las condiciones en los centros sociosanitarios, Orden que fue objeto de numerosas reformas, a medida que la situación sanitaria evolucionaba<sup>83</sup>.

Pero con los rebrotos y el inicio de la segunda ola, se dictó otra Orden en la materia, que en parte recogió la experiencia acumulada en meses anteriores: Orden de 22 de septiembre de 2020, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en centros sociosanitarios de la Comunidad Autónoma de Andalucía para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus (COVID-19), que a diferencia de la que le precedió no fue objeto de reforma alguna.

Y la tercera ola también exigió una actualización de la normativa sobre centros sociosanitarios, que se llevó a cabo con la Orden de 4 de diciembre de 2020 por la que se actualizan las medidas preventivas de salud pública en los centros sociosanitarios, otros centros de servicios sociales y de servicio de la Comunidad Autónoma de Andalucía para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus (COVID-19).

A estas normas hay que sumar una cuarta, aprobada en un contexto de inmunización generalizada de las personas usuarias de centros sociosanitarios: Orden de 8 de abril de 2021, con la que se busca un mayor equilibrio entre las medidas preventivas, con una mayor “humanización” y mejora de la calidad de vida de las mismas.

### 3.2.1 Centros residenciales

La Orden de 13 de marzo de 2020, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en la Comunidad de Andalucía como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (COVID-19), para los Centros Residenciales de personas mayores, personas con discapacidad, menores, y personas con dependencia, estableció una serie de medidas que tienen en común prevenir contagios cesando toda actividad que implicara contactos con el exterior, pero manteniendo su funcionamiento.

Así, a diferencia de los Centros de Participación Activa (que dejaron de funcionar el 13 de marzo) y los Centros de Día (que lo hicieron el lunes 16 de marzo), los Centros Residenciales pasaron a considerarse como “servicios esenciales”<sup>84</sup>. Siguieron funcionando, pero su actividad no se mantuvo

<sup>82</sup> Fueron prorrogadas sucesivamente por Orden de 30 de marzo de 2020, Orden de 11 de abril de 2020 y por la Orden de 25 de abril de 2020 hasta las 00:00 horas del 10 de mayo de 2020, dictándose nuevas medidas por la Orden de 14 de mayo de 2020, por la que se adoptan nuevas medidas preventivas (hasta el 10 de mayo de 2020), pero que realmente mantuvo varias de las anteriores, que igualmente se prorrogaron primero hasta el 7 de junio de 2020 (Orden de 23 de mayo de 2020) y finalmente hasta el 21 de junio (Orden de 6 de junio de 2020).

<sup>83</sup> Orden de 25 de junio de 2020, Orden de 13 de agosto de 2020, Orden de 16 de agosto de 2020 y Orden de 1 de septiembre de 2020.

<sup>84</sup> Orden de 15 de marzo de 2020, por la que se determinan los servicios esenciales de la Administración de la Junta de Andalucía con motivo de las medidas excepcionales adoptadas para contener el COVID-19.

como de ordinario, sino que para prevenir los contagios se adoptaron una serie de medidas que vamos a sistematizar en ocho bloques:

### 3.2.1.1 Suspensión de nuevos ingresos en centros residenciales

Desde el 13 de marzo de 2020 se suspendió el ingreso de nuevos usuarios, salvo causa de urgencia social decretada por la Consejería con competencia en servicios sociales. Esta medida se extendió hasta el 14 de mayo de 2020, fecha a partir de la cual se permitieron nuevos ingresos pero solo en centros que no contaran con casos positivos siete días previos al momento de producirse los ingresos y una vez realizada prueba diagnóstica tipo PCR para COVID-19 con resultado negativo<sup>85</sup>, y sometidas a un seguimiento activo durante 14 días desde la entrada en el centro.

Como se ha indicado, de esta suspensión quedaron fuera las situaciones de emergencia social, entendiendo por éstas aquellas en las que el beneficiario de un recurso del Servicio de Atención a la Dependencia en Andalucía concurriera alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 15 Decreto-ley 3/2020, de 16 de marzo, de medidas de apoyo financiero y tributario al sector económico, de agilización de actuaciones administrativas y de medidas de emergencia social, para luchar contra los efectos de la evolución del coronavirus (COVID-19), que a nuestros efectos eran dos perfiles: situaciones en las que la suspensión del recurso de atención a la dependencia le provoque a la persona beneficiaria caer en una situación de desamparo (entendiendo por desamparo aquella situación que impida a la persona beneficiaria la salvaguardia de su integridad física en los términos que eran atendidos por el recurso de dependencia suspendido); y situaciones en las que hubiera una modificación constatables del entorno en el que viviera la persona beneficiaria de prestación por dependencia, por causas directamente provocadas en Andalucía por la epidemia del COVID-19, siempre que tales modificaciones del entorno provoquen una situación de desamparo en los términos indicados<sup>86</sup>.

La Orden de 22 de septiembre de 2020 volvió a regular los nuevos ingresos, señalando que sería necesario que el centro no hubiera tenido casos positivos catorce días previos al momento de producirse el mismo. Se realizará PCR o test rápido de antígenos, a todo nuevo ingreso o residente que regrese tras un periodo prolongado fuera del centro en las 48 horas previas a su ingreso, entendiéndose a estos efectos periodo prolongado a más de 4 días (art. 16.3)<sup>87</sup>. Todo nuevo ingreso o regreso

---

<sup>85</sup> Con 72 horas de antelación como máximo, prueba realizada a través del Sistema Sanitario Público de Andalucía. La Orden de 23 de mayo de 2020, por la que se modifica y prorroga la Orden de 14 de mayo de 2020, admitió también las pruebas realizadas en otro laboratorio autorizado del Sistema Sanitario por cuenta de la persona que va a ingresar.

<sup>86</sup> Este tipo de contratación por emergencia social se reguló en la Orden de 17 de abril de 2020, relativa a la contratación de recurso residencial para personas mayores, personas con discapacidad y otros colectivos en situación de emergencia social, debido a la alerta sanitaria provocada por el COVID-19.

<sup>87</sup> Respecto de quién es la persona encargada de hacer los Test, el art. 16.6 Orden de 22 de septiembre de 2020 distinguió dos situaciones: si el centro cuenta con profesionales sanitarios de medicina o enfermería, realizarán la toma de muestras para la práctica de las pruebas PCR o test rápidos de antígenos, tanto de residentes y usuarios como de trabajadores del centro, previa capacitación por parte de profesionales sanitarios del Sistema Sanitario Público, que, a su vez, definirá el circuito de envío de las mismas. Si —por el contrario— no fuese así, la prueba será realizada por profesionales del Sistema Sanitario Público. Esta regla se mantiene en la Orden de 8 de abril de 2021 (art. 10.9)

## LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS MAYORES DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

deberá realizar cuarentena durante 14 días, durante los cuales se realizará vigilancia activa de síntomas por parte del personal del centro (art. 16.8).

Y en la tercera ola, la Orden de 4 de diciembre de 2020 estableció que antes del ingreso de nuevos residentes y de la incorporación de nuevos trabajadores a los centros residenciales, en las 72 horas previas al mismo se realizará una prueba diagnóstica de infección activa de COVID-19.

Tras la vacunación masiva de residentes, la Orden de 8 de abril de 2021, sigue habiendo medidas preventivas en caso de nuevos ingresos (o incorporación de personas trabajadoras nuevas), pero solo si no están vacunados, en cuyo caso las 72 horas previas al mismo se realizará una prueba diagnóstica de infección activa de COVID-19 y se programará la vacunación lo antes posible, a través de la enfermera gestora de casos referente del centro. En todo caso (estén o no vacunados), deberán permanecer en vigilancia activa de síntomas durante diez días, procediéndose a un aislamiento preventivo y prueba diagnóstica inmediata ante cualquier síntoma sospechoso de COVID-19<sup>88</sup>.

### 3.2.1.2 Posibilidad de ausencias voluntarias sin pérdida de plaza

El Decreto 388/2010, de 19 de octubre, por el que se regula el régimen de acceso y traslado de personas en situación de dependencia a plazas de centros residenciales y centros de día y de noche, en su artículo 8 condiciona la reserva de plaza a dos situaciones: bien ausencia por atención sanitaria en régimen de hospitalización; o bien ausencia voluntaria, siempre que no exceda de treinta días naturales al año (manteniéndose en ambos casos el pago que corresponda al usuario).

Pues bien, dada la situación de alarma, y considerando que se restringían las salidas de residentes de los centros, y prohibían las visitas de familiares, se consideró razonable no penalizar las ausencias motivadas por el COVID-19, de modo que los usuarios que se encontraran en condiciones de ser atendidos por sus familiares, podrían ausentarse temporalmente si así lo deseaban ellos o sus familiares<sup>89</sup>, sin pérdida de la plaza<sup>90</sup>. En algunos casos se hubieran salvado vidas (la mortalidad en los entornos familiares fue mucho menor), aunque hay casos que ocurrió al contrario. Por ello, el Acuerdo de 22 de abril de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se toman en consideración las medidas económicas de carácter extraordinario de apoyo a los centros residenciales adoptadas por la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación, aprobó que las personas usuarias de los centros residenciales para personas mayores y personas con discapacidad concertados con la Agencia de Servicios So-

<sup>88</sup> Los nuevos ingresos en centros residenciales se producirán en aquellos centros que no cuenten con casos positivos tras 14 días desde la fecha de levantamiento del aislamiento del último caso en residentes (art. 10.3 Orden de 8 de abril de 2021).

<sup>89</sup> El Acuerdo fija unos requisitos, entre los que se encuentra que la persona designada como cuidadora garantice que proporcionará suficiente atención y cuidados en el domicilio familiar y que el mismo es apto para la correcta atención de la persona dependiente.

<sup>90</sup> Para poder autorizar la salida de la persona del centro se exigía, además de no tener síntomas COVID, la realización de prueba diagnóstica tipo PCR con resultado negativo o prueba de detección de anticuerpos IgG para COVID-19 con resultado positivo. Y ya en el domicilio familiar, debía quedar en aislamiento durante un periodo de 14 días.

ciales y Dependencia de Andalucía tendrán derecho a la reserva de su plaza si la ausencia voluntaria no excede en ningún caso de sesenta días naturales o como máximo hasta el 15 de junio<sup>91</sup>.

Esta regla no se mantuvo a partir de la segunda ola. Así, la Orden de 22 de septiembre de 2020 retomó la regla previa a la pandemia, señalando que en los centros residenciales con plazas concertadas, la salida voluntaria no podrá exceder de 30 días en un año, y su financiación se ajustará a lo establecido en el Decreto 388/2010, de 19 de octubre art. 14).

### 3.2.1.3 Medidas económicas de apoyo a centros residenciales

Hemos señalado que —durante la primera ola— las salidas voluntarias de los usuarios dejaron de penalizarse aunque superasen los 30 días naturales, pero que tales ausencias no eximían de abonar por parte de los usuarios la aportación que les correspondiera. Ahora bien, en el caso de las plazas concertadas, la Administración andaluza solo abona —en caso de plazas reservadas— la parte que le corresponde cuando los titulares se encuentren ausentes por internamiento en centro hospitalario, por enfermedad o por ausencia voluntaria en fin de semana o en período inferior a cuatro días<sup>92</sup>. Por tanto, la aportación prevista en el concurso se perdería si la ausencia fuese de cuatro o más días.

Por ello, y dadas las consecuencias que dichas salidas temporales podían tener en la facturación de los centros residenciales con plazas concertadas, se acordó dotar a los centros residenciales de alguna medida económica garantizar el sostenimiento financiero de las entidades gestoras de la atención residencial y, de este modo, promover la continuidad de prestación de este servicio a las personas usuarias<sup>93</sup>. Así, se establece que se considera asimilada a hospitalización, pero abonando la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía la diferencia resultante entre el coste de cada plaza y la cantidad abonada por la persona usuaria. Si la persona tiene reconocida una prestación vinculada al servicio se le seguirá abonando siempre y cuando satisfaga efectivamente el pago al centro.

### 3.2.1.4 Suspensión de visitas

Con la Orden de 13 de marzo de 2020 se suspendieron las visitas a residentes salvo causas justificadas (medida que incluso antes de esa fecha algunos centros residenciales ya habían adoptado motu proprio). En el caso excepcional de que la visita resultara necesaria o imprescindible, la debía autorizar la Dirección del centro, bajo su responsabilidad y de forma fehaciente, y siempre y cuando

<sup>91</sup> En este sentido, la Orden de 14 de mayo de 2020, por la que se adoptan nuevas medidas preventivas, indicó que el retorno al centro residencial de las personas usuarias que voluntariamente optaron por regresar al domicilio habitual deberá producirse en las mismas condiciones exigidas a las personas de nuevo ingreso en centros residenciales, y como máximo el 15 de junio de 2020.

<sup>92</sup> Artículo 7, párrafo 6, de la Orden de 30 de agosto de 1996, por la que se regula la concertación de plazas con centros de atención especializada para los sectores de personas mayores y personas discapacitadas.

<sup>93</sup> Acuerdo de 22 de abril de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se toman en consideración las medidas económicas de carácter extraordinario de apoyo a los centros residenciales adoptadas por la Consejería de Igualdad, Política Social y Conciliación.

## LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS MAYORES DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

la persona visitante estuviera asintomática. En este supuesto excepcional de que se autorice la visita, la misma se restringía a un único familiar<sup>94</sup>.

Esta suspensión se mantuvo con la Orden de 14 de mayo de 2020, por la que se adoptan nuevas medidas preventivas de salud pública en la Comunidad Autónoma de Andalucía como consecuencia de la situación y evolución de la pandemia por coronavirus (COVID-19), inicialmente hasta el 24 de mayo de 2020, pero por Orden de 23 de mayo de 2020 se prorrogó hasta el 7 de junio, y por Orden de 6 de junio hasta el 21 de junio.

La Orden SND/440/2020, de 23 de mayo, en su artículo 20 dispuso que las CC.AA. y las ciudades autónomas podrían permitir en su ámbito territorial la realización de visitas a los residentes de viviendas tuteladas, centros residenciales de personas con discapacidad y centros residenciales de personas mayores, así como la realización de paseos por los residentes, correspondiendo a las CC.AA. y a las ciudades autónomas establecer los requisitos y condiciones en las que se deben realizar dichas visitas y paseos.

En Andalucía, a partir del 21 de junio se reanudaron las visitas y los paseos en los centros residenciales de personas mayores<sup>95</sup>, condicionado a que el centro cumpliera con una serie de medidas de prevención básicas<sup>96</sup>, y fijando unas condiciones mínimas para la realización de visitas (que en la Orden de 28 de mayo de 2020 no eran posibles si hubiera casos positivos activos por COVID-19, pero que con la Orden de 19 de junio de 2020 podían admitirse excepcionalmente), así como las condiciones para la realización de paseos de las personas usuarias, que tenían que valorarse de forma individualizada (en razón de su perfil y valoración integral) además de la higiene de manos y cambio de mascarillas— consistían en que podría salir a dar paseos el residente solo o acompañado de su cuidador habitual, ya sea familiar o no (en función de su grado de autonomía), pero llevándose un registro de los familiares que acompañan durante el paseo, a fin de garantizar la trazabilidad en caso de que pueda producirse un caso positivo. También se indicaba, aunque como mera recomendación, que al regresar de la salida se cambiara de ropa (Orden de 19 de junio de 2020).

También se regularon las condiciones en relación con los proveedores externos de servicios a los residentes, y con los proveedores externos de materiales para los centros residenciales, cuestiones que debían recogerse en el Plan de Contingencia que más adelante referiremos.

---

<sup>94</sup> En cuyo caso el registro de visitas deberá reflejar el detalle de la trazabilidad de la misma en el que se deje constancia del nombre, DNI o documento equivalente, teléfono, hora de entrada y salida del familiar y persona usuaria al que se visita.

<sup>95</sup> Previsto inicialmente en la Orden de 28 de mayo de 2020, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en los centros residenciales de servicios sociales como consecuencia de la situación y evolución de la pandemia por coronavirus (COVID-19) y posteriormente en el apartado 7 de la Orden de 19 de junio de 2020, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en la Comunidad Autónoma de Andalucía para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus (COVID-19), una vez superado el estado de alarma.

<sup>96</sup> Además de contar con un Plan de Contingencia ante nuevos brotes epidémicos de COVID-19, el centro diseñará un protocolo de visitas de tal forma que éstas sean planificadas y previamente concertadas, teniendo en cuenta el tamaño del centro. Las visitas deberán realizarse por una única persona en cada ocasión por cada residente.

En agosto de 2020 volvieron a redefinirse las condiciones exigibles para las visitas y los paseos (Orden de 13 de agosto de 2020). Respecto de las visitas, se introdujeron variables como la incidencia acumulada, e implicando a la enfermera gestora de casos en la decisión de suspender o restringir visitas, como hemos señalado en el apartado relativo a la coordinación sociosanitaria.

Y ante el aumento de casos, en septiembre se fijaron otras condiciones para visitas y paseos, por Orden de 22 de septiembre de 2020 (arts. 10 y 11). En esta ocasión, además de recoger la mayor parte de las reglas previstas en las normas anteriores, se contemplaron otras novedosas, como que en el caso de suspensión de visitas, se podrán facilitar los paseos en casos excepcionales, con fines terapéuticos para preservar la salud mental de las personas, siempre y cuando vaya acompañada de un trabajador del centro, con una duración máxima de una hora.

La norma que fijó las condiciones ante la tercera ola volvió a regular las condiciones de las visitas. Así, los artículos 9 y 10 de la Orden de 4 de diciembre de 2020 recogen actuaciones generales de las visitas y las Condiciones mínimas para la realización de salidas y visitas a las personas residentes, en términos muy similares a la Orden de septiembre, condicionando las visitas a los niveles de alerta de la localidad<sup>97</sup>.

Con la llegada de la fase vacunación, se acordó suspender todas las salidas y visitas hasta la completa vacunación del grupo 1 de la primera etapa del Programa de Vacunación COVID-19 en Andalucía, con objeto de preservar los centros residenciales libres de brotes activos por COVID-19 (Orden de 11 de enero de 2021).

Una vez vacunada la población residencial, la Orden de 8 de abril de 2021 flexibilizó las visitas, aunque manteniendo restricciones y limitaciones. Ya no son algo excepcional, sino que “se garantizarán las visitas sin limitación de las mismas”, aunque a continuación sí que establece importantes limitaciones, tanto por número de visitas (por persona usuaria se permitirá sólo una visita al día), número y calidad de los visitantes (no podrán acudir más de dos personas que habrán de pertenecer a la misma unidad familiar), y duración de la visita (una hora como regla general), y deben ser establecidas tras solicitud de cita previa<sup>98</sup>.

Para los centros que hayan sido vacunados los usuarios, seguirán las normas según la presencia de brotes activos y la situación epidemiológica del municipio donde se ubica el centro.

También se restablecen las salidas (tanto de vacaciones y fines de semana o estancias cortas como las salidas al exterior del centro residencial para paseos y otras actividades de ocio), incluyendo las salidas grupales, preferentemente al aire libre.

<sup>97</sup> Se suspendían las visitas, tanto si el centro residencial está ubicado en un municipio con nivel de alerta 4, grado 2, definido por las autoridades sanitarias, como si es el familiar el que procede de un municipio con este nivel y grado de alerta.

<sup>98</sup> El artículo 13 Orden de 8 de abril de 2021 precisa cómo deben planificarse las visitas por parte del centro, qué condiciones deben reunir tanto los visitantes como usuarios (con carácter general no se permitirá el contacto físico con usuarios no vacunados, salvo casos de deterioro cognitivo o últimos días) y el acompañamiento en situaciones de fase terminal.

### 3.2.1.5 Suspensión de acceso de personal voluntario y alumnado en prácticas

La Orden de 13 de marzo de 2020, siguiendo la lógica de preservar a los mayores de contactos innecesarios, procedió a suspender el acceso del personal voluntario y del alumnado en prácticas, suspensión que se mantuvo con la Orden de 14 de mayo de 2020, inicialmente hasta el 24 de mayo de 2020, pero por Orden de 23 de mayo de 2020 se prorrogó hasta el 7 de junio, y por Orden de 6 de junio hasta el 21 de junio.

### 3.2.1.6 Plan de Contingencia de los Centros residenciales

La Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional para la transición hacia una nueva normalidad, contemplaba en su disposición final quinta que las medidas en ella aprobadas podrían completarse por planes específicos de seguridad, protocolos organizativos y guías adaptados a cada sector de actividad, que aprueben las Administraciones Públicas o sus organismos dependientes o vinculados<sup>99</sup>. Por tanto, una remisión genérica a la elaboración de planes de prevención.

En este sentido, en la Comunidad andaluza, la Orden de 28 de mayo de 2020, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en los centros residenciales de servicios sociales como consecuencia de la situación y evolución de la pandemia por coronavirus (COVID-19), contemplaba como una de las condiciones para la reanudación de visitas y paseos, la existencia de un plan de contingencia para garantizar una respuesta eficaz y segura ante nuevos brotes epidémicos de COVID-19.

Ya de una forma más específica a nivel nacional, el artículo 10.3 del RDL 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, exigía que los titulares de los centros dispusieran de planes de contingencia por COVID-19 orientados a la identificación precoz de posibles casos entre residentes y trabajadores y sus contactos, activando en su caso los procedimientos de coordinación con la estructura del servicio de salud que corresponda.

Con esta norma, la existencia del Plan en cada centro no solo es una condición para reanudar en su momento las visitas y paseos, sino una regla a cumplir en todo caso. Y no solo para centros residenciales, sino también para centros de día y centros de participación activa. Concretando esta regla, la Orden de 19 de junio de 2020 (en el contexto de la nueva normalidad posterior a la primera ola), estableció que tales centros deberán contar con un Plan de Contingencia y Actuación para la Prevención de la Epidemia por COVID-19, adaptado a la tipología de cada centro<sup>100</sup>, con objeto de garantizar una respuesta eficaz y segura ante nuevos brotes epidémicos de COVID-19. Y reguló de modo detallado los extremos que debía recoger.

---

<sup>99</sup> Esta Orden ministerial era para la Fase 1, y se reiteró para la Fase 2 en la disposición final cuarta de la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo.

<sup>100</sup> Precisión introducida por la Orden de 25 de junio de 2020.

## LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS MAYORES DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

Sin embargo, ante el incremento de contagios, el artículo 2 de la Orden de 22 de septiembre de 2020, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en centros sociosanitarios de la Comunidad Autónoma de Andalucía para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el coronavirus (COVID-19), dio una nueva regulación al Plan de Contingencia y Actuación para la Prevención de la Epidemia por COVID-19 en un centro, y qué documentación general (art. 3), medidas preventivas de los trabajadores (art. 4) y usuarios (art. 5), proveedores (art. 6), la lista de verificación y registro (art. 7) y medidas de detección precoz y notificación (art. 8).

La llegada de la tercera ola hizo que nuevamente se reconfiguran los Planes de Contingencia de centros sociosanitarios. La Orden de 4 de diciembre de 2020 le dio una nueva regulación, en la que destaca el fortalecimiento de la coordinación sociosanitaria, con un mayor protagonismo de la enfermera gestora de casos y en general del sistema público sanitario.

Y tras el cambio de escenario provocado por la llegada de las vacunas, la Orden de 8 de abril de 2021 sigue recogiendo el Plan de Contingencia y Actuación para la Prevención de la Epidemia por COVID-19.

### 3.2.1.7 Plan de Humanización

La experiencia acumulada durante la primera ola hizo que cuando llegó la segunda ola, dentro de las medidas a implementar por los centros residenciales se incluyera la obligación de recoger un “plan de humanización”. El objetivo es paliar los efectos negativos que el aislamiento puede generar en la capacidad física, cognitiva y emocional de las personas institucionalizadas.

El artículo 17 de la Orden de 22 de septiembre de 2020 recogió por vez primera el contenido mínimo de dicho Plan<sup>101</sup>. El artículo 15 de la Orden de 4 de diciembre de 2020 lo reiteró, añadiendo un elemento: acciones de humanización relacionados con la situación de últimos días.

En enero de 2021, comenzó la vacunación de las personas residentes. Y con objeto de preservar los centros residenciales libres de brotes activos por COVID-19, se acordó suspender las visitas y las salidas. Eso hizo aún más necesario compensar la pérdida de contactos, para lo que —en la Orden de 11 de enero de 2021— se propuso que en el marco del Plan de Humanización del centro residencial se potenciarían las actividades grupales dentro del mismo en grupos estables de convivencia y se intensificara la comunicación diaria con la familia mediante medios telemáticos, como teléfono, videoconferencias y otros disponibles.

En abril de 2021, aprovechando la nueva Orden que regulaba el escenario tras las vacunaciones, se introdujo una nueva variable, que es la de la Vida Saludable. Y pasa a llamarse “Plan de Humanización y Vida Saludable”. La Orden de 8 de abril de 2021, en su Exposición de Motivos, fundamenta

---

<sup>101</sup> Lista de actividades para potenciar las relaciones sociales entre los residentes, un plan de ejercicio físico y mental para preservar sus capacidades y evitar el deterioro, medidas de apoyo psicológico, mantenimiento diario de las relaciones de los residentes con sus familiares haciendo uso de las nuevas tecnologías, potenciando las videollamadas para permitir la comunicación oral y visual entre usuario y familia.

la ampliación de objetivos en el Acuerdo de 12 de noviembre de 2019, del Consejo de Gobierno, en el que se aprobó la formulación de la Estrategia de Promoción de una Vida Saludable en Andalucía, siendo de especial interés que las personas que viven en residencias incorporen estas actuaciones a su cotidianidad. Para cumplir dicho Plan, se opta por acoger el modelo de Atención integral y centrada en la persona, teniendo como objetivo la mejora del bienestar emocional y la calidad de vida de las personas usuarias de los centros residenciales<sup>102</sup>.

Para mejorar la formación del personal de los centros residenciales, compromete al Sistema Sanitario Público andaluz, encomendándole la organización de talleres formativos de dicho personal<sup>103</sup>.

Ampliando ese marco regulador, el 15 de abril de 2021 se aprobó el *Acuerdo del Consejo de Gobierno, por el que se toma conocimiento del Programa de humanización para pacientes hospitalizados y personas usuarias de centros residenciales de mayores en aislamiento debido al COVID-19. Este Plan, como su nombre anuncia, extiende el Programa de Humanización también a los pacientes hospitalizados por COVID-19 y a los mayores aislados en centros residenciales.*

### 3.2.1.8 Flexibilización de los requisitos para trabajar como gerocultor

El Consejo Territorial de Servicios Sociales y del SAAD modificó los criterios de calidad exigidos a los centros y servicios del SAAD, dejando de requerir una titulación<sup>104</sup> en la contratación de personal gerocultor, mientras durase la pandemia. Así, el 20 de marzo de 2020, por razones de urgencia y de forma temporal, flexibilizó tales requisitos, inicialmente por un plazo de tres meses prorrogables. Y en Acuerdo de 2 de octubre de 2020, volvió a prorrogar esa posibilidad (hasta 31 de diciembre de 2022), pero además contemplando una habilitación provisional para tales personas.

---

**102** Incluirá las siguientes actividades (art. 12.2 Orden de 8 de abril de 2021): a) Adquisición y mantenimiento de hábitos de vida saludables: incorporación de una dieta saludable, realización regular de actividad física y mental para preservar las capacidades de las personas residentes y evitar su deterioro, y fomento del sueño reparador; b) Programación de actividades encaminadas a mejorar el bienestar emocional, entre ellas la organización de grupos socioeducativos en los que se trabajará el aprovechamiento de los activos comunitarios y personales con los que cuentan las personas residentes, contando con la colaboración de los profesionales sanitarios de Atención Primaria; c) Programación de actividades para potenciar las relaciones sociales entre las personas residentes y sus familias o amistades, permitiendo las actividades grupales y el uso de las zonas comunes dentro del centro asegurando el cumplimiento de las medidas de prevención y protección.

**103** Formación en actividad física enfocada al ejercicio multicomponente (movilidad, fuerza, equilibrio, aeróbico); en promoción de una alimentación saludable y de prevención de los déficits nutricionales y de un sueño reparador; en la elaboración de planes de atención individualizada desde el modelo de humanización o de atención integral y centrada en la persona.

**104** El Acuerdo del 27 de noviembre de 2008 fijó los criterios comunes de acreditación, con indicación de las titulaciones profesionales serían exigibles progresivamente, si bien otro Acuerdo de 7 de octubre de 2015 permitió una habilitación excepcional para las personas que tuviesen una edad igual o superior a 55 años a 31 de diciembre de 2015, que estuviesen desempeñando sus funciones en las categorías profesionales de Cuidador/Gerocultor y de Auxiliares de Ayuda a Domicilio y acreditasen una experiencia de al menos tres años, con un mínimo de 2.000 horas trabajadas en esas categorías profesionales en los últimos diez años.

### 3.2.2 Centros de día

A diferencia de los centros residenciales, los centros de día no se consideraron servicios esenciales y suspendieron su actividad tras la Orden de 13 de marzo de 2020. Al no recibir servicios, las personas usuarias dejaron de pagar el servicio desde el día anterior al inicio de la suspensión (15 de marzo). Pese a ello, No obstante, el equipo de estos centros debió continuar realizando tanto la atención domiciliaria de las personas usuarias de los centros, como tareas de seguimiento proactivo de los casos de mayor vulnerabilidad, ya sea de manera presencial o telefónica, compensando así el cierre. Incluso se realizan tareas y actividades de apoyo diario a la actividad de estas personas en su domicilio o entorno.

La suspensión se mantuvo hasta la Orden de 14 de mayo de 2020, que acordó su apertura para la atención presencial a la ciudadanía “cuando se apruebe la Guía de Desescalada por la Dirección General competente en materia de salud pública, en la que se determinarán las medidas de prevención según la tipología de centro”. Por tanto, no fue inmediato. De hecho, no se permitió la reapertura hasta el 4 de junio de 2020 (Orden de 4 de junio de 2020, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública para los centros de día en Andalucía como consecuencia de la situación y evolución de la pandemia por coronavirus (COVID-19).

En el Anexo de la Orden de 4 de junio de 2020 se recoge de forma pormenorizada las medidas de prevención e higiénico-sanitarias para los Centros de Día de Andalucía para la transición hacia la nueva normalidad ante la pandemia de COVID-19, medidas que se modificaron parcialmente con la Orden de 6 de junio. Este Anexo incluye la obligación de elaborar un Plan de Actuación específico, en términos similares a los que hemos visto con los centros residenciales<sup>105</sup>.

En esta normativa, se fija un marco singular para los centros de día que comparten espacios con centros residenciales (algo frecuente), indicando que se llevará a cabo la reapertura de las actividades, priorizando preferentemente la atención individual y la atención telemática en las actividades que sea posible, en los centros de día que comparten espacios comunes o estén ubicados en el interior de edificios que presten atención de servicios sociales con carácter residencial, salvo en el supuesto de centros de día que comparten espacios comunes con centros residenciales de personas mayores, en los que la reapertura de las actividades se llevará a cabo trascurridos 15 días naturales desde la entrada en vigor de la Orden de 6 de junio.

El retorno a los Centros de Día se hizo de forma escalonada y gradual, dando prioridad a los usuarios que su situación social individual lo demanda, y dejando la incorporación de las personas más vulnerables (desde el punto de vista sanitario) para el final del proceso<sup>106</sup>. En el Acuerdo de 8 de septiembre de 2020 se fijaron medidas para los centros de día para personas mayores, de modo

<sup>105</sup> La Orden de 19 de junio de 2020 (en el contexto de la nueva normalidad posterior a la primera ola), estableció una normativa común en lo relativo al Plan de Contingencia y Actuación para la Prevención de la Epidemia, adaptado a la tipología de cada centro.

<sup>106</sup> Orden de 25 de junio de 2020 por la que se modifica la Orden de 19 de junio de 2020.

que en caso de imposibilidad de incorporación de la persona beneficiaria a la actividad presencial en el centro, debido a la existencia de situaciones acreditadas por la autoridad sanitaria competente o derivadas del cumplimiento de las medidas preventivas de salud pública, se procedería a la reserva de la plaza mientras subsistan dichas circunstancias y, como máximo, hasta el fin de la vigencia de esta medida extraordinaria<sup>107</sup>.

Con la segunda ola, volvieron las restricciones a los Centros de Día, pero sin que quedase suspendida su actividad como en la primera. Así, el Capítulo II de la Orden de 22 de septiembre de 2020 se dedicaba específicamente a las medidas preventivas específicas para centros de día, centros ocupacionales y otros centros no residenciales asimilados, señalando en su artículo 19 que se mantiene la apertura de tales centros, salvo excepciones<sup>108</sup>, y precisando qué ocurriría cuando se diagnosticar un caso<sup>109</sup>. Mientras la persona beneficiaria reciba el servicio de manera no presencial, se le aplicará una reducción del 60% en la aportación correspondiente a dicho servicio<sup>110</sup>.

Y nuevamente regula los casos de zonas comunes compartidas intercentros, indicándose que en el caso de que la situación epidemiológica indique la reducción del número de personas usuarias, no podrán compartir zonas comunes al mismo tiempo las personas usuarias de centros de día o centros ocupacionales, con las personas usuarias de los centros de carácter residencial, y asimismo los trabajadores y trabajadoras de centros mixtos no podrán compartir los diferentes ámbitos de atención<sup>111</sup>.

El marco vigente en el momento actual es el recogido en la Orden de 8 de abril de 2021, que contiene actuaciones específicas para centros de día, centros ocupacionales, Centros de participación activa de personas mayores y otros centros no residenciales asimilados, atendiendo al escenario en el que la mayor parte de los usuarios están vacunados, aunque contempla que los centros que tengan grupos de personas usuarias vacunadas y no vacunadas deberán extremar las medidas de prevención y protección establecidas.

---

<sup>107</sup> La Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía se encargaba de abonar por las plazas ocupadas, cuando sus titulares no acudan de manera presencial al centro, la diferencia resultante entre el coste de cada plaza establecido y las cantidades que deberían abonar las personas titulares de las mismas en el caso de que estuvieran asistiendo presencialmente al centro.

<sup>108</sup> A excepción de aquellos casos en los que la situación epidemiológica de la zona geográfica donde estén ubicados aconseje una restricción o suspensión de las mismas; y tampoco podría abrirse si se identifican tres casos sospechosos, en cuyo caso se prohibió su apertura hasta conocer resultado negativo de las pruebas PCR o test rápido de antígenos.

<sup>109</sup> Si se declarase algún positivo en COVID-19 en trabajadores o personas usuarias, se restringirá o suspenderá la actividad del centro hasta 28 días después de la fecha de diagnóstico del último caso, o en caso de existir un único caso se reducirá a 14 días mínimo.

<sup>110</sup> Acuerdo de 8 de septiembre de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se toman en consideración las medidas de apoyo a los centros de día para personas mayores, centros de día y centros ocupacionales para personas con discapacidad, a las corporaciones locales prestadoras del servicio de ayuda a domicilio y a las personas en situación de dependencia beneficiarias de estas prestaciones de servicios, así como la medida de establecer como servicios esenciales la gestión de las prestaciones y el procedimiento de dependencia.

<sup>111</sup> Regla que volvería a contemplarse con la tercera ola en el artículo 20 de la Orden de 4 de diciembre de 2020.

## LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS MAYORES DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

Con el nuevo escenario, el que haya casos confirmados o sospechosos no aboca al cierre del centro, sino que si se declara un caso confirmado o tres casos de sospecha entre las personas usuarias o trabajadoras, se procederá al aislamiento de las personas en las que se haya evidenciado contacto estrecho.

Se opta por la creación de grupos estables de convivencia a los que se les asignarán las mismas personas trabajadoras, de forma que se puedan identificar de forma rápida los contactos estrechos en caso de contagio. Es decir, se opta por sectorizar los centros, tanto en lo relativo a las personas usuarias como trabajadoras<sup>112</sup>.

### 3.2.3 Servicio de Ayuda a Domicilio

En el escenario de la pandemia, uno de los servicios clave que debía mantenerse era el de la Ayuda a Domicilio. Para garantizar la continuidad del servicio, la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación adoptó diversas medidas para garantizar la financiación correspondiente al servicio de ayuda a domicilio prestado por las corporaciones locales y asumida por la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía (Acuerdo de 16 de marzo de 2020)<sup>113</sup>

El Ministerio de Asuntos Sociales y Agenda 2030 también elaboró una serie de recomendaciones de actuación desde los servicios sociales de atención domiciliaria, en base al cual se adoptó el Acuerdo de 30 de marzo de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se toman en consideración las recomendaciones formuladas por la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación y la Consejería de Salud y Familias para garantizar la prestación del servicio de ayuda a domicilio.

En el Acuerdo de 30 de marzo de 2020, se reconfiguró el servicio, fijando una serie de prioridades. En esa escala, los servicios a Dependientes Grado I podían quedan relegados al seguimiento y atención telefónica y en los casos de falta de apoyo familiar al servicio de comida a domicilio. Y para los Grados II y III, se distinguió entre cuidados domésticos no prioritarios, que podrían ser modificados o sustituidos por comida a domicilio o adquisición y entrega de alimentos o medicinas; y otros servicios, que se mantendrían, e incluso se ampliarían a nuevas necesidades derivadas del confinamiento<sup>114</sup>. Del mismo modo, se promueve la atención por vía telefónica o telemática, y se da prioridad a determinados cuidados esenciales<sup>115</sup>. Y se incorporan como usuarios los casos de personas que estaban siendo atendidas en Centros de Día.

<sup>112</sup> Si no fuera posible crear grupos estables de convivencia, el centro establecerá otras medidas orientadas a minimizar la transmisión de la infección, restringiendo la presencialidad mediante la combinación de grupos presenciales con grupos de atención telemática. En cualquier caso, el horario de entrada y salida de las personas usuarias y de las trabajadoras sería escalonado.

<sup>113</sup> Se acordó que durante el periodo que durasen las medidas excepcionales adoptadas para contener el COVID-19, sin perjuicio de que se haya producido la suspensión del servicio en determinados supuestos, la financiación sería, como mínimo, la equivalente a las liquidaciones correspondientes al mes de febrero de 2020.

<sup>114</sup> Tales como realizar compras de alimentos o medicinas, elaborar comida o proveer de la misma, promover contacto telefónico o telemático con familiares confinados en otros lugares, etc.).

<sup>115</sup> Dar de comer y beber, el control de la administración del tratamiento médico en coordinación con los equipos de salud y los cuidados especiales para los grandes dependientes: apoyo en las situaciones de incontinencia, cambios posturales, levantarse y acostarse, ayuda en el vestir.

## LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS MAYORES DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

Con el levantamiento del primer estado de alarma, la Orden de 19 de junio de 2020 marcó nuevas medidas preventivas en la prestación del servicio de ayuda a domicilio, centrándose en medidas básicas de higiene (EPI's, ventilación) y de cuarentena para trabajadores con síntomas o contactos con positivos. Son unas reglas que en esencia se mantuvieron con el inicio de la segunda ola, que por tanto no fue abordada en unos términos tan restrictivos como la primera<sup>116</sup>.

Los Acuerdos de 8 de septiembre y 17 de noviembre de 2020 volvieron a fijar medidas de apoyo a las corporaciones locales prestadoras del Servicio de Ayuda a Domicilio.

Tras las vacunaciones, las medidas preventivas en la prestación del servicio de ayuda a domicilio se recogen en el artículo 17 de la Orden de 8 de abril de 2021, en términos similares a lo previsto en las de 19 de junio de 2020 y 22 de septiembre de 2020. La principal novedad es que introduce un elemento de coordinación entre servicios sociales y sistema sanitario en caso de que se sospeche o se confirme un contagio de una persona atendida por el SAD<sup>117</sup>. Y que como regla general se exige que los nuevos usuarios del SAD esté vacunados con anterioridad suficiente al inicio de la prestación. Y en caso contrario, se programará la vacunación de forma inmediata y se extremarán las medidas de precaución hasta completar la pauta de la misma.

### 3.2.4 Servicio de Teleasistencia

En Andalucía, la Orden de 13 de marzo de 2020 suspendió la instalación de los dispositivos de Teleasistencia, conservándose solo las de mantenimientos críticos que supongan la imposibilidad o dificultad de conexión del dispositivo domiciliario con los Centros de Atención. Estas medidas se extendieron hasta el 14 de mayo de 2020 (Orden de 14 de mayo de 2020), fecha en la que se reanudaron las instalaciones de dispositivos.

## 4. SERVICIOS SOCIALES

La declaración del estado de alarma, y la implementación de las medidas preventivas sanitarias, impidieron mantener la actividad habitual de buena parte de los servicios sociales, que —de manera natural— se basan en la cercanía y en la proximidad. Pero no solo iban a dejarse de cubrir necesidades hasta ese momento atendidas presencialmente, sino que intuía que se generarían demandas adicionales por dos circunstancias: por un lado, porque un porcentaje de las personas que prestan esos servicios sociales (incluyendo cuidadores del servicio de ayuda a domicilio), previsiblemente

<sup>116</sup> Artículo 9 Orden de 22 de septiembre de 2020.

<sup>117</sup> En caso de sospecha, el SAD deberá comunicarlo inmediatamente a su familia o, si no es posible, al personal sanitario de referencia. Y en caso de casos confirmados, el personal sanitario de referencia deberá comunicarlo a los servicios sociales comunitarios para que las personas que intervengan en su cuidado sigan las recomendaciones sanitarias. Dicha obligación de comunicación también recae sobre las personas en situación de dependencia o sus familias.

## LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS MAYORES DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

acabarían causando baja por el virus o por quedar en cuarentena por contactos directos; y por otro, porque la crisis sanitaria abocaría a una crisis social y económica, con nuevas necesidades y una ampliación de los colectivos a atender.

Por ello, en el RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, se contempló la concesión de un suplemento de crédito en el Presupuesto del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 para financiar un Fondo Social Extraordinario destinado exclusivamente a las consecuencias sociales del COVID-19, a cuyo cargo se harían las correspondientes transferencias a las comunidades y ciudades autónomas para financiar las prestaciones básicas de los servicios sociales de las comunidades autónomas, diputaciones provinciales, o las corporaciones locales<sup>118</sup>, que tengan por objeto exclusivamente hacer frente a situaciones extraordinarias derivadas del COVID-19. A tal efecto, el artículo 1 del RD-Ley ejemplificó qué tipo de proyectos y contrataciones laborales podrían finanziarse, entre las que estaban las siguientes que corresponden a servicios sociales destinados a la atención de la población mayor. Se trataba de reforzar la atención domiciliaria que supliera la paralización de servicios prestados en centros, entre otras cuestiones, para lo que se preveía:

- a. Reforzar los servicios de proximidad de carácter domiciliario para garantizar los cuidados, el apoyo, la vinculación al entorno, la seguridad y la alimentación, especialmente los dirigidos a personas mayores, con discapacidad o en situación de dependencia, compensando así el cierre de comedores, centros de día, centros ocupacionales y otros servicios similares, considerando el mayor riesgo que asumen estas personas en caso de contagio. Estos servicios comprendían la ayuda a domicilio en todas sus modalidades y cualquier otro deanáloga naturaleza que se preste en el domicilio de la persona usuaria.
- b. Incrementar y reforzar el funcionamiento de los dispositivos de teleasistencia domiciliaria de manera que incrementase el ritmo de contactos de verificación y la vigilancia de la población beneficiaria de dicho servicio.
- c. Trasladar al ámbito domiciliario, cuando fuera considerado necesario, los servicios de rehabilitación, terapia ocupacional, servicios de higiene, y otros similares, considerando la suspensión de atención diurna en centros.
- d. Reforzar los dispositivos de atención a personas sin hogar, con el personal y medios materiales adecuados, asegurando que tanto ellas como quienes las atienden estuvieran debidamente protegidas, y posibilitar la ampliación, tanto en el tiempo de estancia como en intensidad, de los mismos.

---

<sup>118</sup> Los fondos destinados a los servicios sociales prestados por las diputaciones o las corporaciones locales se formalizaron a través de la ampliación de los convenios existentes u otros nuevos, en los que se indicará expresamente la relación entre el empleo de los fondos y las prestaciones a financiar (art. 1.3 RD-L 8/2020).

- e. Reforzar las plantillas de centros de servicios sociales y centros residenciales en caso de que sea necesario realizar sustituciones por prevención, por contagio o por prestación de nuevos servicios o sobrecarga de la plantilla.
- f. Adquisición de medios de prevención (EPI).
- g. Ampliar la dotación de las partidas destinadas a garantizar ingresos suficientes a las familias, para asegurar la cobertura de sus necesidades básicas, ya sean estas de urgencia o de inserción.
- h. Reforzar, con servicios y dispositivos adecuados, los servicios de respiro a personas cuidadoras y las medidas de conciliación para aquellas familias (especialmente monomarentales —sic— y monoparentales) que cuenten con bajos ingresos y necesiten acudir a su centro de trabajo o salir de su domicilio por razones justificadas y/o urgentes.

Al ser medidas implementadas por las Comunidades Autónomas, en colaboración con los servicios sociales de las entidades locales, el seguimiento de su puesta en marcha no es fácil. En el caso de Andalucía, se concretó en la Orden de 18 de abril de 2020, por la que se establecen las cantidades a percibir por las Entidades Locales para la financiación de las prestaciones básicas de servicios sociales correspondientes al Fondo Social Extraordinario regulado en el RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, que porcentualmente destinó los fondos destinados a Andalucía como sigue<sup>119</sup>:

- a. Un 35 por ciento a ampliar la dotación de las partidas destinadas a garantizar ingresos suficientes a las familias, para asegurar la cobertura de sus necesidades básicas, ayudas de emergencia social.
- b. Un 30 por ciento a reforzar las plantillas de centros de servicios sociales y centros residenciales en caso de que sea necesario realizar sustituciones por prevención, por contagio o por prestación de nuevos servicios o sobrecarga de la plantilla.
- c. Un 20 por ciento a reforzar los servicios de ayuda a domicilio así como la adquisición de medios de prevención tanto para personas usuarias como para trabajadoras y trabajadores de los servicios sociales.
- d. Y un 15 por ciento a reforzar los dispositivos de atención a personas sin hogar, con el personal y medios materiales adecuados, asegurando que tanto ellas como quienes las atienden estén debidamente protegidas, y posibilitar la ampliación, tanto en el tiempo de estancia como en intensidad, de los mismos.

<sup>119</sup> 29.053.998,60 euros. Este importe lo adelantó la Junta de Andalucía, antes de que la transfiriera el Gobierno central, para que los ayuntamientos y diputaciones andaluzas pudieran disponer de este presupuesto con la máxima rapidez. Igualmente, estableció que el porcentaje del presupuesto de cada entidad local – ayuntamiento de más de 20.000 habitantes o diputación – destinado a reforzar los servicios de ayuda a domicilio así como la adquisición de medios de prevención tanto para personas usuarias como para profesionales tenía que ser del 20 por ciento. Cfr. [https://juntadeandalucia.es/boja/2020/75/B0JA20-075-00005-4615-01\\_00172025.pdf](https://juntadeandalucia.es/boja/2020/75/B0JA20-075-00005-4615-01_00172025.pdf)

Adicionalmente, el artículo 3 contempló una financiación extraordinaria para las corporaciones locales en materia de servicios sociales y dependencia, y es que dispusieron de una cantidad de igual cuantía del superávit del ejercicio 2019 para financiar las ayudas económicas y todas las prestaciones de servicios gestionadas por los servicios sociales de atención primaria y atención a la dependencia que vienen recogidas en el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, de 16 de enero de 2013, que recoge el Catálogo de Referencia de Servicios Sociales.

En relación a los servicios sociales destinados a mayores (no SAAD), tuvo especialmente impacto el cierre de los Centros de Participación Activa<sup>120</sup>, dado que supuso que las personas mayores usuarias de tales centros dejaran de recibir los servicios prestados por los mismos, lo cual fue particularmente grave en lo relativo al servicio de comedor. Por ello, en Andalucía, a todos los que eran usuarios de estos servicios, se les posibilitó un almuerzo gratuito en su domicilio a través de un servicio de catering a domicilio. También se puso en marcha un servicio de acompañamiento telefónico, a través de un número gratuito, atendido por voluntarios, al que podían llamar las personas mayores que vivieran solas<sup>121</sup>.

A medida que las condiciones sanitarias fueron mejorando, se retomaron presencialmente algunos de estos servicios. Así, la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, en su artículo 17 (titulado "Servicios y prestaciones en materia de servicios sociales"), habilita a las autoridades competentes de las comunidades autónomas para que determinen la reapertura al público de los centros y servicios donde se presten dichos servicios y prestaciones, atendiendo a la situación epidemiológica de cada centro o servicio, y a la capacidad de respuesta del sistema sanitario concernido. En Andalucía, se contempló en la Orden de 19 de junio de 2020<sup>122</sup>.

No obstante lo anterior, la norma da prioridad a que tales servicios y prestaciones sean realizados por vía telemática, reservando la atención presencial a aquellos casos en que resulte imprescindible, debiendo en todo caso garantizarse la prestación efectiva de todos los servicios y prestaciones recogidos en el Catálogo de Referencia de Servicios Sociales. En caso de que debieran ser presenciales se especifican las medidas preventivas a seguir<sup>123</sup>.

<sup>120</sup> En Andalucía, dejaron de funcionar desde el 13 de marzo de 2020 (Orden de 13 de marzo de 2020).

<sup>121</sup> Servicios de acompañamiento telefónico que se pusieron en marcha por entidades de diversa naturaleza, como ocurrió con el Máster de Gerontología, Dependencia y Protección de los Mayores de la Universidad de Granada, <https://www.qmayor.com/sociedad/voluntariado-telefonico-de-la-ugr/>

<sup>122</sup> Modificada por Orden de 25 de junio de 2020, exigiendo que los trabajadores propios y externos de los Centros de Participación Activa deberán tener realizada una prueba de anticuerpos previa a la apertura del Centro y Servicio.

<sup>123</sup> Los requisitos a cumplir eran: a) Observancia de las medidas de higiene y prevención establecidas por las autoridades sanitarias, especialmente el mantenimiento de distancia social, etiqueta respiratoria e higiene de manos; b) Uso de equipos de protección adecuados al nivel de riesgo tanto por parte de las personas trabajadoras como por los usuarios.

## LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS MAYORES DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

Y para los servicios dirigidos al cuidado de personas vulnerables que impliquen contacto estrecho y/o alojamiento colectivo como es el caso de servicios de ayuda a domicilio, los servicios prestados en centros de día y los centros residenciales de carácter social, las autoridades competentes de las comunidades autónomas quedaban habilitadas a adoptar medidas adicionales en materia monitorización y seguimiento de casos, adopción de procedimientos de aislamiento o cuarentena, trazabilidad de los contactos, y realización de pruebas diagnósticas.

En todo caso, y como servicios que prioritariamente debían quedar garantizados, debía permitirse el acceso a los servicios de terapia, rehabilitación, atención temprana y atención diurna para personas con discapacidad y/o en situación de dependencia.

En Andalucía, para planificar las medidas a adoptar superado el estado de alarma (Orden de 19 de junio de 2020), se contemplaron como medidas generales en el desarrollo de la intervención comunitaria y especializada en el Sistema Público de Servicios Sociales que en caso de las intervenciones que requieren visita domiciliaria, se potenciará el uso de la entrevista telefónica para disminuir el tiempo de exposición en la visita presencial.

## 5. PENSIONES Y PANDEMIA

### 5.1 El impacto en los pensionistas

Dado que, como se sabe, el perfil más afectado por la COVID-19, fue el de personas mayores, y éste compone el sustrato de buena parte de la población pensionista de este país<sup>124</sup>, no sorprendió que el número de nuevas altas y bajas se viera notablemente afectado.

Los datos confirman claramente esta idea, de modo que —prácticamente en todas las pensiones— aumentó el número de bajas por fallecimiento e igualmente disminuyó el número de altas (salvo viudedad, también explicable por la pandemia). En la siguiente tabla podemos contrastar el número de altas y bajas por pensiones, con datos a 31 de diciembre de 2019 comparado con 2020:

	Nuevas Altas			Bajas		
	2019	2020	Variación	2019	2020	Variación
Jubilación	303.394	285.870	-5,78%	267.547	310.589	16,09%
Viudedad	132.114	140.362	6,24%	129.805	152.264	17,30%
IP	92.741	77.417	-16,52%	28.345	26.777	-5,53%
Orfandad	26.985	25.120	-6,91%	23.963	25.131	4,87%
En favor familiares	4.356	3.074	-29,43%	3.380	3.163	-6,42
Total	559.590	531.843	-4,96%	453.040	517.924	14,32%

Fuente: tabla de elaboración propia, extrayendo datos de Estadísticas Seguridad Social, Evolución altas iniciales y bajas definitivas (disponible en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST44>)

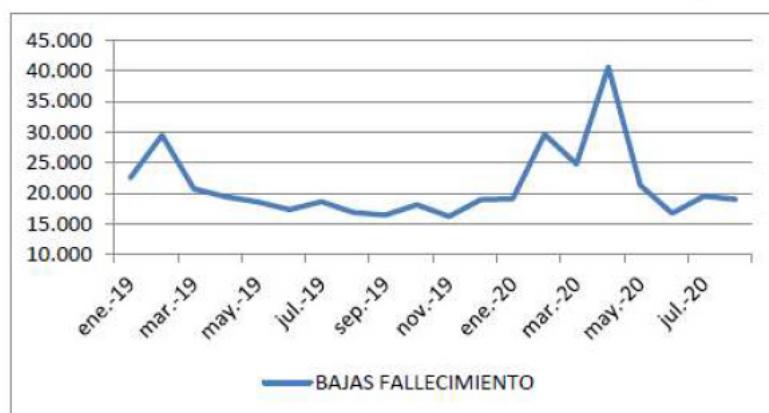
<sup>124</sup> A 1 de mayo de 2021, en España hay 9.836.115 pensiones contributivas, de las 7.913.068 corresponden a beneficiarios mayores de 65 años (80,44 por ciento).

En el descenso de las altas, además de la mortalidad y la enfermedad, influyó —como asume la Seguridad Social en el Proyecto de Presupuestos— “la situación producida por el COVID-19 que ha limitado la movilidad y ha obligado al cierre de los centros de atención de la Seguridad Social durante un espacio de tiempo y derivado en la saturación de la Sede Electrónica de la Seguridad Social en momentos puntuales lo que puede estar dificultando la presentación de las solicitudes de prestaciones”<sup>125</sup>.

El resultado del descenso de nuevas altas, y aumento de bajas, es que a 1 de diciembre de 2020 había solo un 0,1% más de pensionistas que en la misma fecha de 2019:

	Número pensiones		
	2019	2020	Variación
<b>Jubilación</b>	6.089.294	6.125.792	0,6%
<b>Viudedad</b>	2.366.788	2.352.738	-0,6%
<b>IP</b>	962.035	948.917	-1,4%
<b>Orfandad</b>	340.106	338.540	-0,5%
<b>En favor familiares</b>	43.156	43.032	-0,3%
<b>Total</b>	9.801.379	9.809.019	0,1%

Centrándonos en la jubilación, el número acumulado de bajas por fallecimiento de pensiones de jubilación en los primeros ocho meses de 2020 fue superior en un 16,6% al mismo periodo de 2019<sup>126</sup>, extremo recogido en una elocuente gráfica por la Seguridad Social en el Proyecto de Presupuestos para 2021:



125 Proyecto de Presupuestos Seguridad Social 2021, Informe Económico-Financiero, Volumen V, tomo I, págs. 201 y 202 <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/7fad23dd-65cf-4ff4-baf3-50c5d2fabf61/202120003.pdf?MOD=AJPERES&CID=>.

126 Proyecto de Presupuestos Seguridad Social 2021, Informe Económico-Financiero, Volumen V, tomo I, pág. 197 <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/7fad23dd-65cf-4ff4-baf3-50c5d2fabf61/202120003.pdf?MOD=AJPERES&CID=>.

El número de jubilados tuvo el incremento más bajo de las últimas décadas, situándose solo en un 0,6%<sup>127</sup>.

En lo relativo al sistema de pensiones, al margen del número de bajas por muerte, fue un sistema que desde el punto de vista económico siguió funcionando sin problema, sin retrasos en los pagos, manteniendo la cobertura económica de los mayores. Solo hubo retrasos en la gestión de nuevas altas, pero que desde un punto de vista económico no generaron problemas sociales. Por lo general, en un Sistema que siguió cumpliendo su papel, dar cobertura económica, pasando en este sentido inadvertido, lo cual es lo mejor que puede ocurrirle a un sistema en plena pandemia.

### 5.2 Nuevo supuesto de compatibilidad con el trabajo

Junto con el análisis estadístico, que refleja además la ralentización que sufrió la gestión de las pensiones, desde un punto de vista técnico-jurídico hubo una medida excepcional relacionada con la jubilación, y es la compatibilidad de la pensión con la reincorporación de profesionales sanitarios que estuvieran en situación de jubilación. Se contempló en el punto cuarto de la Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, y se enmarca dentro de una serie de medidas para incrementar el número de sanitarios disponibles<sup>128</sup>.

La medida consistió en permitir la reincorporación al servicio activo de los médicos/as y enfermeras menores de setenta años jubilados, y personal emérito, siendo compatible su nombramiento estatutario (a tiempo completo o parcial) con la pensión de jubilación<sup>129</sup>.

La disposición adicional decimoquinta del RD-ley 11/2020, de 31 de marzo<sup>130</sup>, establece que se manteniendo el importe de la pensión (incluyendo el eventual complemento a mínimos), considerándose pensionista a todos los demás efectos, pero debiendo la Administración contratante cumplir con sus obligaciones en orden a afiliación, alta, cotización, e incluyéndose cuota obrera patronal en los mismo términos que cualquier actividad, sin ser de aplicación las reglas relativas a la “jubilación activa”.

<sup>127</sup> Si vemos el incremento en el número de pensionistas de jubilación en los últimos quince años, se hace patente el impacto que el Covid-19 tuvo en los jubilados: 2005: 3,1%; 2006: 1,4%; 2007: 1,2%; 2008: 1,9%; 2009: 2,0%; 2010: 2,1%; 2011: 1,8%; 2012: 2,0%; 2013: 2,2%; 2014: 1,8%; 2015: 1,2%; 2016: 1,7%; 2017: 1,7%; 2018: 1,9%; 2019: 1,5%; 2020: 0,6%.

<sup>128</sup> Las medidas afectaban a profesionales sanitarios en formación (residentes de último año), licenciados o graduados en medicina sin plaza de especialista, facultativos con títulos obtenidos fuera de la UE, liberados sindicales, estudiantes de último año de enfermería y medicina.

<sup>129</sup> La norma indicó que se priorizará que estos profesionales presten sus servicios en los centros de Atención Primaria, para disminuir la carga asistencial en este ámbito, realizando funciones de triaje y atención domiciliaria, relacionadas con la atención al COVID-19. A 31 de agosto se han incorporado, y por tanto compatibilizan su actividad con el cobro de la pensión de jubilación, 28 médicos y 8 enfermeras (Proyecto de Presupuestos Seguridad Social 2021, Informe Económico-Financiero, Volumen V, tomo I, pág. 204, <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/7fad23dd-65cf-4ff4-baf3-50c5d2fabf61/202120003.pdf?MOD=AJPRES&CVID=0>)

<sup>130</sup> Fue modificada por la disposición final 3.3 y 4 del RD-ley 13/2020, de 7 de abril.

## 6. LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES DURANTE LA PANDEMIA

### 6.1 Los derechos humanos de los mayores

A diferencia de otros colectivos, como son las mujeres<sup>131</sup>, niños<sup>132</sup> o las personas con discapacidad<sup>133</sup>, las personas mayores no se encuentran dentro de los grupos a los que las Naciones Unidas refuerzan sus derechos humanos reconociéndoles derechos de modo específico. Ello hace pensar que, pese a que desde distintas instancias se hable de los derechos humanos de las personas mayores, aún no pueda considerarse que existan como tal. Ni la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), ni los Pactos Internacionales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) incluyen a este colectivo como sujetos de un trato especial<sup>134</sup>.

Sin embargo, en otros ámbitos geopolíticos sí se han reconocido esos derechos (Latinoamericano, fundamentalmente), y existe en las Naciones Unidas una Comisión de composición abierta trabajando en ello. Por tanto, en el momento actual se reclama la elaboración de un catálogo de derechos de las personas mayores a nivel internacional. La toma de conciencia de que son un colectivo especialmente vulnerable, y que por ello son merecedores de un estatuto jurídico singular, es la base para el respecto de su dignidad como personas, y por ende de la prevención del maltrato en cualquiera de sus manifestaciones<sup>135</sup>. Todo reconocimiento de derechos para un colectivo diferenciado debe partir de la premisa de que hay una realidad desigual y de debilidad que debe equilibrarse con la proclamación de derechos que garanticen que la igualdad real sea efectiva<sup>136</sup>.

---

<sup>131</sup> Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979)

<sup>132</sup> Convención sobre los Derechos del Niño (1989)

<sup>133</sup> Convención sobre los derechos de personas con discapacidad (2006)

<sup>134</sup> El artículo 2 de la DUDH se limita a rechazar las discriminaciones por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Obviamente el que sea una cláusula abierta, que rechaza la discriminación por motivos "de cualquier otra índole", permite admitir el motivo de edad. Pero contrasta con otros documentos internacionales, como la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que en su artículo 21 alude expresamente a la edad como posible origen de discriminaciones que se prohíben. No obstante lo anterior, y aunque no incorporan en su articulado derechos que correspondan específicamente a las personas mayores, sin embargo si reconocen derechos cuyo disfrute corresponde de forma exclusiva (derecho a la protección en la vejez) o preferente a éstos vejez (derecho a recibir servicios sociales, derecho a disfrutar de un nivel de vida adecuado).

<sup>135</sup> Maldonado Molina, J.A., «Los derechos de las personas mayores. Especial referencia a la prevención del maltrato», en Maldonado Molina (Dir.), *Materiales docentes de Gerontología y protección de las personas Mayores*, Ed. Dykinson, Madrid, 2018, pág. 266.

<sup>136</sup> Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., «Igualdad y no discriminación por razón de edad y Derechos de los Mayores», en Monereo Pérez y Monereo Atienza, *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio Sistemático de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de*

## LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS MAYORES DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

Esta labor se está realizando tanto a nivel mundial, como en ámbitos regionales, como son el de América latina y el Caribe<sup>137</sup>, la Unión Europea (pero en mucha menor medida)<sup>138</sup>, y el del Consejo de Europa<sup>139</sup>. En abril de 2002, en Madrid y con carácter inmediato a la celebración de la Segunda Asamblea Mundial de Envejecimiento, tuvo lugar el Foro Mundial de las Organizaciones No Gubernamentales sobre envejecimiento. En él se parte de que las normas internacionales en materia de derechos humanos son insuficientes (por no referirse específicamente a los mayores), habiendo una situación de desprotección de los mayores, que sufren graves dificultades económicas, limitaciones en el acceso a los servicios de salud, ausencia de servicios sociales, graves carencias en vivienda y en condiciones de vida, exclusión de la cultura y educación, trato inadecuado, escasa participación en la vida social y política. Ante ello, y entre otras cuestiones, se reclamó la redacción de una Convención promovida por las Naciones Unidas para la eliminación de cualquier forma de discriminación hacia las personas mayores, como instrumento de rango superior que realmente protegería los Derechos Humanos de este grupo de población. Esta reivindicación se ha mantenido desde entonces, pero no ha sido hasta hace relativamente poco cuando las Naciones Unidas han empezado a dar los pasos hacia una Convención de Derechos de las Personas Mayores.

Así, el 21 de diciembre de 2010, la Asamblea General aprobó la Resolución 65/182, seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, en la que, entre otros aspectos, decidió establecer un *grupo de trabajo de composición abierta*, en el que puedan participar todos los Estados Miembros, con el propósito de aumentar la protección de los derechos humanos de las personas de edad examinando el marco internacional vigente en materia de derechos humanos de las personas de edad y determinando sus posibles deficiencias y la mejor forma de subsanarlas, incluso mediante el estudio, cuando corresponda, de la viabilidad de nuevos instrumentos y medidas<sup>140</sup>.

---

*Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014, pág. 105.

<sup>137</sup> Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores en America Latina y El Caribe, que recoge las conclusiones y recomendaciones fruto de la III Conferencia Regional, celebrada entre el 8 y 11 de mayo de 2012 en San José de Costa Rica). Y se ha concretado en la Convención InterAmericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (Nueva York, 15-6-2015).

<sup>138</sup> Solo encontramos el genérico artículo 25 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, de 2000 (sobre el mismo, vid. Monereo Pérez y Maldonado Molina, «Artículo 25. Derechos de las Personas Mayores», en Monereo Atienza y Monereo Pérez (Dirs.), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Ed. Comares, Granada, 2012, págs. 557 y ss.

<sup>139</sup> En especial, la Recomendación CM/Rec(2014)2 del Comité de Ministros, de 19 de febrero de 2014. Sobre ella, vid. Monereo Pérez y Maldonado Molina, "Derecho de las personas de edad avanzada a la protección social (artículo 23)", en VV.AA., *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, Comares, Granada, 2017, págs. 821 y ss.

<sup>140</sup> El Grupo de Trabajo de composición abierta, hasta la fecha ha tenido numerosas reuniones: la primera del 18 al 21 de abril de 2011; la segunda del 1 al 4 de agosto de 2011; la tercera del 21 al 24 agosto 2012, en la que se constituyeron cinco mesas temáticas para el análisis de los derechos de los mayores; la cuarta del 12 al 15 de agosto de 2013; la quinta el 30 de julio a 1 de agosto de 2014; la sexta, del 14 al 16 de julio de 2015; la séptima, del 12 al 15 de diciembre de 2016; la octava, del 5 al 7 de julio de 2017; la novena, del 23 a 26 de julio de 2018; la décima 15 al 18 abril 2019, la undécima 6 a 9 abril 2020. Consultar en <http://social.un.org/ageing-working-group/index.shtml>

Abundando en la necesidad de este instrumento internacional, la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 19 de diciembre de 2011, reconoció “que en muchas partes del mundo el conocimiento que se tiene del Plan de Acción de Madrid sigue siendo reducido o nulo, lo que limita el alcance de las medidas de aplicación”. Y en la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 29 de noviembre de 2012: se concluye que los esfuerzos nacionales no han sido suficientes, y aprueba el Proyecto de resolución II: Hacia un instrumento jurídico internacional amplio e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas de edad.

En mayo de 2014, el Consejo de Derechos Humanos designó a la Sra. Rosa Kornfeld -Matte (chilena) como la primera Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad<sup>141</sup>. Y en mayo de 2020 nombró a Claudia Mahler (austriaca). El 17 de diciembre de 2015, la Asamblea General de la ONU aprobó una Resolución sobre “Medidas para mejorar la promoción y protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas de edad”. Pero realmente no recogió medidas, sino que anima a los Estados a que hagan algo, y respecto de la ONU, alienta a los Estados a que sigan contribuyendo a la labor que realiza el Grupo de Trabajo de Composición Abierta, y que sugieran el “posible contenido de un instrumento jurídico multilateral”.

### 6.2 Los derechos humanos de los mayores durante la pandemia

En definitiva, aún sigue sin existir una Convención sobre los Derechos Humanos de las personas mayores. Ahora bien, eso no quiere decir que las personas de edad avanzada –como personas que son– no tengan los derechos ligados a la dignidad que toda persona tiene. Pues bien, concretándolo con la crisis sanitaria del COVID-19, hay una serie de derechos humanos que hay que subrayar.

De la DUDH, pueden haberse vulnerado tres preceptos:

- Artículo 3: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.
- Artículo 7: Todos son iguales ante la ley
- Artículo 25.1: Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure (...) la salud y el bienestar, y en especial (...) la asistencia médica y los servicios sociales necesarios

Del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, otros tres:

- Artículo 2: El derecho de toda persona a la vida está garantizado por la Ley
- Artículo 8; Derecho al respeto a la vida privada y familiar
- Artículo 14: Prohibición de discriminación

<sup>141</sup> En julio de 2016 se publicó el Informe [http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_e.aspx?si=A/HRC/33/44](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/33/44). En él se recogen buenas prácticas, entre otras cuestiones

De la Constitución Española, tres igualmente:

- Artículo 14: Igualdad
- Artículo 15: Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes
- Artículo 8: Intimidad personal y familiar

Todo mayor fallecido por COVID-19 no es una víctima de violación de derechos humanos. Sí lo es cuando su fallecimiento se produce por una desatención institucional en base a su situación física o edad.

En agosto y diciembre de 2020, respectivamente, las ONG's Médicos Sin Fronteras y Amnistía Internacional hicieron públicos unos Informes en los que denunciaban la vulneración de los derechos fundamentales cometidos contra los mayores durante la pandemia del COVID-19<sup>142</sup>. En concreto, y bajo el llamativo título de "Abandonadas a su suerte: la desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia COVID19 en España", enumera casos concretos sucedidos en Madrid y Cataluña donde hubo "denegación de derivación a hospitales de personas mayores que vivían en residencias, en base al lugar en el que residían y otros criterios generales —como la edad o grado de discapacidad, estado de salud (ser pacientes confirmados o con sospecha de COVID-19)— sin una valoración individualizada, lo que vulneró manifiestamente el derecho a la no discriminación de estas personas mayores" (pág. 34). Matiza Amnistía Internacional que no cuestionan "que, en muchos casos, para las personas mayores con comorbilidades ser enviadas al hospital puede no ser la mejor opción, y que incluso algunas han podido especificar en su plan de atención su preferencia de quedarse en la residencia o, en su caso, sus familiares. También el personal médico puede tomar esa decisión, basada en una evaluación del caso. El problema es que no se les diera una oportunidad de evaluación individualizada, incumpliendo así obligaciones internacionales contraídas por España". Concluye que en Madrid se vulneraron los derechos humanos de las personas mayores que vivían y viven en residencias; en concreto, el derecho a la salud, a la vida y a la no discriminación, y que otros derechos humanos se vieron mermados por las decisiones de las autoridades: el derecho de las personas residentes a la vida privada y familiar.

Por el contrario Sociedad Española de Geriatría y Gerontología, el 7 de junio de 2020 hizo público un comunicado, con el título *Residencias de mayores: ya tenemos al culpable*, en el que literalmente indica:

"Que no se ha negado el ingreso hospitalario a los ancianos de la Comunidad de Madrid también lo dicen los datos: 10.300 residentes han sido trasladados desde su residencia a

<sup>142</sup> Así, Médicos Sin Fronteras, *Poco, tarde y mal El inaceptable desamparo de los mayores en las residencias durante la COVID-19 en España*, agosto de 2020, disponible en <https://msfcovid19.org/wp-content/uploads/2020/08/aaff-msf-informe-covid19-residencias-baja-nota.pdf>; (en concreto, apartado 50: Denegación de derivaciones a los servicios hospitalarios: ¿inegligencia u omisión del deber de socorro?); Amnistía Internacional, *Abandonadas a su suerte: la desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia COVID19 en España*, 3 de diciembre de 2020, disponible en <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/reportajes/residencias-en-tiempos-de-covid-personas-mayores-abandonadas-a-su-suerte/>

hospitales desde el 1 de marzo hasta el día 5 de junio (una media de 106 cada día); el día 6 de abril se alcanzó un pico de 206 traslados de residencias a hospitales; de los 2.226 pacientes ingresados en La Paz entre el 25 de febrero y el pasado 19 de abril, el 32% (709 personas) provenían de una residencia de mayores... y así en el resto de hospitales.<sup>143</sup>

En este sentido, sí son elocuentes los datos de la Fiscalía General del Estado (que tiene un área especializada en protección y defensa de las personas mayores)<sup>144</sup>, que reflejan que –a 18 de enero de 2021-, las fiscalías habían tramitado 785 diligencias preprocesales penales, de las que se habían archivado 294<sup>145</sup>, y dándose trámite a 491, de las que el 39,1 por ciento corresponde a la Comunidad de Cataluña, y el 30,1 por ciento a Madrid<sup>146</sup>. Del total de diligencias preprocesales, 15 se debieron a falta de atención sanitaria (el 1,9 por ciento); y 5 a denegación de ingreso hospitalario/traslados (el 0,63 por ciento). Si estamos a los motivos de las denuncias, la mayor parte corresponden a homicidios por imprudencia y omisión del deber de socorro (189 denuncias, el 42,85 por ciento)<sup>147</sup>.

A la vista de todo lo anterior, procede preguntarnos si ha habido una vulneración de los derechos humanos de las personas mayores, en especial los ligados a la salud y la vida. De forma sintética, pasamos a evaluar cinco posibles derechos vulnerados:

- Derecho a la igualdad, la salud y la vida. De modo deliberado queremos tratar conjuntamente estos derechos, para subrayar la evidente conexión entre el derecho a la salud y la vida. Esta relación debe subrayarse sobre todo tras las Sentencias del TC de final de 2017<sup>148</sup>, en el que el

---

<sup>143</sup> En su escrito subraya que "lo ocurrido en España no ha sido diferente a lo ocurrido en nuestro entorno" y que "no ha fallado el sistema de atención geriátrica instalado". Disponible en <https://www.segg.es/media/descargas/Carta-geriatria-residencias-Madrid.pdf>

<sup>144</sup> Creado por el RD 255/2019, de 12 de abril, por el que se amplia la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para adecuarla a las necesidades existentes, instaurando en la Fiscalía General del Estado una plaza de Fiscal de Sala coordinador de los servicios especializados en la protección de las personas con discapacidad y atención a los mayores, que en la actualidad ocupa Dª María José Segarra Crespo.

<sup>145</sup> De las diligencias archivadas, el 11,8% han finalizado como consecuencia de la interposición de denuncia o querella ante los juzgados competentes por parte de las Fiscalías. El 10,48% lo ha sido como consecuencia de la tramitación de un procedimiento judicial. El 10% ha sido archivado como consecuencia de la acumulación a otras diligencias de investigación de la Fiscalía. El 67,72% han archivado por entender que los hechos no revestían caracteres de delito. Las denuncias archivadas por este motivo constituyen el 35,14% del total. Datos recogidos en la rueda de prensa dada por la Fiscalía General del Estado el 21 de enero de 2021 (<https://www.fiscal.es/web/fiscal/-/encuentro-con-los-medios-de-la-fiscal-general-del-estado-y-la-fiscal-de-sala-coordinadora-de-los-servicios-especializados-en-la-protecci-c3-b3n-de-las>).

<sup>146</sup> Datos recogidos en [https://www.fiscal.es/documents/20142/0/NOTA+INFORMATIVA\\_DILIGENCIAS\\_ORDENADO+-+copia.pdf/3b9ecc3b-381f-8b2a-7107-fd40f92d2a32?t=1611582964940](https://www.fiscal.es/documents/20142/0/NOTA+INFORMATIVA_DILIGENCIAS_ORDENADO+-+copia.pdf/3b9ecc3b-381f-8b2a-7107-fd40f92d2a32?t=1611582964940)

<sup>147</sup> Seguidas de Denuncias generales situación residencia o residencias (163, 36,96%). Otras que se incardinan en el derecho a la asistencia sanitaria son deficiencias atención médica (21, 4,76%) y rechazo traslado a Ucis./Hospitalización (1, 0,22%). Vid. [https://www.fiscal.es/documents/20142/0/NOTA+INFORMATIVA\\_DILIGENCIAS\\_ORDENADO+-+copia.pdf/3b9ecc3b-381f-8b2a-7107-fd40f92d2a32?t=1611582964940](https://www.fiscal.es/documents/20142/0/NOTA+INFORMATIVA_DILIGENCIAS_ORDENADO+-+copia.pdf/3b9ecc3b-381f-8b2a-7107-fd40f92d2a32?t=1611582964940)

<sup>148</sup> Sobre estas Sentencias, ver Maldonado Molina, J.A., «La distribución de competencias como límite a la efectiva protección de la salud: Sentencias TC 134/2017, de 16 de noviembre; 140/2017, de 30 de noviembre; y 145/2017, de 14 de diciembre», en *Revista Foro*, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad

TC el dio un giro, negando el carácter de derecho fundamental el derecho a la salud recogido en la Constitución. Literalmente, indica que “el derecho a la salud recogido en el artículo 43 CE, es un mandato que ha quedado constitucionalmente enunciado como principio rector y no como derecho fundamental, y, por tanto, es el legislador quien ha de determinar las técnicas apropiadas para llevar a cabo su plasmación”. Esta interpretación, en última instancia, lo que hace es supeditar la efectiva promoción del derecho a la salud a los intereses generales, pero considerando que los intereses generales son los que el legislador estatal estime convenientes en cada momento. Los datos estadísticos recogidos en la primera parte de nuestro estudio, dejan patente cómo limitar la atención sanitaria a un grupo de edad, conduce a la pérdida de vidas.

- b. Derecho a la vida privada y familiar. Los protocolos de confinamiento ¿han vulnerado el derecho a la vida privada y familiar? El Convenio Europeo de DDHH prohíbe injerencia, salvo cuando sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Por tanto, tales limitaciones encuentran su respaldo, siempre que sea una restricción tomada legalmente, necesaria y proporcionada.
- c. Derecho a muerte digna. Ligado al derecho a la vida, es un derecho que no está considerado internacionalmente como un derecho humano, y España no contaba hasta hace unos meses con una Ley sobre Eutanasia (LO 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia). Pero no debe confundirse la eutanasia con el derecho a una muerte sin dolor ni sufrimientos, de forma digna, cuestión que hace una década ya están previstas por varias Comunidades Autónomas<sup>149</sup>. La muerte por insuficiencia respiratoria, propia de un virus como el COVID-19, sin estar asistido con respiradores, y sin atención paliativa, sin duda conduce a una muerte indigna.

---

Complutense, 2018; Maldonado Molina, J.A, Romero Coronado, J., «The predominance of a "strong" economic over a "weak" social constitution: The legacy of the financial crisis in Spain», en *European Welfare State Constitutions after the Financial Crisis* (Editors Becker y Poulou), Oxford University Press, 2020, págs. 334 y ss.

<sup>149</sup> Por orden alfabético: Andalucía: Ley 2/2010 de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte; Aragón: Ley 10/2011 de Derechos y Garantías de la persona en proceso de morir y de la Muerte; Asturias: Ley 5/2018 sobre Derechos y Garantías de la dignidad de las personas en el proceso del final de la vida; Baleares: Ley 4/2015 de Derechos y Garantías de la persona en el proceso de morir; Canarias: Ley 1/2015 de Derechos y Garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida; Euskadi: Ley 11/2016 de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida; Galicia: Ley 5/2015 de derechos y garantías de las personas enfermas terminales; Madrid: Ley 4/2017 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte; Navarra: Ley Foral 8/2011 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte; Comunidad Valenciana: Ley 16/2018 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida.

## 7. CONCLUSIONES

Tras décadas debatiendo si los mayores eran un colectivo débil, y considerando que nuestra civilización tenía humanidad con ellos, y la realidad ha demostrado que se les tratado como un lastre que había que soltar para evitar que el barco del sistema de salud se hundiera

Las personas cuyo alojamiento era un centro residencial han sido las principales víctimas mortales del virus, sobre todo durante la primera ola. En ellos confluyen una serie de características determinantes de su mayor fragilidad: la edad (que conlleva pluripatologías, comorbilidad) complica la enfermedad en estas personas y dificulta el tratamiento exitoso; la dependencia, que multiplica el riesgo de exposición al virus, dado que ha habido una transmisión cruzada trabajadores-residentes: es imposible concebir distanciamiento social entre cuidador y dependiente, contacto que además se produce en un entorno cerrado, y que es más fácil de contagiar dado que un cuidador no atiende a un solo dependiente, como sí puede suceder en otros ámbitos; y además el que las personas institucionalizadas vivan en centros con habitaciones compartidas, personal que atiende a todos los usuarios, zonas de uso común y masivo en espacios cerrados, hicieron que en caso de que entrar el virus en una residencia, su propagación se extendiera rápidamente entre el conjunto de trabajadores y residentes.

Pero junto con estas circunstancias, en muchos casos inevitables, han existido otras que sí podrían haber reducido la extensión o la letalidad de la pandemia. Por un lado, si el modelo organizativo de las residencias ya hubiera estado adaptado al modelo de atención centrada en la persona. Y por otro, que las Administraciones hubieran tenido claro qué papel juegan las residencias, que principalmente es servir de hogar a personas que requieren de apoyos, pero no son centros sanitarios.

En efecto, las residencias son centros sociosanitarios, lo cual quiere decir que son centros asistenciales dentro de los que se presta un servicio sanitario, con objeto de la institucionalización de una persona no ponga en peligro la continuidad de la atención sanitaria, y paralelamente que sus problemas de salud crónicos no obliguen a vivir en un centro sanitario. Se trata de que estas personas pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía.

Los servicios sanitarios que se prestan son muy limitados, tanto en cometidos, personal y medios. Su función no es curar, sino cuidar. La ratio del personal sanitario en los centros es muy reducida, siendo obligatoria su presencia solo en centros acreditados para prestar el servicio concertado, y sin que sea necesario que haya médico/a. Sí es obligatorio contar con personal de enfermería, pero en una ratio 4/100 usuarios. Esta reducida ratio hizo que durante la pandemia las bajas por contagios de los profesionales dejaran totalmente desatendidos a los mayores. Junto con las bajas por enfermedad, hubo otro tipo de bajas, y fueron las de los profesionales que se marcharon a trabajar en la Sanidad Pública, por las enormes condiciones laborales y retributivas que hay entre lo privado y lo público en el sector sanitario.

Por su parte, la atención sanitaria prestada a los mayores por el SNS está fundamentalmente enfocada dentro de la Atención Primaria, complementada con coordinación en el ámbito farmacéutico. Pues bien, como es sabido, la Atención Primaria quedó desbordada, cerrándose para prestar una atención telefónica con objeto de evitar que los centros de salud fuesen focos de contagio, y derivando parte de su personal a los servicios hospitalarios.

El Sistema de Dependencia quedó parcialmente en suspenso. No todos sus recursos pudieron seguir funcionando, dejando de prestar servicios los Centros de Día. Y los Centros Residenciales se situaron en el epicentro de la crisis, sin recibir siempre una efectiva atención por parte de los poderes públicos, que se desentendieron de ellos en algunas situaciones.

El Sistema de servicios sociales también quedó paralizado los primeros meses. Se optó por la asistencia telemática, lo cual no siempre casa con unos servicios tan personalistas como los que debe cubrir ese servicio público.

En lo relativo al sistema de pensiones, al margen del número de bajas por muerte, fue un sistema que desde el punto de vista económico siguió funcionando sin problema, sin retrasos en los pagos, manteniendo la cobertura económica de los mayores. Solo hubo retrasos en la gestión de nuevas altas, pero que desde un punto de vista económico no generaron problemas sociales.

Pero lo más destacado y alarmante fueron los casos de negación de derivación a centros hospitalarios por razón de la edad o de la procedencia. Todo mayor fallecido por COVID-19 no es una víctima de violación de derechos humanos. Sí lo es cuando su fallecimiento se produce por una desatención institucional en base a su situación física o edad. Protocolos como los existentes en Madrid o Cataluña introdujeron triajes en los que vivir en una residencia dificultaba cuando no impedía poder recibir una asistencia en los mismos términos que el resto de ciudadanos, son ejemplos de que el miedo al colapso hospitalario se resolvió relegando a los más débiles, a los mayores, por su menor probabilidad de sobrevida, y eso es edadismo.

Las denuncias de familiares, ONG's, sindicatos y profesionales del sector residencial, apuntan a que se vulneró el derecho a la salud y la vida de las personas institucionalizadas por razón de su edad y lugar de residencia. La Fiscalía General del Estado ha tramitado cerca de medio millar de diligencias preprocesales penales. No es un tema pacífico, desde otras instancias se niega que se haya negado el ingreso hospitalario a residentes en Madrid. La Justicia lo aclarará. Pero en todo caso, debemos concluir que los centros residenciales no estaban adaptados (en general) a los modelos que desde hace tiempo vienen proponiéndose desde la Gerontología (modelo de atención centrado en la persona, con centros compartimentados en unidades convivenciales más reducidas), un aumento del personal sanitario (a la vista del incremento de las tasas de dependencia de los usuarios), y sobre todo, una verdadera coordinación sociosanitaria, que implica que una persona cuyo hogar sea una residencia, pueda mantener su derecho a la salud en los mismos términos de los demás ciudadanos.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

Amnistía Internacional, *Abandonadas a su suerte: la desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia COVID19 en España*, 3 de diciembre de 2020, disponible en <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/reportajes/residencias-en-tiempos-de-covid-personas-mayores-abandonadas-a-su-suerte/>.

Asociación Multidisciplinaria de Gerontología, *Las necesidades sociosanitarias de la población dependiente en España: modelos y cuidados prolongados y coordinación de recursos. El debate profesional*. Informe para el Defensor del Pueblo, Madrid, 2000.

Causa, R., Almagro Nievas, D., Bermúdez Tamayo, C., "COVID-19 y dependencia funcional: análisis de un brote en un centro sociosanitario de personas mayores", *Revista Española de Salud Pública*, núm. 95, 2021, 26 de marzo de 2021. Disponible en [https://www.mscbs.gob.es/biblioPublic/publicaciones/recursos\\_propios/resp/revista\\_cdrom/VOL95/ORIGINALES/RS95C\\_202103045.pdf](https://www.mscbs.gob.es/biblioPublic/publicaciones/recursos_propios/resp/revista_cdrom/VOL95/ORIGINALES/RS95C_202103045.pdf)

Comas Herrera, A., Zalakaín, J., Litwin, C., Hsu, A.T., Lemmon, E., Henderson, D. y Fernández, J.L., "Mortality associated with COVID-19 outbreaks in care homes: early international evidence", *LTCcovid.org*, International Long-Term Care Policy Network, CPEC-LSE, 14 octubre 2020.

Defensor del Pueblo, *Recomendaciones del Defensor del Pueblo sobre la atención sociosanitaria y aspectos conexos*, Madrid. 2000.

Defensor del Pueblo, *Separata sobre atención a las personas mayores. Centros residenciales* en el *Informe anual de 2019*. [https://www.defensordelpueblo.es/wpcontent/uploads/2020/05/Separata\\_personas\\_mayores\\_centros\\_residenciales.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/wpcontent/uploads/2020/05/Separata_personas_mayores_centros_residenciales.pdf).

Fundación Economía y Salud, *Lo sociosanitario: de los casos reales al modelo*, 2018, pág. 42. Disponible en [http://www.fundacioneconomiasalud.org/wp-content/uploads/Lo-sociosanitario\\_De-los-casos-reales-al-modelo.pdf](http://www.fundacioneconomiasalud.org/wp-content/uploads/Lo-sociosanitario_De-los-casos-reales-al-modelo.pdf).

Gallego Berciano, P., "Impacto de COVID-19 en los centros sociosanitarios", *Revista Española de Salud Pública*, 13 de mayo de 2020.

IMSESO, *Impacto del COVID-19 en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) (Datos a 30 de abril de 2021)*. Disponible en [https://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/evo\\_sisaad\\_covid19\\_202104.pdf](https://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/evo_sisaad_covid19_202104.pdf).

IMSESO, *Monitorización de la mortalidad en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) (Datos a 30 de abril de 2021)*. Disponible en [https://www.imserso.es/imserso\\_01/documentacion/estadisticas/info\\_d/covid19\\_dep/index.htm](https://www.imserso.es/imserso_01/documentacion/estadisticas/info_d/covid19_dep/index.htm).

Maldonado Molina, J.A., *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Maldonado Molina, J.A., «La protección a la dependencia en Andalucía», *Revista Temas Laborales*, núm. 100, 2009.

Maldonado Molina, J.A., "El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia tras sus reformas", en Monereo Pérez, Maldonado Molina y Rubio Herrera (Dir.), *Prevención y Protección de la Dependencia: un enfoque transdisciplinar*. Ed. Co-mares, Granada, 2014.

Maldonado Molina, J.A., "Los derechos de las personas mayores. Especial referencia a la prevención del maltrato", en Maldonado Molina (Dir.), *Materiales docentes de Gerontología y protección de las personas Mayores*, Ed. Dykinson, Madrid, 2018.

## LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS MAYORES DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

Maldonado Molina, J.A., "La distribución de competencias como límite a la efectiva protección de la salud: Sentencias TC 134/2017, de 16 de noviembre; 140/2017, de 30 de noviembre; y 145/2017, de 14 de diciembre", en *Revista Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Complutense*, 2018.

Maldonado Molina, J.A. y Romero Coronado, J., "The predominance of a "strong" economic over a "weak" social constitution: The legacy of the financial crisis in Spain", en *European Welfare State Constitutions after the Financial Crisis* (Editors Becker y Poulo), Oxford University Press, 2020.

Maravall Gómez-Allende, H., "La coordinación socio-sanitaria: una exigencia ineludible", *Revista Española de Geriatría y Gerontología*, núm. 30, 1995.

Martínez Aguayo, C., "Coordinación entre servicios sociales y sanitarios. Un modelo de atención posible", *Revista Española de Geriatría y Gerontología*, núm. 30, 1995.

Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, *Libro Blanco de la Coordinación Sociosanitaria en España*, 2011.

Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., "Igualdad y no discriminación por razón de edad y Derechos de los Mayores", en Monereo Pérez y Monereo Atienza, *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio Sistemático de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014.

Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., "Artículo 25. Derechos de las Personas Mayores", en Monereo Atienza y Monereo Pérez (Dirs.), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Ed. Comares, Granada, 2012.

Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., "Derecho de las personas de edad avanzada a la protección social (artículo 23)", en VV.AA., *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, Comares, Granada, 2017.

Observatorio Estatal para la Dependencia, Asociación Estatal de Directores y Gerentes en Servicios Sociales, *XXI Dictamen del Observatorio de la Dependencia*, 15 de marzo de 2021. Disponible en <https://directoressociales.com/wp-content/uploads/2021/03/N.PrensaXXI-Dictamen.-15-Marzo-21-jrn.pdf>.

OMS, "Impact of COVID-19 on long-term care: what the evidence tells us", *Preventing and managing COVID-19 across long-term care services, Policy Brief*, 24 July 2020.

Rodríguez Escanciano, S., "Los cuidados en la vejez como servicio social público de carácter esencial: apostando por una cobertura de calidad", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 57, 2020.

Sociedad Española de Farmacia Hospitalaria, *Prestación farmacéutica especializada en centros socio sanitarios análisis de situación y propuesta CRONOS-SEFH*, 2013. Disponible en [https://www.sefh.es/sefhpdfs/dossier\\_CRONOS\\_2013.pdf](https://www.sefh.es/sefhpdfs/dossier_CRONOS_2013.pdf).



# ESTUDIOS DOCTRINALES

## LOS ADULTOS MAYORES Y LAS PENSIONES POR VEJEZ EN CHILE\*

### THE ELDERLY AND OLD-AGE PENSIONS IN CHILE

---

**Hugo Cifuentes Lillo**

Pontificia Universidad Católica de Chile

[hugocifuentes@hclabogado.cl](mailto:hugocifuentes@hclabogado.cl) ORCID [0000-0003-0838-5825](https://orcid.org/0000-0003-0838-5825)

Recepción de trabajo: 18-06-2021 - Aceptación: 20-07-2021

- 1. **ADULTOS MAYORES EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.** 1.1. Conceptos de adulto mayor. 1.2. Pensión de vejez y cumplimiento de la edad legal. ■ 2. **SISTEMA DE PENSIONES CHILENO.** 2.1. Establecimiento y evolución. 2.2. Sistema de Pilares: Solidario, Contributivo Obligatorio y Contributivo Voluntario. 2.3. Principales observaciones al actual sistema general de pensiones: Retos, aspectos estructurales y paramétricos. ■ 3. **PRESTACIONES ADICIONALES A LAS PENSIONES.** 3.1. Rol de entidades públicas y privadas. 3.2. Acceso a prestaciones de salud. 3.3. Prestaciones de Protección Social. ■ 4. **CONSIDERACIONES FINALES.** ■ 5. **BIBLIOGRAFÍA**

\* Se agradece la colaboración del abogado investigador Marco Vásquez Bermejo en el desarrollo y revisión de este artículo.

## RESUMEN

Como en la mayoría de las naciones, la pensión es la principal prestación (renta sustitutiva) a la que acceden los adultos mayores, situación que en Chile se encuentra puesta a prueba, al menos, respecto a su suficiencia e integralidad que, en todo caso, alcanza a más del 85% las personas con 65 o más años<sup>1</sup>.

Actualmente Chile cuenta con un sistema de pensiones estructurado con base en tres pilares: uno solidario básico, otro contributivo complementado con prestaciones solidarias del primer pilar para un sector mayoritario de los adultos mayores con pensiones autofinanciadas y un tercer pilar voluntario que busca “mejorar o anticipar” las pensiones contributivas de cotizaciones obligatorias con ahorro individual o colectivo/empresarial.

Este sistema tiene sus orígenes en la reforma estructural llevada a cabo entre los años 1978 - 1980, con su manifestación más específica en el Decreto Ley 3.500 de 1980, complementado medularmente en 2008 con la creación del “pilar solidario”. De forma adicional a las anteriores, existen prestaciones para los adultos mayores asociadas a descanso y recreación, así también se cuentan, las prestaciones relacionadas con salud y enfermedad adicionales a las generales. A todas ellas nos referimos de forma descriptiva y sintética.

Todo el estudio se desarrolla en relación con los denominados cuatro factores claves de la Seguridad Social: personas cubiertas; prestaciones aseguradas y condiciones de acceso; financiamiento de estas y, mecanismos de administración y gestión, sin dejar de referirnos al rol del Estado en la gobernanza global del sistema.

**PALABRAS CLAVE:** pensiones públicas, derecho a la pensión, pensiones privadas, derecho adquirido, expectativa de derecho, rescate anticipado de la pensión, fondo público de empleo.

## ABSTRACT

As in most nations, the pension is the main benefit (substitute income) to which the elderly have access, a situation that in Chile is put to the test, at least with respect to its sufficiency and comprehensiveness, which, in any case, reaches more than 85% of people aged 65 or older.

Chile currently has a pension system structured on the basis of three pillars: a basic solidarity one, a contributory one complemented with solidarity benefits from the first pillar for a majority sector of the elderly with self-financed pensions, and a third voluntary pillar that seeks to “improve or anticipate” the contributory pensions of mandatory contributions with individual or collective/company savings.

This system has its origins in the structural reform carried out between 1978 and 1980, with its most specific manifestation in Decree Law 3,500 of 1980, complemented, fundamentally in 2008, with the creation of the solidarity pillar.

In addition to the above, there are benefits for the elderly associated with rest and recreation, among others, as well as benefits related to health and illness, in addition to the general ones. We refer to all of them in a descriptive and synthetic way.

The entire study is developed in relation to the so-called four key factors of Social Security: people covered; insured benefits and conditions of access; their financing; and administration and management mechanisms, without neglecting to refer to the role of the State in the overall governance of the system.

**KEYWORDS:** Social Security, Pensions, Old Age and Solidarity.

1 Tener presente para estos efectos las estadísticas de la Superintendencia de Pensiones: [https://www.spensiones.cl//inf\\_estadistica/afipen/mensual/2021/06/t032.html](https://www.spensiones.cl//inf_estadistica/afipen/mensual/2021/06/t032.html) [Revisado el 19.07.2021].

## 1. ADULTOS MAYORES EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La cuestión de los adultos mayores es tema en las políticas públicas y sociales chilenas desde hace al menos tres décadas, adquiriendo cada vez mayor relevancia<sup>2</sup> en que, por cierto, como es usual, el interés académico precede a la definición e implementación de políticas públicas<sup>3</sup>. En ello se sigue una tradición no alejada de lo ocurrido a nivel comparado con el acercamiento a la problemática de los adultos mayores.

En lo específico, la preocupación por las personas mayores, como grupo etario que requiere prestaciones especiales focalizadas más allá que las propias y clásicas de la Seguridad Social, fue abordada históricamente desde diferentes ámbitos con un enfoque de asistencialismo y caridad, causado por la pobreza y carencias de servicios, por ejemplo, asilos de ancianos, a cargo de entidades de beneficencia y religiosas, cuota mortuaria y mausoleos, por asociaciones mutuales, entre otras.

Un hito importante en la preocupación oficial por el tema en Chile lo constituye la creación del “Comité del Adulto Mayor” por parte de la Presidencia de la República, asociado al Gabinete de la cónyuge del Presidente de la República (“Primera Dama”), en los años noventa del siglo recién pasado. Con la instalación de dicha instancia se da paso a una consideración específica de los temas de los adultos mayores. Ese proceso avanza con la creación del Servicio Nacional del Adulto Mayor (en adelante, SENAMA) en el año 2002, por citar un hito legislativo de principal trascendencia en el país<sup>4</sup>, sin perjuicio como veremos, que los adultos mayores pensionados fueron autorizados a afiliarse para prestaciones de bienestar social, a las Cajas de Compensación de Asignación Familiar, en 1997.

### 1.1 Conceptos de adulto mayor

Conforme lo dispone el Artículo 1º de la Ley 19.828 de 2002, que crea el SENAMA, “para todos los efectos legales, llámase adulto mayor a toda persona que ha cumplido sesenta años (...) adulto mayor de la cuarta edad a quien ha cumplido ochenta años”<sup>5</sup>.

De esta forma, la conceptualización se da por cumplimiento de una edad determinada, sin referencia a una situación de salud específica, social o de otro orden, como estimamos debería ocurrir. Se sigue en ello el criterio de la Organización Mundial de la Salud (OMS). En las últimas décadas se

<sup>2</sup> Seguimos en esta introducción a Cifuentes Lillo, Hugo, Arellano Ortiz, Pablo y Walker Errázuriz, Francisco, *Seguridad Social. Parte general y pensiones*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2013, p. 529 – 539.

<sup>3</sup> El Instituto de Sociología de la P. Universidad Católica, desarrolló estudios sobre la materia en los años ochenta: Barros, Carmen y otros: *La vejez marginada. Situación del anciano en Chile*. Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1979.

<sup>4</sup> La forma como se aborda inicialmente la preocupación específica por los adultos mayores en Chile no difiere de otras experiencias en el ámbito comparado: es desde los Gabinetes Presidenciales, como este tema logra visibilidad.

<sup>5</sup> Este último concepto se introdujo en dicha disposición por el artículo único de la Ley 21.144 de 2019.

han propuesto varios modelos de estudio del envejecimiento que intentan darle una mirada más evolucionada así, siguiendo lo expresado por Alvarado y Salazar, distinguimos:

- “Envejecimiento exitoso, propuesto por Rowe, el cual hace referencia a la habilidad para mantenerse en bajo riesgo de enfermar, con un alto nivel de actividad física y mental y decididamente comprometido con la vida por medio del mantenimiento de relaciones interpersonales y de la participación en actividades significativas.
- Envejecimiento saludable, propuesto por la OMS (1998), definido como la etapa que comienza mucho antes de los 60 años. Esta solo puede obtenerse desarrollando desde edades tempranas hábitos y estilos de vida saludables, así como realizando prevención temprana de algunas enfermedades y discapacidades.
- Envejecimiento activo de la OMS (2002), enunciado como el proceso de optimización de las oportunidades de salud, participación y seguridad con el fin de mejorar la calidad de vida a medida que las personas envejecen. El término ‘activo’ hace referencia a una participación continua en aspectos sociales, económicos, culturales, espirituales y cívicos, no solo a la capacidad para estar físicamente activo o participar en la mano de obra, si se quiere hacer del envejecimiento una experiencia positiva con una vida más larga”<sup>6</sup>.

### 1.2 Pensión de vejez y cumplimiento de la edad legal

Para las mujeres la edad legal es a los 60 años y para los hombres a los 65 años. Se trata de una edad indicativa, ya que no es obligación acogerse a pensión cumplida dichas edades, ni tampoco se opone entrar en goce ella, permanecer prestando servicios con trabajador dependiente o independiente o retomar una actividad profesional, técnica o de otro tipo remunerada<sup>7</sup>.

Los afiliados, que cumplen la edad de pensión, sigan o no trabajando pensionados o sin hacerlo, pueden exceptuarse de cotizar.

A la vez, el régimen contributivo general por capitalización individual contempla la opción que los afiliados, entren en goce pensiones anticipadas, que califican jurídicamente como de vejez, antes de cumplir las edades legales indicativas mencionadas, de reunir los requisitos de saldos por capitalización en las respectivas cuentas individuales que le permita financiar una pensión con determinados requisitos mínimos de cuantía de la prestación<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Alvarado García, Alejandra y Salazar Maya, Ángela. Análisis del concepto de envejecimiento en Revista Gerokomos Vol. 25, N.º 2, Barcelona, junio 2014.

<sup>7</sup> Existe alguna excepción en relación con antiguos regímenes y los funcionarios públicos.

<sup>8</sup> De esta forma, el Art. 68 del DL 3.500 de 1980 señala que los afiliados podrán pensionarse antes de la edad legal (65 o 60 años de edad, para hombres y mujeres, respectivamente), siempre y cuando obtengan una pensión igual o superior al 70% del promedio de las remuneraciones imponibles percibidas y rentas declaradas de los últimos 10 años, y que, a la vez, la pensión sea igual o superior al 80% de la pensión máxima con aporte solidario (PMAS), vigente a la fecha en que se acoja a pensión (actualmente de \$467.894 o USD 650 aprox.).

## LOS ADULTOS MAYORES Y LAS PENSIONES POR VEJEZ EN CHILE

Lo mismo ocurre con la situación de las personas que efectúan trabajos calificados como pesados o penosos, situación en que tanto ellos como sus empleadores han debido efectuar cotizaciones adicionales<sup>9</sup>.

A algunos sectores minoritarios le es posible acceder a pensiones por retiro con anterioridad al cumplimiento de las edades indicadas, ya sea por cumplimiento de años o tiempo de servicio servido, en particular en los regímenes de pensiones de las Fuerzas Armadas, Orden y Seguridad (FF AA, O y S).

Como derecho garantizado para los adultos mayores pertenecientes al 60% de las familias más pobres, en tanto residentes en el país por al menos 20 años y cuenten con 65 años, y no tengan derecho a pensión contributiva, el Estado asegura una Pensión Básica Solidaria (primer pilar), ascendente a US\$ 250 en promedio.

La edad de pensionarse por vejez figura entre los temas de debate, entre otras razones, por el incremento de la expectativa de vida<sup>10</sup> y las condiciones de plena aptitud para prestar servicios en muchos adultos mayores, si no en la mayoría de ellos. La edad de envejecimiento y cierta disminución de las fuerzas físicas e intelectuales, se mantienen a plenitud, más allá de los 60 años. Retrasar la edad de pensionarse debe asociarse, entre otras materias, con una cultura por la mantención del empleo. Quizás, una de las razones porque el debate no ha ganado fuerza y regulación jurídica, es porque la edad legal no es obligatoria para retirarse y los datos estadísticos muestran que las personas se pensionan, en promedio, más allá de la edad legal señalada. Otra razón de peso son las condiciones de bajo monto que alcanzan las pensiones contributivas. La última, las dificultades de orden político de proponer un cambio que retrase la edad de pensionarse y se tienda a la uniformidad entre hombres y mujeres.

Sin entrar directo en la modificación del parámetro de la edad —como deberá efectuarse en el momento político legislativo pertinente—, la legislación de Seguridad Social en pensiones ha ido introduciendo prestaciones de distinto orden a los que acceden los adultos mayores sólo al alcanzar los 65 años.

Es así como la Ley 20.255 de 2008, contempló algunos incentivos a favor de la mujer que desea trabajar hasta los 65 años, sin pensionarse, como el caso del Seguro de Invalidez y Sobrevivencia

<sup>9</sup> En esta materia, la regla general en el derecho chileno es que los afiliados que desempeñen o hubieren desempeñado labores calificadas como pesadas y no cumplan los requisitos generales para pensionarse anticipadamente, podrán obtener una rebaja de la edad legal, de dos años por cada cinco que hubieren efectuado la cotización por trabajos pesados, con un máximo de 10 años y siempre que al acogerse a pensión tengan un total de 20 años de cotizaciones o servicios computables. Esta rebaja será de un año por cada cinco, con un máximo de 5 años, si la cotización es por trabajos menos pesados (Art. 68 bis, DL 3.500 de 1980).

<sup>10</sup> Desde 1985 a 2017 las expectativas de vida aumentaron. A su edad de jubilación (65 años para hombres y 60 para mujeres), los hombres aumentaron su expectativa en 3,8 años y las mujeres en 6,22 años. Fuente del año 1985 con tabla RV1985, año 2017 con tablas RV2014 con FM al 2017. [https://www.cmfchile.cl/normativa/ngc\\_398\\_2015.pdf](https://www.cmfchile.cl/normativa/ngc_398_2015.pdf) [Revisado el 19.07.2021].

## LOS ADULTOS MAYORES Y LAS PENSIONES POR VEJEZ EN CHILE

(SIS)<sup>11</sup>. Por otro lado, las afiliadas sólo pueden reclamar la bonificación fiscal por hijo nacido vivo, cuando reúne los 65 años<sup>12</sup>.

Es posible sostener que, en la actualidad a partir de la reforma previsional del año 2008 (Ley 20.255), la gran mayoría de los adultos mayores acceden a pensión por alguna de las vías enunciadas y aquellos que pertenecen a los tres primeros quintiles más pobres, han alcanzado o incrementado su nivel de ingreso, con base a las prestaciones del pilar solidario<sup>13</sup>. En apartados posteriores encontraremos una mayor precisión y datos al respecto.

## 2. SISTEMA DE PENSIONES CHILENO

### 2.1 Establecimiento y evolución

La Seguridad Social chilena por pensiones tiene sus orígenes en la legislación de principios del siglo XX. Con anterioridad, poco existía en términos normativos en la materia<sup>14</sup>.

De primera importancia son las llamadas “leyes sociales” aprobadas por el Congreso Nacional en 1924. Por dicha legislación se establecieron las bases del sistema de Seguridad Social, entre ellas las de pensiones, normativa inspirada en los criterios de las leyes de Bismarck. De esa forma el proceso evolutivo de la Seguridad Social chilena se lleva a cabo en el marco del modelo de los seguros sociales (1924 – 1973) y el desarrollo del sistema no obedeció a una programación previa. La tendencia a la universalización a la mayor parte de la población y por la mayoría de las prestaciones se vive en los 50 años siguientes, a partir de la generalización de los seguros creados para sectores determinados.

Entre otros hitos de ese periodo, el año 1952 se crea el Servicio de Seguro Social, para pensiones de obreros y el Servicio Nacional de Salud. La lógica del Plan Beveridge está presente en la dictación de esta normativa y en muchas de las que se aprobaron a en los años siguientes.

<sup>11</sup> Extendió la protección del SIS de las mujeres desde los 60 hasta los 65 años, con la finalidad de favorecer la postergación de la edad de jubilación y mejorar la cobertura del SIS a las afiliadas cotizantes. Dicho seguro, financiado por el empleador, pretende dar seguridad que las pensiones alcancen un porcentaje de la pensión de referencia de no permitirlo el saldo en la cuenta de capitalización individual.

<sup>12</sup> Aporte adicional por cada hijo nacido vivo, con la finalidad de incorporar un monto específico a las cuentas de capitalización individual de las afiliadas, que permite aumentar la cuantía de la pensión de vejez, asociado a la crianza.

<sup>13</sup> Con anterioridad al 2008 los carentes de recursos mayores de 65 años, residentes en el país, postulaban al beneficio de pensión asistencial (DL N° 869, de 1979), de financiamiento fiscal, de monto de un 40% de la actual básica solidaria, que se consagró como un derecho de las personas (65 US\$, aprox).

<sup>14</sup> Novoa Fuenzalida, Patricio, *Derecho de la Seguridad Social*, Editorial Jurídica, Santiago, 1977. En las páginas 32 y ss., desarrolla los “Antecedentes de la Seguridad Social en Chile”.

## LOS ADULTOS MAYORES Y LAS PENSIONES POR VEJEZ EN CHILE

A fines de la década del cincuenta ya se proponen modificaciones profundas al sistema de pensiones; existía el convencimiento de que con el ritmo de crecimiento que se experimentaba, a corto plazo se provocaría una serie de problemas para los diversos seguros sociales de difícil solución, fundamentalmente de sostenibilidad financiera<sup>15</sup>.

Un juicio global del período hace necesaria algunas precisiones, a efectos de reconocer las deficiencias y posibilidades de mejora de nuestro sistema a principios de la década de los setenta.

- a. El sistema de protección era altamente engorroso, dada su estratificación, duplicidad y heterogeneidad<sup>16</sup>.
- b. Los beneficios que otorgaban los distintos regímenes, aunque referidos a las mismas prestaciones, eran deficientes en su intensidad, formas de contribución y procedimientos administrativos para su obtención.
- c. Las características principales en el ámbito financiero, se relacionan con las propias de los seguros profesionales: originalmente el sistema y especialmente, para las prestaciones de largo tiempo, se organizó con base a la acumulación de reservas, "prima media uniforme", pero lentamente fue evolucionando hacia la técnica financiera del reparto puro, de tal manera a que 1973<sup>17</sup>, en general, el sistema funcionaba con esta fórmula.
- d. El sistema administrativo era a inicios de los años setenta de tipo mixto, y estaba estructurado en base a instituciones semipúblicas, que funcionaban en forma poco armónica y con falta de uniformidad<sup>18</sup>.

Con la instauración de la dictadura militar en 1973, se inicia en el país y en particular en el área económica y social, una serie de cambios profundos, producto de una nueva concepción de la sociedad que se aspira modificar. Las transformaciones, que a poco andar pasan a denominarse "mo-

---

<sup>15</sup> La escueta presentación de la evolución del sistema en el ámbito de personas y contingencias cubiertas en el período requiere de otras precisiones, especialmente, en cuanto a los sectores cubiertos y las formas de protección, para tal efecto, ver Arellano Marín, referido en cita siguiente.

<sup>16</sup> Piñera Echenique, José, *El cascabel al gato*, 1<sup>a</sup> Edición, Editorial Zig-Zag, Santiago, 1991; Arellano Marín, José Pablo, *Políticas Sociales y Desarrollo: 1924-1984*, CIEPLAN, Santiago, 1985. En la página 88 indica "A pesar de la notable expansión del sistema y de su amplia cobertura en términos de población y riesgos existía, durante la mayor parte del período, el deseo de racionalizarlo para corregir las deficiencias que presentaba. Las críticas apuntaban principalmente, a la multiplicidad de instituciones y a las diferencias en el tratamiento de distintos grupos"; Mesa-Lago, Carmelo, *El Desarrollo de la Seguridad Social en América Latina*, CEPAL, Santiago, 1985, pp. 99 y ss.

<sup>17</sup> Año del golpe militar que transformará el sistema.

<sup>18</sup> Mesa-Lago, Carmelo, *El Desarrollo de la Seguridad Social en América Latina*, CEPAL, Santiago, 1985, pp. 99 y ss. Al respecto ver también: ARELLANO MARIN, J. P., *Políticas Sociales y Desarrollo: 1924-1984*, CIEPLAN, Santiago, 1985, pp. 86 y ss. y también revisar MESA-LAGO, Carmelo, *El Desarrollo de la Seguridad Social en América Latina*, CEPAL, Santiago, 1985, pp. 105 y ss.

## LOS ADULTOS MAYORES Y LAS PENSIONES POR VEJEZ EN CHILE

dernizaciones", se ven favorecidas por las condiciones político-sociales creadas con el advenimiento del nuevo régimen de concentración del poder social y político.

La premisa de ampliar la libertad individual en el área económica, de forma que el consumidor, en el régimen de libre mercado, cuente con mayores opciones donde ejercer su libertad, son "el discurso que justifica todas las reformas" que se implementan en el campo económico social.

En los últimos años de la década de los setenta, toma fuerza y espacio político la idea de transformar la estructura de la Seguridad Social en pensiones, en los términos que conocemos, es decir, instaurando un régimen de capitalización individual.

Con estos fundamentos, paulatinamente, se introducen una serie de reformas al sistema que concluyen en la dictación de los Decretos Leyes 3.500 y 3.501, ambos de 1980.

Las características principales de las reformas introducidas a partir de los decretos leyes indicados y sus normas complementarias, son:

- a. La reforma afectó los regímenes de pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia.
- b. La afiliación al régimen es obligatoria, única y permanente para todos los trabajadores por cuenta ajena y voluntaria para los independientes (autónomos), quienes, de integrarse, lo hacen en las mismas condiciones que los dependientes<sup>19</sup>.
- c. Se elimina la contribución bipartita manteniéndose sólo la cotización de los afiliados. A ello se puede adicionar el ahorro previsional voluntario que irá tomando mayor forma jurídica en los años posteriores a 1981.
- d. La administración del régimen está a cargo de sociedades anónimas especiales y de giro exclusivo, las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), encargadas de la recaudación e inversión de los fondos generados por concepto de cotización del afiliado para estas prestaciones. El control del régimen corresponde a una entidad pública autónoma, la Superintendencia de AFP, actual de Pensiones.
- e. El Estado, por la Ley 20.255 de 2008 (28 años después de la instauración de la capitalización individual), asegura el derecho a pensión a la población sin acceso a ella y complementa la de montos bajos y que reúnen requisitos de focalización social, entre otros. Todo ello con el fin de cumplir con los pisos mínimos de pensión y atender a una realidad que se iba acentuando con el paso de los años: el bajo nivel de las prestaciones.

---

<sup>19</sup> El personal de las Fuerzas Armadas, Carabineros, Orden y Seguridad, conservan sus Cajas de Previsión.

### 2.2 Sistema de Pilares: Solidario, Contributivo Obligatorio y Contributivo Voluntario

A finales del siglo pasado, el Banco Mundial evacuó un estudio sobre la crisis de la vejez, en el que menciona la necesidad de tres fundamentos básicos o pilares, los que varían según su naturaleza legal, régimen financiero, contribuciones, beneficios y administración:

- “a. un primer pilar obligatorio, con objetivos de redistribución y seguro, un beneficio mínimo garantizado o uniforme, financiado por impuestos y administrado por el sector público;
- b. un segundo pilar, también obligatorio, cuyos objetivos son el ahorro y el seguro, con beneficios no definidos y contribuciones definidas, a través de un plan de ahorro individual (sólo contribuye el asegurado) o del empleador o la empresa (en que contribuyen el asegurado y el empleador, ...) administrado por el sector privado pero regulado por el Estado; y
- c. un tercer pilar, voluntario, similar en el resto al segundo pilar”<sup>20</sup>.

En esa lógica se constituye actualmente el sistema general de pensiones chileno ya establecido a esa fecha, en que nos encontramos con un componente contributivo obligatorio, como principal forma de la constitución de la pensión hasta ahora, mediante las aportaciones que efectúan los afiliados al sistema de capitalización individual, administrado por las AFP, lo que se complementa con diversos tipos de ahorro voluntario, tanto en las mismas Administradoras como en otras instituciones financieras autorizadas, según definición del afiliado.

Al modelo anterior, de inicios de la década de los 80, como ya se tuvo oportunidad de mencionar en el apartado anterior, se incorporó el pilar solidario, regulado por la Ley 20.255 de 2008 y que establece Pensiones Básicas Solidarias (PBS) y Aportes Previsionales Solidarios (APS) tanto ante la contingencia social de la vejez, como de la invalidez, todo administrado por un ente público, el Instituto de Previsión Social (IPS), y cuyo financiamiento es exclusivamente fiscal, con cargo al Presupuesto Anual de la Nación, sujeto a reglas de sostenibilidad determinadas a través del fondo de reserva de pensiones solidarias<sup>21</sup>.

### 2.3 Principales observaciones al actual sistema general de pensiones: Retos, aspectos estructurales y paramétricos

El análisis, se realiza considerando los factores claves de la Seguridad Social, esto es, población cubierta, prestaciones aseguradas, financiamiento y administración, gestión y gobernanza.

<sup>20</sup> Banco Mundial, *Nota resumen. Informe Banco Mundial sobre la crisis de la vejez (Averting the old age Crisis: Policies to Protect the Old and Promote Growth)*, 1994. Sitio web: [http://white.iim.ilo.org/spanish/260ameri/oitreg/activid/projectos/actrav/projectos/proyecto\\_ssos/act\\_subregionales/paises\\_andinos/documentos/23\\_26\\_mayo2011/notaresumen\\_informebandomundial.pdf](http://white.iim.ilo.org/spanish/260ameri/oitreg/activid/projectos/actrav/projectos/proyecto_ssos/act_subregionales/paises_andinos/documentos/23_26_mayo2011/notaresumen_informebandomundial.pdf) [Revisado el 15.06.2021].

<sup>21</sup> Sin perjuicio de, sin ánimo de ahondar en la presente publicación, que la Ley 21.190 de diciembre de 2019, en su Art. 1º modificó la forma de financiar los Aportes Previsionales Solidarios para las pensiones contributivas de vejez e invalidez, en cuyo caso primeramente se complementan las pensiones con el mismo saldo acumulado en la AFP y, al agotarse el mismo, es el Estado, a través del IPS, quien se hace responsable del entero total de la pensión.

## LOS ADULTOS MAYORES Y LAS PENSIONES POR VEJEZ EN CHILE

La población adulta mayor que cuenta con pensión de vejez en Chile, a diciembre de 2020, según datos oficiales de la Superintendencia de Pensiones, alcanza a un total aproximado de 2.706.169, de los cuales, 1.894.584 corresponden a pensionados del sistema de AFP; 407.108 beneficiarios de Pensión Básica Solidaria de vejez, así como 295.358 por vejez y antigüedad de antiguos sistemas de reparto, gestionados por el IPS; asimismo, un total de 38.151 por antigüedad de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile (DIPRECA) y 70.968 por retiro en la Caja de Previsión de la Defensa Nacional (CAPREDENA)<sup>22</sup>, todos los anteriores representan alrededor de un 14% de la población, considerando una estimación total de la misma, según proyección de población del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) 2020 en base a Censo 2017, de 19.458.310 habitantes.

Debemos tener presente que, atendido que los hombres alcanzan pensión a los 65 años por regla general, cuando hablamos de pensionados adultos mayores, no necesariamente nos referimos a población con 60. Dado que nuestra legislación no asocia el ser adulto mayor con pensionarse, como regla, lo cual ya tuvimos ocasión de precisar.

Una de la debilidad del sistema está representada por los sectores de la población que, cumpliendo 65 años sin derecho a pensión previsional, no califican por estar fuera del 60% más pobre o por no reunir 20 años de residencia en Chile, lo que también podría afectar a futuro a migrantes que se están radicando en el país, que en muchos casos no podrán computar el requisito de residencia para estas pensiones o aportes no contributivos<sup>23</sup>, lo que se agravaría en caso de emigrar a otra nación o al de origen, de no estar vigente el Convenio Multilateral Iberoamericano (CMISS), que promueve la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) o alguno bilateral.

Actualmente se discute en el Congreso Nacional un proyecto de reforma previsional, que, entre las diversas materias, incluye avanzar gradualmente a dar cobertura al 80% de los adultos mayores, en las condiciones ya señaladas. Para otros sectores, la cuestión es llegar a dar cobertura universal, vía una Pensión Básica Universal (PBU), con una prueba de exclusión de las más altas rentas<sup>24</sup>.

En un segundo lugar, al analizar la prestación por vejez y su nivel de suficiencia —el objetivo principal de la Seguridad Social, y en este caso de las pensiones—, es que ella asegure una renta sustitutiva al llegar a adulto mayor pensionado, de no poder continuar en el mercado laboral, sea por razones físicas, psicológicas o incluso personales.

---

<sup>22</sup> Gálvez, Recaredo y Kremerman, Marco, "Pensiones por la Fuerza. Resultados del sistema de pensiones de las Fuerzas Armadas y de Orden" respecto datos DIPRECA y CAPREDENA a 2019, según Estudio de la Fundación Sol ISSN 0719-6695, junio 2020. Sitio web: <https://media.elmostrador.cl/2020/06/PPF2020.pdf> [Revisado el 15.06.2021].

<sup>23</sup> Todo lo señalado tiene presente la nueva Ley de Migraciones, N.º 21.325 de 20.04.2021, que señala en su Art. 16 inciso 1º, al referirse al acceso a la Seguridad Social y beneficios de cargo fiscal, que "para el caso de las prestaciones de seguridad social y acceso a beneficios de cargo fiscal, los extranjeros podrán acceder a éstos, en igualdad de condiciones que los nacionales, siempre y cuando cumplan con los requisitos que establezcan las leyes que regulen dichas materias (...)".

<sup>24</sup> Boletín 12.212-13, actualmente en segundo trámite constitucional ante el Senado de Chile.

## LOS ADULTOS MAYORES Y LAS PENSIONES POR VEJEZ EN CHILE

En el régimen contributivo por capitalización individual, la contribución es definida, la que se basa en la acumulación de cotizaciones y los resultados de las inversiones a cargo de las AFP (rentabilidad), motivo por el cual, del capital así reunido, se determina la cuantía de la prestación en función de expectativa de vida, la existencia de beneficiarios de pensión de sobrevivencia y la modalidad de pensión por la que se opte, básicamente, retiro programado y renta vitalicia<sup>25</sup>. Adicionalmente, la pensión resultante, se complementa con el Aporte Previsional Solidario (APS) en caso de pensiones bajo un determinado monto, la Pensión Máxima con Aporte Solidario (PMAS), que asciende actualmente a un monto cercano a US\$ 650 en promedio, aporte que se determina conforme a un cálculo actuarialmente justo en relación con la historia de cotizaciones personales.

Estas pensiones pueden complementarse a la vez, con los ahorros acumulados en el llamado tercer pilar, que corresponde a ahorros voluntarios del afiliado, aportes directos del empleador y planes de empresa, conocidos, como ahorro previsional colectivo<sup>26</sup>, figuras de escaso alcance a la fecha, salvo para sectores niveles de ingresos elevados. Este programa cuenta con beneficios tributarios, en tanto dichos fondos se destinen a financiar pensiones.

La cuestión principal de debate en Chile en relación con las prestaciones de Seguridad Social para los adultos mayores se relaciona con la cuantía de la pensión, en la que, a diciembre 2020, nos encontramos con prestaciones por vejez al cumplimiento de la edad legal con promedios en hombres de \$257.000 (US\$ 360 aprox.) y de \$152.000 (US\$ 210 aprox.) respecto de las mujeres, ambos casos muy distantes del actual sueldo mínimo de Chile de \$326.500 (US\$ 455 aprox.), en particular en el caso de las mujeres, según datos de la Superintendencia de Pensiones.

En lo que se refiere al financiamiento, las pensiones de vejez contributivas tienen por base las cotizaciones del 10% de las remuneraciones de los trabajadores afiliados, que estos deben efectuar obligatoriamente. A ello se puede adicionar los aportes voluntarios provenientes del trabajador o su empleador, para mejorar el saldo para pensionarse o la ya constituida. Esto último, como parte del pilar contributivo voluntario, recién explicado.

En tanto, las pensiones solidarias y los aportes complementarios solidarios tienen por fuente financiera recursos fiscales, determinados conforme el presupuesto de la nación como un gasto permanente del Erario, de forma de asegurar su sostenibilidad.

<sup>25</sup> Cifuentes Lillo, Hugo. "Sistema de Seguridad Social Chileno. Descripción y aspectos generales", Ediciones UC, Santiago, 2018, pág. 19 y 20: En cuanto al Retiro Programado, por esta modalidad el afiliado autoriza a la AFP de afiliación u otra a la que desee cambiarse, para que retire anualmente de su cuenta individual una cantidad de dinero definida, con la cual se financia una pensión anual pagada en doce mensualidades. Diverso lo anterior de la Renta Vitalicia Inmediata, en la que se expresa en la celebración de un contrato entre el afiliado y una compañía de seguros de vida, por el cual el beneficiario se obliga a transferir sus fondos previsionales (o la parte que se determine, conforme la variante de renta vitalicia que se convenga) a la entidad aseguradora que elija (cumpliendo, así, con su obligación en el contrato de seguro), y ésta asume la responsabilidad de pagar una pensión mensual desde el momento en que suscribe el contrato hasta su fallecimiento y, producido este, se entrega una prestación de sobrevivencia a sus beneficiarios o causahabientes.

<sup>26</sup> Contrato suscrito por el empleador con instituciones financieras autorizadas, conforme al cual contribuyen empleador y trabajador para mejorar el saldo de la cuenta individual.

## LOS ADULTOS MAYORES Y LAS PENSIONES POR VEJEZ EN CHILE

Como se señaló en unos párrafos más arriba, los saldos en las cuentas de capitalización obligatoria son bajos en relación con la renta sustitutiva a otorgar, conforme a base de cálculo, ello tiene como antecedentes: la baja tasa de cotización, frente a una población con una expectativa de vida cada vez más elevada, especialmente de las mujeres. Se agrega a ello, las llamadas "lagunas previsionales", es decir, los períodos de baja laboral, sin aportes de ningún tipo a las cuentas individuales.

Son estos últimos antecedentes que influyen decididamente en la baja cuantía de las pensiones de vejez. Se agrega a lo dicho —sin efecto directo en el saldo—, que la cotización para pensiones de vejez es sólo de cargo del afiliado. El sistema contributivo, no considera cotizaciones solidarias intra e intergeneracional. Todos estos aspectos son motivo de propuestas de reformas legislativas radicales en el Congreso Nacional.

Finalmente, en cuanto a la administración del sistema de pensiones. Ella está entregada por el Estado —responsable de la creación, promoción, regulación y supervisión del sistema<sup>27</sup>— a sociedades anónimas con objeto exclusivo —las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP)—, que afilian, recaudan, registran, invierten los aportes y participan en la constitución de las pensiones de vejez (también las de invalidez común y por sobrevivencia), todo a cambio de una comisión sobre los montos cotizados libremente fijados por la Administradora y conforme las bases generales determinadas por la legislación, que entrega toda la supervisión del sistema a una Superintendencia específica, como ya se indicó.

La gestión encomendada por ley a las AFP se encuentra con serios cuestionamientos de legitimidad, y se entiende que una de las reformas a efectuar al sistema de pensiones, importa modificaciones estructurales a este modelo de gestión.

En lo que se refiere a las prestaciones del pilar solidario, como se señaló con anterioridad, ellas están encomendadas, en cuanto a la PBS, al Instituto de Previsión Social (IPS), servicio público que califica a los solicitantes, otorga la prestación y efectúa seguimiento del cumplimiento de las condiciones que permitieron acceder al adulto mayor con 65 o más años a la prestación. Los complementos o Aportes Previsionales Solidarios a las pensiones contributivas son gestionados por la AFP o Compañía de Seguros de Vida (CSV), pagadoras de la pensión, sin perjuicio de enterar los montos por el IPS a estas instituciones.

Por su parte, en lo que se refiere a los ahorros constitutivos del tercer pilar registrados en la misma u otra AFP o una entidad financiera debidamente autorizada, y los saldos allí integrados se deben

<sup>27</sup> Art. 19 n°18 de la Carta Magna:

"La Constitución asegura a todas las personas:

*El derecho a la seguridad social.*

*Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.*

*La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.*

*El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social".*

transferir a la AFP o Compañía de Seguros de Vida en la que se constituye la pensión al momento de ejercer el derecho a pensionarse por el afiliado o, incluso, pueden retirarse con anterioridad a ello, debiendo pagar el impuesto correspondiente por la alteración a la finalidad de Seguridad Social del monto rescatado.

### 3. PRESTACIONES ADICIONALES A LAS PENSIONES

¿Qué entendemos por estas prestaciones? Primero, decir que son aquellos beneficios complementarias de las de pensiones y pueden ser en dinero, especies o servicios.

Nos referimos, entre otras a: complementos en dinero por acompañamiento de un adulto mayor dependiente severo y/o bonificaciones en dinero por costos de prestaciones de salud por la condición de adulto mayor. En especie, es el caso de acceso a medicamentos específicos propios de enfermedades de los adultos mayores, centros recreacionales y de actividades asociadas a la condición de tercera edad, etc.

En el país tales prestaciones — propias de la rama del bienestar social —, se otorgan por entidades públicas o privadas de Seguridad Social o no. Entendiendo que ellas refieren a un conjunto de beneficios que pueden incluir subsidios familiares (asignaciones), programas de descanso y recreación, reeducación profesional, y crédito social entre otras, las que se financian fundamentalmente con cargo a contribuciones estatales, municipales y patronales, según la prestación de que se trate y la entidad encargada<sup>28</sup>.

#### 3.1 Rol de entidades públicas y privadas

El Estado tiene radicada la definición y concreción de las políticas públicas y los programas correspondientes en apoyo a los adultos mayores en el Ministerio de Desarrollo Social y la Familia (MINDES) y más concretamente, en el Servicio Nacional del Adulto Mayor (SENAMA), al cual ya hemos tenido ocasión de referirnos.

En Chile existe una importante tradición de cooperación de entidades privadas, originadas en cuerpos intermedios de la sociedad en el desarrollo de prestaciones de Seguridad Social, en particular de bienestar social que empiezan a asumir actividades en favor de los adultos mayores, lo que se ha expandido en las últimas décadas, es el caso de fundaciones y corporaciones.

Las principales entidades privadas de Seguridad Social que asumen como sus afiliados a los adultos mayores, en tanto pensionados, son las Cajas de Compensación de Asignación Familiar (Cajas o CCAF), en virtud de la Ley 19.539, de 1997.

<sup>28</sup> CIEDESS, OISS y Asociación de Cajas, *Servicios Sociales en Chile*, Santiago, 2006, p.28.

Por otra parte, se encuentran fundaciones benéficas asociadas a las Iglesias, como "El Hogar de Cristo" de la Compañía de Jesús y la Fundación Las Rosas, entre otras que acogen a adultos mayores, a través de hogares, que efectúan una protección, si bien no universal, de todas formas, importante en la cobertura de la contingencia social de la vejez, ante el cuidado a los mayores más desvalidos. Otro importante espacio en el apoyo de los adultos mayores, lo encontramos en los Municipios y en los diversos centros públicos con facultades de cuidado de mayores, como los Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores (ELEAM) del SENAMA, es decir, residencias o centros de apoyo para personas mayores que, por motivos biológicos, psicológicos o sociales, requieren de un medio ambiente protegido y cuidados diferenciados para la mantención de su salud y funcionalidad.

### 3.2 Acceso a prestaciones de salud

Los adultos mayores, en cuanto pensionados y o activos cotizantes, tienen cobertura de salud en las modalidades que contempla en sistema chileno, constituyendo uno de todos los sectores de la población con protección general.

En complementación con lo anterior se consideran programas específicos de salud, asociados a padecimientos específicos y que influyen en su calidad de vida, como controles médicos determinados, planes por diabetes, hipertensión, incluso cuidado de la salud dental desde el momento de cumplir los 60 años.

En la línea anterior, las entidades de bienestar social a cargo de las Cajas o servicios específicos de empresas o entidades públicas, consideran programas de apoyo en salud directamente a través de atención y controles preventivos, como en devolución o recuperación de parte de los costos asociados a las atenciones médicas que requieren aportes del afiliado o beneficiario en el sistema general de salud y enfermedad.

A su vez, el Estado se hace cargo de las cotizaciones por Seguridad Social en salud, conforme Ley 20.864 de 2015, de todos los pensionados, en tanto el adulto mayor pertenezca a los cuatro primeros quintiles de la economía, acreditada residencia en el país por un lapso no inferior a 20 años continuos o discontinuos, contados desde que el peticionario haya cumplido 20 años. Además, durante los últimos 5 años, deben haber residido 4 años en Chile por lo menos, requisitos que se replican, como vimos, en la obtención de las prestaciones asociadas al pilar solidario de pensiones. Finalmente, la cotización de salud equivale a un 7% de las remuneración, renta o pensión del adulto mayor, de la cual quedan liberados los beneficiarios señalados.

### 3.3 Prestaciones de Protección Social

Partimos de la base que hoy se distinguen dos conceptos, pero muy vinculados entre sí: Protección Social y Seguridad Social, lo que es producto de un cambio, tanto en la doctrina, como en la legislación de los últimos 20 años, a partir de las profundas transformaciones experimentadas en el ámbito

## LOS ADULTOS MAYORES Y LAS PENSIONES POR VEJEZ EN CHILE

comparado en los aspectos económicos, sociales y laborales, las cuales se han recogido por la OIT en sus Recomendaciones y Convenios<sup>29</sup>, así como en organismos internacionales como la OISS.

Entendemos esta forma la protección social como un “conjunto de políticas públicas de orden económico social, orientadas a la integración social y, por tanto, a dar mayor cohesión social, mediante la entrega de determinadas prestaciones a sectores de la población que se encuentran marginados o con dificultades de integración, como es el caso de las personas mayores, familias numerosas, discapacitados, entre otras”<sup>30</sup>.

En el entendido indicado, existen beneficios para los adultos mayores que han adquirido permanencia, como son los casos del “bono de invierno” y el “bono bodas de oro”, que explicaremos a continuación, sin perjuicio de que son múltiples los beneficios de protección social a los adultos mayores, entre los que se encuentran los siguientes, según cada Ministerio conforme la Guía de Principales Beneficios del Estado para las Personas Mayores 2020 - 2021<sup>31</sup>:

1. Ministerio de Desarrollo Social y Familia: Red Local de Apoyos y Cuidados – SNAC y Sistema de Apoyos y Cuidados; Programa Cuidados Domiciliarios de SENAMA; Establecimientos de Larga Estadía para Adultos Mayores (ELEAM); Defensor Mayor; Programa Envejecimiento Activo; Centros Diurnos; Condominios de Viviendas Tuteladas; Fondo Nacional de Proyectos Inclusivos (FONAPI); Programa Voluntariado País de Mayores; Apoyo Integral al Adulto Mayor Vínculos-SS y OO; y Comunas Amigables con las Personas Mayores; entre otros.
2. Ministerio de Salud: Gratuidad desde los 60 años en FONASA para el 80% de los adultos mayores; Rebaja en el precio de medicamentos; Atención Preferente para Personas de 60 años y más y Personas con Discapacidad; Unidades Geriátricas de Agudos (UGA) en Hospitales de Alta Complejidad; Examen Anual de Medicina Preventiva del Adulto Mayor (EMPAM); Programa Nacional

<sup>29</sup> OIT 2001, 89º Conferencia. Memorándum: “Un informe elaborado por la Oficina (Seguridad social: temas, retos y perspectivas, Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 89.a reunión, 2001) servirá de base para la discusión. En el informe se trata la seguridad social como un elemento primordial del trabajo decente y se examinan las posibles formas de remediar la falta de cualquier tipo de protección social que sufre la mayoría de los trabajadores de muchos países. Se reseñan asimismo los nuevos retos que la mundialización plantea a la seguridad social, en razón del aumento de la movilidad del capital y de sus consecuencias en los mercados financieros y en la estabilidad económica. Se presta especial atención a las repercusiones sociales y económicas de la seguridad social, que constituyen un aspecto central del debate sobre este tema. En el informe se analizan no sólo las medidas formales adoptadas para garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres sino también las diversas maneras en que la seguridad social puede contribuir, en la práctica, a fomentar la igualdad de género. Los efectos del envejecimiento de la población y de la mundialización en la financiación de la seguridad social se estudian también detalladamente. Se analizan además los diferentes sistemas de financiación, así como el papel del Estado como último garante de esa financiación. Por último, en el informe se pone de manifiesto que cualquier ampliación y mejora de la protección social exige el fortalecimiento del diálogo social y la creación de asociaciones entre los diversos actores participantes”.

<sup>30</sup> Cifuentes Lillo, Hugo, Arellano Ortiz, Pablo y Walker Errázuriz, Francisco, *Seguridad Social. Parte general y pensiones*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2013, pág. 45-46.

<sup>31</sup> SENAMA. “Guía de Principales Beneficios del Estado para las Personas Mayores 2020 – 2021”. Sitio web: <http://www.senama.gob.cl/storage/docs/GB2020-2021.pdf> [Revisado el 15.06.2021].

## LOS ADULTOS MAYORES Y LAS PENSIONES POR VEJEZ EN CHILE

de Inmunizaciones (PNI) con foco en Personas Mayores; Programa de Alimentación Complementaria para el Adulto Mayor (PACAM); Atención Domiciliaria para Personas con Dependencia Severa; Salud Oral Integral del Adulto de 60 Años; entre otros.

3. Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones: Tarifas diferenciadas para adultos mayores en medios de transporte públicos, entre ellos, el Metro.
4. Ministerio del Trabajo y Previsión Social: Aguinaldos de Fiestas Patrias y Navidad; Subsidio Familiar para Personas de Escasos Recursos; Formación en el Puesto de Trabajo-Experiencia Mayor y Capacitaciones SENCE; entre otros.
5. Ministerio de Economía: Capital Semilla Emprende Adulto Mejor y Programa Vacaciones Tercera Edad de SERNATUR.
6. Ministerio de Hacienda: Rebaja Contribuciones - Beneficio Adulto Mayor (BAM).

### 3.3.1 Bono de Invierno

El bono de invierno ha sido reconocido y asignado a través del artículo 20º de la Ley N° 20.883, fijando su monto.

Es una prestación/transferencia fiscal de orden económica pagadera una vez al año, no postulable, destinadas a aquellas personas mayores de 65 años pensionadas (en cualquier régimen previsional o pilar asistencial), que reciban por tal concepto una pensión de cálculo menos US\$237 aproximadamente mensuales, sin incluir el Aporte Previsional Solidario (APS), en su caso.

Es pagadera por una sola vez al 1º de mayo de cada año y corresponde a un monto de US\$ 92 aprox. al 2021, el que es actualizado cada año y se paga a través de la institución administradora de la pensión, sea esta pública o privada.

Como prestación asistencial, pagadera una sólo vez en el año, no calificable como renta básica solidaria, beneficia a un determinado grupo etario en la medida que estas personas estén recibiendo pensión, sin que para su determinación sea necesario cumplir requisitos de calificación socioeconómica más allá que la pensión no exceda un determinado límite de ingreso como ya se señaló. Se trata entonces de un complemento de las pensiones previsionales o no contributivas que reciban los adultos mayores, pensionados, cuando su ingreso se encuentra bajo un determinado monto y que pretende apoyar en gasto que les genera el invierno.

### 3.3.2 Bono Bodas de Oro

Es una transferencia económica que se otorga por una sola vez a todos aquellos cónyuges y personas viudas que demuestren que han cumplido cincuenta o más años de matrimonio y que integren o sean parte del 80% de hogares de menores ingresos promedio (cuatro primeros quintiles), según tramo de calificación socioeconómica del Registro Social de Hogares (RSH), que gestiona el Ministerio de Desarrollo Social y Familia (MDS).

Para ser beneficiarios de esta prestación, las parejas deben cumplir o haber cumplido 50 años de matrimonio, acreditando además residencia en un mismo hogar por más de 4 años, dentro de los 5 años anteriores al momento de la solicitud, el que prescribe de no solicitarse en el plazo de 1 año.

El monto del bono se reajusta el 1 de octubre de cada año en el 100% de la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor (IPC), determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE).

El bono, durante el año 2021, corresponde a un total US\$ 470 aprox. y se entrega por una sola vez en partes iguales a cada cónyuge vivo, es decir, US\$ 235 aprox. a cada cónyuge. Esta prestación económica no tiene una finalidad particular o específicamente asistencial, más allá que los destinatarios de la prestación integren como matrimonio al 80% más pobre de la población. Se excluye de acceder al "bono" a los matrimonios con mayores ingresos por pertenecer al quintil más alto de la economía: una especie de prueba de ingresos para excluir al quinto quintil de la economía. La prestación no se asocia a ninguna otra de calidad previsional de los cónyuges, ni edad ni situación de marginación de ningún tipo. Tampoco puede estimarse como asistencial típica. Sin duda es un estímulo económico para cónyuges con largo matrimonio y que lo más probable es que cuente con pensión de algún tipo. Por cierto, no calza con una renta básica de subsistencia.

## 4. CONSIDERACIONES FINALES

En vista de lo expresado a lo largo de este artículo, corresponde indicar alguna consideraciones sobre las dificultades del sistema de pensiones y la protección a los adultos mayores, así como de algunas propuestas para la construcción de una política y normativa global en favor de los adultos mayores en Chile:

- a. Chile cuenta con un sistema de pensiones que no entrega prestaciones de ese tipo por alcanzar la edad que la OMS y la legislación nacional asigna a quien califica como adulto mayor, salvo para la mujer que es afiliada al sistema de pensiones contributivas. La regla para los hombres son los 65 años. Tampoco el sistema contempla un retiro definitivo del mercado de trabajo por alcanzar la edad del pensión.
- b. La tendencia legislativa, desde el año 2008, es promover la permanencia como afiliado cotizante (ya independiente o dependiente) de los adultos mayores hasta los 65 años, edad en la que se pueden pensionar los varones. Esta tendencia se concreta en que los beneficios de orden no previsional o no contributivo, como el Aporte Previsional Solidario, sólo se alcanzan para quienes cumplen los 65 años y los requisitos adicionales, referidos a residencia y nivel de ingresos. Para la afiliada se conserva la protección del seguro de invalidez y sobrevivencia en tanto se mantenga trabajo más allá de los 60 años y no se pensiones, con edad tope para esa protección los 65 años.

## LOS ADULTOS MAYORES Y LAS PENSIONES POR VEJEZ EN CHILE

- c. La orientación anterior, a concretar en el momento político técnico oportuno, establecer una edad común de pensión para hombres y mujeres, con la gradualidad correspondiente. Para esta propuesta ya adecuadamente diagnosticada, se tiene presente la tendencia demográfica (mayor expectativa de vida) de la población chilena.
- d. Consideración principal, es la relativa a la cobertura por pensiones de los adultos mayores. Como hemos señalado ella alcanza en torno al 85% de la población de 65 años o más. Frente a esa buena noticia se encuentra el bajo nivel de las prestaciones, que requiere revisar la tasa de cotización del sistema contributivo que sólo grava a los trabajadores (10%), sin obligación de cotizar al empleador a las cuentas individuales. Tampoco se contempla solidaridad intra e intergeneracional. Este aspecto principal, se encuentra entre los aspectos a reformar conforme el proyecto que se debate en el Congreso Nacional, ya desde hace varios años.
- e. Considerar en la reforma previsional en pensiones en discusión que, con modificaciones estructurales y paramétricas, permita mejorar la sostenibilidad social y financiera de pensiones que se ajusten a un nivel digno, decoroso o decente de subsistencia y con una relación importante con la historia de remuneraciones y/o rentas imponibles del adulto mayor en el régimen contributivo. Asimismo, y adicionalmente a los desafíos expuestos en el texto, nos encontramos en medio de un proceso constituyente, a iniciarse en julio del presente año (2021) y que puede derivar en una nueva configuración jurídica no sólo del sistema de pensiones, sino que, de toda la organización de la Seguridad Social, conforme los principios que el constituyente ratificado por la ciudadanía en el plebiscito de ratificación.
- f. Si se consideran prestaciones del ámbito de la salud, en términos generales, el sistema nacional, contempla prestaciones específicas para los adultos mayores, en asistencia médica específica y seguimiento de los tratamientos, así como para la mayoría de ellos, en tanto pensionados, eximición de la obligación de cotizar al sistema de protección por enfermedad.
- g. El desafío del siglo XXI para los adultos mayores, no sólo es ampliar las coberturas y nivel de la prestación de la Seguridad Social en pensiones y salud, sino que avanzar en desarrollo importante alcanzado en los últimos años de la Protección Social y Seguridad Social complementaria, en que tiene un rol fundamental en la entrega de prestaciones sociales adicionales y, de qué forma las entidades públicas y privadas de Seguridad Social, entre estas últimas, como las Cajas de Compensación de Asignación Familiar (Cajas), pueden asumir en el bienestar de los adultos mayores y no sólo de los pensionados, permitiendo que puedan encontrar tanto en la Seguridad Social como la Protección Social, las herramientas básicas para una vejez digna, que como hemos dicho, no sólo incluye las necesarias pensiones.
- h. Entre las políticas y consecuente legislación a promover e implementar se encuentra la de un Seguro de Dependencia y sistema de cuidados, que se encargue de la atención y apoyo integral de los adultos mayores, que además de la pensión considere, acciones coordinadas (menos dispersas de las hoy existentes) de inclusión en el mundo del trabajo, la accesibilidad en ciudades más amigables, la recreación y descanso conforme a las realidades de los adultos mayores.

- i. Adicionalmente, se debe considerar un programa de apoyo a cuidadores, cuando existan las condiciones y opciones de permanecer en el hogar familiar por el adulto mayor en algunas de las condiciones de dependencia severa. En el proyecto actual de reforma previsional se considera un beneficio económico adicional a la pensión para adultos mayores severamente dependiente, lo que es un avance, en cuanto bono complementario de protección, pero que no pareciera corresponder al contenido que la doctrina y el derecho comparado atribuye a un seguro social de estas características.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

Alvarado García, A. y Salazar Maya, Á., "Análisis del concepto de envejecimiento", *Revista Gerokomos*, Vol. 25, N.º 2, Barcelona, 2014.

Arellano Marín, J.P., "Políticas Sociales y Desarrollo: 1924-1984", CIEPLAN, Santiago, 1985

Barros, C. y otros, *La vejez marginada. Situación del anciano en Chile*. Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1979.

Cifuentes Lillo, H., Arellano Ortiz, P. y Walker Errázuriz, F., "Seguridad Social. Parte General y Pensiones", Editorial Librotecnia, Santiago, 2013.

Cifuentes Lillo, H., "Sistema de Seguridad Social Chileno. Descripción y aspectos generales", Ediciones UC, Santiago, 2018.

CIEDESS, OISS y Asociación de Cajas, "Servicios Sociales en Chile", Santiago, 2006

Gálvez, R. y Kremerman, M., Estudio de la Fundación Sol ISSN 0719-6695, "Pensiones por la Fuerza. Resultados del sistema de pensiones de las Fuerzas Armadas y de Orden", junio 2020. Sitio web: <https://media.elmostrador.cl/2020/06/PPF2020.pdf> [Revisado el 15.06.2021].

Mesa-Lago, C., "El Desarrollo de la Seguridad Social en América Latina", CEPAL, Santiago, 1985

Novoa Fuenzalida, P., "Derecho de la Seguridad Social", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977.

OIT, 89º Conferencia. Memorándum: "Un informe elaborado por la Oficina Seguridad social: temas, retos y perspectivas" Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 89.a reunión), 2001.

OIT, "Nota resumen. Informe Banco Mundial 1994 "sobre la crisis de la vejez" ("Averting the old age Crisis: Policies to Protect the Old and Promote Growth"). Sitio web: [http://white.lim.ilo.org/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/proyectos/proyecto\\_ssos/act\\_subregionales/paises\\_andinos/documentos/23\\_26\\_mayo2011/notaresumen\\_informebandomundial.pdf](http://white.lim.ilo.org/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/proyectos/proyecto_ssos/act_subregionales/paises_andinos/documentos/23_26_mayo2011/notaresumen_informebandomundial.pdf) [Revisado el 15.06.2021].

Piñera Echenique, J., "El cascabel al gato", 1ª Edición, Editorial Zig-Zag, Santiago, 1991.



# ESTUDIOS DOCTRINALES

## LAS REFORMAS PREVISIONALES EN URUGUAY DE 1995 A 2021: SU ANÁLISIS EN TÉRMINOS DE GÉNERO

PENSION REFORMS IN URUGUAY FROM 1995 TO 2021:  
THEIR ANALYSIS IN TERMS OF GENDER

---

**Graziela Giuzio López**

Profesora Adjunta en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de la República. Montevideo-Uruguay

[giuziograciela@gmail.com](mailto:giuziograciela@gmail.com) ORCID 0000-0002-7640-3338

Recepción de trabajo: 08-06-2021 - Aceptación: 31-07-2021

- 1. ANTECEDENTES: LA MUJER EN EL SISTEMA PREVISIONAL URUGUAYO PREVIO A LA REFORMA DE 1995.
- 2. LAS REFORMAS DE 1995 Y 2008 Y LA EQUIDAD DE GÉNERO.
- 3. LA NUEVA REFORMA PREVISIONAL EN PROCESO.
- 4. CONCLUSIONES.
- 5. BIBLIOGRAFÍA

## RESUMEN

El objetivo de este artículo es analizar la incorporación del enfoque de género al sistema previsional uruguayo y su evolución. Se examinan especialmente las consecuencias para dicha perspectiva, de las reformas del modelo que se desarrollan en 1995 y 2008 respectivamente.

Por último se pone en discusión si la reforma previsional en curso (2021) implica avances o retrocesos en términos de equidad de género.

**PALABRAS CLAVE:** reforma previsional, jubilaciones, pensiones, equidad, género.

## ABSTRACT

The goal of this article is to analyze the incorporation of gender perspective in Uruguay's pension system and its evolution, especially the consequences of the reforms from 1995 and 2008.

It also asks if the pension reform currently in effect (2021) implies a step forward or a step back for gender equity.

**KEYWORDS:** pension reform, retirement, pension, equity, gender.

## 1. ANTECEDENTES: LA MUJER EN EL SISTEMA PREVISIONAL URUGUAYO PREVIO A LA REFORMA DE 1995

El sistema previsional uruguayo contiene desde muy temprano dispositivos que “compensan” a la mujer por ocuparse del hogar, por lo que en puridad no puede ser calificado de indiferente en relación al género. Obviamente estas disposiciones que contemplaban particularmente al colectivo femenino, son hijas de su tiempo y reflejan una sociedad donde el rol incuestionable atribuido a la mujer era el de cumplir con las tareas reproductivas, de cuidados, y todas aquellas relacionadas con el ámbito doméstico.

A principios del siglo XX, la legislación de nuestro país —acorde al sentir de la época— establece en la década del 20 del siglo pasado, la jubilación por causal de maternidad para las maestras que tuvieran hijos menores de edad y un mínimo de 10 años de servicio. Ese beneficio se fue ampliando desde el punto de vista subjetivo, otorgándoselo a las empleadas de las empresas de servicios públicos, y de industria y comercio.<sup>1</sup> Se lo extiende al resto de las trabajadoras en 1951<sup>2</sup>. El citado beneficio no era suspendido si se regresaba al trabajo, ni tampoco cuando los hijos se hacían mayores. Se financiaba con el 1 % de los ingresos generado por todas las mujeres aseguradas. El objeto de esta norma era compensar la pérdida monetaria que significaba el abandonar el empleo para dar a luz, y a la vez estimular a la mujer para que permaneciese en el hogar para cuidar a su hijo. Se trata de un tipo de estrategia de las denominadas “maternalistas” (atiende a la mujer en cuanto madre) a partir de las cuales se configura socialmente para las mujeres unas supuesta disposición natural al cuidado, ubicándolas como dispensadoras del mismo en casi completa exclusividad, en nombre del bienestar de una nación entera, pero en detrimento de sus propios derechos<sup>3</sup>.

Dichas estrategias están vinculadas con relaciones de poder que son de dominación/subordinación de lo masculino sobre lo femenino. Las disposiciones de esta clase, coadyuvan a la naturalización del rol tradicionalmente adjudicado a las mujeres, y promueven “la obligación” de atender a las labores del hogar. En definitiva son opciones que consolidan la dependencia de la mujer.

No obstante las críticas que se realizan actualmente a este enfoque (hoy superado), tuvo no obstante la virtud de establecer una legislación que reconocía la doble jornada femenina.

Otra de las formas de compensación a la mujer que se implementa desde temprano en nuestro país, es el establecer una edad mínima de acceso a la jubilación inferior para ellas, en comparación con la fijada para los hombres.

<sup>1</sup> Art. 12, Ley N° 8.063, de 20 de diciembre de 1926. Ley N° 8935 Artículo 133. 13/01/1933

<sup>2</sup> Ley N° 11.637 de 14/02/1951.

<sup>3</sup> Flores Ángeles, R.L. y Tena Guerrero, O., "Maternalismo y discursos feministas latinoamericanos sobre el trabajo de cuidados: un tejido en tensión" [file:///D:/Downloads/Dialnet-MaternalismoYDiscursosFeministasLatinoamericanosSo-4823310.pdf](http://D:/Downloads/Dialnet-MaternalismoYDiscursosFeministasLatinoamericanosSo-4823310.pdf) Recuperado el 2/5/2021.

La causal madre es eliminada en 1979, y en el mismo año se elevan las edades jubilatorias para hombres y mujeres, que no obstante siguen siendo diferenciales (55 años para la mujer y 60 para el hombre) lo que se extenderá hasta la reforma de 1995 donde se iguala la edad de acceso para ambos sexos.

## 2. LAS REFORMAS DE 1995 Y 2008 Y LA EQUIDAD DE GÉNERO

Durante la década del 90, varios países de América Latina realizaron reformas en la seguridad social que significaron en alguna medida su privatización. Estas reformas inspiradas en el Consenso de Washington, implican la sustitución en mayor o menor proporción de los anteriores sistemas públicos de reparto, por cuentas de capitalización individual administradas por instituciones privadas. Se tomó como modelo la reforma chilena de 1981.

Las reformas implementadas en dicha década, no consisten en simples intervenciones técnicas, sino que implicaron un cambio de paradigma en materia de seguridad social. Este cambio se expresa en la vinculación estrecha entre aportes y beneficios; en la disminución de los niveles de cobertura; en la exclusión de grandes grupos de la población, principalmente como consecuencia del crecimiento del empleo informal; en la neutralidad en términos de género y en la privatización de la administración del sistema, con garantías estatales<sup>4</sup>.

El principal motivo esgrimido para implementar los cambios, fue la falta de sostenibilidad de los sistemas públicos de reparto. Uruguay formó parte del grupo de países latinoamericanos que reformó su sistema previsional privatizándolo (en parte). El instrumento jurídico fue la ley 16.713 promulgada en 1995. Las aludidas reformas en su mayoría tuvieron efectos negativos sobre la equidad de género, y el caso uruguayo no fue la excepción. No obstante ello, cabe resaltar que si bien la literatura sobre las reformas de los sistemas de pensiones citadas es variada y en ella se encuentran tanto defensas como críticas de muchos aspectos sustantivos de las transformaciones, el análisis de género estuvo prácticamente ausente. Así en casi todos los casos, es compartido el supuesto de que las diferencias entre hombres y mujeres y las desventajas de estas últimas en el mercado laboral, son irrelevantes para el diseño de las políticas de protección social.<sup>5</sup> Ello no resulta extraño en mérito a lo siguiente:

- a. el foco prácticamente exclusivo de las modificaciones fue la sostenibilidad financiera.

<sup>4</sup> Pautassi, L.C, Seguridad social en América Latina: una lectura desde la perspectiva de género. CEPAL - SERIE Mujer y desarrollo Núm. 42. Publicación de las Naciones Unidas. Santiago de Chile, noviembre de 2002. [https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/5898/S0210838\\_es.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/5898/S0210838_es.pdf) Recuperado 10/5/2021.

<sup>5</sup> Montaño, S., "La agenda feminista y las reformas de los sistemas de pensiones en América Latina". En "Los sistemas de pensiones en América Latina: un análisis de género". Coordinación Flavia Marco. Cuaderno 90 de la CEPAL. Santiago de Chile, octubre del 2004. [https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/27830/S0408643\\_es.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/27830/S0408643_es.pdf) Recuperado 10/5/2021.

## LAS REFORMAS PREVISIONALES EN URUGUAY DE 1995 A 2021: SU ANÁLISIS EN TÉRMINOS DE GÉNERO

- b. los temas relativos a la equidad de género recién se empiezan a incorporar a los debates sobre seguridad social a partir del año 2000.

Las modificaciones que opera la ley 16.713 al régimen vigente hasta ese momento, tienen implicancias que van más allá de un ajuste paramétrico, puesto que cambia además el sistema de financiamiento, creándose un sistema mixto. En este nuevo régimen, las jubilaciones y pensiones son servidas por el preexistente pilar público de reparto administrado por el Banco de Previsión Social (BPS) y por un nuevo pilar privado de capitalización individual gestionado por Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional (AFAP)<sup>6</sup>. La cobertura de dicho sistema está limitada a todas las actividades comprendidas en el Banco de Previsión Social, excluyendo a las tres cajas paraestatales (profesional, notarial y bancaria) y las dos de las fuerzas armadas (policial y militar). En esta reforma se endurecieron los requisitos de acceso a los beneficios, que estrecharon el vínculo entre los aportes y los beneficios del sistema. Al hacerse más sensible la tasa de reemplazo a la edad de retiro y los años de contribución de los trabajadores, se incentivó la postergación del retiro<sup>7</sup>.

Las desigualdades de género no son patrimonio exclusivo de los sistemas privados sino que se encuentran también en los sistemas públicos. Pero estos últimos generalmente son relativamente más neutrales, al conceder la pensión<sup>8</sup> mínima con menos años de contribución porque basan la fórmula de la misma en los últimos años de la vida laboral, y suelen utilizar tablas de mortalidad unisex. Los sistemas privados acentúan las desigualdades de género porque incrementan los años de contribuciones para la pensión mínima aportadas durante toda la vida laboral, y aplican tablas de mortalidad diferenciadas por sexo, lo que genera jubilaciones inferiores para las mujeres uruguayas.

La reforma implementada a mediados de los 90 en nuestro país coincide con las consideraciones anotadas, en tanto que las consecuencias de la privatización del modelo, fueron particularmente desfavorecedoras para la mujer. En efecto en Uruguay, se han realizado investigaciones que indican que las probabilidades para acceder a la jubilación bajo el régimen reformado son menores para las mujeres que para los hombres, debido a la mayor tendencia de las primeras a interrumpir su carrera laboral por períodos más o menos largos.

Dentro de los cambios establecidos por la ley 16.713, puede observarse: la equiparación de la edad mínima de jubilación de la mujer con la del hombre en 60 años de edad —antes era de 55— y el aumento de los años de contribución requeridos para obtener el beneficio ordinario de 30 a 35 años. En el caso de la jubilación por edad avanzada, en ambos sexos se requerían 10 años de trabajo. En el nuevo sistema, ambos necesitan 15 años. La edad de retiro, en la mujer era de 65 años y en el hombre 70 años. Al igual que en la jubilación común, los cambios se producen en la mujer, equiparando la

<sup>6</sup> Fortea, Á. y Rossi, I. "Ganadores y perdedores en las primeras generaciones luego de una reforma estructural de la seguridad social: el caso de Uruguay". Apuntes. vol.45 no.82 Lima ene. /jun. 2018 <http://dx.doi.org/https://doi.org/10.21678/apuntes.82.865>. Recuperado el 20/5/2021

<sup>7</sup> Fortea, Á. y Rossi, I. Ob. cit. "Ganadores y perdedores...." Ob.cit.

<sup>8</sup> "jubilación" según la terminología utilizada en Uruguay.

## LAS REFORMAS PREVISIONALES EN URUGUAY DE 1995 A 2021: SU ANÁLISIS EN TÉRMINOS DE GÉNERO

edad de retiro de ambos sexos en 70 años. Antes de la promulgación de la referida norma, tal como indicamos supra, había una diferencia en la edad mínima jubilatoria a favor del colectivo femenino de cinco años (para la jubilación común y por edad avanzada). La citada igualación de edad, si bien constituye una desmejora, en general se desestima su impacto negativo en la equidad de género. Ello se explica porque en la actualidad está puesta en cuestión la pertinencia de este tipo de medidas como mitigadoras de desigualdades. Se entiende al día de hoy, que el establecer una edad de jubilación inferior para las mujeres es consecuencia de un modelo en el cual su participación en la fuerza laboral se consideraba secundaria, y donde no estaban desafíados los roles históricamente establecidos para hombres y mujeres. Esta diferencia constituye una medida que —al igual que la jubilación por causal madre— pretende compensar al colectivo femenino por su actividad exclusiva en la crianza de los hijos. El punto de partida es la tradicional visión del hombre como proveedor de la familia, mientras que la actividad principal, cuando no única de la mujer, sería la de ocuparse del hogar. Por ello se ve como “justo” que se las compense por tal tarea. Enfoques como el descripto contribuyen a reafirmar la mirada tradicional y estereotipada del varón como “obligado sostén económico de la familia” y “mujer cuidadora”. Ello obstaculiza el desarrollo del concepto de la corresponsabilidad en las tareas de cuidado y del hogar.

Cuestionamientos como el aludido inclinan a la mayoría de los actores sociales (organizaciones de género y otros), que participan en debates sobre reformas al sistema de protección social, a afirmar que la solución para las inequidades, no pasa por bajar la edad mínima legal de jubilación para las mujeres.<sup>9</sup> Se advierte por los citados actores que uno de los problemas centrales a solucionar es la dificultad que se les presenta para completar los años de trabajo requeridos. Ello en mérito a los períodos en que ha estado desempleada, o en trabajos donde no aportó, o no lo hizo regularmente. La mujer tiene generalmente una menor densidad de cotización. Ello se relaciona fuertemente con el tiempo que destina a cuidados (en Uruguay más del doble de tiempo que el hombre). Por ello la elevación de los años de trabajo a 35 producto de la reforma del 95, tuvo un efecto particularmente negativo para las mujeres; y su flexibilización (que acaecería recién en el 2008) las favorece en forma significativa.

Conjuntamente con la incorporación masiva de las mujeres al mercado de trabajo, las ideas acerca de las funciones de los géneros van evolucionando, y los regímenes de seguridad social no permanecen ajenos a dicha evolución. Ello determina que gradualmente se desarrollen reformas con sesgos de género. Por otra parte el segundo ciclo de reformas —o re-reformas— en América Latina que se desarrollan en Argentina (2007 y 2009); Chile (2008; 2009, 2010); Bolivia (2010); y Uruguay (2008) ya no responden a la lógica neoliberal implicando por el contrario un retorno del Estado y presentan un mejor balance entre sostenibilidad financiera y sostenibilidad social.

La introducción del análisis de género en el estudio de los sistemas de previsión social es relativamente tardío, pudiéndose ubicar su incorporación entre los temas de estudio y debate en el ámbito académico; de los organismos internacionales; y también de los gobiernos, a comienzos del

<sup>9</sup> Pugliese, L. y Santos, S., Enfoque de Género en la Seguridad Social. <https://www.bps.gub.uy/bps/file/1512/1/enfoque-de-genero-en-la-seguridad-social.-l.-pugliese-y-s.--santos.pdf>. Recuperado el 20/5/2021.

## LAS REFORMAS PREVISIONALES EN URUGUAY DE 1995 A 2021: SU ANÁLISIS EN TÉRMINOS DE GÉNERO

siglo XXI. En este sentido puede citarse como un hito significativo a la 89<sup>a</sup> reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada el 2001, donde se incluyó por primera vez en su orden del día, una discusión general sobre la seguridad social que incorporó el análisis de la relación entre seguridad social y desigualdades de género en el mercado de trabajo. Se enunciaban asimismo una serie de medidas de protección social para promover la igualdad de género<sup>10</sup>.

Se advierte la inclusión de esta nueva lógica en el sistema previsional uruguayo, en las nuevas reformas que tienen lugar en 2008. En efecto, en dicho año se produce en nuestro país una flexibilización de los requisitos de acceso a la jubilación<sup>11</sup> consistente en la reducción de años de servicios de 35 a 30 años tanto para hombres como para mujeres. Y lo que es especialmente significativo a efectos de nuestra perspectiva, la misma ley estableció una flexibilización de requerimientos específica para la mujer: el cómputo ficto de un año de servicios por hijo con un máximo de 5 años. La intención es la de subsanar inequidades del mercado de trabajo. La medida enunciada tiene en cuenta la menor densidad de cotización de la mujer a causa del tiempo destinado a los cuidados familiares. Dos estudios recientes, uno del Centro de Investigaciones Económicas CINVE<sup>12</sup>, y otro realizado por la Secretaría Técnica de la CESS (Comisión de Expertos en Seguridad Social)<sup>13</sup>, ubican la densidad promedio de las trabajadoras aportantes a BPS en 55% y 63%, respectivamente.

En nuestro país como prácticamente en todo el mundo, se observa históricamente una notoria sobrecarga de la mujer trabajadora en relación a la tarea doméstica y familiar. En 2007 las horas promedio que dedicaban las mujeres al trabajo no remunerado representaban 2,3 veces las que dedicaban los varones. En 2013 esta relación era de 1,9<sup>14</sup>. Y en 2020 con la irrupción de la pandemia de coronavirus las mujeres pasan a 8,9 h promedio de trabajo no remunerado, mientras que los hombres pasan a 4,6 h también promedio. Asimismo las horas dedicadas al apoyo en las tareas escolares era pre-Covid, de una hora para las mujeres y de 0,5 h para los hombres. La brecha entre hombres y mujeres alcanzaba pues, al 100%; Con el COVID las mujeres pasan a 1,5 h y los hombres a 0,7 h. Con lo cual la brecha se amplía a 114%<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> 89<sup>a</sup> reunión, junio de 2001. Informe IV. Seguridad social: Temas retos y perspectivas. Capítulo IV, Igualdad de género <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/rep-vi.pdf>. Recuperado: 19/5/2021.

<sup>11</sup> Ley 18395

<sup>12</sup> Zunino, G., Caporale, F., Pereira, M. y Souto, A., "Densidad de cotizaciones, historias laborales y rendimientos jubilatorios en el sistema de seguridad social de Uruguay". Observatorio de Seguridad Social. CINVE 2020 <https://www.observatorioseguridadsocial.org.uy/index.php/17-categoría-de-noticia/31-lanzamiento-observatorio-de-seguridad-social>. Recuperado: 19/5/2021.

<sup>13</sup> Bene, N., "Densidad de cotización al BPS". Nota Técnica Nº 5. CESS. <https://cess.gub.uy/sites/default/files/2021-02/Nota%20Te%CCE%81cnica%20N%C2%BA5.pdf>. Recuperado: 19/5/2021.

<sup>14</sup> Instituto Nacional de Estadísticas (INE) <https://www.ine.gub.uy/documents/10181/35933/Uso+del+tiempo+y+el+trabajo+no+remunerado/579b3fdb-c0e8-4745-ab1d-a9ae24ab5a5>. Accedido: 19/5/2021.

<sup>15</sup> Fuente: Encuesta sobre niñez, uso del tiempo y género ONU Mujeres y UNICEF (Opción Consultores). Mayo 2020 <https://www.unicef.org/uruguay/encuesta-sobre-ninez-uso-del-tiempo-y-genero>. Recuperado 22/5/2021

## LAS REFORMAS PREVISIONALES EN URUGUAY DE 1995 A 2021: SU ANÁLISIS EN TÉRMINOS DE GÉNERO

Asimismo hay evidencia de una “penalización por maternidad” en el mercado laboral uruguayo. La participación de las mujeres en el mercado formal de trabajo cae 30% en el corto plazo y 60% en el largo plazo (a los 10 años), luego del nacimiento del primer hijo, efecto que es aún más pronunciado en los quintiles más bajos de ingresos<sup>16</sup>.

El cómputo ficto de un año de servicios por hijo, mejora la accesibilidad a la prestación de jubilación para aquellas mujeres que no han podido completar la cantidad de años de trabajo requeridos, y/o los montos jubilatorios, al adicionar años<sup>17</sup>. Alrededor del 60% de las mujeres retiradas entre 2009 y 2015 utilizaron este beneficio<sup>18</sup>. En 2018, un 33,6%, de las altas jubilatorias femeninas se obtuvieron mediante la aplicación de este artículo y un total de 68,5% lo utilizó (lo cual incluye a quienes mejoraron su tasa de reemplazo), principalmente entre los estratos socioeconómicos más vulnerables<sup>19</sup>. También colabora en la mejora aludida, la baja de 35 a 30 años en el lapso de servicios requeridos, dada la ya citada menor densidad de cotización que caracteriza al colectivo femenino.

Dentro de las modificaciones introducidas en esos años también cabe citar por su significación a la ley de Regulación de la Unión Concubinaria<sup>20</sup>. Dicha norma reconoce entre otros aspectos, las uniones de hecho para el otorgamiento de pensiones de sobrevivencia. Se incluye así —en la medida en que su unión tenga características de exclusividad y permanencia— a quienes viven en unión libre (ya sean hombres o mujeres), como posibles beneficiarios con derecho a pensión por viudez en igualdad de condiciones que los cónyuges. El principal objetivo de la norma fue dar amparo económico a los miembros más vulnerables de la pareja, al momento de la disolución del vínculo. La ley es una respuesta a los reclamos provenientes de los juzgados especializados en materia de familia, que referían principalmente a alimentos, bienes y acceso a la seguridad social. Esta es una norma que aporta en términos de equidad de género, puesto que contempla las situaciones de desventaja en que se encuentran muchas mujeres al momento de la disolución de un vínculo, teniendo en cuenta que tanto la familia, como el sistema jurídico son productores y reproductores de un sistema de valores patriarcales<sup>21</sup>. Este cambio normativo ha sido considerado como un instrumento facilitador del acceso de las mujeres a las prestaciones de la seguridad social, ya que la población objetivo es

<sup>16</sup> Querejeta, M., “Impacto de la maternidad en la trayectoria laboral de las mujeres. Evidencia para Uruguay”. Documentos de Trabajo. dECON, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de la República, 2020. <https://hdl.handle.net/20.500.12008/24586>. Recuperado 4/5/2021.

<sup>17</sup> Pugliese, L. y Santos, S., “Enfoque de Género...” Ob.cit.

<sup>18</sup> Pugliese, L. y Santos, S., “Enfoque de Género...” Ob.cit.

<sup>19</sup> “Acciones con perspectiva de género en la seguridad social actualización 2018” Asesoría General en Seguridad Social Comentarios de Seguridad Social N° 63 1er. Trimestre 2019. <https://www.bps.gub.uy/bps/file/16119/1/63.-acciones-con-perspectivas-de-genero-en-la-seguridad-social.-actualizacion-2018.pdf> Recuperado 4/5/2021.

<sup>20</sup> Ley 18.246 del 12/2007.

<sup>21</sup> NORIA CARBAJAL, Silvina. Reflexiones sobre la Ley 18.246: Unión Concubinaria. Tesis Licenciatura en Trabajo Social Universidad De La República Facultad De Ciencias Sociales Departamento De Trabajo Social .Pág. 48. [https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/21858/1/TTS\\_NoriaSilvina.pdf](https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/21858/1/TTS_NoriaSilvina.pdf) Recuperado 15/5/2021

## LAS REFORMAS PREVISIONALES EN URUGUAY DE 1995 A 2021: SU ANÁLISIS EN TÉRMINOS DE GÉNERO

mayoritariamente femenina. A vía de ejemplo en diciembre del año 2014, se registraron 184.161 beneficiarios/as (cónyuges y concubinos/as), de los cuales el 73 % fueron mujeres. En definitiva la ley de unión concubinaria supone un avance importante en términos de equidad de género al equiparar los derechos de los concubinos y concubinas a los derechos de los viudos y viudas.

También implican aportaciones significativas las regulaciones establecidas por la ley 18.065 de 2006<sup>22</sup> para las trabajadoras domésticas, puesto que en Uruguay, al igual que en el resto del mundo, dicho sector se caracteriza por emplear principalmente a mujeres. En nuestro país según los datos del Instituto Nacional de Estadísticas, el 99% de quienes se desempeñan en la rama “trabajo doméstico para los hogares” son mujeres y representan el 13% del total de mujeres ocupadas.<sup>23</sup> Desde la teoría de género se ha expresado que el trabajo doméstico remunerado es objeto de la misma discriminación que el trabajo doméstico no remunerado, invisibilizado en tanto trabajo y asignado a las mujeres como responsabilidad propia de su género como resultado de la división sexual del trabajo<sup>24</sup>. La promulgación de la ley 18.065 de regulación del trabajo doméstico significó la consagración de derechos básicos tales como la limitación de la jornada (que regía en nuestro país para la enorme mayoría de los trabajadores desde principios del siglo XX y que sin embargo, no alcanzaba a este sector).<sup>25</sup> También se establece por la norma referida, la convocatoria del sector a los Consejos de Salarios por primera vez en la historia del Uruguay (lo que incidió positivamente incrementándose su salario real); la regulación de los descansos intermedios, semanal y nocturno; la cobertura por enfermedad o el subsidio por desempleo entre otros. A ello debe agregarse la ratificación del Convenio Internacional del Trabajo núm.189 sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y Trabajadores Domésticos en 2012<sup>26</sup>. Estas normas fueron de fuerte impacto en términos de igualdad de género por tratarse de un sector casi exclusivamente femenino. La equiparación normativa de derechos del trabajo doméstico con los otros, supuso asimismo la revalorización de un empleo altamente feminizado y discriminado y garantizó el acceso a diversas prestaciones de seguridad social. A partir de esta norma se registra un incremento notable de la formalización de estas trabajadoras. El Banco de Previsión Social ha desempeñado sin dudas, un papel importante apoyando a la citada formalización con la implementación de acciones que facilitan los trámites, y desarrollando campañas de sensibilización respecto de los derechos de las trabajadoras domésticas. Estas acciones fueron apoyadas a su vez por la Inspección General del Trabajo del Ministerio de Trabajo y de la Seguridad

<sup>22</sup> La Ley se reglamentó el 25 de junio de 2007 por Decreto 224/007.

<sup>23</sup> Trabajo Doméstico Remunerado en Uruguay. Actualización de Informe en Comentarios de Seguridad Social N° 60 segundo trimestre 2018. <https://www.bps.gub.uy/bps/file/16119/1/63.-acciones-con-perspectivas-de-genero-en-la-seguridad-social.-actualizacion-2018.pdf>. Recuperado 15/5/2021

<sup>24</sup> "Trabajo doméstico remunerado en Uruguay. Actualización de informe..." Ob.cit.

<sup>25</sup> Para profundizar en los impactos de esta normativa en términos de igualdad ver: Cancela, M., y Gonzalez Quinteros, L., "Estudio sobre las condiciones laborales del servicio doméstico". Propuestas para acortar las brechas de la desigualdad en las políticas laborales, de cuidado y tributarias. [https://uruguay.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/120\\_file1.pdf](https://uruguay.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/120_file1.pdf)

<sup>26</sup> Uruguay fue el primer país del mundo en ratificar dicho Convenio.

## LAS REFORMAS PREVISIONALES EN URUGUAY DE 1995 A 2021: SU ANÁLISIS EN TÉRMINOS DE GÉNERO

Social. El resultado: la evasión de afiliación doméstica que —constituye sin dudas un problema histórico— se reduce del 51,7%<sup>27</sup> en 2012 hasta llegar al 34,42% en 2018<sup>28</sup>.

Corresponde destacar asimismo como aportación significativa a la equidad de género, que se desarrollaron hace aproximadamente un lustro, una serie de políticas cuyo objetivo es la reducción del costo de cuidado para las familias, a través de la provisión directa de cuidados o de las licencias de cuidado, especialmente asociadas al primer año de vida de los niños<sup>29</sup>. Estas políticas promueven un vínculo más continuo de las mujeres con el mercado laboral, por lo que pueden influir directamente en la penalidad por maternidad, y de este modo reducir las brechas de ingresos laborales. Los instrumentos jurídicos a través de los cuales se implementaron dichas políticas fueron concretamente la ley 19.161 que extendió la licencia por maternidad a 14 semanas<sup>30</sup>; amplió la licencia por paternidad, la cual alcanza actualmente a 13 días en el sector privado<sup>31</sup>; e implementa el subsidio parental<sup>32</sup>. A esto se agrega la instrumentación por la ley 19.353 de 2015, del Sistema Nacional Integrado de Cuidados (SNIC) con “el objetivo de generar un modelo corresponsable de cuidados, entre familias, Estado, comunidad y mercado; y especialmente entre varones y mujeres”<sup>33</sup>.

A partir de la implementación de las medidas precitadas, donde se conjugan normas tendientes a mejorar las trayectorias laborales de la mujer, con aquellas específicas de seguridad social y protección social que mitigan las inequidades que pueden existir en los puntos de partida, se produce un incremento en las altas jubilatorias, sobre todo en los primeros años de su puesta en práctica. Las mujeres han sido las principales beneficiarias tanto en relación al acceso como respecto de los montos jubilatorios, disminuyendo la brecha de género de 34% en 2009 a un 20% en 2015<sup>34</sup>. En 2019,

<sup>27</sup> Fuente: Artículo periodístico del Diario “El Observador” de fecha 20 de agosto de 2019. <https://www.elobservador.com.uy/nota/el-trabajo-domestico-alcanzo-el-menor-nivel-de-evasion-de-los-ultimos-seis-anos-201919181825>. Recuperado 20/5/2021.

<sup>28</sup> Fuente: TRABAJO DOMÉSTICO REMUNERADO EN URUGUAY .Actualización 2019. Asesoría General en Seguridad Social. trabajo-domestico-remunerado-en-uruguay.pdf

<sup>29</sup> Colacce, M.; Mojica, M. y Zurbrigg, J., “Brechas de Género en los ingresos laborales en el Uruguay”. CEPAL | ONU Mujeres .Mayo 2020 [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45792/4/BrechasdegeneroUruguay\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45792/4/BrechasdegeneroUruguay_es.pdf). Consultado 20/5/2021.

<sup>30</sup> La extensión establecida por la ley referida, se aplica a las trabajadoras de la actividad privada y a las trabajadoras no asalariadas que aportan a la seguridad social. Para las trabajadoras de la Administración Central establece dicha ampliación del plazo de licencia maternal la ley 19.121 de 2013.

<sup>31</sup> En el caso de la administración central son 10 días continuos.

<sup>32</sup> El citado subsidio parental consiste en una prestación económica sustitutiva del salario, que otorga el BPS a la madre o padre con actividad laboral durante el período de reducción del horario laboral (1/2 horario). El amparo comienza a partir del día siguiente al término del subsidio por maternidad y se extiende hasta los 6 meses de edad del hijo .El monto del subsidio es la mitad del subsidio previsto para las licencias por maternidad y paternidad respectivamente.

<sup>33</sup> Sistema Nacional Integrado de Cuidados. Informe de la Secretaría Nacional de Cuidados. <https://www.gub.uy/ministerio-desarrollo-social/sites/ministerio-desarrollo-social/files/documentos/publicaciones/Anexo%20Sistema%20de%20Cuidados.pdf>. Consultado el 20/5/2021.

<sup>34</sup> Lavalleja, M. y Tenenbaum, V., Seguridad social en el Uruguay: un análisis de los resultados. CEPAL – Serie Estudios y Perspectivas – Montevideo – Nº 30. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/42499-seguridad-social-uruguay-un-analisis-resultados-la-ley-flexibilizacion-acceso> Recuperado 6/5/2021.

el 32,2% de las altas jubilatorias femeninas se obtuvieron mediante la aplicación del artículo que adiciona un año de servicio por cada hijo (con un máximo de 5) y un total de 68,5% lo utilizó (lo cual incluye a quienes mejoraron su tasa de reemplazo) principalmente entre los estratos socioeconómicos más vulnerables<sup>35</sup>.

Puede concluirse sin lugar a dudas en que la flexibilización en los requisitos de acceso a la jubilación, operada por la nueva normativa previsional, a lo que se suman normas laborales que tienden a eliminar inequidades del mercado de trabajo, tienen como resultado la instauración de un escenario más igualitario por sexo en el ámbito de la seguridad social.

### 3. LA NUEVA REFORMA PREVISIONAL EN PROCESO

En primer lugar consignar que el puntapié inicial del presente proceso de reforma se encuentra en la aprobación de la ley de urgente consideración (LUC) del 9 de julio de 2020<sup>36</sup>. Esta norma, impulsada por el actual gobierno, introdujo modificaciones a diversos textos normativos vigentes en materia comercial, civil, laboral, de seguridad social y notarial entre otros (arts. 393 a 398). En lo que a seguridad social refiere, la norma citada establece la creación de una Comisión de Expertos (CESS) en dicha materia. Esta Comisión funciona en el ámbito del MTSS (Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social y de la OPP (Oficina de Planeamiento y Presupuesto) con el cometido de entre otros, realizar un diagnóstico del sistema previsional uruguayo y entregar al Poder Ejecutivo recomendaciones para su reforma. Deberá presentar un informe de diagnóstico preliminar a los 90 días de su constitución, y un informe con recomendaciones a los siguientes 90 días. Está integrada por 15 miembros designados por el Poder Ejecutivo, de los cuales 9 pertenecen a la coalición de gobierno, 3 a la oposición (Frente Amplio)<sup>37</sup>; 1 al PIT-CNT<sup>38</sup> (Central de Trabajadores); una a las organizaciones empresariales; una a la ONAJPU (Organización Nacional de Asociaciones de Jubilados y Pensionistas del Uruguay). Las “decisiones” (informes) se adoptan por consenso o por mayoría de 9 miembros. Cualquier discrepancia se traduce en un voto negativo.

El 24 de marzo la Comisión de Expertos en Seguridad Social hizo público el informe diagnóstico sobre el sistema previsional uruguayo. La importancia de este documento reside en que constituirá

<sup>35</sup> Acciones con perspectiva de género en la seguridad social actualización 2018 Banco de Previsión Social, Asesoría General en Seguridad Social (2020) <https://www.bps.gub.uy/bps/file/16119/1/63.-acciones-con-perspectivas-de-genero-en-la-seguridad-social.-actualizacion-2018.pdf>. Recuperado 6/5/2021

<sup>36</sup> Ley nº 19.889.

<sup>37</sup> El Frente Amplio, es un partido fundado en 1971 como una coalición de grupos de izquierda. Triunfa electoralmente por primera vez en 2004, repitiendo el triunfo en las elecciones de 2009 y 2014. En 2019 es derrotado en las elecciones por una coalición de derecha integrada por el Partido Nacional; Partido Colorado; Cabildo Abierto (Partido de extracción militar) y Partido Independiente. Dicha coalición gobierna el país desde su asunción en marzo de 2020.

<sup>38</sup> Plenario Intersindical de Trabajadores – Convención Nacional de Trabajadores, conocido popularmente como PIT-CNT constituye la Central única de trabajadores del Uruguay.

## LAS REFORMAS PREVISIONALES EN URUGUAY DE 1995 A 2021: SU ANÁLISIS EN TÉRMINOS DE GÉNERO

la base de la próxima reforma de la seguridad social. La orientación de la reforma va a depender entonces del diagnóstico de fortalezas y debilidades del sistema que realice la citada CESS.

El informe diagnóstico releva las tres dimensiones a través de los cuales generalmente se procede a examinar los sistemas previsionales, esto es: cobertura, suficiencia y sostenibilidad. La primera refiere al alcance en cantidad de personas cubiertas por el sistema, mientras que la segunda mide el cumplimiento de un cierto estándar de bienestar material (conseguido a través del consumo). La tercera de las dimensiones, la sostenibilidad, está relacionada con la capacidad del sistema para sostener niveles de cobertura y suficiencia en el tiempo<sup>39</sup>.

El citado informe releva las tres dimensiones y concluye en que tanto los niveles de cobertura como el de suficiencia son buenos; el problema —según el referido documento— es la sostenibilidad (entendiéndose por tal tan sólo a la sostenibilidad financiera). Este planteo es el eje estructurador del documento. El principal problema que atraviesa el sistema de seguridad social, y que por tanto debería orientar la reforma previsional, según los expertos del oficialismo y la representación empresarial, es la falta de sostenibilidad financiera. Esto es, la incapacidad del sistema de generar ingresos monetarios suficientes para contemplar sus obligaciones financieras (básicamente el pago de jubilaciones, pensiones y otro tipo de prestaciones, como seguros de desempleo y enfermedad)<sup>40</sup>.

Surge de lo anotado supra, que el concepto que se está manejando es reduccionista, relacionándolo únicamente a la capacidad financiera del sistema para sostenerse (que en el largo plazo los gastos del sistema no superen por mucho los ingresos). No obstante, tal como indican autores como el economista Hugo Dufrechou, la sostenibilidad también depende de factores que no son estrictamente económicos, sino culturales, políticos y sociales<sup>41</sup>.

Tanto el Frente Amplio como el PIT-CNT y la Organización Nacional de Asociaciones de Jubilados y Pensionistas del Uruguay, votaron en contra del informe elaborado en la Comisión de Expertos. Los expertos que responden a las citadas organizaciones controvirtieron esta concepción que pone como centro y orientación de toda la reforma previsional a la sostenibilidad financiera, sin consideración de la sostenibilidad social. A vía de ejemplo el informe del Frente Amplio expresa en este sentido que: *Una mirada sustancial y más comprensiva, implicaría incorporar el concepto de sostenibilidad social al análisis del sistema: cuánta gente es incluida y protegida y cómo es protegida, y en qué medida el sistema de seguridad social responde a las expectativas de la población. (...) Dicha mirada es imprescindible para garantizar el cumplimiento de un derecho humano fundamental como es la seguridad social*<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Dufrechou, H., "El costo de la sostenibilidad en el sistema previsional: las pasividades mínimas en cuestión". Diario matutino "La Diaria" <https://ladiaria.com.uy/opinion/articulo/2021/5/el-costo-de-la-sostenibilidad-en-el-sistema-previsional-las-pasividades-minimas-en-cuestion/>. Recuperado 23/5/2021.

<sup>40</sup> Dufrechou, H., "La sostenibilidad del sistema previsional" <https://ladiaria.com.uy/opinion/articulo/2021/3/la-sostenibilidad-del-sistema-previsional/>

<sup>41</sup> Dufrechou, H., La sostenibilidad en el sistema previsional... Ob. cit.

<sup>42</sup> Posición Informe de Diagnóstico CESS Delegación del Frente Amplio. <file:///D:/Downloads/posicion%20Informe%20de%20Diagnostico%20CESS%20Delegacion%20FA.pdf>. Accedido 23/5/2021.

## LAS REFORMAS PREVISIONALES EN URUGUAY DE 1995 A 2021: SU ANÁLISIS EN TÉRMINOS DE GÉNERO

Se entiende asimismo en este informe de la oposición, que hay una alta probabilidad de que este enfoque unipolar, redunde en un deterioro de la cobertura, suficiencia, o justicia del sistema. Coincidieron asimismo tanto la ONAJPU como el PIT-CNT —contrariando la visión del informe— en una mirada muy crítica del funcionamiento del régimen de ahorro individual, también denominado pilar 2 o régimen AFAP, y asimismo coinciden en la necesidad de una urgente y profunda reforma del régimen previsional militar.

El informe diagnóstico del sistema previsional de la Comisión de Expertos en Seguridad Social, fue aprobado el 19 de marzo de 2021, con diez votos a favor y cinco en contra. Dicho informe fue entregado al Poder Ejecutivo, tal como determinó la ley de urgente consideración. Votaron favorablemente los nueve representantes de la coalición de gobierno y el de las cámaras empresariales, mientras que lo rechazaron los tres representantes del Frente Amplio, el del PIT-CNT y el de la ONAJPU.

Por nuestra parte consideramos que dicho informe en términos generales carece de un adecuado balance entre sostenibilidad financiera y sostenibilidad social. Se advierte que el informe todo, está permeado por un exagerado énfasis en resolver los problemas de la seguridad social a partir de la reducción del gasto.

En relación concretamente a si el documento aborda adecuadamente o no, las inequidades de género cabe compartir la conclusión del Frente Amplio en tanto expresa que “*no hay consistencia en el diagnóstico entre las consideraciones que se hacen sobre algunas prestaciones y las políticas de género y cuidados necesarias*” y que se advierte “*una fuerte tendencia a un recorte en las pensiones de viudez y sobrevivencia*”<sup>43</sup>.

En definitiva las previsiones acerca de la reforma que se viene, por el contexto económico, social, político e ideológico que la enmarca, indican que sustancialmente la misma va a implicar un ataque a los derechos previsionales de un gran sector de la población, y una avanzada de los mecanismos de mercantilización en el sistema<sup>44</sup>. A este respecto se ha expresado desde el sector sindical que: “*Se habla mucho de los egresos del sistema, que son los derechos de la gente, y poco de los ingresos*”. Para concluir en que hoy “... se debate, entre solidaridad e individualismo”<sup>45</sup>.

Preocupa asimismo la falta de sesgos de género de la reforma. Su consecuencia palpable es que las mujeres se van a ver particularmente perjudicadas por un enfoque que privilegia por sobre todas las cosas la capacidad del sistema para sostenerse.

<sup>43</sup> “Diagnóstico sobre seguridad social se aprobó sólo con votos de la coalición y los empresarios”. Artículo periodístico. En el diario matutino “La Diaria” del 20/3/2021. <https://ladiaria.com.uy/articulo/2021/3/diagnostico-sobre-seguridad-social-se-aprobó-solo-con-votos-de-la-coalicion-y-los-empresarios/> . Re-cuperado 20/5/2021.

<sup>44</sup> Dufrechou, H., “El costo de la sostenibilidad en el sistema previsional...” ob.cit.

<sup>45</sup> Da Silva, M., “Reforma previsional: primer informe de la comisión se posterga hasta marzo y el PIT-CNT critica “diagnóstico del gobierno”. Artículo periodístico Diario Matutino “La diaria” 27 de enero de 2021. <https://ladiaria.com.uy/economia/articulo/2021/1/reforma-previsional-primer-informe-de-la-comision-se-posterga-hasta-marzo-y-el-pit-cnt-critica-diagnostico-del-gobierno/>. Accedido el 23/5/2021.

## 4. CONCLUSIONES

1. Las inequidades de los mercados de trabajo son reproducidas por los sistemas previsionales. Por dicha razón el diseño de estos sistemas no debería asumir que los recursos se distribuyen en forma equitativa entre hombres y mujeres o que la realidad en la que buscan incidir es neutral<sup>46</sup>.
2. En Uruguay a pesar de que se han registrado avances en los últimos tiempos, la mujer sigue estando en desventaja en el sistema de jubilaciones y pensiones, de la misma manera en que ello ocurre en el mercado de trabajo. Son principales causas de la desigualdad de género en relación al trabajo, las tareas de cuidados y domésticas que tradicionalmente les han sido atribuidas en forma exclusiva a las mujeres (rol de género); la segregación ocupacional (horizontal y vertical); y otros factores como la discriminación salarial. El que las mujeres se hayan ido incorporando masivamente al mercado laboral uruguayo, no ha tenido como correlato una reducción significativa de su carga en materia de tarea doméstica y de cuidados. Esta desigual posición en el ámbito productivo y en el reproductivo, se retroalimenta: el doble rol por parte de las mujeres limita su empleabilidad; dicha limitación a su vez coadyuva a reforzar la dedicación al ámbito doméstico, provocando incluso el abandono de la ocupación y, en definitiva reproduciendo la desventaja de su posición en el mercado de trabajo. La significación de los cuidados como agente de desigualdad queda claramente expuesta por ejemplo, en el comportamiento opuesto de varones y mujeres en el mercado laboral ante la presencia de niños/as pequeños en el hogar. En efecto las mujeres presentan una disminución en su participación en dicho mercado a medida que aumenta el número de niños pequeños en el hogar. Su tasa de actividad baja treinta y tres puntos porcentuales cuando hay tres y más niños/as, respecto a aquellas que no tienen niños/as en la casa. En cambio la tasa de actividad masculina sigue siendo muy elevada, 84,5 %, y 30 puntos porcentuales mayor que la tasa femenina para hogares con la misma cantidad de niños/as preescolares y escolares<sup>47</sup>.
3. Otro responsable de desigualdad la constituye la segregación laboral. Esto es el hecho de que las mujeres se hallen sobrerepresentadas en puestos de trabajo asociados a menores niveles de productividad y, en general, a menores niveles salariales. Adicionalmente juegan otros elementos de restricción del mercado de trabajo como la discriminación; el hecho de que en la mujer es más frecuente que en el hombre la inserción parcial en el mercado laboral; así como las más altas tasas de informalidad que caracterizan a este colectivo en relación al masculino. La combinación de estos factores tiene como consecuencia que las mujeres tengan trayectorias laborales más

<sup>46</sup> Rossel, C.; Salvador, S. y Monteiro, L., "Protección social y género en Uruguay: avances y desafíos." El futuro en foco. Cuadernos sobre Desarrollo Humano. ©2014 PNUD Uruguay. [file:///D:/Downloads/undp-uy-cuadernocdh08-2015-%20\(2\).pdf](file:///D:/Downloads/undp-uy-cuadernocdh08-2015-%20(2).pdf) Recuperado 26/5/2021.

<sup>47</sup> Fuente: Sistema de información de género Inmujer-Mides en base ECH 2011. [http://repositorio.mides.gub.uy:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/414/352\\_Fernandez\\_2011\\_Estad%C3%ADsticas%20de%20G%C3%A9nero%202011.pdf?sequence=1&isAllowed=true](http://repositorio.mides.gub.uy:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/414/352_Fernandez_2011_Estad%C3%ADsticas%20de%20G%C3%A9nero%202011.pdf?sequence=1&isAllowed=true) Recuperado 26/5/2021

## LAS REFORMAS PREVISIONALES EN URUGUAY DE 1995 A 2021: SU ANÁLISIS EN TÉRMINOS DE GÉNERO

inestables, lo que reduce la densidad de cotizaciones en la seguridad social; o cotizan por montos inferiores que los hombres. Lo expresado implica que tiende a existir una brecha de aportes entre hombres y mujeres aún en los casos en que estas últimas aportan a programas contributivos por empleos de tiempo completo.

De acuerdo al informe sobre el impacto de las inequidades de género del Centro de Investigaciones Económicas (CINVE), la probabilidad de que un hombre realice aportes a la seguridad social, y genere de esta forma el derecho futuro a ser beneficiario de las prestaciones del sistema, es aproximadamente 15 puntos porcentuales superior a la de una mujer<sup>48</sup>.

Las brechas en las remuneraciones tienden a reproducirse durante la vejez. Como además las mujeres son más longevas, la equidad actuarial implica que ante igualdad de suma de aportes, el monto mensual de la prestación sea inferior para la mujer.

4. La frecuencia creciente de los divorcios acentúa el riesgo de que las diferencias de género mencionadas —en participación, carga horaria laboral, remuneraciones y esperanza de vida— se traduzcan en desigualdades de ingreso crecientes en la tercera edad<sup>49</sup>. Estas inequidades, constituyen un aspecto que no recibe el adecuado nivel de atención del informe diagnóstico por más que constituya sin dudas, uno de los aspectos fundamentales a ser tenidos en cuenta para diagnosticar y llevar a cabo reformas de seguridad social, tal como señalan los expertos de las organizaciones sociales<sup>50</sup>.
5. Puede asimismo consignarse la valoración opuesta entre el gobierno y la Central sindical respecto de las flexibilizaciones al sistema previsional (reducción de 35 a 30 los años de servicio necesarios para tener causal de retiro, y un año por hijo a las mujeres hasta un máximo de cinco). El oficialismo ha sostenido que esos cambios generaron un desfasaje que explica el actual desequilibrio financiero del sistema, mientras que para los técnicos del PIT-CNT, “*lejos de ser un problema, fue la solución*” que permitió “*ampliar los niveles de cobertura y suficiencia de las prestaciones*”. Se argumenta asimismo por parte de dicha organización, que de no existir la ley de 2008, “*seguramente tendríamos hoy más problemas de pobreza en un colectivo importante de adultos mayores, principalmente mujeres, y eso debe ponderarse*”<sup>51</sup>. La posición que se expresa

<sup>48</sup> “Inequidades de Género y su impacto sobre el sistema de Seguridad Social”. Centro de Investigaciones Económicas. Observatorio de Seguridad Social. Informe nº 7 – 2019. [https://www.observatorioseguridadsocial.org.uy/images/7\\_informe\\_trimestral\\_nuevo.pdf](https://www.observatorioseguridadsocial.org.uy/images/7_informe_trimestral_nuevo.pdf) Recuperado 13/5/2021.

<sup>49</sup> Bucheli, M.; Forteza, Á; Rossi, I., “Seguridad social y género en Uruguay: un análisis de las diferencias de acceso a la jubilación” [http://www.decon.edu.uy/~alvarof/Bucheli\\_Forteza\\_Rossi\\_20060911.pdf](http://www.decon.edu.uy/~alvarof/Bucheli_Forteza_Rossi_20060911.pdf) pag.6

<sup>50</sup> Colacce, M., “Seguridad social y género: cómo los supuestos del sistema perpetúan las desigualdades de la vida activa”. “La Diaria”. Diario matutino. 22 de marzo de 2021.<https://ladiaria.com.uy/economia/articulo/2021/3/seguridad-social-y-genero-como-los-supuestos-del-sistema-perpetuan-las-desigualdades-de-la-vida-activa/> .Recuperado el 25/5/2021.

<sup>51</sup> Da Silva, M., “Reforma previsional: primer informe de la comisión se posterga hasta marzo y el PIT-CNT critica diagnóstico del gobierno”. “La Diaria” Diario

## LAS REFORMAS PREVISIONALES EN URUGUAY DE 1995 A 2021: SU ANÁLISIS EN TÉRMINOS DE GÉNERO

en el borrador inicial del documento que se viene analizando, contraría los estudios académicos que unánimemente abogan por este tipo de medidas en tanto mitigan las inequidades que de inicio aquejan a la mujer al materializar sus trayectorias laborales.

6. Otro punto a considerarse especialmente, es el tratamiento de las jubilaciones mínimas. De acuerdo al informe de diagnóstico previsional “el diseño de la jubilación mínima como instrumento podría encontrar oportunidades de mejora si reconociera en la cuantía del beneficio, el esfuerzo contributivo del beneficiario y tuviera mayor transparencia en los costos y su financiamiento”<sup>52</sup>. Indica el citado economista Hugo Dufrechou, que “La propuesta, entonces, sería generar montos mínimos de jubilación según los años de aporte con el objetivo de retrasar el retiro lo más posible (y así pagar menos jubilaciones).” Este es un diseño similar al que se aplicó con la ley 16.713 (que creó el sistema mixto en 1995). La diferencia es que la escala de jubilaciones mínimas depende de la edad y no de los años de contribución. Es importante destacar que dicho diseño hubiera tenido como consecuencia, jubilaciones mínimas bastante menores que las que se están percibiendo actualmente, de no haberse realizado correcciones a través de la política de aumentos diferenciales vía decreto. Por ejemplo, quienes se jubilaron por causal común con 60 años de edad cobrarían la mitad por mes de lo que cobran hoy<sup>53</sup>. La consecuencia de la política que se promueve será sin lugar a dudas la reducción de la jubilación mínima. Esto traerá consecuencias sociales de suma importancia<sup>54</sup>.

La orientación del informe en relación a las jubilaciones mínimas es más que probable que genere propuestas de impacto negativo, sobre todo respecto de los trabajadores de menores ingresos y trayectorias laborales más intermitentes, y este colectivo está integrado mayoritariamente por las mujeres. Estamos viendo pues, que de concretarse este diseño se acentuarían las inequidades de género.

7. Se observa asimismo una firme tendencia al recorte en las pensiones de viudez y sobrevivencia. Estas son prestaciones contributivas que otorga el Banco de Previsión Social debido al fallecimiento de una persona afiliada en actividad, en goce de jubilación o de subsidio transitorio. De acuerdo a la Ley N° 16.713, los beneficiarios pueden ser: personas viudas, hijos solteros mayores de 18 años incapacitados para todo trabajo, hijos solteros menores de 21 años, padres absolutamente incapacitados para todo trabajo, personas divorciadas, concubinos y concubinas. Esta ley incorpora el derecho del viudo si demuestra dependencia económica de la causante o si carece de ingresos suficientes. Las mujeres no tienen que probar estas condiciones, siempre tienen de-

---

matutino. 27 de enero de 2021 · <https://ladriaria.com.uy/economia/articulo/2021/1/reforma-previsional-primer-informe-de-la-comision-se-posterga-hasta-marzo-y-el-pit-cnt-critica-diagnostico-del-gobierno/> Recuperado 13/5/2021

52 Informe diagnóstico de la CESS, <https://cess.gub.uy/contenido-diagnostico-cess>. Recuperado 18/5/2021.

53 Dufrechou, H., “El costo de la sostenibilidad en el sistema previsional: las pasividades mínimas en cuestión”. “La Diaria”. Diario matutino. 15 de mayo de 2021. Recuperado 20/5/2021.

54 Cfr. Dufrechou, H., “El costo de la sostenibilidad en el sistema previsional: las pasividades mínimas...” Ob. cit.

## LAS REFORMAS PREVISIONALES EN URUGUAY DE 1995 A 2021: SU ANÁLISIS EN TÉRMINOS DE GÉNERO

recho a esta pensión (salvo que cuenten con ingresos superiores a una suma pre-establecida). El sistema anterior sólo le otorgaba este beneficio al hombre, si estaba incapacitado para todo tipo de trabajo. Ello tenía por consecuencia que muy pocos hombres obtuvieran la pensión de sobrevivencia. Este hecho, unido a la mayor longevidad de las mujeres son aspectos que inciden grandemente en que se registre una mayor utilización femenina de las citadas pensiones. En efecto la mayoría de las mujeres son beneficiarias de pensiones que no generaron en forma directa, y ello está vinculado con los mayores niveles de actividad a nivel del hogar que realizan (trabajo no remunerado). A mayor cantidad de trabajo no remunerado, menores posibilidades de inserción en el mercado de trabajo y/o trayectorias laborales más inestables y fragmentadas. El acceso de las mujeres a estas pensiones se reconoce como uno de los beneficios del sistema vigente, porque si no fuera por ello se estaría frente a una gran cantidad de mujeres carentes de prestaciones sociales.<sup>55</sup>

8. De concretarse restricciones a las pensiones de sobrevivencia, su impacto sería particularmente lesivo para el colectivo femenino.

Las pensiones de sobrevivencia tienen su base en la dependencia de la mujer respecto del hombre, por ello relacionan el derecho a las prestaciones con las cotizaciones pagadas por el cónyuge difunto y aseguran contra la pérdida del sostén de la familia. Tradicionalmente, esas prestaciones sólo se abonaban a la viuda y los huérfanos, y no al viudo (salvo si tenía alguna discapacidad y por esa razón estaba a cargo de su mujer). Ello se ha modificado en la actualidad y en muchos países, incluido Uruguay, tal como se anotara supra, el viudo también tiene derecho a este tipo de pensiones. Pero de todas maneras la mujer aún hoy tiene un tratamiento menos restrictivo para la adquisición de este derecho.

La OIT señala que esta cuestión ha dado lugar a un debate entre quienes consideran que es razonable esperar que hoy en día las mujeres se ganen la vida trabajando y quienes señalan que esto no es lo que se esperaba de muchas mujeres que iniciaban una vida conyugal en decenios pasados. Plantea por último si deben esas mujeres al enviudar, sufrir ahora las consecuencias de que los valores y las actitudes hayan cambiado<sup>56</sup>. Lo cierto es que al día de hoy en nuestro país muchas mujeres continúan llegando a la edad de jubilación con muy pocos o incluso ningún derecho a una pensión por derecho propio, y esto tiene relación con el mayor nodo desigualdad de género, que es la desventajosa distribución de la carga de trabajo en los hogares. En efecto la razón de que un porcentaje no despreciable de mujeres, no genere una prestación de seguridad social por derecho propio, tiene su causa ya sea en que su labor no remunerada de cuidado de otras personas les ha impedido participar en una actividad laboral remunerada, o porque esa labor les ha obligado a participar únicamente en formas de trabajo periféricas y/o informales, con niveles salariales muy bajos y no cubiertas por los sistemas de seguridad social.

<sup>55</sup> Berriel, F.; Pérez Fernández, R.; Rodríguez, S., "Vejez y envejecimiento en Uruguay. Fundamentos diagnósticos para la acción. Montevideo, julio de 2011 © Ministerio de Desarrollo Social. Accedido 18/5/2021 <https://fiapam.org/wp-content/uploads/2013/11/Vejez-y-envejecimiento-en-Uruguay.pdf>

<sup>56</sup> OIT. 89a reunión, junio de 2001. Seguridad social: temas, retos y perspectivas. Ob.cit.

9. La conclusión final es que la desigualdad persiste. Y es más, asistimos al día de hoy a un retroceso en los derechos de las mujeres propiciado por la pandemia que nos aqueja. En estas circunstancias no es pertinente desmontar ningún dispositivo que mitigue la desigualdad, so pena de incrementarla.

El enfoque del informe diagnóstico, no solo no fomenta la igualdad de género, sino que además tiende a acentuar las inequidades.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

Banco de Previsión Social. Asesoría General en Seguridad Social. Acciones con perspectiva de género en la seguridad social actualización 2018. <https://www.bps.gub.uy/bps/file/16119/1/63.-acciones-con-perspectivas-de-genero-en-la-seguridad-social.-actualizacion-2018.pdf>

Banco de Previsión Social. Asesoría General en Seguridad Social. Trabajo doméstico remunerado en Uruguay. <https://www.bps.gub.uy/bps/file/16210/1/trabajo-domestico-remunerado-en-uruguay.pdf>

Berriel, F.; Pérez Fernández, R.; Rodríguez, S., "Vejez y envejecimiento en Uruguay. Fundamentos diagnósticos para la acción" Montevideo, julio de 2011 © Ministerio de Desarrollo Social. Accedido 18/5/2021 <https://fiapam.org/wp-content/uploads/2013/11/Vejez-y-envejecimiento-en-Uruguay.pdf>

Bene, N., "Densidad de cotización al BPS". Nota Técnica N° 5. CESS. <https://cess.gub.uy/sites/default/files/2021-02/Nota%20Te%Cc%81cnica%20N%C2%BA5.pdf>

Bucheli, M.; Forteza, Á; Rossi, I., "Seguridad social y género en Uruguay: un análisis de las diferencias de acceso a la jubilación" [http://www.decon.edu.uy/~alvarof/Bucheli\\_Forteza\\_Rossi\\_20060911.pdf](http://www.decon.edu.uy/~alvarof/Bucheli_Forteza_Rossi_20060911.pdf)

Cancela, M., y Gonzalez Quinteros, L., "Estudio sobre las condiciones laborales del servicio doméstico". Propuestas para acortar las brechas de la desigualdad en las políticas laborales, de cuidado y tributarias. [https://uruguay.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/120\\_file1.pdf](https://uruguay.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/120_file1.pdf)

CINVE (Centro de Investigaciones Económicas). Observatorio de Seguridad Social. Informe n° 7 – 2019. Inequidades de Género y su impacto sobre el sistema de Seguridad Social". [https://www.observatorioseguridadsocial.org.uy/images/7\\_informe\\_trimestral\\_nuevo.pdf](https://www.observatorioseguridadsocial.org.uy/images/7_informe_trimestral_nuevo.pdf)

Colacce, M.; Mojica, M. y Zurbrigg, J., "Brechas de Género en los ingresos laborales en el Uruguay" .CEPAL | ONU Mujeres .Mayo 2020 [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45792/4/BrechasdegeneroUruguay\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45792/4/BrechasdegeneroUruguay_es.pdf). Consultado 20/5/2021.

Colacce, M., "Seguridad social y género: cómo los supuestos del sistema perpetúan las desigualdades de la vida activa". "La Diaria". Diario matutino. 22 de marzo de 2021. <https://ladiaria.com.uy/economia/articulo/2021/3/seguridad-social-y-genero-como-los-supuestos-del-sistema-perpetuan-las-desigualdades-de-la-vida-activa/>

## LAS REFORMAS PREVISIONALES EN URUGUAY DE 1995 A 2021: SU ANÁLISIS EN TÉRMINOS DE GÉNERO

Da Silva, M., "Reforma previsional: primer informe de la comisión se posterga hasta marzo y el PIT-CNT critica diagnóstico del gobierno". "La Diaria" Diario matutino. 27 de enero de 2021. <https://ladiaria.com.uy/economia/articulo/2021/1/reforma-previsional-primer-informe-de-la-comision-se-posterga-hasta-marzo-y-el-pit-cnt-critica-diagnostico-del-gobierno/>.

Dufrechou, H., "El costo de la sostenibilidad en el sistema previsional: las pasividades mínimas en cuestión". Diario matutino "La Diaria" del 15 mayo 2021. <https://ladiaria.com.uy/opinion/articulo/2021/5/el-costo-de-la-sostenibilidad-en-el-sistema-p/>

Dufrechou, H., "La sostenibilidad del sistema previsional" Diario matutino "La Diaria" del 26/3/ 2021. <https://ladiaria.com.uy/opinion/articulo/2021/3/la-sostenibilidad-del-sistema-previsional/>

"El Observador" Diario, Artículo periodístico El trabajo doméstico alcanzó el menor nivel de evasión de los últimos seis años. 20 de agosto de 2019. <https://www.elobservador.com.uy/nota/el-trabajo-domestico-alcanzo-el-menor-nivel-de-evasion-de-los-ultimos-seis-anos-2019819181825>

Encuesta sobre niñez, uso del tiempo y género ONU Mujeres y UNICEF (Opción Consultores). Mayo 2020 <https://www.unicef.org/uruguay/encuesta-sobre-ninez-uso-del-tiempo-y-genero>.

Flores Ángeles, R.L. y Tena Guerrero, O., "Maternalismo y discursos feministas latinoamericanos sobre el trabajo de cuidados: un tejido en tensión" <file:///D:/Downloads/Dialnet-MaternalismoYDiscursosFeministasLatinoamericanosSo-4823310.pdf>

Forteza, Á. y Rossi, I., "Ganadores y perdedores en las primeras generaciones luego de una reforma estructural de la seguridad social: el caso de Uruguay". <http://dx.doi.org/https://doi.org/10.21678/apuntes.82.865>.

Informe de Diagnóstico CESS Delegación del Frente Amplio. <file:///D:/Downloads/posicion%20Informe%20de%20Diagnostico%20CESS%20Delegacion%20FA.pdf> [previsional-las-pasividades-minimas-en-cuestion/](https://previsional-las-pasividades-minimas-en-cuestion/)

INMUJER-MIDES. Sistema de información de género en base ECH 2011. [http://repositorio.mides.gub.uy:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/414/352\\_Fernandez\\_2011\\_Estad%C3%ADsticas%20de%20G%C3%A9nero%202011.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.mides.gub.uy:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/414/352_Fernandez_2011_Estad%C3%ADsticas%20de%20G%C3%A9nero%202011.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Instituto Nacional de Estadísticas (INE). <https://www.ine.gub.uy/documents/10181/35933/Uso+del+tiempo+y+el+trabajo+no+remunerado/579b3fdb-c0e8-4745-ab1d-a9aef24ab5a5.>

"La Diaria" 20/3/2021. Diagnóstico sobre seguridad social se aprobó sólo con votos de la coalición y los empresarios". Artículo periodístico. <https://ladiaria.com.uy/articulo/2021/3/diagnostico-sobre-seguridad-social-se-aprobo-solo-con-votos-de-la-coalicione-y-los-emprendedores/>

Lavalleja, M. y Tenenbaum, V., Seguridad social en el Uruguay: un análisis de los resultados. CEPAL - Serie Estudios y Perspectivas – Montevideo – N° 30. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/42499-seguridad-social-uruguay-un-analisis-resultados-la-ley-flexibilizacion-acceso.>

Montaño, S., "La agenda feminista y las reformas de los sistemas de pensiones en América Latina". En "Los sistemas de pensiones en América Latina: un análisis de género". Coordinación Flavia Marco. Cuaderno 90 de la CEPAL. Santiago de Chile, octubre del 2004. [https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/27830/S0408643\\_es.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/27830/S0408643_es.pdf)

OIT. 89ª reunión, junio de 2001. Informe IV. Seguridad social: Temas retos y perspectivas. Capítulo IV, Igualdad de género <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/rep-vi.pdf>

## LAS REFORMAS PREVISIONALES EN URUGUAY DE 1995 A 2021: SU ANÁLISIS EN TÉRMINOS DE GÉNERO

Pautassi, L.C., Seguridad social en América Latina: una lectura desde la perspectiva de género. CEPAL - SERIE Mujer y desarrollo Núm. 42. Publicación de las Naciones Unidas. Santiago de Chile, noviembre de 2002. [https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/5898/S0210838\\_es.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/5898/S0210838_es.pdf)

Pugliese, L. y Santos, S., Enfoque de Género en la Seguridad Social. <https://www.bps.gub.uy/bps/file/1512/1/enfoque-de-genero-en-la-seguridad-social.-l.-pugliese-y-s.-santos.pdf>

Querejeta, M., "Impacto de la maternidad en la trayectoria laboral de las mujeres. Evidencia para Uruguay". Documentos de Trabajo. dECON, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de la Republica, 2020. <https://hdl.handle.net/20.500.12008/24586>

Rossel, C.; Salvador, S. y Monteiro, L., "Protección social y género en Uruguay: avances y desafíos." El futuro en foco. Cuadernos sobre Desarrollo Humano. ©2014 PNUD Uruguay. [file:///D:/Downloads/undp-uy-cuadernocdh08-2015-%20\(2\).pdf](file:///D:/Downloads/undp-uy-cuadernocdh08-2015-%20(2).pdf)

Sistema Nacional Integrado de Cuidados. Informe de la Secretaría Nacional de Cuidados. <https://www.gub.uy/ministerio-desarrollo-social/sites/ministerio-desarrollo-social/files/documentos/publicaciones/Anexo%20Sistema%20de%20Cuidados.pdf>.

Zunino, G., Caporale, F., Pereira, M. y Souto, A., "Densidad de cotizaciones, historias laborales y rendimientos jubilatorios en el sistema de seguridad social de Uruguay". Observatorio de Seguridad Social. CINVE 2020 <https://www.observatorioseguridadsocial.org.uy/index.php/17-categoría-de-noticia/31-lanzamiento-observatorio-de-seguridad-social>.



# ESTUDIOS DOCTRINALES

## LAS PENSIONES POR VEJEZ EN GUATEMALA

### OLD AGE PENSIONS IN GUATEMALA

---

**Luis Fernando Cabrera Juárez**

*Doctor en Derecho y Justicia*

*Vicerrector General*

*Universidad Mesoamericana, Guatemala*

[cabreralf@umes.edu.gt](mailto:cabreralf@umes.edu.gt)

*Recepción de trabajo: 06-06-2021 - Aceptación: 31-07-2021*

- 1. HISTORIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
- 2. LAS PENSIONES. HISTORIA Y CONCEPTUALIZACIÓN.
- 3. LAS PENSIONES COMO DERECHO HUMANO.
- 4. LAS PENSIONES POR VEJEZ EN GUATEMALA.
- 5. CONSIDERACIONES FINALES.
- 6. BIBLIOGRAFÍA

## RESUMEN

Desde el año de mil novecientos cuarenta y seis, en Guatemala se creó el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, como una institución autónoma, de derecho público, con el objeto de brindar el beneficio de la seguridad social a la población trabajadora, sin incorporar en ese momento a la población de edad avanzada, situación que ocurrió veinte años después. Esta incorporación permitió que las personas que hayan alcanzado la edad de sesenta y cinco años pudiesen acceder a una compensación económica denominada “pensión”, en base a los aportes que se haya realizado durante la vida laboralmente activa al seguro social. Si bien, esta pensión que reciben en la mayoría de los casos de forma mensual, ayuda al sostenimiento del hogar, en la actualidad el monto que se percibe no es ni la mitad del mínimo vital para subsistencia, por lo que se debe pensar en nuevas formas de manejar las pensiones, a modo que puedan incrementarse y satisfacer las necesidades básicas de las personas.

**PALABRAS CLAVE:** seguro social, pensión, vejez, retiro.

## ABSTRACT

Since the year of nineteen hundred and forty-six, in Guatemala the Guatemalan Social Security Institute was created, as an autonomous institution, under public law, to provide the benefit of social security to the working population, without incorporating into that moment to the elderly population, a situation that occurred twenty years later. This incorporation allowed people who have reached the age of sixty-five to access an economic compensation called “pension”, based on the contributions that have been made during their active working life to social security. Although, this pension that they receive in most cases monthly, helps to sustain the household, at present the amount that is received is not even half of the minimum vital for subsistence, so it is necessary to think about new ways of managing pensions, so that they can be increased and meet people's basic needs.

**KEYWORDS:** social security, pension, old age, retirement.

## 1. HISTORIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Hablar de seguridad social, nos obliga a remontarnos a la antigua Grecia, en donde los vínculos existentes entre las comunidades tuvieron una orientación hacia las profesiones y la religión. De igual forma, en Roma, se dividió a la población en categorías, siendo estas las artes y los oficios.

Esto provocó que surgieran los *collegia corpora oficie*, que eran asociaciones de artesanos con propósitos mutuales, religiosos y de asistencia a los colegiados y a sus familiares, quienes asumieron la obligación de apoyar a sus afiliados en las necesidades que tuviesen. Importante mencionar que en el Digesto del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano<sup>1</sup> en algunas ocasiones se utilizan las expresiones *corpora* y *collegia* indistintamente, las cuales indistintamente hacen referencia a las asociaciones profesionales.

“Los collegia eran asociaciones privadas con su propio estatuto (*lex collegii*), donde figuraba su finalidad, sus órganos de gobierno, así como los requisitos para ser admitidos como asociado. Los primeros collegia aparecieron con fines religiosos (*sodalitates*) y posteriormente con fines sociales, culturales y profesionales. Los collegia funeraria nacieron para que las personas que carecían de medios económicos para pagar su funeral se asociaran para financiarlos poco a poco, ya que, en la cultura romana, al igual que en todos los tiempos, era muy importante disponer de pompas fúnebres lo más dignas posibles. También fueron importantes los collegia de algunos oficios como: artesanos, músicos, orfebres, carpinteros, etc. (*collegia opificum*) que vigilaban los intereses de cada profesión, y donde podemos apreciar los antecedentes de los futuros gremios que surgirían en la baja Edad Media. Estos collegia contaban con patronos protectores por cada uno de estos oficios, y adquirieron gran importancia política, de hecho, y pese a su aparente independencia, acababan apoyando a determinados candidatos en las elecciones, lo que derivó en corrupción; en efecto, muchos de ellos vendían sus votos y actuaban como verdaderos lobbys.”<sup>2</sup>

En el año de 1821, la República Alemana gobernada por el entonces Kaiser Guillermo II, surge la seguridad social, “como producto del proceso de industrialización, las fuertes luchas de los trabajadores, la presión de las iglesias, de algunos grupos políticos y sectores académicos de la época. Inicialmente los trabajadores se organizaron en asociaciones de auto-ayuda solidaria, destacando las mutuales de socorro mutuo, las cooperativas de consumo y los sindicatos. Por lo tanto, se deriva la protección al trabajador, en caso de perder su base existencial por enfermedad, accidente, vejez o invalidez total o parcial.”<sup>3</sup>

En 1919, la Organización Internacional del Trabajo creó un servicio de seguros sociales, que fue transformado con posterioridad, con la ayuda de expertos internacionales, y dio origen a la Confe-

<sup>1</sup> Mollinas Jaime, *Corpus Juris Civilis*, Español. Barcelona. Editorial UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016. Págs. 1889-1898

<sup>2</sup> Guiraldo, Juan. *Las asociaciones en Derecho Romano*, Universidad de Almería, 2017 Pág.19

<sup>3</sup> Sosa González, Celso. *El financiamiento de la seguridad social en Guatemala*. 2009. Pág. 17

## LAS PENSIONES POR VEJEZ EN GUATEMALA

rencia Internacional del Trabajo de 1925, en la que se realizó una labor muy eficiente en temas de seguros sociales, dictando una resolución general, se aprobaron convenios y recomendaciones sobre reparación de accidentes de trabajo, enfermedades laborales, vejez, invalidez y muerte.

En el año de 1944, la Organización Internacional del Trabajo, a través de la Declaración de Filadelfia, consideró a la seguridad social como un derecho inherente a la persona humana, y determinó la necesidad de extender la cobertura de dichos programas para garantizar la asistencia médica y una fuente de ingresos para las personas que no tuviesen acceso a ellos. Esta declaración histórica se realizó por primera vez en la historia con el fin de extender la seguridad social y avanzar hacia una cobertura de carácter universal.<sup>4</sup>

Posteriormente, en el año de 1948, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su artículo 22 se confirmó el derecho a la seguridad social, estableciendo que toda persona tiene derecho a la seguridad social. Este concepto fue consolidado internacionalmente, mediante la aprobación por parte de la Organización Internacional del Trabajo del Convenio 102 sobre la Seguridad Social, en el que se incluye la definición de las nueve ramas de la seguridad social.<sup>5</sup>

Fue hasta el año de 1966 que, a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las naciones Unidas, que en su artículo 9 establece que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.”<sup>6</sup> Posteriormente, en el año de 1967, por medio del Convenio número 128, relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, el cual en su artículo 17 establece la obligación de pagar una prestación por vejez, la cual deberá consistir en un pago periódico (pensión), de conformidad con las condiciones específicas que para el efecto se determinen.

Juntamente con la seguridad social, surge el concepto de asistencia social, siendo esta una de las formas más antiguas de protección hacia los sectores más vulnerables de la sociedad.<sup>7</sup> Esta asistencia social, tiene mucha similitud con los seguros sociales y las asignaciones familiares por estar éstas dentro del orden estatal; se diferencia del seguro social en que la asistencia social tiene un esquema de gratuidad mientras que el seguro social es contributivo.

<sup>4</sup> Informe IV: seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa. Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza. 2011.

<sup>5</sup> Las nueve ramas de la seguridad social son las siguientes: i) asistencia médica; ii) prestaciones monetarias de enfermedad; iii) prestaciones de maternidad; iv) prestaciones de vejez; v) prestaciones de invalidez; vi) prestaciones de sobrevivientes; vii) prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; viii) prestaciones de desempleo, y ix) prestaciones familiares.

<sup>6</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

<sup>7</sup> Acevedo Tarazona, Álvaro, La seguridad social, Historia, marco normativo, principios y vislumbres en un Estado de derecho en Colombia. Anuario de Historia Regional y de las Fronteras. Volumen 15, Octubre 2010. Pág. 195

## 2. LAS PENSIONES, HISTORIA Y CONCEPTUALIZACIÓN

Hablar de pensiones nos hace trasladarnos a un escenario que contempla dos elementos esenciales: el primero, edad; y el segundo, dinero. No podemos confundir el concepto de pensión con el de jubilación. La pensión, según el Diccionario de la Real Academia Española es aquella “Cantidad periódica, temporal o vitalicia, que la seguridad social paga por razón de jubilación, viudedad, orfandad o incapacidad.”<sup>8</sup>; mientras que la jubilación es la “Acción y efecto de jubilar o jubilarse, o la pensión que recibe un jubilado.”<sup>9</sup>

José Antonio Herce, en su publicación “Pensiones del futuro”<sup>10</sup> indica que “La seguridad social tiene 130 años de historia. Se inventó en la Prusia del Canciller Otto von Bismarck y el Káiser Guillermo. En ese momento, casi cuatro décadas después de la publicación del Manifiesto Comunista de Karl Marx y Friedrich Engels, la revolución social democrática, alimentada por las espantosas condiciones de vida y trabajo del proletariado europeo y, también, por el fuerte deterioro del nivel económico de las clases medias, recorría la Europa salida de la larga y transformadora gran revolución industrial.”

Este protección hacia la persona que necesita una cobertura por razón de la jubilación o incapacidad, hace que sea pensada como un tema de previsión, situación que obligaba a las personas en la antigüedad a tener que acudir a la caridad, al no contar con recursos ni bienes para satisfacer su necesidad. Esta protección básica para la subsistencia permite que el ser humano pueda contar con recursos necesarios para vivir.<sup>11</sup>

Surge el tema de la cuestión social como un elemento que dio respuesta al clamor de los trabajadores, siendo Von Bismarck el precursor de este, creando un sistema de seguro laboral de vejez o invalidez, basado en el pago de cotizaciones sobre la nómina de los trabajadores y los empleadores e incentivado por el Estado.

Las pensiones responden a una necesidad de dar cobertura dentro del ámbito de seguridad social, proveyendo ingresos seguros (aunque mínimos) durante el largo ciclo de vida del pensionado. A nivel mundial, se desarrollaron sistemas de pensiones de tipo contributivo y obligatorio, dando inicios en Alemania a finales del siglo XVIII; mientras que, en América Latina, el primer sistema de pensiones no contributivo fue establecido en Uruguay en 1919 y la primera ley que creó un sistema

<sup>8</sup> Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario, Actualización 2020. <https://dle.rae.es/pensión>

<sup>9</sup> Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario. Actualización 2020. <https://dle.rae.es/jubilación>

<sup>10</sup> Herce, José. Las Pensiones del Futuro. Instituto Santalucía, Junio 2018.

<sup>11</sup> Quesada Sánchez F. Javier y José Antonio, Rojas Tercero. Folleto Económico: “Antecedentes históricos de la previsión social”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Toledo España – Septiembre 2009, Pág. 309.

## LAS PENSIONES POR VEJEZ EN GUATEMALA

nacional de seguridad social obligatorio que incluyó un sistema de pensiones contributivo para la vejez se dictó en Chile en 1924.<sup>12</sup>

Para Latinoamérica, uno de los más grandes retos es la cobertura en programas sociales, principalmente cobertura hacia las clases pasivas (pensionados) quienes constituyen un numero elevado del sistema no contributivo en la región.

Lamentablemente las pensiones, al ser parte de un tema social que es vinculado con lo económico, y mayormente en lo político, por lo que el tema se convierte en compromisos de gestión pública a través de las finanzas públicas, o peor aún, en promesas de campaña política de algún candidato que ofrece, mejores pensiones a cambio de votos.

Se debe tener claro que el fin primordial de las pensiones por vejez, es hacerles frente a las carencias económicas que los beneficiados de dicho programa, quienes han llegado a la etapa de la vida en que pueden ser acogidos por los programas respectivos de cada país.

Con la incorporación de los seguros sociales a los programas de previsión, se empieza a utilizar el término de seguridad social, incorporando así la previsión y asistencia como parte del bien común que las cartas magnas de nuestros países indican.

En el caso de Guatemala, la Constitución Política de la República de Guatemala, establece en su artículo 1º: "Protección a la persona: El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común."<sup>13</sup> Y es que al hablar del bien común, para el cumplimiento de los fines del Estado, no existe más limitante que la de encuadrar la acción política y jurídica del poder público en el marco de la legalidad. Por lo tanto, las leyes que se refieran a materia económica y social, deben primordialmente, perseguir objetivos generales y permanentes, nunca fines personales o particulares.

Adicionalmente a ello, en el artículo 51, la lex supra guatemalteca establece: "Protección a menores y ancianos: El estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores de edad y de los ancianos. Les garantizará su derecho a la alimentación, salud, educación y seguridad y previsión social."

En el caso de Guatemala, la regulación de los derechos y beneficios sociales ha venido realizándose desde el siglo XVI, a través de leyes que contuvieran normas inclusivas de seguridad social. En el siguiente cuadro podemos observar una breve descripción:

---

<sup>12</sup> La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) ha publicado un estudio denominado "Los sistemas de pensiones en la encrucijada. Desafíos para la sostenibilidad en América Latina," En el mismo se hace una definición que incorpora tres aspectos: cobertura adecuada, suficiencia de las prestaciones y sostenibilidad financiera. Se trata de tres dimensiones cuya satisfacción de manera estable e nuestros países supone un equilibrio económico, social y político.

<sup>13</sup> Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 1985.

## LAS PENSIONES POR VEJEZ EN GUATEMALA

### GUATEMALA: ESQUEMA HISTÓRICO DE LA LEGISLACIÓN EN BENEFICIO DE LOS TRABAJADORES

Año	Legislación	Comentarios
1680	"Leyes de Indias"	Un intento de la corona española de limitar los abusos desmedidos que sus súbditos cometían contra los indígenas. Estas leyes fueron renovadas en 1835 y 1851.
1894	"Ley de Trabajadores"	Estas disposiciones que favorecían a los trabajadores, lamentablemente no se cumplieron, resultaron en su derogatoria.
1906	"Ley Protectora de Obreros sobre Accidentes de Trabajo"	Estas ya fueron más completas ya que contenían normas que anticipan la futura previsión social: prestaciones sociales a los trabajadores en casos de accidentes.
1921	"Constitución de la República de 1921"	En materia de seguridad Social solo regula algunos de los aspectos superficialmente.
1926	"Ley del Trabajo"	De aplicación General el cual incluía: Protección al trabajador.
1932	Decreto de Derechos de Trabajadores Públicos.	Estableció el sistema de jubilaciones, pensiones y montepíos para funcionarios y empleados públicos.
1944	Decreto 47 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo	Se establece como función de la Secretaría de Gobernación, Trabajo y Previsión Social, la de procurar "la implantación y funcionamiento de los sistemas de seguro social, que cubran los casos de enfermedad, incapacidad, vejez, desempleo y muerte del Trabajador".
1946	"Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social"	Esta Ley crea "Una Institución autónoma, de derecho público, de personería jurídica propia y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, cuya finalidad es aplicar en beneficio del pueblo de Guatemala, un Régimen Nacional, Unitario y Obligatorio de Seguridad Social, de conformidad con el sistema de protección mínima".
1968	Acuerdo No. 481 de Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.	Fue creado el Programa IVS (Invalidez, Vejez y Sobrevivencia) cual fue reformado a través del Acuerdo 788, que entró en vigor desde marzo de 1988.

Fuente: El régimen de fondos de pensiones guatemalteco.<sup>14</sup>

Fue hasta el año de 1946 cuando el Congreso de la República de Guatemala aprobó, mediante el Decreto 295 de fecha treinta de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, la Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, creando "Una Institución autónoma, de derecho público, de personería jurídica propia y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, cuya finalidad es aplicar en beneficio del pueblo de Guatemala, un Régimen Nacional Unitario y Obligatorio de Seguridad Social, de conformidad con el sistema de protección mínima."<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Martínez Regalado, Edwin Leonel, El régimen de fondos de pensiones guatemalteco a nivel privado y su proyección social y legal en Guatemala. Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 2012.

<sup>15</sup> Artículo 1 del Decreto 295 del Congreso de la República de Guatemala, Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.

## LAS PENSIONES POR VEJEZ EN GUATEMALA

El Gobierno de la República de Guatemala, a través del Ministerio de Economía y Trabajo, invitó por medio de sus embajadas a las personas idóneas para desarrollar el trabajo de elaborar los estudios y hacer efectiva la legislación concerniente a los seguros sociales, siendo de esa forma que arriban a Guatemala los señores Oscar Barahona Streber y Walter Diettel Mora, de nacionalidad costarricense, quienes se constituyeron como pioneros del sistema de la seguridad social en Guatemala. Ambos contaban con gran experiencia previa, al haber realizado el proyecto de la Caja Costarricense del Seguro Social, trasladando dicha experiencia hacia Guatemala.

De sus experiencias, ambos indicaron que los seguros sociales no podían crearse como una “Panacea Universal”, sino que como una herramienta por medio de la cual, cada pueblo civilizado podía mejorar su forma de vida. Citando textualmente lo indicado por ellos:

“Nadie debe esperar que la implantación de los seguros sociales resuelva por si misma los problemas del alto costo de la vivienda, de la alimentación, del vestido, del bajo nivel educacional y otros similares, aunque si contribuirá directa o indirectamente a hacerlo. Y esta contribución se facilitará si el plan de los seguros sociales se aplica científicamente y como parte de esta aplicación, se estudia con cuidado la mejor manera en que la Institución respectiva debe cooperar a la solución de estos problemas relacionados con el costo de la vida, en la parte que le corresponde.”<sup>16</sup>

El dos de enero de mil novecientos cuarenta y ocho, el entonces Presidente de la República de Guatemala, Juan José Arévalo Bermejo inauguró el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, indicando que era uno de los capítulos más importantes de la Revolución de Octubre<sup>17</sup>, haciendo énfasis que la revolución no había sido un golpe de estado militar ni una revuelta política, sino que era un proceso revolucionario progresivo, y que la creación e inauguración del Seguro Social, era un ejemplo de la resolución de los problemas sociales del país.<sup>18</sup>

En el discurso inaugural, el primer presidente de la Junta Directiva del Seguro Social señaló que el Instituto era la creación de una modalidad de cooperación colectiva que no se había practicado en Guatemala, la cual involucraba a trabajadores, patronos y el Estado.

Al momento de su inicio, el Seguro Social en Guatemala, a través de su Junta Directiva, aprobó mediante Acuerdo de Junta Directiva número 12, creó el Programa de Accidentes de Trabajo, como

<sup>16</sup> Oscar Barahona Streber y Walter Diettel, *Bases de la Seguridad Social en Guatemala*, vol. I. Guatemala: IGSS, 1947: Pág. 88

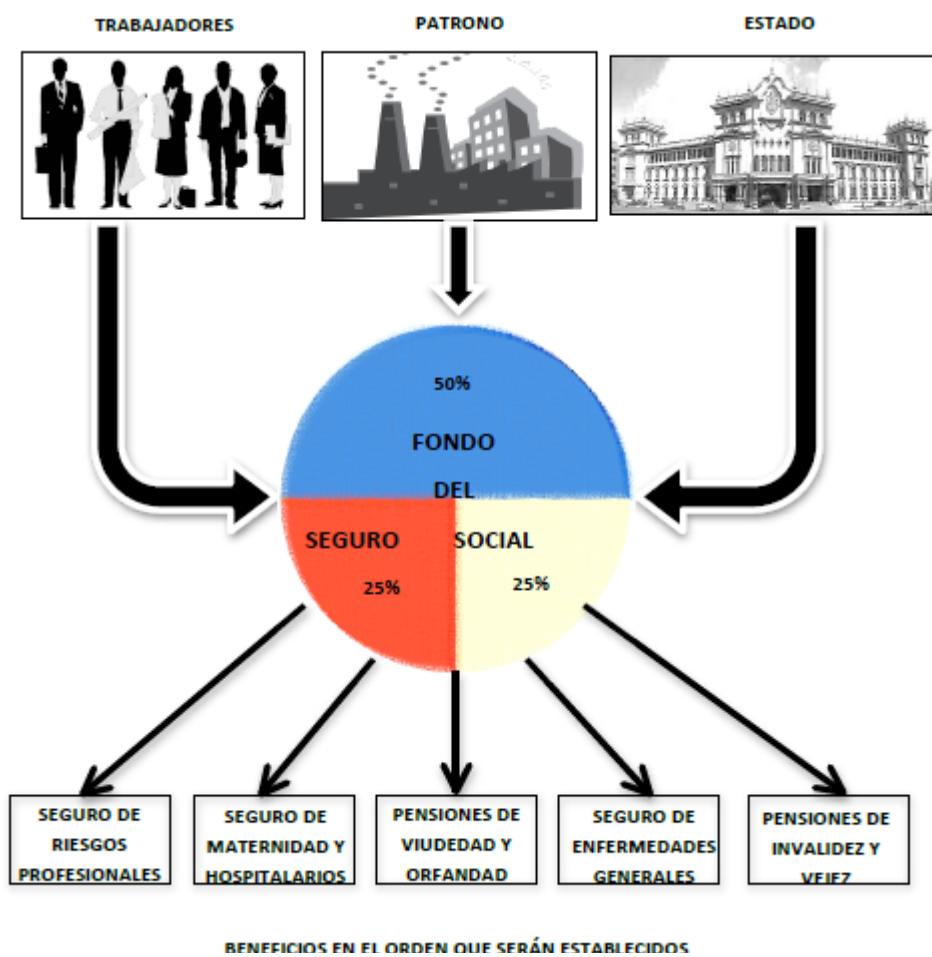
<sup>17</sup> La Revolución de 1944, también llamada Revolución de Octubre, fue un alzamiento cívico y militar que tuvo lugar el 20 de octubre de 1944 en Guatemala, mediante el cual se derrocó al presidente provisorio del país, Federico Ponce Vaides y se constituyó una Junta Revolucionaria provisional, conformada por Francisco Javier Arana, Jorge Toriello Garrido y Jacobo Árbenz Guzmán. Esta Junta Revolucionaria asumió el poder y encaminó al país hacia una nueva Constitución y elecciones; sin embargo, la lucha dictatorial pronto mostraría divisiones que emanaron en las discusiones por una nueva Constitución en torno a los temas de la modernización económica y el reconocimiento de derechos sociales.

<sup>18</sup> Asturias Valenzuela, Ricardo. *Seguridad Social en Guatemala, Historia y Desarrollo*. Guatemala: IGSS, 1994: Pág. 9.

## LAS PENSIONES POR VEJEZ EN GUATEMALA

una fase inicial de la aplicación total del Régimen de Seguridad Social, y posteriormente, por medio del Acuerdo de Junta Directiva número 97 se creó el Reglamento Sobre Protección Relativa a Accidentes en General.

Para dicho efecto, se concibió que el funcionamiento del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social debía operar bajo un esquema tripartito de financiamiento, que involucrara a patronos, trabajadores y el Estado, siendo este último considerado como patrono.



Fuente: Oscar Barahona Streber y Walter Diettel, Bases de la Seguridad Social en Guatemala, vol. I. Guatemala: IGSS, 1947: 76 y 77

Este financiamiento, ha permitido que, en la actualidad, continúe funcionando y dando cobertura a los programas creados dentro del esquema de Seguridad Social; sin embargo, el Estado es el principal moroso en cuanto a aportes de sus cuotas como patrono.<sup>19</sup>

<sup>19</sup> Al mes de febrero de 2021, el Estado de Guatemala adeudaba al Seguro Social un estimado de 0.52 mil millones de quetzales (€5,520,000,000.00 aproximadamente) y el sector privado un estimado de 0.2 mil millones de quetzales (€211,000,000.00) que afectan el funcionamiento y la atención que puedan brindar a sus afiliados.

## LAS PENSIONES POR VEJEZ EN GUATEMALA

En el año de 1968, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, a través del Acuerdo numero 481 de Junta Directiva, de fecha treinta de diciembre de 1968, que entró en vigor a partir de marzo de 1977 creó el programa de Invalidez, Vejez y Sobrevivencia, beneficiando inicialmente a los trabajadores de empresas privadas únicamente. Con posterioridad, se extendieron los beneficios a los trabajadores de Estado reportados en las planillas respectivas y a personal del Ejercito.

Es en dicho acuerdo, que surgen algunos conceptos aplicables al tema que nos atañe; en primer lugar, define lo que es Pensión: La prestación en dinero que se paga por mensualidades vencidas al pensionado o al beneficiario con derecho. Pensionado: Afiliado o beneficiario que adquirió esta calidad mediante resolución firme. Y por último, Vejez: Para los efectos de este Reglamento, es el estado que adquiere un asegurado al cumplir determinada edad.<sup>20</sup>

Este es el punto de partida para determinar la procedencia de las pensiones por vejez, ya que, para tener acceso a ella, el interesado debe pertenecer al grupo de personas identificadas como adulto mayor, tercera edad o ancianos. Para ello, es necesario mencionar lo que el término adulto mayor indica, el cual origina del latín *adultus* que significa crecer o madurar, mientras que la expresión mayor proviene del latín *maior* que hace referencia a gran edad.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), las personas cuyas edades se encuentran entre los sesenta a los setenta y cuatro años, se les considera como personas de edad avanzada, si el rango de edad se encuentra entre los setenta y cinco y los noventa años, son considerados como viejos o ancianos, y aquellos que superen dicha edad, son denominados grandes viejos o personas longevas. Por lo tanto, para referencia, toda persona mayor de sesenta años indistintamente será denominada como de la tercera edad.

Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas, considera que toda persona, cuya edad supera los sesenta y cinco años, se le denominará persona mayor, si residen en los países desarrollados; mientras que, para los países en vías de desarrollo, la edad inicia a los sesenta años.<sup>21</sup>

En el caso de Guatemala, la edad mínima establecida para optar a la pensión por vejez ha sido los sesenta años. Adicionalmente a la edad, la persona que desee optar por la pensión por vejez debe de haber estado afiliado al Seguro Social, por lo menos veinte años, pagando sus debidas contribuciones (240 cuotas).

Al acceder a los beneficios del programa de vejez, los pensionados tienen derecho: a) una pensión mensual; b) un bono de Q.300.00 (€.32.00) en julio de cada año; c) un bono de Q.500.00 (€.53.00) en diciembre de cada año; d) un aguinaldo de Q.1,000.00 (€.105.00) diciembre de cada año; y e) en caso fallezca el pensionado, un apoyo económico para gastos funerarios.

<sup>20</sup> Artículo 3 del Acuerdo de Junta Directiva numero 1124 del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Reglamento sobre protección relativa a la invalidez, vejez y sobrevivencia.

<sup>21</sup> En 1991, la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante resolución 45/106, designó el 1 de octubre el Día Internacional de las Personas de Edad. Posteriormente, en 1991, por medio de la resolución 46/91 adoptó los Principios de las Naciones Unidas para las personas mayores. Y en 2002, la segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento adoptó el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, para responder a las oportunidades y desafíos del envejecimiento de la población en el siglo XXI y para promover el desarrollo de una sociedad para todas las edades

Otro de los beneficios que pueden acceder las personas que han alcanzado la edad mínima de los sesenta años, y quienes hayan terminado su relación laboral sin tener derecho a la pensión por vejez, siempre que acrediten que han realizado por lo menos doce meses de contribución al Seguro Social, tiene la opción de solicitar una asignación única, cuyo monto será igual al 70% del valor de las cuotas laborales efectivamente aportadas al programa de Invalidez, Vejez y Sobrevivencia. Es importante tomar en consideración, que el trabajador aporta el 4.83% de su salario al seguro social, por lo que si un trabajador que ha devengado el salario mínimo vigente en Guatemala que es de Q.2,825.10 (€.298.00) al mes, aportando en contribuciones de forma mensual al Seguro Social un monto de Q.136.45 (€.14.42), el valor total de aportes al año que como mínimo establece la normativa del Seguro Social en Guatemala sería de Q.1,637.40 (€.173.04), lo que recibirá en concepto de asignación única, equivalente al 70% de sus aportes es la cantidad de Q.1,146.16 (€.121.16).

En el caso de la pensión por vejez, de los trabajadores que laboran en el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y que han cumplido con los requisitos que el Reglamento respectivo establece (sesenta años de edad y doscientos cuarenta cuotas debidamente pagadas), el monto de la pensión mensual por vejez, se determina con base en el tiempo de servicio en el Instituto y la edad en años cumplidos del miembro del plan al inicio del pensionamiento, otorgándose la pensión en base a los porcentajes establecidos, aplicándolos al último salario mensual del trabajador.

Para los trabajadores que no laboran en dicho instituto, y que han realizado sus aportes, cumpliendo con las reglas anteriormente descritas, le es aplicable la remuneración base<sup>22</sup> que en la actualidad es de Q.9,000.00 (€.951.00).

La mayoría de los pensionados en Guatemala, reciben en promedio mensualmente una pensión por vejez de Q.1,500.00 (€158.00), misma que no cubre el mínimo vital de la canasta básica alimentaria (CBA), que, según datos del Instituto Nacional de Estadística, el costo mensual es de Q.2,987.39 (€.315.00) y la canasta ampliada (CA) asciende a Q.6,897.69 (€.729.00).

### 3. LAS PENSIONES COMO DERECHO HUMANO

Para poder analizar el concepto propio de las pensiones como un Derecho Humano es necesario profundizar en su sentido ético-jurídico, buscando no solamente el porqué de estas sino el para qué.

El principio de solidaridad y redistribución el ingreso de la seguridad social establece que toda la población de encontrarse afiliada a este sistema, de manera que permita que el funcionamiento, financiamiento y sostenibilidad a largo plazo, pueda financiar las prestaciones de los pasivos,

<sup>22</sup> Cantidad de dinero que sirve de base para determinar el monto de la pensión en los riesgos de Invalidez, Vejez y Sobrevivencia. El máximo de la pensión es el 80% de la misma.

En este sentido es necesario adentrarse en el origen mismo de las relaciones humanas, en aquellos ámbitos que permiten el desarrollo físico e intelectual del ser humano, donde puede plasmar y transmitir su esencia misma. El ámbito laboral es aquel donde el ser humano transmite sus conocimientos, su fuerza creativa y donde aplica su mayor potencial físico e intelectual, obteniendo de esta forma la retribución que le permitirá satisfacer sus necesidades básicas y aquellas que considera esenciales para vivir.

Existe un punto en el cual no solamente el ser humano establece relaciones humanas en el ámbito laboral para satisfacer sus propias necesidades, sino también para aportar a la colectividad aquello que él posee y que puede transmitir y que permitirá a un conglomerado social lograr un fin colectivo, lo que se denomina el bien común.

Es en este punto donde tanto el Seguro Social y las pensiones como tal buscan cumplir en parte este objetivo, ya que se persigue lograr una sociedad no solamente igualitaria sino equitativa. Teniendo en cuenta que la equidad en sí busca lograr que en todas las relaciones sociales se tenga como fundamento último la dignidad de todas las personas que les proviene de participar de una misma naturaleza intelectual, que es inmaterial pero que regula la libertad misma con la que el hombre desempeña su trabajo en la sociedad, aporta libremente su conocimiento y busca que todos sean retribuidos por el esfuerzo que libremente han realizado para alcanzar el bien común.

En este sentido el tener acceso a una pensión se vuelve un derecho humano ya que en el momento en que una persona puede obtener este aporte económico al no poder obtenerlo por sus propios medios, le permite estar en una posición de igualdad frente a aquellos que aún pueden y tienen la capacidad física para lograrlo.

Las pensiones en este sentido permiten equilibrar en cierto modo las relaciones humanas, ya que las personas que por alguna razón la reciben (por jubilación, por discapacidad, etc.) se encuentran en una posición de igualdad frente a aquellos que pueden trabajar y este marco de igualdad permite que los pensionados puedan seguir teniendo las mismas oportunidades en especial acceder a los aspectos básicos que todo ser humano debe gozar como lo son el derecho a la salud, a la alimentación, a una vivienda digna, etc.

Hay que tener en cuenta que en este sentido la Seguridad Social y por ende las prestaciones como aspecto positivo de la misma, no tienen como fin igualar a las personas ya que esto sería una tarea imposible de realizar derivado de la propia naturaleza de las personas, pero si tiene como objetivo que sobre la desigualdad existente se preserve la igualdad de derecho a la plena realización intelectual o anímica. Las pensiones garantizan que las personas reciban la retribución digna del esfuerzo realizado durante su etapa productiva.

Al mismo tiempo se debe considerar que las relaciones de trabajo permiten que los seres humanos realicen dentro de un sistema de Seguridad Social los aportes que son necesarios para garantizar el cumplimiento y pago de las pensiones y en este sentido estas relaciones se vuelven también en relaciones de servicio ya que se permite el mutuo enriquecimiento, logrando así el bien común.

## LAS PENSIONES POR VEJEZ EN GUATEMALA

Otro principio fundamental que sustenta el derecho a las pensiones es la justicia. En toda sociedad las relaciones humanas se construyen y perfeccionan en el respeto a la justicia cuando cada una de las partes, es decir cada individuo dentro de la sociedad y el Estado suscriben un compromiso para recibir un beneficio proporcional al esfuerzo que realizan dentro de la misma.

Para profundizar en este punto es necesario tener en cuenta que las personas dentro de una sociedad establecen relaciones humanas particulares, o entre grupos, que serán justas según dos aspectos importantes, el primero que los acuerdos que se establecen sean justos y el segundo que se apliquen en su realización de un modo justo para las partes.

En este sentido la Constitución Política de la República de Guatemala garantiza en primer lugar que se establezcan acuerdos justos, es decir, en el caso de las pensiones que toda persona que ha realizado los aportes correspondientes durante el período productivo de su vida tenga garantizada una pensión para su vejez y en segundo lugar que realmente se realice éste cometido y llegado el momento oportuno la persona reciba efectivamente la pensión correspondiente.

Al considerarse el pago de una pensión un derecho humano se debe considerar que la base también es la libertad con la que las personas realizan sus aportes, ya que debe entenderse que las personas libremente deciden trabajar y aceptan aportar al sistema de Seguridad Social al igual que la parte patronal la parte correspondiente para tener acceso a la pensión correspondiente.

Magdalena Sepúlveda, experta independiente de la Organización de Naciones Unidas sobre derechos humanos y extrema pobreza, indicó que “Las pensiones deben ser una prioridad para los Estados comprometidos con la lucha contra la pobreza y con el cumplimiento de los derechos humanos tanto de los jóvenes como de las personas mayores”.<sup>23</sup>

En el mismo sentido, la directora del Departamento de Seguridad Social de la Organización internacional del Trabajo ha subrayado la importancia de las pensiones, a efecto de que permita garantizar que éstas sean adecuadas. “Las mujeres y los hombres de edad tienen el derecho a jubilarse con dignidad, sin caer en la pobreza. Este es un problema a escala mundial.”<sup>24</sup>

Y es que el principal problema que surge de las pensiones radica sobre si lo que percibe la persona en ese concepto, es suficiente para tener una vida digna. La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que: “...toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Expertas de la ONU destaca importancia de pensiones para derechos humanos de personas mayores, con motivo de la celebración del 1º de octubre del “Día Internacional de las Personas Mayores”. Boletín de ONU sobre personas mayores. 30 de septiembre de 2009.

<sup>24</sup> Informe sobre la situación en el mundo de los pensionados, Organización Internacional del Trabajo, 2014. Noticias ONU.

<sup>25</sup> Artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

## LAS PENSIONES POR VEJEZ EN GUATEMALA

De igual forma, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 11 indica que es obligación de los Estados "... reconocer el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejora continua de las condiciones de existencia".<sup>26</sup>

En la región de América, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 establece que "Toda persona tiene derecho a la seguridad social, que la proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia."<sup>27</sup>

El artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establecidos en el Protocolo de San Salvador, se establece que "...la seguridad social debe contribuir a que los no capacitados obtengan los medios para llevar una vida digna y decorosa, así como que cuando se trate de personas que se encuentren trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida, antes y después del parto."

La Organización Internacional del Trabajo, en su guía de educación obrera, ha mencionado que el objetivo de la seguridad social es el de proteger a todos los miembros de la sociedad frente a todas las contingencias a que se exponen a lo largo de la vida. Por ejemplo, la salud, vejez, cargas familiares, accidentes de trabajo, invalidez, muerte o desempleo tienen que ser garantizados obligatoriamente por el Estado, siendo este el responsable de su cumplimiento, asegurando el carácter redistributivo de la riqueza con la justicia social.<sup>28</sup>

El reconocer el derecho a una pensión por vejez como un derecho humano, es para el efecto, el reconocimiento que el Estado debe hacer a una persona que, al final de su vida laboral, pueda tener acceso a los estándares que las normas fundamentales de cada país establecen, y especialmente los estados deben generar los mecanismos necesarios para lograr este objetivo, garantizando de esta forma, una vida digna que cubran los estándares mínimos de vida.

## 4. LAS PENSIONES POR VEJEZ EN GUATEMALA

Desde el año de 1946, con la creación e inauguración del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, se dio vida a un sistema de cooperación colectiva innovadora para éste país, ya que involucraba a trabajadores, patronos y al propio Estado, iniciando con programas de cobertura relacionados es-

<sup>26</sup> Artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

<sup>27</sup> Artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

<sup>28</sup> Organización Internacional del Trabajo, Seguridad Social, guía de educación obrera.1995. Pág. 6

## LAS PENSIONES POR VEJEZ EN GUATEMALA

pecíficamente a seguridad social (asistencia médica-hospitalaria); sin embargo, estos servicios no fueron suficientes para poder dar la cobertura prevista desde la creación del Seguro Social y requirió de una ampliación en los programas para sus afiliados.

A finales del año 1947, la Junta Directiva del Seguro Social, emitió el Acuerdo de Junta Directiva número doce, denominado “Reglamento Sobre Protección Relativa a Accidentes de Trabajo”, en el cual se dio inicio a los beneficios y protección para aproximadamente sesenta mil trabajadores afiliados, gozando de la protección contra accidentes de trabajo, dando inicios de cobertura a principios del año 1948. En el año 1949, se dio inicio al Programa de Protección de Accidentes Generales, el cual nació a la vida a través del Acuerdo de Junta Directiva del Seguro Social número noventa y siete.

Mediante acuerdo de Junta Directiva número doscientos once, de fecha diecisiete de marzo de mil novecientos cincuenta y dos, se creó el Reglamento sobre Protección Materno Infantil, desarrollando programas de cobertura pre-concepcional, prenatal, natal, postnatal e infantil, apoyando directamente a las madres afiliadas al Seguro Social.

Estos proyectos de cobertura por parte del Seguro Social, fueron parte del plan inicial con miras a crear un sistema de hospitales nacionales que pudiese combinar la salud pública con la seguridad social, situación que lamentablemente no ocurrió.

Los movimientos políticos que ocurrieron en Guatemala durante los años 1944 a 1954 provocaron una serie de estancamientos en la proyección de la Seguridad Social, siendo hasta el año 1956 que se logra un despegue importante en el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, al recibir por parte del Estado de Guatemala, importantes aportes económicos como compensación de las contribuciones no recibidas por parte de los gobiernos anteriores, lo que permitió la adquisición de importantes bienes inmuebles para el crecimiento del instituto Guatemalteco de Seguridad Social.

En el año de 1956, fue promulgada la nueva Constitución Política de la República de Guatemala, que derogó la de 1945, estableciendo dos artículos importantes para la seguridad social siendo estos:

“Artículo 223.- El régimen de seguridad social es obligatorio, y se norma por leyes y reglamentos especiales. El Estado, patronos y trabajadores están obligados a contribuir a su financiamiento, y a facilitar su mejoramiento y expansión.

Artículo 226.- El régimen de seguridad social podrá asumir cualquiera de las obligaciones patronales derivadas de la ley.”<sup>29</sup>

En el año de 1965, se emite una nueva Constitución Política de la república, en la cual en su artículo 271 deroga expresamente todas las constituciones y reformas constitucionales decretadas con anterioridad y en su artículo 141 indica que “... se reconoce el derecho a la seguridad social para beneficio de los habitantes de la República.” Al establecer esta disposición, el Estado reconoce la necesidad de dar esa cobertura necesaria a los ciudadanos y el rol que debe jugar en el buen funcionamiento de dicha institución.

<sup>29</sup> Constitución Política de la República de Guatemala, 1956.

Fue hasta el año de 1970 que, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, mediante el acuerdo de Junta Directiva número 498, relativo a la aplicación del Reglamento sobre Protección Relativa a Invalidez, Vejez y Sobrevivencia, siendo este un proyecto experimental y piloto, que permitiría obtener experiencia de como funcionaría el programa y poder posteriormente ampliarlo.

En 1976, mediante Acuerdo de Junta Directiva número 578 de fecha seis de diciembre de ese año, se amplió la cobertura del Reglamento Sobre Protección Relativa a Invalidez, Vejez y Sobrevivencia a todo el territorio de la República de Guatemala, aplicables a aquellos trabajadores que se encontrasen formalmente inscritos en el régimen de Seguridad Social.

Es importante mencionar, que la actual Constitución Política de la República de Guatemala, que entró en vigencia el catorce de enero de mil novecientos ochenta y seis, en su artículo 115 estableció lo siguiente:

"Artículo 115. Cobertura Gratuita del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social a jubilados. Las personas que gocen de jubilación, pensión o montepío del Estado e instituciones autónomas y descentralizadas, tienen derecho a recibir gratuitamente la cobertura total de los servicios médicos del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social."<sup>30</sup>

Esto último, constituye un avance muy significativo al régimen de protección los trabajadores en relación a seguridad social.

Importante mencionar las dos clases de pensiones que surgen de los Acuerdos anteriormente descritos; la primera es una pensión por Invalidez, la cual permite que el trabajador que cuente con la cobertura del Seguro Social, pueda obtener ingresos económicos como asalariados, en los casos en que ocurra un accidente de trabajo y provoque su incapacidad, para lo cual se aseguran los ingresos en las condiciones previas a lo que haya dado origen a su incapacidad;<sup>31</sup> y en el caso de las pensiones por vejez, se definen como "el estado que adquiere un asegurado al cumplir determinada edad."<sup>32</sup>

Las pensiones se fueron incrementando con el transcurrir de los años, permitiendo que más personas puedan disfrutar el beneficio económico derivado de los programas del Seguro Social.

A continuación se presenta un cuadro sobre las pensiones vigentes entre los años de 1971 al 2003 que el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social publicó:

<sup>30</sup> Constitución Política de la República de Guatemala. 1985

<sup>31</sup> Acuerdo Gubernativo No. 93-2003, publicado en el Diario de Centro América, el 19 de marzo de 2003

<sup>32</sup> Ibid.

## LAS PENSIONES POR VEJEZ EN GUATEMALA

Pensiones vigentes del Programa IVS, 1971-2003								
Año del inicio de la Pensión	PENSIONES VIGENTES DEL PROGRAMA DE INVALIDEZ, VEJEZ Y SOBREVIVENCIA AL 31 DE DICIEMBRE DE 2003							
	Total		Invalidez		Vejez		Sobrevivencia	
	Número de Pensiones	Monto Mensual	Número de Pensiones	Monto Mensual	Número de Pensiones	Monto Mensual	Número de Pensiones	Monto Mensual
1971-1974	22	4,962	2	333	2	431	18	4,198
1975	18	4,479	1	389	9	1,936	8	2,154
1976	9	2,451	1	380	3	613	5	1,458
1977	391	101,519	40	14,772	1	849	350	85,898
1978	785	199,174	65	24,307	13	2,822	707	172,045
1979	957	247,065	73	28,364	45	9,106	839	209,595
1980	1,437	364,104	121	50,009	220	50,273	1,096	263,822
1981	1,828	460,072	196	74,133	247	61,247	1,385	324,692
1982	1,864	500,323	261	115,916	292	91,459	1,311	292,948
1983	2,101	627,354	435	190,698	525	177,285	1,141	259,371
1984	2,121	664,738	508	224,316	505	189,957	1,108	250,465
1985	2,383	740,494	500	217,714	611	237,472	1,272	285,308
1986	2,757	881,793	501	226,590	688	290,429	1,568	364,774
1987	3,030	984,104	437	202,807	848	376,092	1,745	405,205
1988	4,139	1,558,895	525	266,589	1,941	888,052	1,673	404,254
1989	3,845	1,510,804	511	268,131	1,873	876,890	1,461	365,783
1990	4,130	1,629,239	453	255,672	2,006	955,019	1,671	418,548
1991	4,317	1,784,479	441	240,779	2,057	1,080,917	1,819	462,783
1992	4,826	2,111,883	528	320,856	2,236	1,283,196	2,062	507,831
1993	4,953	2,344,238	581	406,662	2,260	1,402,555	2,112	535,021
1994	5,285	2,385,536	618	409,253	2,346	1,402,699	2,321	573,584
1995	5,348	2,506,783	584	439,925	2,060	1,368,263	2,704	698,595
1996	6,680	3,329,278	487	397,872	3,025	2,169,340	3,168	762,066
1997	6,246	3,399,841	409	369,178	2,648	2,219,001	3,189	811,662
1998	6,325	3,658,815	411	382,232	2,738	2,423,624	3,176	852,959
1999	7,270	4,361,388	520	487,118	3,306	2,994,372	3,444	879,898
2000	5,667	2,853,406	263	262,036	1,790	1,612,165	3,614	979,205
2001	6,712	3,712,977	323	316,832	2,620	2,423,841	3,769	972,304
2002	5,606	2,539,196	233	241,369	1,296	1,228,730	4,077	1,069,097
2003	6,192	3,991,795	244	286,342	2,160	2,611,532	3,788	1,093,921

Fuente: IGSS. (2009) Pensiones otorgadas, Programa de Invalidez, Vejez y Sobrevivencia y Programa de Accidentes (enero 1948 - diciembre 2008). Guatemala: IGSS.

La situación financiera del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, se vio seriamente afectada debido a malos manejos e inversiones fraudulentas realizadas entre los años 2003 y 2004, situación que puso en peligro la cobertura de los programas, especialmente el de pensiones. Derivado de ello, la mayoría de los miembros que integraron la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, fueron aprehendidos y algunos de ellos aún guardan prisión.

## LAS PENSIONES POR VEJEZ EN GUATEMALA

En el año 2003, mediante Acuerdo de Junta Directiva número 1124 dicta el nuevo Reglamento sobre Protección Relativa a Invalidez, Vejez y Sobrevivencia, derogando el Acuerdo número 788 de Junta Directiva.

En este nuevo Acuerdo, se amplía la cobertura de los afiliados, permitiendo una continuación voluntaria en el seguro, aplicable para aquellos trabajadores que han perdido su empleo y deseen continuar gozando de la protección del Seguro Social, y para ello, deberán pagar mensualmente la contribución laboral y patronal (3.67% de cuota patronal y 1.83% de cuota trabajador sobre salarios que perciban)<sup>33</sup>.

Ante la crisis que afectó al Seguro Social, se nombró a una nueva Junta Directiva, quienes tomaron en Estado de insolvencia a la institución y con gran esfuerzo, lograron sacarla adelante, iniciando un proceso de modernización y ampliación de coberturas. Dentro de la ampliación de coberturas, tras una serie de análisis y esfuerzos conjuntos con los patronos, mejoraron la calidad de los servicios que presta el Seguro Social y se empieza a llevar un mejor control estadístico de afiliados, servicios y coberturas.

El once de febrero de dos mil cuatro, mediante Acuerdo de Junta Directiva 1135, se crea el Reglamento del Plan de Pensiones de los Trabajadores al Servicios del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, un plan interno de prestaciones, que garantice pensiones para su propios trabajadores, permitiendo que los trabajadores del Instituto gocen de una protección obligatoria, contributiva, complementaria e independiente que les garantice obtener ingresos económicos al momento de la jubilación.

A través del Acuerdo de Junta Directiva número 1222, de fecha diecinueve de junio de dos mil ocho, se incrementan las pensiones por Invalidez, Vejez y Sobrevivencia en un diez por ciento (10%), incremento que nunca antes se había dado. En el año dos mil diez, se incrementa nuevamente en un cinco por ciento (5%) el valor de las pensiones relativas al programa en mención, incremento que se dio derivado de la afectación de la economía del país, producto de la crisis internacional que incrementó los precios de bienes y servicios en Guatemala.

La oportunidad que el Seguro Social brinda a la población, a través del programa de contribución voluntaria, permite que aquellas personas que no han alcanzado la edad establecida para la jubilación (sesenta años) y no haya aportado las 240 contribuciones requeridas para obtener el derecho de la pensión por vejez, pueden continuar con sus aportes. Importante mencionar, que durante el año 2020, derivado de la pandemia COVID-19, se dio una suspensión de plazos durante el tiempo que estuvo vigente el Estado de Calamidad, siendo esta suspensión vigente entre el seis de marzo y el treinta de septiembre de dos mil veinte.

Al reanudarse el computo de los plazos el uno de octubre de dos mil veinte, las personas pudieron nuevamente reiniciar con las contribuciones voluntarias para mantener el derecho a solicitar la pensión por vejez, al cumplir con las condiciones establecidas.

<sup>33</sup> Artículo 40 del Acuerdo número 1124 de Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, de fecha 18 de marzo de 2003.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

Los sistemas tradicionales de pensiones, que son administrados por el sector público, son modelos que tienen como obligatoriedad la afiliación para aquellos trabajadores del sector privado, para lo cual, deben cumplir con el aporte de sus cuotas que les permitirán en un futuro, acceder al beneficio de la pensión por vejez o jubilación.

Sin embargo, no todo el sistema estatal es eficaz. Se enfrentan problemas como los siguientes:

- Problemas financieros: Si bien, los trabajadores afiliados a los programas que el seguro social pueda tener, y a estos le son descontadas sus cuotas del salario, no todos los patronos reportan dichos montos. Como ya se mencionó anteriormente, el adeudo que tienen, principalmente el Estado al seguro social, es una cantidad sumamente grande, que provoca dificultades a la operatividad y cumplimiento eficaz de los programas y cobertura del seguro social.
- Baja cobertura: No toda la población tiene acceso al sistema de protección social; en Guatemala, la Comisión Económica para Latino América (CEPAL) en su estudio sobre el financiamiento de la protección social determinó que la población sin cobertura del seguro social o seguro privado de salud es del 84.9%. Esta es una cifra alarmante, en virtud de que muy pocas personas cotizan al seguro social (41.4%).
- Deficiencia en la prestación de servicios por parte del seguro social: Si bien existen diversos programas a través de los cuales, los afiliados pueden hacer uso de la cobertura del seguro social, también es cierto que la deficiencia en la prestación de los servicios es un desincentivo para la población, ya que en la mayoría de los casos se encuentran ante un sistema excesivamente burocrático y deficiente. Esto se traduce en largas filas, mala atención a usuarios, trámites engorrosos. Importante hacer un reconocimiento a el personal médico, enfermeras y empleados administrativos que se esmeran, pese a las deficiencias, en brindar un servicio de excelencia, a los usuarios.

Los sistemas de pensiones por vejez deben de cambiar; es importante adaptarlos y adecuarlos a la realidad mundial. Los montos que se pagan como pensión, en su mayoría, no cubren el mínimo vital de subsistencia, pero si se gastan millones en temas administrativos, e incluso, en comprar bienes innecesarios para que los directivos del seguro social tengan vehículos y oficinas de lujo. Algo que no esta acorde a la realidad. Basta con ver a los pensionados cuando se presentan a realizar su trámite mes a mes, para recibir su pensión por vejez; el rostro de desesperación y cansancio, a sabiendas de que lo que reciben no alcanzará para vivir dignamente.

Mejorar las pensiones por vejez es un derecho humano y una obligación social.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Acevedo Tarazona, Á., "La seguridad Social, Historia, marco normativo, principios y vislumbres en un Estado de derecho en Colombia", Colombia, 2010.

Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985.

Asturias Valenzuela, R., "Seguridad Social en Guatemala, Historia y Desarrollo", Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, 1994.

Barahona Strebber, O. y Diettel, W., "Bases de la seguridad social en Guatemala" En Vol. I. Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, 1947.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Último acceso: 29 de Mayo de 2021. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.

Diccionario de la Lengua Española. Último acceso: 28 de Mayo de 2021. <https://dle.rae.es/pension>.

Diccionario de la Lengua Española. Último acceso: 28 de Mayo de 2021. <https://dle.rae.es/jubilacion>.

Guirado, J., "Las Asociaciones en Derecho Romano", Almería, España, 2017.

Herce, J., *Las pensiones del futuro*. España: Instituto Santalucía, 2018.

Informe IV: seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa. Ginebra, Suiza: Organización Internacional del Trabajo.

"Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social" En Decreto 295 del Congreso de la República de Guatemala, 1946.

Martínez Regalado, E.L., "El fondo de pensiones guatemalteco a nivel privado y su proyección social y legal en Guatemala", Universidad Rafaél Landívar, 2012.

Mollinas, J., *Corpus Juris Civiles. Español 1889-1898*. Barcelona: Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

Naciones Unidas. Último acceso: 29 de Mayo de 2021. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

Naciones Unidas, Derechos Humanos. Último acceso: 29 de Mayo de 2021. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.

Noticias ONU. 30 de Septiembre. Último acceso: 28 de mayo de 2021. <https://news.un.org/es/story/2014/09/1313051>.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea de Naciones Unidas, 16 de diciembre 1966.

Quesada Sánchez, F.J. y Rojas Tercero, J.A., "Antecedentes históricos de la previsión social", *Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Toledo, España, 2009*, 309.

Reglamento sobre protección relativa a la invalidez, vejez y sobrevivencia.» Acuerdo de Junta Directiva numero 1124. Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, 18 de Marzo 2003.

Seguridad Social, Guía de educación obrera. Organización Internacional del Trabajo, 1995.

Sosa González, C., *El financiamiento de la seguridad social en Guatemala*. Tesis de Graduación, Guatemala: Universidad de San Carlos, 2009.



# ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES



REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social  
mayo - octubre 2021 - núm 3 ISSN-e: 2660-437X



# ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

## ¿ES REQUISITO NECESARIO LA SITUACIÓN DE ASIMILACIÓN AL ALTA PARA EL ACCESO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA INVOLUNTARIA?\*

IS A REGISTRATION ASSIMILATION SITUATION NECESSARY  
FOR ACCESS TO INVOLUNTARY EARLY RETIREMENT?

---

**María del Carmen Macías García**

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

[mcarmenmg@uma.es](mailto:mcarmenmg@uma.es) ORCID 0000-0002-6883-8446

Recepción de trabajo: 07-05-2021 - Aceptación: 19-07-2021

- 1. MARCO REGULADOR DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA. 1.1. Evolución normativa.
- 1.2. La jubilación anticipada en el presente. ■ 2. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE ACCESO A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN PARCIAL INVOLUNTARIA AL HILO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE DICIEMBRE DE 2020. 2.1. Breve síntesis del caso concreto.
- 2.2. La controversia. 2.3. Examen de la legislación aplicable. 2.4. El fallo del Tribunal Supremo. ■ 3. A MODO DE CONCLUSIÓN. ■ 4. BIBLIOGRAFÍA

\* A María "...los días son largos, los años son cortos..."

## RESUMEN

La pensión de jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador aparece regulada de forma clara en nuestra legislación. Sin embargo, el cumplimiento de los requisitos exigidos de forma específica en algunas ocasiones se confunde con los generales y comunes indispensables para el acceso a las prestaciones de nuestro sistema de Seguridad Social. A la necesidad de encontrarse inscrito como demandante de empleo y si es supletorio del requisito de alta asimilada dedicamos las siguientes líneas.

**PALABRAS CLAVE:** Jubilación anticipada, jubilación involuntaria, requisitos, alta asimilada, demandante empleo.

## ABSTRACT

The early retirement pension for causes not attributable to the worker is clearly regulated in our legislation. However, compliance with the requirements specifically required is sometimes confused with the general and common requirements essential for accessing the benefits of our Social Security system. We dedicate the following lines to the need to be registered as a job seeker and if it is supplementary to the assimilated registration requirement.

**KEYWORDS:** Early retirement, involuntary retirement, requirements, assimilated discharge, demanding employment.

## 1. MARCO REGULADOR DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA

### 1. Evolución normativa

Aunque pudiera parecer un proceso novedoso el acceso a la jubilación anticipada, habida cuenta que el debate se centra en la actualidad en prolongar cada vez más la vida laboral del trabajador, resulta necesario realizar un sucido recorrido que nos permita conocer el origen y al menos el presente de esta modalidad prestacional.

La edad de jubilación al cumplir los sesenta y cinco<sup>1</sup> años viene instaurada en nuestro ordenamiento en virtud del Real Decreto Ley de 1919<sup>2</sup> de retiro obrero, si bien conviene señalar la existencia de varios conceptos referidos a la edad de jubilación<sup>3</sup>.

No obstante, la opción de jubilación anticipada aparece en nuestro ordenamiento legal en la segunda República<sup>4</sup>, en la cual se planteó un anteproyecto de ley en el que se pretendía reformar el entonces vigente Seguro Social de Retiro Obrero unificando en un solo seguro los riesgos de vejez, invalidez y muerte e introduciendo una modificación respecto a la vejez en la que se permitía la anticipación de la edad para cobrar dicho seguro a los sesenta años siempre que tuviera las cotizaciones y los años de afiliación necesarios y aplicándole las reducciones correspondientes, sin embargo este anteproyecto no siguió adelante debido al estallido de la Guerra Civil<sup>5</sup>.

Ya en el periodo franquista se aprueba el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez<sup>6</sup> (en adelante, SOVI) que mantiene la edad de jubilación y permite una reducción en la edad de acceso a la jubilación a determinados colectivos que cumplan unos requisitos muy específicos.

<sup>1</sup> Edad de jubilación hasta la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. «BOE» núm. 184, de 02/08/2011.

<sup>2</sup> Real Decreto Ley de 11 de marzo de 1919. Gaceta de 12 de marzo de 1919. Art. 1.1 "El seguro obligatorio de vejez alcanzará a la población asalariada comprendida entre las edades de diez y seis y sesenta y cinco años, cuyo haber anual por todos conceptos no exceda de 4.000 pesetas".

<sup>3</sup> Martín Valverde, A.: "El régimen jurídico de la pensión de jubilación en la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº4, 1997, pág. 50.

<sup>4</sup> Gaceta de Madrid. Núm. 149, de 28 de mayo de 1936.

<sup>5</sup> Ordoñez Casado, M.I.: "Jubilación anticipada por discapacidad. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2017 (Rcud 3950/2015)". *Temas Laborales*, núm. 142/2018, pág. 196.

<sup>6</sup> Decreto de 18 de abril de 1947 por el que se crea la Caja Nacional del Seguro de Vejez e Invalidez: Se considerará como invalidez, con derecho a obtener desde el momento en qué se declare la misma pensión que se disfrutaría por vejez al cumplimiento de la edad, aquélla que produzca en el que la sufra la pérdida de su actividad que le imposibilite ganar en un trabajo adecuado a sus fuerzas, su capacidad, su instrucción y la profesión ejercida, un tercio al menos de lo que gane habitualmente un asalariado de la misma categoría, sano física y mentalmente, de instrucción análoga, en la misma localidad.

## ¿ES REQUISITO NECESARIO LA SITUACIÓN DE ASIMILACIÓN AL ALTA PARA EL ACCESO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA INVOLUNTARIA?

Sin embargo, no será hasta la aprobación de la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963<sup>7</sup> y el Decreto 907/1966<sup>8</sup> que la desarrolla los que señalen directamente la posibilidad de la rebaja de la edad establecida en los sesenta y cinco años: *mediante Decreto a propuesta del Ministro de Trabajo y previo informe de la Organización Sindical, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten el mínimo de actividad que se establezca en la respectiva profesión o trabajo.*

Los primeros coeficientes reductores asociados a la jubilación anticipada aparecieron en 1967<sup>9</sup> cuyo ámbito subjetivo se centra en aquellos trabajadores que tuvieran la condición de mutualista a primeros de enero de 1976<sup>10</sup>.

Posteriormente tanto el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social del año 1974<sup>11</sup> como el Real Decreto Legislativo de 1994<sup>12</sup> se limitaron sin más a reproducir de forma literal los preceptos en vigor<sup>13</sup>.

7 Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. «BOE» núm. 312, de 30 de diciembre de 1963, páginas 18181 a 18190 (10 págs.).

8 Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. «BOE» núm. 96, de 22 de abril de 1966, páginas 4778 a 4807 (30 págs.).

9 Orden de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social. «BOE» núm. 22, de 26 de enero de 1967, páginas 1119 a 1123 (5 págs.). DT 1º. 9 de dicha orden.

10 Álvarez Cortés, J.C.: "Las jubilaciones anticipadas y su evolución", en AAVV, Personas de edad avanzada y mercado de trabajo: Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria, Dirs. Calvo Gallego, J. y Fernández López, M.F., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 500. Iba dirigida a reducir la edad de jubilación de quienes tuvieran la condición de mutualistas a primeros de enero de 1967 exigiéndose que los mutualistas tuvieran cumplidos en dicha fecha la edad de 50 años y el coeficiente reductor era de un 8% por cada año de anticipación lo que se traducía en un 40% de reducción en el caso de optar por la jubilación con 60 años.

11 Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. «BOE» núm. 173, de 20 de julio de 1974, páginas 15081 a 15097 (17 págs.).

12 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. «BOE» núm. 154, de 29/06/1994.

13 El de la posibilidad de reducir por Decreto la edad de jubilación de los trabajos penosos, etc. (art. 154.2 y 161.2 respectivamente) y el de la posibilidad de anticipar la jubilación de los mutualistas a los 60 años aplicando los índices correctores que se establecieran reglamentariamente (DT Segunda, 1. 6º y DT 3º). Tres años después se introduce una nueva modalidad de jubilación anticipada al considerar la posibilidad de que el trabajador se jubile a consecuencia de causas no imputables a su voluntad<sup>11</sup> y siempre que acredite cuarenta o más años de cotización, en cuyo caso el porcentaje reductor a aplicar sería del 7% por cada año en lugar del 8% que se aplica cuando sí es por voluntad del trabajador. Art. 7 de la ley 24/1997 de 15 de julio de consolidación del Sistema de Seguridad Social. *Vid. Ordoñez Casado, M.I.*

El Real Decreto Ley de 2001<sup>14</sup> dio luz al Acuerdo de Pensiones de 2001<sup>15</sup> que recogía nuevos requisitos y condiciones para el acceso a la jubilación anticipada:

- en primer lugar, se aumentó la edad de acceso a la jubilación anticipada a los sesenta y un años,
- en segundo lugar, introdujo el requisito de estar inscrito como demandante de empleo en las correspondientes oficinas del servicio público de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la pensión,
- en tercer lugar, redujo el periodo de cuarenta años cotizados a solo treinta, además se produce una modificación de los porcentajes de reducción.

Por último, hemos de indicar que la Ley del año 2007<sup>16</sup> que es fruto de la renovación del Pacto de Toledo del año 2003 anticipa la edad de jubilación al colectivo de personas con discapacidad.

Para dar más coherencia al Real Decreto Legislativo 1/1994, se introduce un nuevo artículo —161 bis— que de forma genérica se refiere a las «jubilaciones anticipadas». Engloba en el apartado uno, las opciones de anticipación o reducción de la edad de acceso a la jubilación, y en el apartado dos, las opciones de la jubilación anticipada con aplicación de coeficientes reductores de la base reguladora<sup>17</sup>.

## 1.2 La jubilación anticipada en el presente

El Tribunal Supremo<sup>18</sup> señala que la jubilación anticipada constituye una excepción a la regla general del cumplimiento de la edad ordinaria para obtener la correspondiente prestación que anticipa, por las razones que la ley determina, una pensión cuyo derecho en condiciones ordinarias estaba previsto percibir más tarde.

Como tal excepción a la situación normal y ordinaria requiere, esencialmente, que una norma con rango de ley haya previsto tal posibilidad para un supuesto concreto que el legislador estima conveniente para este tipo de protección anticipada.

Por lo tanto, esta posibilidad queda sujeta al estricto cumplimiento de las previsiones legales que habilitan cada supuesto de anticipación de la jubilación, sin que, precisamente por su carácter

---

<sup>14</sup> Real Decreto-ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 2001, páginas 50620 a 50624 (5 págs.). Disposición derogada.

<sup>15</sup> Álvarez Cortés, J.C.: "La protección por jubilación en las previsiones del Acuerdo de Pensiones de 2001", *Temas Laborales*, nº 61/2001, pág. 373 y ss.

<sup>16</sup> Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. «BOE» núm. 291, de 05/12/2007.

<sup>17</sup> Ordoñez Casado, M.I. Jubilación Anticipada por Discapacidad...op. cit. pág. 199.

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Social de 28 de octubre de 2018. Rec. 3264/2018. Roj: STS 3691/2020 - ECLI:ES:TS: 2020:3691.

## ¿ES REQUISITO NECESARIO LA SITUACIÓN DE ASIMILACIÓN AL ALTA PARA EL ACCESO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA INVOLUNTARIA?

excepcional, quepa efectuar interpretaciones ampliatorias de los supuestos previstos en la ley o flexibilizadoras de las exigencias legales de cada supuesto.

La jubilación anticipada, por tanto, debería reservarse a aquellos trabajadores que cuenten con largas carreras de cotización, para así facilitar la coexistencia de salario y pensión<sup>19</sup>.

Esta modalidad de jubilación en la actualidad, de forma genérica, se presenta bajo dos supuestos o modalidades cuya diferencia principal radica en la situación laboral en la que se encuentra el trabajador afectado. Dicho de otra forma, o como las viene a denominar nuestra legislación<sup>20</sup>; jubilación anticipada involuntaria o jubilación anticipada voluntaria.

Existe también en nuestra norma<sup>21</sup> otras opciones de anticipación de la edad ordinaria de jubilación que el legislador ofrece a dos colectivos concretos, bien por la actividad que realizan o por la situación personal del trabajador que presente una esperanza de vida inferior al resto de los trabajadores, sin que exista por ello ninguna penalización en la cuantía de la prestación.

Algunos autores<sup>22</sup>, sin embargo, no la consideran como una verdadera jubilación anticipada, en tanto en cuanto, no anticipa en ningún momento su jubilación ya que es esa la edad fijada como edad ordinaria para el colectivo a que pertenece.

Es necesario, por tanto, puntualizar que nuestro análisis y objeto de estudio se va a centrar en la jubilación anticipada involuntaria secundaria al cese en el trabajo siempre que la causa no sea imputable a la voluntad del trabajador conforme a la legislación vigente nombrada *ut supra*. Si bien es cierto que existen determinados supuestos especificados por la norma que pueden resultar beneficiarios de la regulación anterior<sup>23</sup>.

Los requisitos<sup>24</sup>, más exigentes que en regulaciones anteriores, para acceder a dicha modalidad de jubilación son los que se describen a continuación, y que pasamos a detallar para una mayor comprensión del pleito que se planteará más adelante.

- El primero de ellos se fija en la edad de acceso, esta ha de ser inferior en cuatro años, como máximo, a la edad legal u ordinaria de jubilación vigente, que como es sabido es de implan-

<sup>19</sup> Rodríguez Iniesta, G.: *Medidas que desincentivan el incremento del número de cotizantes. Supuestos de compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación. Revista de Derecho de la Seguridad Social*. Laborum, Murcia, pág. 230.

<sup>20</sup> Art. 207 y 208 de la LGSS.

<sup>21</sup> Art. 161 bis de la LGSS.

<sup>22</sup> López Cumbre, L., *La prejubilación*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 69.

<sup>23</sup> Esta modalidad de jubilación anticipada solo puede ser utilizada por trabajadores del RGSS, a los que se aplique transitoriamente la legislación vigente a 31-12-2012. (LGSS/94 art.161 bis 2 redacción a 31-1-2012 -antes de Ley 27/2011-).

<sup>24</sup> Romero Rodenas, M.J.: *La pensión de jubilación en el régimen general de la Seguridad Social: Adaptado al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, con las modificaciones introducidas hasta la fecha de publicación*. Bormazo, Albatrío, 2020, pág. 215.

## ¿ES REQUISITO NECESARIO LA SITUACIÓN DE ASIMILACIÓN AL ALTA PARA EL ACCESO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA INVOLUNTARIA?

tación progresiva<sup>25</sup>, asunto este que no vamos a analizar de forma pormenorizada, puesto que se alejaría de nuestro objetivo de estudio. No obstante, al ser un requisito que puede generar equívocos vamos a indicar la edad de jubilación y el período cotizado<sup>26</sup> exigido dependiendo del año del hecho causante.

Año	Períodos cotizados	Edad exigida
2013	35 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 35 años y 3 meses.	65 años y 1 mes.
2014	35 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 35 años y 6 meses.	65 años y 2 meses.
2015	35 años y 9 meses o más.	65 años.
	Menos de 35 años y 9 meses.	65 años y 3 meses.
2016	36 o más años.	65 años.
	Menos de 36 años.	65 años y 4 meses.
2017	36 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 36 años y 3 meses.	65 años y 5 meses.
2018	36 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 36 años y 6 meses.	65 años y 6 meses.
2019	36 años y 9 meses o más.	65 años.
	Menos de 36 años y 9 meses.	65 años y 8 meses.
2020	37 o más años.	65 años.
	Menos de 37 años.	65 años y 10 meses.
2021	37 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 37 años y 3 meses.	66 años.
2022	37 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 37 años y 6 meses.	66 años y 2 meses.
2023	37 años y 9 meses o más.	65 años.
	Menos de 37 años y 9 meses.	66 años y 4 meses.
2024	38 o más años.	65 años.
	Menos de 38 años.	66 años y 6 meses.
2025	38 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 38 años y 3 meses.	66 años y 8 meses.
2026	38 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 38 años y 3 meses.	66 años y 10 meses.
A partir del año 2027	38 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 38 años y 6 meses.	67 años.

Elaboración propia

- El segundo, es encontrarse inscrito en la oficina de empleo correspondiente como demandante de empleo durante al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la soli-

<sup>25</sup> Art. 205.1 a de la LGSS y disp. trans. 7º del Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social. «BOE» núm. 314, de 31 de diciembre de 2012, páginas 89558 a 89566 (9 págs.). Art.1; LGSS/94 art.161.1.a) redacción a 31-12-2012 -antes de L 27/2011-.

<sup>26</sup> Disposición transitoria séptima. Aplicación paulatina de la edad de jubilación y de los años de cotización. Real decreto legislativo 8/2015 LGSS.

## ¿ES REQUISITO NECESARIO LA SITUACIÓN DE ASIMILACIÓN AL ALTA PARA EL ACCESO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA INVOLUNTARIA?

citud de la pensión de jubilación anticipada involuntaria. Requisito este bastante controvertido cuando se produce una interrupción, como tendremos ocasión de analizar en este artículo.

- El tercero, es tener cubierto un período mínimo de cotización.

Aquí podemos hablar, de un lado, de una carencia genérica; treinta y tres años de cotización efectiva, incluidos los períodos cotizados como beneficiarios del subsidio de desempleo de mayores de 52 años —antes 55<sup>27</sup>— y los considerados efectivamente cotizados por excedencia por hijo o familiar y por parto. Además, a estos exclusivos efectos también computa el período de prestación del servicio militar o de la prestación social sustitutoria e incluso el denominado servicio social de la mujer, también obligatorio.

En sentido contrario, no sirven para acreditar dicho período mínimo de cotización la bonificación por penosidad o discapacidad. Tampoco es posible computar a estos efectos la parte proporcional por pagas extraordinarias (los días cuota).

De otro, encontramos la carencia específica: del período de cotización exigido, al menos dos años deben estar comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho o, en su caso, al momento en que cesó la obligación de cotizar<sup>28</sup>.

- El cuarto y último requisito da nombre, si así se quiere pensar a esta modalidad de jubilación anticipada, puesto que requiere de forma inexorable que el cese en el trabajo sea involuntario, es decir, debe sobrevenir como consecuencia de una reestructuración en la empresa que impida que la relación laboral mantenida hasta ese momento siga en vigor.

Por esta razón, no nos encontramos ante la común situación legal de desempleo requerida para el acceso a mucha de las prestaciones que otorga nuestro sistema de Seguridad Social.

Esta situación de «cese en el trabajo», que opera como un *numerus clausus*<sup>29</sup>, se entenderá producida solo en las siguientes situaciones:

- Cuando nos encontramos ante un despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Desde el 13-3-2019, bajo ambas legislaciones (la vigente ahora y a 31-12-2012), se computan, para acreditar la carencia de la jubilación anticipada, las cotizaciones delegadas que realiza el SEPE durante la percepción del subsidio para mayores de 52 años -antes 55- (LGSS art.281.1 y 285 -redacción ofrecida por el RDL 8/2019).

<sup>28</sup> Art. 1.2 del Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. «BOE» núm. 284, de 27/11/2002.

<sup>29</sup> Areta Martínez, A.: Las causas de extinción del contrato de trabajo que dan acceso a la jubilación anticipada derivada de cese no imputable al trabajador [artículo 207.1.d) LGSS]: ¿lista 'numerus clausus' o 'numerus apertus'? Revista de Jurisprudencia Laboral, número 10/2020. [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/articulo.php?lang=fr&id=ANU-L-2020-00000001118](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?lang=fr&id=ANU-L-2020-00000001118) En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Social de 10 de febrero de 2021. Rec. 3370/2018. Roj: STS 526/2021 - ECLI:ES:TS: 2021:526.

<sup>30</sup> Art. 51 de 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 adelante, ET). «BOE» núm. 255, de 24/10/2015.

## ¿ES REQUISITO NECESARIO LA SITUACIÓN DE ASIMILACIÓN AL ALTA PARA EL ACCESO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA INVOLUNTARIA?

- En el supuesto de despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción<sup>31</sup>.
- Cuando la extinción del contrato se produzca por resolución judicial en el marco de un concurso de acreedores<sup>32</sup>.
- También la extinción por causa de muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de los casos de sucesión empresarial o la extinción relativa a la extinción de la personalidad jurídica del contratante<sup>33</sup>.
- La extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor constatada por la autoridad laboral<sup>34</sup>.
- Por último, la extinción de la relación laboral de la mujer trabajadora como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

No obstante, hemos de subrayar también que en cuanto al cese en el trabajo secundario una situación de despido, tanto en la modalidad de despido colectivo, como de despido objetivo, según criterio del Instituto Nacional de la Seguridad Social —(en adelante, INSS) 8/2014— es preciso que el trabajador esté en condiciones de acreditar:

- el percibo de la indemnización correspondiente derivada de la extinción del contrato de trabajo, se demostrará mediante documento de la transferencia bancaria recibida o en su caso, documentación acreditativa equivalente (no se admite la presentación de cheques, pagarés o letras de cambio);
- o la interposición de demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva. Admitiéndose el acta judicial de conciliación en la que se acepte la extinción del contrato de trabajo por despido colectivo u objetivo o sentencia firme que califique el despido de procedente y reconozca la indemnización.

Una vez presentados someramente de forma descriptiva los requisitos de acceso debemos también hacer referencia a la cuantía<sup>35</sup> a recibir por el beneficiario de la jubilación anticipada involuntaria.

El importe de la posible prestación va a resultar gravado o penalizado como consecuencia de la aplicación de los coeficientes reductores impuestos por la norma. Cuestión esta de especial interés, toda

<sup>31</sup> Art. 52.c ET.

<sup>32</sup> Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. «BOE» núm. 127, de 07/05/2020.

<sup>33</sup> Art.44 ET.

<sup>34</sup> Art.51.7 ET.

<sup>35</sup> Art. 207 LGSS.

## ¿ES REQUISITO NECESARIO LA SITUACIÓN DE ASIMILACIÓN AL ALTA PARA EL ACCESO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA INVOLUNTARIA?

vez que, dicha prestación tiene como objetivo cubrir la pérdida de ingresos que experimenta el trabajador como resultado de una situación, recordemos, que no le es achacable. Además, se acerca a la edad de jubilación, con lo cual las posibilidades de acceder al mercado laboral disminuyen notablemente.

En consecuencia, nos encontramos con un trabajador en situación de paro involuntario con serias dificultades de acceder a un puesto de trabajo por razones de edad que, puede optar, en tanto en cuanto cumpla los requisitos, a recibir una prestación económica sujeta a coeficientes reductores, lo que a la postre, va a implicar una disminución del monto final reduciendo por tanto su poder adquisitivo.

La cuantía resultante del cálculo de la pensión en su modalidad ordinaria soporta un recorte por la aplicación de los coeficientes reductores utilizados. Estos van a depender del período de carencia acreditado, se aplican por cada trimestre o fracción de trimestre que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación ordinaria o legal vigente.

Por otra parte, para este tipo de prestación se van a tener en cuenta las denominadas «cotizaciones ficticias»<sup>36</sup>, es decir, los años que faltan al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación. No obstante, es conveniente resaltar que, para elegir el coeficiente reductor que se le aplica, única y exclusivamente se considerarán como cotizados los años y meses reales a la fecha del hecho causante, no se contemplan las fracciones de tiempo.

Los coeficientes reductores aplicables —con carácter trimestral— son:

Período de cotización acreditado	Coeficiente reductor por trimestre
Inferior a 38 años y 6 meses	1,875%
Igual o superior a 38 años y 6 meses e inferior a 41 años y 6 meses	1,750%
Igual o superior a 41 años y 6 meses e inferior a 44 años y 6 meses	1,625%
Igual o superior a 44 años y 6 meses	1,500%

En lo que respecta a la reducción del tope máximo de la cuantía de la pensión, se debe resaltar que los coeficientes reductores a los que aludíamos anteriormente se aplican, en el momento del

<sup>36</sup> A los exclusivos efectos de determinar dicha edad legal de jubilación, se considerará como tal la que le hubiera correspondido al trabajador de haber seguido cotizando durante el plazo comprendido entre la fecha del hecho causante y el cumplimiento de la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de aplicación. RD 1716/2012. ART. 3.2: 1. Para el cómputo de tales períodos ficticios de cotización se han de seguir. El cómputo de los trimestres que en el momento del hecho causante le faltan al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación, que en cada caso resulte de aplicación, se ha de realizar de fecha a fecha, contados hacia atrás desde la fecha en que se cumpliría por el solicitante de la pensión, la edad legal de jubilación.

2. Cuando en la fecha de vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se considera que el cumplimiento de la edad tiene lugar el último día del mes.

Estos días ficticios (por los años que le faltan por cumplir la edad ordinaria de jubilación) solo sirven para determinar la edad legal de jubilación a efectos del anticipo de la jubilación, pues para la selección del coeficiente reductor aplicable, se consideran únicamente los años y meses cotizados en la fecha del hecho causante real.

## ¿ES REQUISITO NECESARIO LA SITUACIÓN DE ASIMILACIÓN AL ALTA PARA EL ACCESO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA INVOLUNTARIA?

hecho causante, sobre el importe resultando de aplicar a la base reguladora el porcentaje que corresponda por meses de cotización.

El importe de la pensión, una vez aplicados dichos coeficientes, no podrá ser superior a la cuantía obtenida de reducir el tope máximo de pensión en un 0.50%<sup>37</sup> por cada trimestre o fracción de este.

Si bien y como señalaba el legislador la finalidad de esta medida es corregir un efecto indeseado que sería el que se reconozcan jubilaciones anticipadas cuyo monto sea el mismo de una pensión de jubilación a edad ordinaria, puesto que se produciría un desequilibrio financiero que ello provocaría en el sistema de la Seguridad Social. Por ello, la pensión máxima de jubilación solo se puede obtener si se accede a ella a partir de la edad ordinaria, no con adelanto<sup>38</sup>.

## 2. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE ACCESO A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN PARCIAL INVOLUNTARIA AL HILO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE DICIEMBRE DE 2020

En este epígrafe se va a analizar una reciente sentencia del Tribunal Supremo<sup>39</sup> de 1 de diciembre de 2020. La *ratio decidendi* versa sobre uno de los requisitos específicos nombrados anteriormente para el acceso a la pensión de jubilación anticipada involuntaria como es la necesidad de estar inscrito como demandante de empleo, al menos durante seis meses, antes de iniciar la solicitud de esta.

El Supremo se pronuncia sobre el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, representados y asistidos por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, contra la sentencia de fecha 22 de marzo de 2018 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en el recurso de suplicación núm. 134/2018, formulado frente a la sentencia de fecha 15 de enero de 2018, dictada en autos 407/2017 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Cáceres, seguidos a instancia de la actora, contra el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS), sobre pensión de jubilación.

<sup>37</sup> Debemos tener en cuenta que, según el art. 214 LGSS, el coeficiente del 0,50% no se aplica en los supuestos de jubilación anticipada de mutualistas. En concreto, este precepto lo que establece es que "el coeficiente del 0,50% a que se refiere el apartado anterior no será de aplicación en los casos de jubilaciones anticipadas conforme a las previsiones del artículo 206, en relación con los grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre, o con las personas con discapacidad"

<sup>38</sup> Salvo respecto de los siguientes colectivos mutualistas, actividades penosas y la causada por discapacidad.

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 1 de diciembre de 2020. Número de recurso: 2390/2018 en unificación de doctrina por el Magistrado D. Ignacio García-Perrote Escartín. Roj: STS 4378/2020 - ECLI:ES:TS: 2020:4378

## 2.1 Breve síntesis del caso concreto

La actora forma parte del despido colectivo de ochenta y cinco trabajadores llevado a cabo por la empresa el día 23 de enero de 2006, encontrándose esta en situación de concurso de acreedores.

Por ello, el día uno de febrero se inscribe como demandante de empleo manteniendo dicha inscripción hasta noviembre de 2013, periodo que transcurre sin la obtención de trabajo. Reanuda la demanda de empleo en junio de 2016 permaneciendo inscrita hasta el 14 de diciembre del mismo año.

En el mes de abril de 2013 se produjo el fallecimiento del esposo de la demandante, siéndole reconocida en ese momento la correspondiente pensión de viudedad. En el mes de diciembre se produjo la devolución del importe percibido en concepto de prestación por desempleo del mes de abril al solaparse con la pensión de viudedad.

Posteriormente se vuelve a inscribir como demandante de empleo el 21 de diciembre de 2016 permaneciendo inscrita hasta el momento de la solicitud de jubilación anticipada que fue presentada el día 12 de julio de 2017. En el momento de la solicitud cuenta con 34 años, 11 meses y 13 días cotizados.

El INSS le niega el reconocimiento de pensión de jubilación anticipada. La actora no estando conforme con la resolución acude al Juzgado de lo Social nº1 de Cáceres<sup>40</sup>, que reitera la negativa.

Ante este fallo se interpone recurso de suplicación al que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, dictó sentencia con fecha 22 de marzo de 2018<sup>41</sup> revocando la sentencia recurrida de tal suerte que otorga a la demandante derecho a la pensión de jubilación anticipada con efectos del 1 de julio de 2017, condenando así al INSS y TGSS a que abonen las cantidades correspondientes.

Contra dicha sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del INSS y la TGSS, recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 9 de septiembre de 2002<sup>42</sup>, rec. 866/2002 y sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de marzo de 2006<sup>43</sup>, rcud. 2003/2004.

En síntesis, la actora presenta solicitud de jubilación anticipada que es denegada por el INSS y por el Juzgado de lo Social nº1 de Cáceres<sup>44</sup>, absolviendo a los demandados; el INSS y la TGSS. No estando conforme con la resolución y el fallo acude en suplicación al Tribunal Superior de Justicia de

<sup>40</sup> Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cáceres 15/2018, de 15 de enero de 2018 (autos 407/2017).

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Sala de lo Social. Cáceres. Sentencia 00178/2018. Roj: STSJ EXT 377/2018 - ECLI:ES: TSJEXT:2018:377.

<sup>42</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Sala de lo Social de 9 de septiembre de 2002. Rec. 866/2002. RoJ: STSJ MU 2137/2002 - ECLI:ES: TSJMU: 2002:2137

<sup>43</sup> Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Social de 21 de marzo de 2006. Rec. 2003/2004. RoJ: STS 2139/2006 - ECLI:ES:TS: 2006:2139.

<sup>44</sup> Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cáceres 15/2018, de 15 de enero de 2018 (autos 407/2017).

## ¿ES REQUISITO NECESARIO LA SITUACIÓN DE ASIMILACIÓN AL ALTA PARA EL ACCESO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA INVOLUNTARIA?

Extremadura que el día 22 de marzo de 2018<sup>45</sup>, rec. 134/2018 revoca los pronunciamientos anteriores y concede la prestación solicitada.

De tal suerte que tanto el INSS como TGSS acuden al Tribunal Supremo en casación que, como veremos a continuación, en última instancia ratifica la sentencia del TSJ de Extremadura citada *ut supra*.

### 2.2 La controversia

Una vez realizado una breve introducción a los hechos que acontecen al caso concreto, es momento de presentar el motivo por el cual se desestima la pretensión y que a la postre genera el contencioso en el Alto Tribunal.

El punto de partida de este litigio, como ya avanzábamos, tiene su origen en uno de los requisitos meritados anteriormente. En concreto en el que reside en la exigencia de encontrarse inscrito en la oficina de empleo correspondiente como demandante de empleo durante al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la pensión de jubilación anticipada involuntaria.

Como se ha tenido ocasión de avanzar la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Cáceres 15/2018, de 15 de enero de 2018 desestimó la demanda de la interesada.

La sentencia dictaminada da la razón a la resolución del INSS de 13 de julio de 2017 que se opone a la prestación con base en la argumentación siguiente:

- señala que no es por la edad, se entiende que la actora cumple dicho requisito
- apunta que no es por el periodo de carencia

El motivo exclusivo del rechazo deriva únicamente de que la interesada no acredita la situación de asimilada al alta por paro involuntario, constando una interrupción superior a veinticuatro meses en la calidad de demandante de empleo, lo que —se dice— tampoco es objeto de controversia. Es aquí donde encontramos el *quid* de la cuestión, llamativa si se tiene en cuenta que esta condición no aparece en los requisitos mencionados anteriormente y que son los, en principio, los exigibles para el acceso a este tipo de prestación.

El fallo incluso alude a la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>46</sup> al respecto, recordando que este

<sup>45</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Sala de lo Social. Cáceres. Sentencia 00178/2018. Roj: STSJ EXT 377/2018 - ECLI:ES: TSJEXT:2018:377.

<sup>46</sup> Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Social de 26 de enero de 1998. Rec. 1385/1997. Roj: STS 389/1998 - ECLI:ES:TS: 1998:389. RESUMEN: Invalidz permanente: flexibilización exigencia requisito alta o asimilada. Se debe tener por cumplido requisito estar en alta cuando éste concurra al iniciarse acontecer que conduce al hecho causante situación de invalidez permanente y es fundamentalmente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar formalmente en alta o asimilada. Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Social de 17 de septiembre de 2004. Rec. 4551/2003. ROJ: STS 5729/2004 - ECLI:ES:TS: 2004:5729. RESUMEN: Invalidz permanente absoluta derivada de accidente no laboral (tráfico). La situación asimilada al alta se estima si a consecuencia del accidente la trabajadora quedó impedida para cumplir su inscripción en la oficina de colocación. Repite doctrina de la sentencia de contraste de 27 de mayo 1998 (R. 2460/97). Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Social de 21 de marzo de 2006. Rec. 2003/2004. ROJ: STS 2139/2006

## ¿ES REQUISITO NECESARIO LA SITUACIÓN DE ASIMILACIÓN AL ALTA PARA EL ACCESO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA INVOLUNTARIA?

ha mitigado la exigencia de mantenimiento de la inscripción como desempleado en la oficina de empleo, en aquellos supuestos en que la inscripción en la oficina de empleo carecía de sentido al ser evidente que el trabajador no podía prestar servicios, lo que obliga al juzgador a ponderar las circunstancias que permitan deducir la razonable dificultad o la inutilidad de la inscripción. A mayor abundamiento el juzgador aprecia que, en el presente caso, no constan problemas de salud o circunstancias singulares que obligan a excepcionar el régimen ordinario y que, en el supuesto, la interrupción fue de dos años y medio.

La interesada, contraria a tal fundamentación, interpuso recurso de suplicación contra la sentencia siendo estimado el recurso por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura<sup>47</sup> que declaró que la interesada tiene derecho a la pensión de jubilación anticipada que reclama con efectos del 1 de julio de 2017 momento de presentación de la solicitud.

La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura de 22 de marzo de 2018 acoge la alegación de la interesada en su recurso de suplicación, que denunciaba la infracción del artículo 207 de la vigente Ley General de la Seguridad Social<sup>48</sup> de 2015, del apartado quinto de su disposición transitoria cuarta y del artículo 161.bis de la LGSS de 1994<sup>49</sup>, sosteniendo que el único requisito por el que se le niega el acceso a la prestación solicitada no es exigible en este supuesto.

Por tanto, y según criterio del TSJ de Extremadura basta con encontrarse inscrita como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses anteriores a la fecha de la solicitud, requisito que en este caso se cumple.

La sentencia del TSJ afirma que —cita a su vez doctrina del Supremo<sup>50</sup>—, en efecto, que *el requisito que se le exige tanto por la entidad gestora como en la sentencia recurrida no figura entre los precisos para acceder a la pensión que reclama y el que puede considerarse que se exige en su sustitución si lo cumple*.

El TSJ, por tanto, da la razón a la demandante acertadamente a nuestro juicio. Puesto que, de un lado, la actora en el momento de solicitar la prestación de jubilación anticipada cumple los requisitos exigidos por la norma aplicable a su caso. No es pertinente, por tanto, referir el requisito de asimilación al alta alegado por el Juzgado de lo Social de Cáceres, tampoco es necesario acudir a la

---

- ECLI:ES:TS: 2006:2139. RESUMEN: Incapacidad permanente. Situación asimilada al alta. Flexibilización, no desaparición.

<sup>47</sup> Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Extremadura de 22 de marzo de 2018. Rec. 124/2018.

<sup>48</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. «BOE» núm. 261, de 31/10/2015.

<sup>49</sup> LGSS 1994. Disposición derogada.

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Social de 14 de abril de 2010. Rec. 790/2009. Roj: STS 2053/2010 - ECLI:ES:TS: 2010:20. En sentido similar la Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Social de 29 de junio de 2015. Rec. 2972/2014. ROJ: STS 3952/2015 - ECLI:ES:TS: 2015:3952. RESUMEN: Jubilación anticipada, a los 60 años, de trabajadora que perteneció al Mutualismo Laboral con anterioridad al 01-01-67. Situación asimilada al alta. Inexigencia de permanecer ininterrumpidamente inscrita como demandante de empleo.

## ¿ES REQUISITO NECESARIO LA SITUACIÓN DE ASIMILACIÓN AL ALTA PARA EL ACCESO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA INVOLUNTARIA?

flexibilización alegada por el juez utilizada en ocasiones por nuestro Tribunal Supremo referidos al hecho de que el trabajador vuelva a prestar servicios.

Por último, no debemos obviar lo establecido en el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social<sup>51</sup> que señala que continúan comprendidos en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social en que estuvieran encuadrados, pero en *situación asimilada a la de alta* en el mismo, quienes, aun cuando hubieran cesado en la prestación de servicios o en el desarrollo de la actividad determinante del encuadramiento en dicho régimen se encuentre en la situación legal de desempleo total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo.

No obstante, la letrada de la Administración de la Seguridad Social interpone, en nombre y representación del INSS y de la TGSS, recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura.

Los motivos que justifican el recurso son los siguientes:

El primer motivo del recurso analiza si resulta exigible el requisito de alta o situación asimilada al alta para acceder a la pensión de jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, con anterioridad a la Ley 27/2011<sup>52</sup>, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, por cuanto que la interesada vio extinguida su relación laboral con anterioridad a 1 de abril de 2013 (disposición transitoria cuarta, 5 a) LGSS 2015).

Para ello, invocan como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Murcia de 9 de septiembre de 2002<sup>53</sup>, que de forma somera niega la prestación de jubilación anticipada por la falta de alta o asimilación a alta del actor, de tal suerte, que denuncian la infracción de los artículos 161.1 y 3 y el artículo 161 bis.2, en relación con el artículo 124.1, LGSS de 1994, en su redacción anterior a 1 de enero de 2013, y en relación también con el artículo 36.1.1º del Reglamento General sobre ins-

<sup>51</sup> Art. 36.1.1º del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. «BOE» núm. 50, de 27/02/1996.

<sup>52</sup> Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. «BOE» núm. 184, de 02/08/2011.

<sup>53</sup> La infracción normativa denunciada no puede prosperar toda vez, si bien el artículo citado por la parte recurrente, en el apartado indicado, fue modificado por el Real Decreto Ley 16/2001, de 27 de diciembre, respecto a la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada mediante la concurrencia de determinados requisitos, como son que el trabajador se encuentre inscrito en las oficinas de empleo, como demandante de empleo, durante un plazo de, al menos, 6 meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación, así como que se acredite un período mínimo de 30 años de cotización efectiva y que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador, cuyos requisitos específicos tienen plena efectividad en el caso que nos ocupa, es lo cierto que, como requisito genérico y para todas las personas incluidas en el campo de aplicación del Régimen General, se exige, de conformidad con el artículo 124.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que el trabajador esté afiliado y en alta o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida; determinando el Juez de instancia que el actor ni está de alta ni en situación asimilada a la misma, lo que no ha sido objeto de impugnación en el presente recurso, por lo que deben mantenerse las consideraciones que, en tal sentido, realiza la sentencia recurrida, que ha de confirmarse, con desestimación del recurso. FD Segundo. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Sala de lo Social de 9 de septiembre de 2002. Rec. 866/2002. ROJ: STSJ MU 2137/2002 - ECLI:ES: TSJMU: 2002:2137.

## ¿ES REQUISITO NECESARIO LA SITUACIÓN DE ASIMILACIÓN AL ALTA PARA EL ACCESO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA INVOLUNTARIA?

cripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

El segundo motivo del recurso, una vez afirmada —se dice— la exigencia de la situación asimilada al alta, examina las consecuencias del no mantenimiento ininterrumpido por la interesada de su demanda de empleo desde su cese involuntario en el trabajo.

En este sentido esgrime como sentencia de contraste la STS 21 de marzo de 2006 (rcud 2003/2004) y denuncia la infracción del artículo 161.1 LGSS de 1994, en relación con el artículo 36.1. 1º del mencionado Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

Ante esta decisión la interesada decide interponer recurso de casación para la unificación de doctrina, en tanto en cuanto, niega que exista contradicción entre la sentencia recurrida y las sentencias esgrimidas en los dos motivos del recurso, a la vez que niega igualmente que la sentencia haya incurrido en las infracciones legales argumentadas.

El Ministerio Fiscal, por su parte, afirma de un lado, la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste invocada en el primer motivo del recurso. Entiende que debe prevalecer la doctrina de la sentencia de contraste y exigir la situación de alta o alta asimilada en este caso. Con respecto al segundo motivo del recurso, manifiesta que no existe contradicción, por lo que este debe ser desestimado.

La posición del Supremo es coincidente con la del Ministerio Fiscal en lo que concierne a los motivos de contradicción alegados habida cuenta de que:

En cuanto al primero de ellos si aparece la discordancia solicitada. En efecto, la sentencia recurrida entiende que, para acceder a la pensión de jubilación anticipada no es exigible el requisito de estar en alta o en situación asimilada a la de alta, sino que el requisito que se exige es el de la inscripción como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses anteriores a la fecha de la solicitud.

La sentencia de contraste considera que, si bien es cierto que se exige la inscripción como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses anteriores a la fecha de la solicitud, también se exige estar en alta o situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida.

En lo que concierne a la motivación del segundo motivo del recurso, el criterio es totalmente opuesto. La sentencia recurrida examina un supuesto de jubilación anticipada y la sentencia de contraste un supuesto de incapacidad permanente total.

La razón principal, muy relacionada con lo anterior, por la que no cabe apreciar la existencia de contradicción, razona el Tribunal, es que para el acceso a la incapacidad permanente no existe la previsión de la exigencia de la inscripción como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses anteriores a la fecha de la solicitud, previsión que, como se verá, va a ser determinante

## ¿ES REQUISITO NECESARIO LA SITUACIÓN DE ASIMILACIÓN AL ALTA PARA EL ACCESO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA INVOLUNTARIA?

en el presente recurso de casación unificadora. Ello impide entender que haya identidad entre la sentencia recurrida y la de contraste.

### 2.3 Examen de la legislación aplicable

De conformidad con el ya mencionado artículo 36.1. 1º del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, es situación asimilada a la de alta *la de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo*.

Y, de conformidad con el artículo 207.1 b) LGSS de 2015, el acceso a la jubilación anticipada por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador exige, entre otros requisitos, encontrarse inscrito en las oficinas de empleo como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses anteriores a la fecha de la solicitud de la jubilación.

Esta misma previsión se contenía en el artículo 161 bis.2. A) b) de la LGSS de 1994. El artículo 161 bis LGSS de 1994 se incorporó a la LGSS por el artículo 3.3 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, exigiéndose desde el primer momento para que los trabajadores accedieran a la jubilación anticipada el requisito de «encontrarse inscritos en las oficinas de empleo como demandantes de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses anteriores a la fecha de la solicitud de la jubilación».

El requisito se mantuvo invariado en sus mismos términos por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, ley esta que dio nueva redacción al artículo 161 bis LGSS, pero que no varió la redacción de aquel requisito.

Lo mismo ocurrió con la nueva redacción dada al artículo 161 bis LGSS de 1994 por el Real Decreto-ley 5/2013<sup>54</sup>, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, norma esta última que asimismo mantuvo en sus mismos términos el requisito de encontrarse inscritos en las oficinas de empleo como demandantes de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses anteriores a la fecha de la solicitud de la jubilación.

Con anterioridad, ya los artículos 3 del Real Decreto-ley 16/2001<sup>55</sup>, de 27 de diciembre, primero, y de la Ley 35/2002<sup>56</sup>, de 12 de julio, después, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, sobre «extensión de la jubilación anticipada a trabajadores que no tuvieran la condición de mutualista laboral el 1 de enero de 1967» y sobre «jubilación anticipada», respectiva-

<sup>54</sup> Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. «BOE» núm. 65, de 16 de marzo de 2013, páginas 21441 a 21474 (34 págs.).

<sup>55</sup> Real Decreto-ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

<sup>56</sup> Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. «BOE» núm. 284, de 27/11/2002.

## ¿ES REQUISITO NECESARIO LA SITUACIÓN DE ASIMILACIÓN AL ALTA PARA EL ACCESO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA INVOLUNTARIA?

mente, habían añadido un nuevo apartado 3 al artículo 161 LGSS de 1994 en el que ya se establecía la exigencia de encontrarse inscritos en las oficinas de empleo como demandantes de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación.

Por su parte, el apartado 5 de la disposición transitoria cuarta de la LGSS de 2015 establece que «se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso, condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, a las pensiones de jubilación que se causen antes de 1 de enero de 2021», entre otros, en el supuesto de «personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de 1 de abril de 2013, siempre que con posterioridad a tal fecha no vuelvan a quedar incluidas en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social», si bien esas personas pueden «optar por que se aplique, para el reconocimiento de su derecho a pensión, la legislación que esté vigente en la fecha del hecho causante de la misma».

### 2.4 El fallo del Tribunal Supremo

En primer lugar, la condición de «paro involuntario», es una situación asimilada a la de alta, (regulada en el artículo 36.1. 1º del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero), siempre que «se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo».

Y, en segundo término, que, en el caso de quienes pretendan acceder a la pensión de jubilación anticipada, la inscripción de la persona solicitante en la oficina de empleo como demandante de empleo debe de haberse producido «durante un plazo de, al menos, seis meses anteriores a la fecha de la solicitud de la jubilación» (artículo 207 LGSS de 2015 y artículo 161 bis LGSS de 1994, con la misma redacción desde su incorporación por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, y antes por el Real Decreto-ley 16/2001 y por la Ley 35/2002, y con anterioridad y posterioridad a la Ley 27/2011, de 1 de agosto).

La interesada solicitó en el presente supuesto la pensión de jubilación anticipada el 12 de julio de 2017 y estaba inscrita en la oficina de empleo como demandante de empleo desde el 21 de diciembre de 2016.

En consecuencia, cuando solicitó la pensión de jubilación llevaba inscrita en la oficina de empleo como demandante de empleo más de seis meses anteriores a la fecha de la solicitud. Estuvo también inscrita en la oficina de empleo como demandante de empleo desde junio de 2016 hasta el 14 de diciembre de 2016.

En ningún momento se ha afirmado, por lo demás, que la interesada no reuniera los restantes requisitos legalmente exigidos para acceder a la pensión de jubilación anticipada como de hecho apuntaba el fallo del Juzgado de lo Social.

## ¿ES REQUISITO NECESARIO LA SITUACIÓN DE ASIMILACIÓN AL ALTA PARA EL ACCESO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA INVOLUNTARIA?

La única razón por la que, primero el INSS, y luego el Juzgado de lo Social, rechazaron su solicitud de pensión de jubilación anticipada, fue por no acreditar la situación de asimilada al alta por paro involuntario, al constar —se aducía por el INSS y por el Juzgado de lo Social— una interrupción superior a veinticuatro meses en la cualidad de demandante de empleo inscrita en la oficina de empleo (de noviembre de 2013 hasta junio de 2016).

Pero, como estableció la sentencia del TSJ de Extremadura recurrida, que corrigió el criterio seguido por el INSS y por el Juzgado de lo Social, a la interesada no le era exigible haber permanecido inscrita en la oficina de empleo como demandante de empleo durante el periodo noviembre de 2013 hasta junio de 2016, pues el requisito que legalmente se le exigía era el de haber estado inscrita en la oficina de empleo como demandante de empleo durante un plazo de al menos seis meses anteriores a la fecha de su solicitud.

Como la solicitud se hizo el 12 de julio de 2017, tenía que haber estado inscrita en la oficina de empleo como demandante de empleo desde 12 de enero de 2017 y la interesada lo estuvo desde 21 de diciembre de 2016 y antes lo había estado desde junio de 2016 hasta el 14 de diciembre de ese año 2016.

La interesada cumplía, así, el tiempo de permanencia inscrita en la oficina de empleo como demandante de empleo que legalmente le era exigible.

A mayor abundamiento señala el fallo que ni siquiera era necesario plantearse la cuestión de si había que recurrir a la doctrina de la mitigación del requisito en aquellos supuestos en que la inscripción en la oficina de empleo como demandante de empleo carece de sentido o de que lo importante es manifestar la voluntad de permanencia en el mundo laboral frente a escasos intervalos de ausencia como demandante de empleo (como en el presente recurso podía ser el caso del breve periodo 15 a 20 de diciembre de 2016), doctrina a la que aluden la STS 21 de marzo de 2006 (rcud 2003/2004), invocada como sentencia referencial en el segundo motivo de casación, la sentencia recurrida y antes la sentencia de instancia, y, en fin, el propio recurso de casación para la unificación de doctrina del INSS y de la TGSS.

Por otra parte, el estado de paro involuntario con inscripción en la oficina de empleo como demandante de empleo es una situación asimilada al alta (artículo 36.1. 1º del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero).

En consecuencia, tampoco era necesario plantearse si es aplicable o no a la pensión de jubilación anticipada el requisito de tener que estar en alta o en situación asimilada a la de alta, establecido con carácter general en el artículo 165.1 LGSS, y para la pensión de jubilación en el artículo 205.1 LGSS, pero cuyo cumplimiento es dispensado por el artículo 205.3 LGSS<sup>57</sup> para la pensión de jubilación siempre que se reúnan los requisitos de edad y cotización.

<sup>57</sup> No obstante, lo dispuesto en el párrafo primero del apartado 1, la pensión de jubilación podrá causarse, aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta, siempre que reúnan los requisitos de edad y cotización contemplados en el citado apartado 1.

¿ES REQUISITO NECESARIO LA SITUACIÓN DE ASIMILACIÓN AL ALTA PARA EL ACCESO A LA JUBILACIÓN ANTICIPADA INVOLUNTARIA?

Y no era necesario plantearse lo anterior, porque, en el presente supuesto, como ya se ha dicho, la interesada estaba en situación asimilada a la de alta.

Conforme a lo razonado la interesada tenía derecho a la pensión de jubilación anticipada que le fue reconocida por la sentencia recurrida en el presente recurso de casación, corrigiendo el equivocado criterio del INSS y del Juzgado de lo Social.

## 3. A MODO DE CONCLUSIONES

La cuestión planteada en este caso concreto parece, *a priori*, sencilla, nos encontramos con una potencial beneficiaria de prestación de jubilación anticipada derivada de la situación de paro involuntario.

En el presente litigio se deniega la prestación de jubilación anticipada derivada de una situación de paro involuntario al no acreditarse una situación de alta o asimilación al alta durante al menos veinticuatro meses anteriores a la solicitud. Es necesario, recordar nuevamente, que este requisito que no aparece entre los enumerados por la norma de aplicación, sin embargo, es solicitado tanto por el INSS, TGSS y Juzgado de lo Social.

El Tribunal Superior de Justicia, por el contrario, da la razón a la demandante, exigiendo únicamente la inscripción como demandante de empleo durante al menos seis meses antes de que se produzca la solicitud. Como hemos tenido ocasión de señalar, consideramos que esta es la postura correcta si nos atenemos a la aplicación de la norma que regula dicha prestación, al compartir la postura con el Tribunal sobre el prescindible requerimiento de la situación de alta o asimilada al alta, que en última instancia quedaría acreditada con la inscripción como demandante de empleo.

La interrupción de la inscripción como demandante de empleo no es óbice para acceder a la pensión si se mantiene durante al menos seis meses anteriores a la petición. En todo caso y según el reglamento citado a lo largo de este artículo dicho registro da al beneficiario la condición de asimilación a los efectos que aquí nos ocupa, con todo, reiteramos que no es condición *sine qua non*.

Podemos concluir de este modo que la situación de alta o asimilación al alta no es requisito imprescindible para el reconocimiento de la prestación de jubilación anticipada derivada de la situación de paro involuntario. Siendo sólo necesario la inscripción como demandante de empleo en los seis meses anteriores a la solicitud. Esta situación es consustancial a la de alta asimilada, por tanto, el debate planteado por el Juzgado de lo Social y las entidades gestoras carece de sentido y es estéril en este supuesto en concreto. Si bien es cierto que podemos encontrar un escenario distinto en el que la asimilación al alta no es siempre correlativa a la inscripción de demandante de empleo, no siendo este un pleito relativo a tal asunto ni objeto de valoración de este texto, simplemente lo mencionamos.

## 4. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Cortés, J.C., "Las jubilaciones anticipadas y su evolución", en AAVV, *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo: Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*. Dirs. Calvo Gallego, J. y Fernández López, M.F., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Álvarez Cortés, J.C., "La protección por jubilación en las previsiones del Acuerdo de Pensiones de 2001", *Temas Laborales*, nº 61/2001.

Areta Martínez, A., "Las causas de extinción del contrato de trabajo que dan acceso a la jubilación anticipada derivada de cese no imputable al trabajador [artículo 207.1.d) LGSS]: ¿lista 'numerus clausus' o 'numerus apertus'??", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 10/2020.

López Cumbre, L., *La prejubilación*, Civitas, Madrid, 1998.

Martín Valverde, A., "El régimen jurídico de la pensión de jubilación en la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº4, 1997.

Ordoñez Casado, M.I., "Jubilación anticipada por discapacidad. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2017 (Rcud 3950/2015)". *Temas Laborales*, núm. 142/2018.

Rodríguez Iniesta, G., "Medidas que desincentivan el incremento del número de cotizantes. Supuestos de compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*". Laborum, Murcia, 2016, nº2 extra (especial monográfico).

Romero Rodenas, M.J., *La pensión de jubilación en el régimen general de la Seguridad Social: Adaptado al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, con las modificaciones introducidas hasta la fecha de publicación*. Bormazo, Albacete, 2020.



# ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

## EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS TAREAS DE CUIDADO EN LOS CENTROS DE ATENCIÓN RESIDENCIAL

**Su consolidacion tras la Sentencia 1024/2020, de 24 de noviembre, de la sala de lo social del Tribunal Supremo**

SOCIAL MEASURES FOR THE REACTIVATION OF EMPLOYMENT AND LABOUR PROTECTION AND COMPETITIVENESS OF THE INDUSTRIAL SECTOR

Its consolidation after Judgment 1024/2020, of November 24, of the Social Chamber of the Supreme Court

---

**M<sup>a</sup>. Fátima Poyatos Chacón**

Profesora del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Facultad de Estudios Sociales y del Trabajo

Universidad de Málaga

[fpojatos@uma.es](mailto:fpojatos@uma.es) ORCID [0000-0001-5755-9559](https://orcid.org/0000-0001-5755-9559)

Recepción de trabajo: 21-06-2021 - Aceptación: 08-07-2021

- 1. EL MARCO JURÍDICO DEL SERVICIO PROFESIONAL DE ATENCIÓN RESIDENCIAL.
- 2. EL CATÁLOGO DE SERVICIOS ASISTENCIALES EN LOS CENTROS RESIDENCIALES.
- 3. LAS FUNCIONES DEL PERSONAL GEROCULTOR A LA LUZ DE LA SENTENCIA 1024/2020, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO.
  - 3.1. La calificación profesional de los gerocultores como cuestión de fondo.
  - 3.2. El contenido efectivo de las tareas de cuidado de los gerocultores.
- 4. A MODO DE CONCLUSIONES.
- 5. REFERENCIAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES.
- 6. BIBLIOGRAFÍA

## RESUMEN

Los cambios demográficos y sociosanitarios están originando un incremento progresivo de personas mayores cada vez más longevas, lo que conlleva problemas de dependencia en las últimas etapas de su vida. La valoración de cada caso y el reconocimiento del grado de dependencia establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal es fundamental para que el personal gerocultor desarrolle con calidad el ejercicio de sus funciones, sin dejar a un lado la especial mención que hace la Ley a la formación y a la cualificación de los profesionales y cuidadores. La polémica se suscita en el artículo 17 del VII Convenio Colectivo Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes, cuando se especifican las funciones del gerocultor, y la posible incompatibilidad existente en el ejercicio de determinadas funciones residenciales. No obstante, la jurisprudencia avala esa atribución de funciones, en su momento a través de la Sentencia 1/2019, de 21 de enero de la Audiencia Nacional, y de forma posterior en la Sentencia 1024/2020, de 24 de noviembre donde la Sala de lo Social del Tribunal Supremo da firmeza al artículo 17 del Convenio Colectivo.

**PALABRAS CLAVE:** Catálogo de servicios, dependencia, gerocultores, personas mayores, residencias.

## ABSTRACT

Demographic and socio-sanitary changes are causing a progressive increase in older people who are increasingly long-lived, which leads to dependency problems in the last stages of their life. The assessment of each case and the recognition of the degree of dependence established in Law 39/2006, of December 14, on the Promotion of Personal Autonomy is essential for the geroculture staff to develop the exercise of their functions with quality, without leaving the one side the special mention that the Law makes to the training and qualification of professionals and caregivers. The controversy raises in article 17 of the VII State Collective Framework Agreement for Care Services for Dependent Persons, when the functions of the farmer are specified, and the possible incompatibility existing in the exercise of certain residential functions. However, jurisprudence endorses this attribution of functions, at the time through Sentence 1/2019, of January 21 of the National Court, and subsequently in Sentence 1024/2020, of November 24 where the Chamber of the Social of the Supreme Court gives firmness to article 17 of the Collective Agreement.

**KEYWORDS:** Catalog of services, dependence, geroculturists, old people, residences.

## 1. EL MARCO JURÍDICO DEL SERVICIO PROFESIONAL DE ATENCIÓN RESIDENCIAL

Los cuidados de larga duración de las personas mayores hacen referencia a la necesidad de atención a sus limitadas capacidades físicas o psíquicas, y a la imposibilidad del autocuidado para dar respuesta a sus problemas crónicos de salud múltiple.

La atención a estos cuidados ha ido evolucionando a lo largo del tiempo y actualmente los servicios son prestados por profesionales remunerados, entre los que se encuentra el personal gerocultor al servicio de residencias de personas mayores.

Los tipos de residencias son, a su vez, muy variadas, desde las más clásicas, como las residencias con internamiento para personas mayores asistidas, a las más novedosas, como las residencias a modo de alojamiento con carácter voluntario por parte de la persona usuaria, o las residencias que suplen necesidades familiares temporales y de forma puntual: servicio de día y noche, vacacional, fines de semana, convalecencia, enfermedades, o simplemente enfocadas para el descanso de los cuidadores no profesionales.

La economía de los cuidados también puede ser elegible, decantándose por coberturas tanto de carácter públicas, mixtas o privadas.

Igualmente, el personal gerocultor puede realizar sus desempeños profesionales en centros de días, pisos tutelados o compartidos y otras instituciones sociosanitarias.

Hoy en día, el servicio profesional de atención residencial debe ajustarse a los servicios y programas de intervención ya establecidos en el artículo 15 de la Ley de Dependencia<sup>1</sup>, y a las necesidades de las personas mayores y sus familiares, las cuales se determinarán de acuerdo con el programa individual de atención realizado por los técnicos sociosanitarios, las tareas, funciones e intensidad de los cuidados.

El artículo 29 de la Ley de Dependencia fija el significado del programa individual de atención, estableciendo el marco del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia, el catálogo de prestaciones y servicios sociales públicos correspondientes y las modalidades de intervención más adecuadas a las necesidades de las personas usuarias, en función del grado de dependencia, siempre con la participación previa y consulta de la persona beneficiaria y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le representen.

Por tanto, la Ley ya contempla la necesidad de “concretar” para aquellas personas con necesidad de atención y cuidados, como es el caso de las personas mayores, las prestaciones oportunas para

---

<sup>1</sup> Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. BOE núm. 299, de 15 de febrero de 2006.

## EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS TAREAS DE CUIDADO EN LOS CENTROS DE ATENCIÓN RESIDENCIAL

ofrecer una cobertura integral: servicios, tareas y actividades, los cuales serán desarrollados por los profesionales competentes.

En todo caso, y sea como fueren las tareas desempeñadas, el objetivo principal de la atención de los cuidados por parte de los gerocultores estará basado en ofrecer unos servicios que aporten calidad de vida, que mejoren la autonomía personal del mayor y que proporcionen un trato digno en todos los ámbitos de su vida personal, familiar y social, facilitando en todo caso, la incorporación activa de la persona mayor a la vida de la comunidad y a su entorno más cercano.

Si nos trasladamos a nivel institucional, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Dependencia, serán las Comunidades Autónomas quienes tengan la competencia para determinar, mediante resolución expresa, los servicios, programas y actividades en función del grado y nivel de dependencia calificado.

Según el artículo 26 de la citada Ley los grados de dependencia van a ser variables en función a la autonomía e intensidad del cuidado establecido, y estos se clasificarán en Grado I (dependencia moderada), Grado II (dependencia severa), Grado III (gran dependencia). A su vez, a cada uno de ellos se le diferenciará en dos niveles.

Así, una persona usuaria es “valorada” según la Ley de dependencia, cuando se examinan sus circunstancias, y se decide otorgarle una ayuda de acuerdo a un grado y nivel determinado de dependencia<sup>2</sup>.

Por otra parte, es el artículo 28 de la Ley de Dependencia el que establece el procedimiento para reconocer la situación de dependencia a una persona usuaria y su derecho a las prestaciones del Sistema. El procedimiento será iniciado por la persona dependiente o quien ostente su representación y su tramitación se ajustará al funcionamiento del sector público regulado por Real Decreto 203/2021 de 30 de marzo, reglamento de actuación del sector público por medios electrónicos<sup>3</sup>.

Por tanto, el reconocimiento de la situación de dependencia a la persona beneficiaria se efectuará mediante resolución expedida por la Administración Autonómica correspondiente a la residencia de la persona solicitante y tendrá validez en todo el territorio español. La resolución determinará los servicios, prestaciones, e incluso tareas y actividades que corresponderá a la persona solicitante según su grado y nivel de dependencia. Todas estas tareas de cuidado serán ejecutadas por las Administraciones Públicas competentes, sin que tenga cabida delegación, contratación o concierto con entidades privadas.

La valoración integral gerontológica será efectuada por un equipo técnico multidisciplinar que cuente con la formación acreditada para aplicar de forma global las técnicas e instrumentos necesarios.

<sup>2</sup> Poyatos, F., "Evaluación de la dependencia, mejora de la calidad". Vérticebooks. Málaga, 2012.

<sup>3</sup> Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015, desarrolladas por el RD 203/2021, de 30 de marzo, reglamento de actuación y funcionamiento por medios electrónicos en las administraciones públicas. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2021.

rios para valorar cualquier ámbito de dependencia que pueda afectar a la persona mayor. Los instrumentos y las escalas pueden medir tanto aspectos como condiciones de salud de la persona mayor, nivel cognitivo, apoyo social, o nivel funcional, valorando la realización de las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria que la misma pueda desempeñar<sup>4</sup>.

A efectos de la Ley de Dependencia, se entiende por actividades básicas de la vida diaria (ABVD), "aquellas tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas". El resto de las actividades consideradas de mayor complejidad serán calificadas de instrumentales (AlVD), y serán necesarias para el mantenimiento de un mayor nivel de autonomía, puesto que puede implicar la realización de actividades tales como manejar dinero o telefonear.

Respecto a las funciones, el servicio de centro de día y de noche, así como el servicio de atención residencial, donde el personal gerocultor presta sus servicios de forma habitual, cubre desde un enfoque biopsicosocial para cubrir necesidades de asesoramiento a la persona mayor y sus familiares, hasta necesidades de prevención, rehabilitación y orientación para la promoción de su autonomía, así como la atención asistencial y personal en todas las actividades de la vida diaria.

En el VII Convenio Colectivo Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal<sup>5</sup> se especifican cuáles son las funciones de gerocultor. Si nos remitimos al artículo 17 del Convenio, expresamente, entre las veintitrés funciones asignadas al personal gerocultor, se contemplan también las tareas de limpieza y mantenimiento de los enseres de las personas mayores, colaborar en mantener ordenadas las habitaciones, recoger la ropa, llevarla a la lavandería, encargarse de la ropa personal de los usuarios y hacer las camas en función de las necesidades de cada persona dependiente de acuerdo a los criterios de calidad establecidos.

Además, también recaen sobre ellos funciones de higiene corporal, tales como el mantenimiento de ausencia de arrugas y humedad corporal, manteniendo a la persona en la posición adecuada, con especial atención a los pliegues corporales y otras zonas de especial riesgo de escaras, respetando en todo caso la intimidad del usuario.

Por tanto, identifica el Convenio Colectivo que recaen sobre estos profesionales aquellas funciones que, "bajo la dependencia de la dirección del centro o persona que se determine, tiene como función principal la de asistir y cuidar a las personas usuarias en las actividades de la vida diaria que no puedan realizar por sí mismos y efectuar aquellas realizaciones profesionales encaminadas a su atención personal y de su entorno".

<sup>4</sup> Rodríguez, P., Bermejo, L., Marín J.M., y Valdivieso C., "Servicios de ayuda a domicilio", manual de planificación y formación, 3<sup>a</sup> edición. Editorial médica Panamericana, Madrid 2011, págs. 99-129. En cuestiones de sistemas de valoración complementarios referidos a aspectos familiares y situación económica de la Unidad Familiar y miembros (análisis de renta en % del SMI), y sistema Alemán de clasificación de dependencia, Trigueros, I., y Mondragón, J., "Manual de ayuda a domicilio". Formación teórica-práctica. Siglo XXI de España Editores, S.A., Madrid 2002, págs. 111-125.

<sup>5</sup> Resolución de 11 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo. Ministerio de trabajo, migraciones y seguridad social. BOE núm. 229, de 21 de septiembre de 2018.

Asimismo, el Convenio Colectivo contiene una cláusula de funcionalidad residual donde se determina que, en todo caso, el personal gerocultor debe desarrollar aquellas funciones que les sean solicitadas y que tengan relación con las mismas y/o con su titulación, habilitación o competencia profesional de acuerdo con los protocolos establecidos. Se indica asimismo, en relación con su capacitación, que el personal gerocultor deberá disponer de la titulación o habilitación requerida y/o experiencia<sup>6</sup> precisa para el desarrollo de sus funciones según lo regulado en la normativa vigente.

No difieren, por tanto, las funciones y actividades reseñadas en el Convenio Colectivo, con las contempladas en la ficha del Certificado de Profesionalidad del gerocultor<sup>7</sup>, regulada por RD 1379/2008, de 1 de agosto, modificado por el RD 721/2011, de 20 de mayo, y nuevamente revisada por el RD 625/2013, de 2 de agosto.

Se establece en dicha normativa reglamentaria que la competencia general de la cualificación profesional es atender a personas dependientes, entre ellas a las personas mayores en el ámbito social y sanitario de una institución, de ahí que sus funciones vayan encaminadas tanto a mantener como a mejorar la autonomía personal y las relaciones con el entorno, aplicando en todo caso las estrategias y procedimientos diseñadas por el equipo interdisciplinar.

El Certificado de Profesionalidad contempla, además, que la cualificación profesional se divide en cuatro unidades de competencias, siendo precisamente la primera Unidad de Competencia (UC1016\_2) la que hace referencia a la necesidad de “*preparar y apoyar las intervenciones de atención a las personas y a su entorno en el ámbito institucional indicadas por el equipo interdisciplinar*”, donde se encuadrarían las tareas relacionadas en el artículo 17 del Convenio Colectivo.

El resto de las Unidades de Competencia de la cualificación profesional se refieren a intervenciones de atención física, sociosanitarias, y de atención psicosocial en el ámbito institucional<sup>8</sup>.

Es de importancia además resaltar el artículo 24 del Convenio, sobre trabajos de superior e inferior categoría y movilidad funcional, conforme al cual, y citando el mismo, quedaría prohibido, “destinar al personal a ocupar un puesto de trabajo correspondiente a un grupo inferior, salvo por razones técnicas u organizativas y circunstancias excepcionales que lo justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención, según la clasificación profesional establecida en el artículo 14”. En todo caso, conforme a lo dispuesto en la legislación laboral, “el empresario deberá comunicar su decisión y las razones de ésta a los representantes de los trabajadores, de conformidad con el artículo 39.2 del Estatuto de los Trabajadores<sup>9</sup>”.

<sup>6</sup> Real Decreto 1224/2009, de 17 de julio, de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral. BOE núm. 205, de 25 de agosto de 2009.

<sup>7</sup> Ficha del Certificado de Profesionalidad (SSCS0208), atención sociosanitaria a personas dependientes en instituciones sociales. Nivel 2 de cualificación profesional de referencia SSC320\_2 atención sociosanitaria a personas dependientes en instituciones. RD 1368/07 de 19 de octubre de 2007. BOE núm. 256, de 25 de octubre de 2007.

<sup>8</sup> Nos referimos a las restantes Unidades de Competencia que conforma la cualificación profesional y en el mismo orden: UC1017\_2, UC1018\_2, UC1019\_2.

<sup>9</sup> 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. BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

## 2. EL CATÁLOGO DE SERVICIOS ASISTENCIALES EN LOS CENTROS RESIDENCIALES

El Convenio Colectivo, en su Capítulo III, y concretamente en el artículo 16, establece la clasificación profesional para el personal residencial y de atención sociosanitaria. Dicha clasificación aparece dividida en tres grupos por áreas de actividad.

El primer grupo, calificado como grupo A, viene referido al personal de gestión, administración y servicios generales. En esta área de actividad de mayor a menor rango, pueden ocupar puestos los directivos (administradores, gerentes y responsables de coordinación), los mandos intermedios (supervisores, coordinadores, o jefes de sección), el personal cualificado (oficiales, técnicos o ayudantes de coordinación) y, por último, el personal auxiliar y de mantenimiento. En este primer grupo, la delimitación profesional, funciones, y actividades, están claramente definidas.

Son las actividades del área de los Servicios socioasistenciales y las del área residencial, así como su clasificación profesional, las cuestiones que necesitan aclaración, puesto que es el ámbito donde se puede manifestar un “aparente” choque de competencias:

1º. Por un lado, en el área de Servicios socioasistenciales existen cuatro grupos que engloban a diferentes profesionales:

- Los titulados superiores y especialistas: médicos y psicólogos (Grupo 1B).
- Los mandos intermedios: personal de enfermería, fisioterapeuta, terapeuta ocupacional y trabajador/a social (Grupo 2B).
- El personal cualificado: técnicos en actividades socioculturales (Grupo 3B).
- Y el personal auxiliar (Grupo 4B), este último con cuatro grupos profesionales (gerocultor, auxiliar del servicio de atención domiciliario (SAD), oficial de Teleasistencia Domiciliaria (TAD), Teleoperador (TAD) e Instalador (TAD)).

2º. Y por otro lado, en el área residencial sólo hay dos grupos:

- Los mandos intermedios: gobernante/a, y cocinero/a (Grupo 2C).
- Y el personal auxiliar: personal de limpieza, personal de lavandería, personal de planchado, pinche de cocina y ayudantes de oficios varios (Grupo 5C).

Vista la clasificación profesional del Convenio Colectivo, es necesario detenerse una vez más en su artículo 17, el cual determinaba las funciones propias de los diversos colectivos profesionales contemplados. Las funciones del gerocultor ya fueron descritas en base al marco jurídico del servicio

profesional de atención a la dependencia y su certificado de profesionalidad, pero nos faltaría por matizar las del personal auxiliar contemplado en el Grupo 5C, concretamente el personal de limpieza, lavandería y planchado.

En principio, el Convenio Colectivo lo califica de personal con responsabilidad restringida y que depende en la realización de sus funciones del/la Gobernante/a (mando intermedio) o directamente de la Dirección, al no existir en su área de actividad titulados superiores o especialistas.

Las funciones principales en la actividad residencial serán las de comedor-office, poniendo especial cuidado en el uso de los materiales encomendados, la limpieza de las instalaciones, el lavado y planchado de la ropa, además de aquellas que le sean solicitadas y que tengan relación con las mismas y/o con su habilitación o competencia profesional.

Al igual que los gerocultores, dispondrán de la habilitación requerida y/o experiencia precisa para el desarrollo de sus funciones, según lo regulado en la normativa vigente<sup>10</sup>.

El Convenio Colectivo concreta que estos profesionales realizarán tareas “propias” tanto de limpieza como de lavandería, y no solo aquellas que recaigan directamente en los residentes o personas mayores, sino también en la atención de útiles, tales como el cuidado de maquinaria, materiales y zonas comunes.

Concretamente, respecto a las tareas propias de limpieza, se encargarán de las habitaciones (hacer camas, cambios de sábanas, toallas, y limpieza de baños), ventanales y balcones, mobiliario y zonas comunes, siempre procurando ocasionar las menores molestias a las personas usuarias.

Respecto a las funciones propias de lencería y lavandería, mantendrán siempre limpia y a punto la ropa de las personas mayores, tanto la personal como aquella que estos usen y formen parte de los enseres de la propia residencia, por lo que estarán pendiente de su recogida, clasificación y reparto posterior.

Si nos remitimos a su Cualificación Profesional<sup>11</sup>, de Nivel 1, observamos que contempla cuatro Unidades de Competencias relacionadas con la limpieza de mobiliario y espacios (suelos, paredes, techos, cristales...), edificios y locales, así como el conocimiento, manejo y conservación de maquinaria y productos de limpieza.

Por tanto, a pesar de haber una cierta similitud en las funciones y tareas de ambas cualificaciones profesionales, estas son actuaciones “exclusivas” del servicio de atención residencial al requerir una cualificación determinada con actividades “propias” y con responsabilidad restringida, y que

<sup>10</sup> Ficha de Certificado de profesionalidad (SSCM0108), Limpieza de superficies y mobiliario en edificios y locales, regulada en el RD 1378/2009, de 28 de agosto. BOE núm. 224, de 16 de septiembre de 2009. Certificado de profesionalidad que se deroga: Certificado de profesionalidad de la ocupación de experto en limpieza de inmuebles, Real Decreto 1596/1997 de 17 de octubre. BOE núm. 265, de 5 de noviembre de 1997.

<sup>11</sup> Cualificación profesional de referencia SSC319\_1: Limpieza de superficies y mobiliario en edificios y locales. RD 1368/2007, de 19 de octubre. BOE núm. 256, de 25 de octubre de 2007.

además están subordinadas a otros mandos intermedios de otra área de actividad. En todo caso, el personal gerocultor, podría realizar tales intervenciones “coincidentes” de forma puntual en la atención personal de los residentes y de su entorno inmediato, cuando por el nivel de dependencia calificado, no puedan ser realizadas por las mismas.

## 3. LAS FUNCIONES DEL PERSONAL GEROCULTOR A LA LUZ DE LA SENTENCIA 1024/2020, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Llegados a este punto, es ahí concretamente, en las actividades residenciales realizadas por el personal gerocultor donde debemos centrar la atención para resaltar la importancia de la Sentencia 1024/2020, de 24 de noviembre, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo<sup>12</sup>, la cual confirma la plena validez del art. 17 del VII Convenio Colectivo Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal, artículo que, como sabemos, regula las funciones y tareas que estos profesionales deben desempeñar para atender de forma integral a las personas mayores.

### 3.1 La calificación profesional de los gerocultores como cuestión de fondo

Con fecha de veintiséis de junio de dos mil diecinueve, la Federación de Empleados de Servicios Públicos de UGT interpuso demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional con la que se impugnaba parcialmente el VII Convenio Colectivo marco estatal de servicios a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, que establece las condiciones de trabajo, entre otros, de los profesionales que trabajan en residencias de personas mayores y en el servicio de atención sociosanitario en domicilios.

El recurso se interpuso, en cierto modo, contra las dos Federaciones de CCOO firmantes del citado convenio (la Federación de sanidad y sectores sociosanitarios y la Federación de actividades diversas), y contra las siguientes organizaciones empresariales: Federación Empresarial de asistencia a la dependencia (FED), Asociación de Empresas de servicios para la dependencia (AESTE), Federación de residencias y servicios de atención a los mayores sectores solidario (LARES), siendo parte del ministerio fiscal.

<sup>12</sup> Roj: STS 4097/2020 – ECLI:ES: TS: 2020:4097. En dicha Sentencia interviene como ponente Antonio V. Sempere Navarro (Catedrático de Derecho del Trabajo y Magistrado del Tribunal Supremo por el turno reservado a juristas de reconocida competencia), y, como Magistrados de Sala, María Luisa Segoviano Astaburuaga, Ángel Blasco Pellicer, Juan Molins García-Atance e Ignacio García-Perrote Escartín.

La demanda interpuesta activaba la modalidad procesal de impugnación de Convenio Colectivo por ilegalidad, e impugnaba el artículo 17 del Convenio, integrado en el Capítulo III sobre la calificación profesional, al considerar que se vulneraban diversos preceptos legales por considerar como funciones propias del personal gerocultor de atención a personas mayores, funciones de otros grupos, como las del personal de limpieza, lavado y plancha.

Así, en la demanda interpuesta por la Federación de Empleados de Servicios Públicos de UGT se argumentaba que al perfil de gerocultor, a pesar de estar integrado en el Grupo 4 (personal auxiliar) de Servicios socioasistenciales, se le asignaban funciones propias del Grupo 5 (personal auxiliar) del Área de Servicios de residenciales.

El dos de enero de dos mil diecinueve, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional<sup>13</sup>, dictó Sentencia considerando que no se vulneraban los derechos inculcados en la demanda sobre las funciones y derechos asignados al personal gerocultor de atención a las personas mayores, ya que estos pueden desarrollar dentro de su categoría profesionales funciones de limpieza y lavandería, que pueden ser coincidentes con las correspondientes a la categoría del personal de limpieza y lavandería.

Se especificaría, además, que las tareas asignadas se encuadran entre las funciones propias del personal gerocultor, tales como asistir y cuidar a las personas mayores en las actividades de la vida diaria que no puedan realizar por sí mismos y efectuar aquellas realizaciones profesionales encaminadas a la atención personal y de su entorno.

La Audiencia Nacional aportaría asimismo una visión diferente y novedosa para defender la atribución de estas tareas a los gerocultores (en contra de la descalificación en la realización de estas en niveles inferiores o simples intereses de ahorro económico empresarial), que estaba basada en un nuevo modelo asistencial de atención de larga duración a las personas mayores que se está implantando en nuestro país, de igual manera que en el resto de Europa<sup>14</sup>.

El modelo de atención residencial tiende a parecerse a un modelo de Atención Centrada en la Persona (ACP)<sup>15</sup>, donde se empieza a trabajar en pequeñas Unidades de Convivencia, por lo que la especialización en un solo tipo de funciones y la realización estricta de las mismas empieza a carecer de sentido, dejando paso a la innovación en modelos de cuidados de larga duración centrado en la persona y en su entorno. Es el momento de pasar de un modelo tradicional institucional-sanitario con funciones completamente delimitadas, a otro organizado en Unidades de Convivencia que aparezca centrado en las personas, donde las funciones tienen un carácter personalizado, adaptable y flexible.

<sup>13</sup> Autos 289/2019.

<sup>14</sup> Programas europeos de I+D+i en envejecimiento ligados a la innovación que se encuentran en funcionamiento desde 2010 y están programados para los próximo quince años, entre ellos el *Joint Programming Initiative* europeo, *More years better lives* o el proyecto *Futurage*.

<sup>15</sup> Para una mayor información sobre el modelo de ACP, como explica Antonio Molina Schmid, abogado responsable del área jurídica de la Federación Lares, vid. el siguiente enlace: <https://dependencia.info/noticia/4048/actualidad/el-tribunal-supremo-ratifica-las-gerocultoras-pueden-hacer-labores-de-limpieza.html>

## EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS TAREAS DE CUIDADO EN LOS CENTROS DE ATENCIÓN RESIDENCIAL

Por otro lado, enfocándolo desde el punto de vista laboral, pone de relieve las facultades que pesan sobre la negociación colectiva, por lo que la ilegalidad del Convenio Colectivo solo debe declararse cuando sea por completo incompatible con el ordenamiento jurídico. Así pues, el artículo 10 del Convenio marco del personal gerocultor de atención residencial a personas mayores, referido a la “vinculación a la totalidad del convenio”, especifica en su segundo párrafo que si la jurisdicción social procediera a la anulación de algún artículo del Convenio, las partes negociadoras, en el plazo de dos meses y a partir de la firmeza de la Sentencia, procedería a renegociar el convenio en la parte anulada, quedando vigente el resto del Convenio hasta que no se llegue a un acuerdo definitivo.

Igualmente habría que analizar los motivos de casación expuestos por la Federación de Empleados de Servicios Públicos de UGT sobre la citada resolución:

- Primer motivo, al amparo del artículo 207.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS-ley procesal), por infracción de los artículos 4.2 c) y 17 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en relación con el artículo 14 de la Constitución Española y artículo 14 del Tratado de la Unión Europea, referidos a la no discriminación en las relaciones laborales.
- Segundo motivo, al amparo del artículo 207 e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por infracción de los artículos 22 y 39 del Estatuto de los Trabajadores, sobre el sistema de clasificación profesional y movilidad funcional, respectivamente.

Posteriormente, el Recurso de Casación fue impugnado por escritos presentados el 20, 25 y 26 de febrero de dos mil diecinueve por CC.OO, AESTE, LERES, respectivamente, considerando que la sentencia recurrida se basaba en un argumentación acertada y que el recurso planteado introducía cuestiones nuevas (motivo primero), no indicando con claridad las infracciones cometidas por la sentencia, ya que los perfiles profesionales no vulneraban el derecho de elección de profesión ni eran contradictorios con el Estatuto de los Trabajadores en esas cuestiones, por lo que no hay discriminación alguna sobre la clasificación profesional.

El Ministerio Fiscal, de forma muy acertada, también impugnó el recurso presentado, especificando que un reparto rígido de las funciones del personal gerocultor dejaría vacía sus funciones en materia de atención y cuidados a las personas mayores, máxime teniendo en cuenta que estas funciones son competencias de la negociación colectiva, y no por ello debe existir discriminación alguna por razón de género ni por ningún otro motivo, al quedar respaldado en las normas que disciplinan la acreditación del personal gerocultor. Esta argumentación obra con acierto desde un punto de vista de la atención sociosanitaria y en base a la Ley de dependencia, donde se contempla una fórmula de atención residencial del personal gerocultor que presta sus servicios de forma habitual, cubriendo las necesidades de las personas mayores desde un enfoque biopsicosocial e integral.

También considera improcedentes los motivos de casación, advirtiendo que el motivo planteado por discriminación por razón de género es una cuestión nueva, por lo que no debe abordarse en la resolución del recurso extraordinario de casación.

## 3.2 El contenido efectivo de las tareas de cuidado de los gerocultores

Para la resolución del recurso, la Sala de lo Social aplica algunos razonamientos de la Sentencia del Tribunal Supremo<sup>16</sup>, de doce de julio de dos mil diez, en la que en el mismo sentido resuelve la impugnación (también planteada por UGT) sobre una cuestión referida a las competencias de los gerocultores, y si estos podían hacer pruebas de glucosa, administrar insulina y heparina a las personas usuarias bajo la supervisión realizada por el personal médico o de enfermería.

Por tanto, coincide nuevamente con el Convenio Colectivo y con la habilitación requerida a los gerocultores en el RD 1379/2008, de 1 de agosto que regula su Certificado de Profesionalidad, donde se hace recaer sobre estos profesionales funciones que, "bajo la dependencia de la dirección del centro o persona que se determine, tiene como función principal la de asistir y cuidar a las personas usuarias en las actividades de la vida diaria que no puedan realizar por sí mismos y efectuar aquellas realizaciones profesionales encaminadas a su atención personal (bio-psico-social) y de su entorno".

Respecto a la ilegalidad del Convenio Colectivo, la Sala considera que no se puede declarar la ilegalidad del convenio, ni restringir su interpretación, sólo se podría en tal caso, desestimar la demanda.

En el caso de la sentencia recurrida, se indica que los preceptos cuestionados no colisionan con la normativa vigentes y por tal motivo no se pueden casar ni anular.

Sobre los motivos de casación, para la valoración que hace sobre las cuestiones nuevas planteadas se apela a una consolidada doctrina constitucional que rechaza la alteración sustancial de los elementos del juicio<sup>17</sup>.

Las sentencias deben ajustarse a las cuestiones y pretensiones planteadas por las partes en el procedimiento y no cambiarlas, lo que no es obstáculo, sin embargo, para que el Tribunal puede aplicar o introducir normas distintas si aprecia que son aplicables al caso para su resolución, pero nunca resolver sobre acciones o cuestiones distintas a las planteadas en el procedimiento.

Eso implica que todas las manifestaciones nuevas planteadas después de la demanda y de su contestación no deben tenerse por formuladas, debiendo quedarse fuera del proceso, pues en caso contrario ello produciría indefensión a la otra parte por no haber podido defenderse de esta nueva pretensión.

Analizando el motivo de la movilidad funcional, la Sala considera que, de entre todas las funciones que se recogen en el artículo 17 del Convenio, sólo se cuestiona una, y es que sin que suponga una sustitución del personal específico para la limpieza habitual, los gerocultores, en su función principal de asistir y cuidar a las personas mayores en las actividades de la vida diaria que estos no

<sup>16</sup> STS de 12 de julio de 2010 (RC 127/2009), SSTS 438/2016, de 18 de mayo de 2016 (RC140/2015), 618/2016 de 6 de julio (RC229/2015),369/2918 de 4 de abril (RC 108/2017) y 69/2020 de 8 de enero (RC 96/2019), y STS de 1 de diciembre de 2015 (RC 60/2015).

<sup>17</sup> SSTC 88/1992 y 280/1993; SSTC 144/1991, 166/1993 y 122/1994; STC 224/1994.

puedan realizar por sí mismos, deben realizar la limpieza e higiene de utensilios, ropas y estancias, sin que ello suponga un cambio ni alteración funcional, por lo que no debe anularse el precepto convencional por invadir funciones propias de otras categoría profesional, tales como las de higiene, lavandería y planchado del Grupo 5.

Se indica expresamente, además, que “el propio Convenio advierte que la ocupación de un puesto de trabajo de nivel inferior solo es posible por razones técnicas u organizativas y circunstancias excepcionales que lo justifiquen y por el tiempo imprescindible”, lo que constituye un canon interpretativo de máxima relevancia para confirmar que los negociadores no han querido minusvalorar el trabajo del personal gerocultor desde ningún punto de vista.

Y, por último, sobre la competencia profesional, la Sentencia de la Sala no entiende la argumentación relativa a la vulneración del derecho a la libre elección de profesión u oficio como consecuencia de las funciones que el Convenio le haya atribuido a la profesión de gerocultor, puesto que, para desarrollar las funciones de gerocultor, el propio Convenio exige la titulación, habilitación o competencia profesional de acuerdo con los protocolos establecidos.

Por tanto, el fallo concluye acertadamente en la desestimación del recurso de casación interpuesto por la Federación de Empleados de Servicios Públicos de UGT, confirmando la sentencia número 1/2019 dictada por la Audiencia Nacional, de dos de enero de dos mil diecinueve, que adquiere así firmeza sobre la atención y los cuidados a las personas mayores de una forma integral y adaptada a sus necesidades.

A mi juicio, no era extraño encontrar una vez más esta discutida cuestión, ni tampoco la resolución a la misma, en este caso judicializada, teniendo en cuenta que desde siempre ha sido solventada a nivel profesional por los propios mandos intermedios y directivos del sector.

Resulta imposible vaciar de competencias funcionales al personal gerocultor y otros profesionales de la atención sociosanitaria de carácter domiciliario, en sintonía con lo indicado por el Ministerio Fiscal, ya que la atención a las personas mayores y dependientes han sido desempeñadas desde siempre (incluso antes de ser considerada profesión, cuando sólo era una *ocupación*), de forma integral en todas las actividades de la vida diaria que rodean a las personas usuarias de estos servicios. Cuando hablamos de actividades de la vida diaria, nos referimos también a las más básicas y elementales. No podría entenderse un apoyo en el aseo a una persona dependiente sin dar fin a esa tarea recogiendo y limpiando dichas instalaciones, teniendo en cuenta además que la actividad ha recaído sobre una persona con algún grado de dependencia física o psíquica y no puede realizarla de forma autónoma.

Por tanto, podemos entender estas tareas como “aparejadas” a determinadas actividades propias de la cualificación profesional, y que son necesarias para concluir con “excelencia<sup>18</sup>” la atención y los cuidados de nuestros mayores.

---

<sup>18</sup> Bohórquez, A, Decálogo ALBOR. Medicina geriatría. España. Mayo 2021. <https://alborconsultor.com/author/alfbohorquez/>

Y al hilo de la excelencia, debemos tener en cuenta que fueron la propia Ley de Dependencia y la regulación reglamentaria de los Certificados de Profesionalidad y cualificación profesional, las disposiciones jurídicas que establecieron la obligación de ofrecer con la mayor calidad posible los cuidados y los servicios profesionales sociosanitarios prestados a las personas mayores<sup>19</sup>. Ante el riesgo de desmerecer parte de su valor, parece preferible seguir avanzando de forma conjunta en la evolución de la profesión.

## 4. A MODO DE CONCLUSIONES

Los cambios sociales relacionados con la demografía, el envejecimiento de la población y los cuidados de larga duración demandan la implementación de nuevos modelos de atención a las personas mayores; en este caso la tendencia apunta hacia un modelo de atención centrada en la persona, desarrollado en pequeñas unidades de convivencia, frente al modelo institucional sanitario con planteamientos de trabajos clásicos y rígidos.

Es necesario, por tanto, adaptarse a la idea de incluir en los programas individuales de atención de las personas mayores todo tipo de servicios integrales, personalizados y dotados con la suficiente flexibilidad de adaptación a las necesidades de atención y características de cada persona.

Los profesionales del sector cumplen un papel fundamental a tales efectos, sobre todo los directivos y los mandos intermedios, sobre los que recaen aspectos relacionados con la metodología organizacional y la toma de decisiones. Se les exige coordinación entre áreas profesionales y los diferentes niveles para responder a un empleo estratégico de gestión de casos individualizados.

La respuesta a la atención asistencial debe ser multidimensional, para que responda a las necesidades de las personas usuarias del área residencial, a su entorno y a sus familiares, por lo que las actividades de cuidado deben estar perfectamente coordinadas, planificadas y previstas en el tiempo, puesto que la continuidad en la atención aporta seguridad y bienestar a las personas usuarias.

No hay que olvidar la necesidad de potenciar la autonomía y la independencia de las personas mayores en el contexto del envejecimiento activo, preservando sus capacidades. La realización de ciertas tareas por parte de las personas mayores mantiene sus capacidades físicas y mejora su autoestima, además de descargar a los profesionales de otro tipo de tareas, evitando igualmente conflictos interprofesionales derivados del deber de realizarlas.

De cara al futuro, para mejorar la calidad de la atención residencial, es necesario rediseñar los servicios en base no solo a los apoyos profesionales que se ofrecen, sino también teniendo en cuenta cómo sentimos y tratamos a nuestros mayores aportando además calidad humana al servicio.

---

<sup>19</sup> Poyatos, F., "Evaluación de la dependencia, mejora de la calidad". Vérticebooks. Málaga, 2012.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, tal como se deduce de lo expuesto en este trabajo, parece que así lo ha entendido.

## 5. REFERENCIAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. BOE núm. 299 de 15 de diciembre de 2006.

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. BOE núm. 255 de 24 de octubre de 2015.

Real Decreto 1368/2007, de 19 de octubre, por el que se complementa el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, mediante el establecimiento de seis cualificaciones profesionales de la familia profesional servicios socioculturales y a la comunidad.

Real Decreto 1379/2008, de 1 de agosto, por el que se establecen dos Certificados de Profesionalidad de la familia profesional Servicios socioculturales y a la comunidad que se incluyen en el Repertorio Nacional de Certificados de Profesionalidad.

Real Decreto 1224/2009, de 17 de julio, de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral.

Real Decreto 1378/2009, de 28 de agosto, por el que se establece un certificado de profesionalidad de la familia profesional Servicios socioculturales y a la comunidad que se incluyen en el Repertorio Nacional de certificados de profesionalidad.

Real Decreto 721/2011, de 20 de mayo, por el que se establecen cuatro Certificados de Profesionalidad de la familia profesional Servicios socioculturales y a la comunidad que se incluyen en el Repertorio Nacional de certificados de profesionalidad y se actualizan los certificados de profesionalidad establecidos como anexo I y II en el Real Decreto 1379/2008, de 1 de agosto.

Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos. BOE núm. 77 de 31 de marzo de 2021.

Resolución de 11 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VII Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio). Ministerio de trabajo, migraciones y seguridad social. Boletín Oficial del Estado núm. 229 de 21 de septiembre de 2018 Sec. III pág. 91393.

Sentencia 1024/2020, de 24 de noviembre, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Confirma la plena validez del art. 17 del VII Convenio Colectivo Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal. Roj: STS 4097/2020 - ECLI: ES:TS: 2020:4097. Id Cendoj: 28079140012020100981.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Bohorquez Rodríguez, A., *Excelencia en servicios sociosanitarios*. Decálogo ALBOR. Medicina geriatría. España. Mayo 2021. Disponible en <https://alborconsultor.com/author/alfbohorquez/>

Organización Internacional del Trabajo (OIT): Notas OIT sobre trabajo y familia se basan en la serie Work and family Information Sheets del *Programa sobre las Condiciones de Trabajo y del Empleo (TRA VAIL)*. Traducción y adaptación al contexto de América Latina y el Caribe, realizada por el *Programa Regional de Género y Trabajo Decente*. Oficina Internacional del Trabajo, Oficina Subregional para el Cono Sur, Oficina Subregional para Centroamérica, 2009.

Poyatos Chacón, F., *Evaluación de la dependencia, mejora de la calidad*. Vérticebooks. Málaga, 2012.

Rodríguez Rodríguez P., Bermejo García, L., Marín Carmona J.M., y Valdivieso Sánchez C., *Servicios de ayuda a domicilio. Manual de planificación y formación*. 3<sup>a</sup> edición. Editorial médica Panamericana, Madrid 2011, págs. 99-129.

Trigueros Guardiola, I., y Mondragón Lasagabaster J., *Manual de ayuda a domicilio. Formación teórica-práctica*. Siglo XXI de España Editores, S.A., Madrid 2002, págs. 111-125.

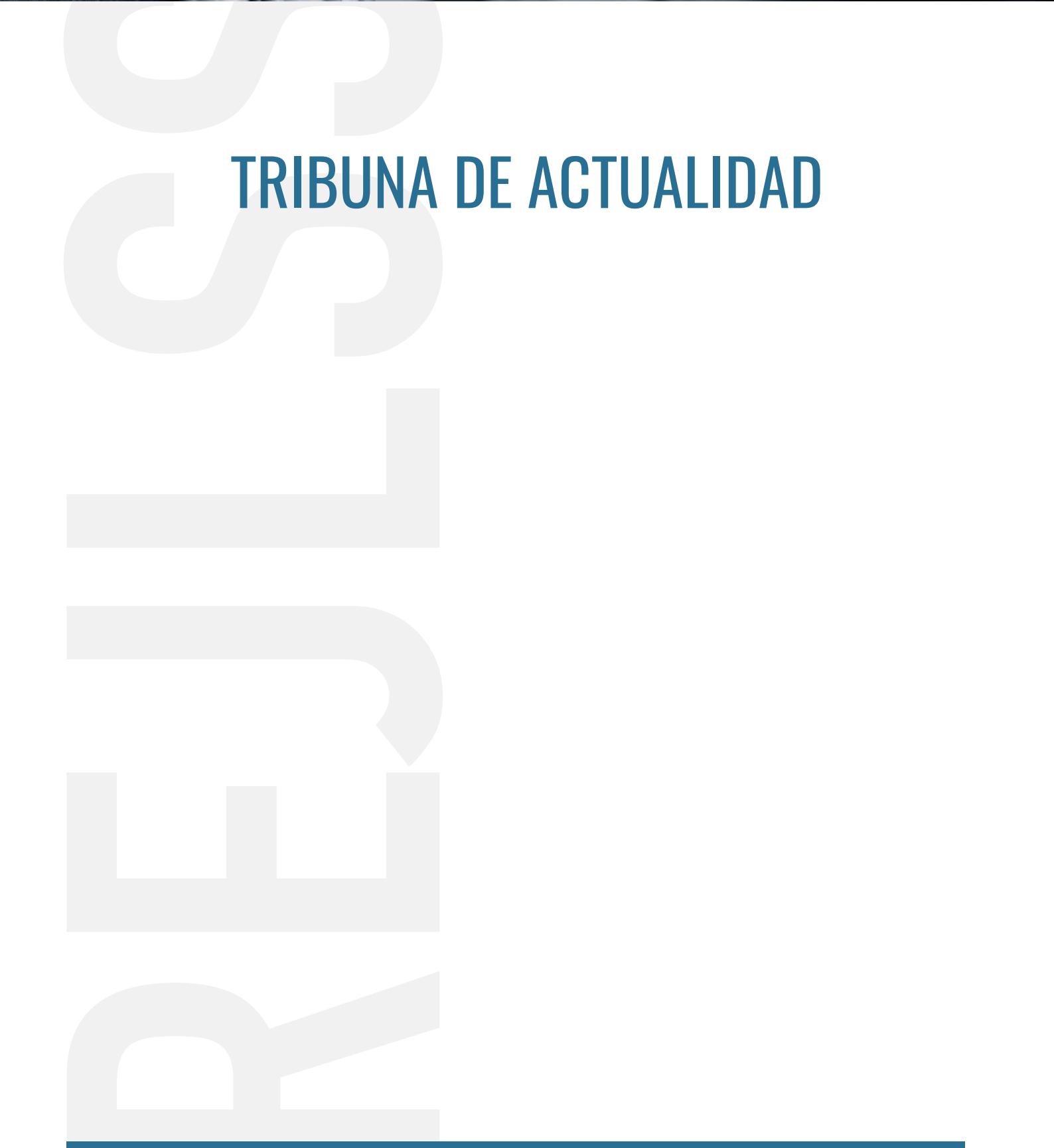
Otras fuentes de referencia utilizadas:

Dependencia.info

<https://dependencia.info/noticia/4048/actualidad/el-tribunal-supremo-ratifica-las-gerocultoras-pueden-hacer-labores-de-limpieza.html>



# TRIBUNA DE ACTUALIDAD



REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social  
mayo - octubre 2021 - núm 3 ISSN-e: 2660-437X



# TRIBUNA DE ACTUALIDAD

## LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES PÚBLICAS EN ESPAÑA: ASPECTOS BÁSICOS

PUBLIC PENSIONS SUSTAINABILITY IN SPAIN: BASIC ISSUES

---

**José M. Domínguez Martínez**

Catedrático de Hacienda Pública

Universidad de Málaga

[jmdominguez@uma.es](mailto:jmdominguez@uma.es) ORCID [0000-0001-6859-2717](https://orcid.org/0000-0001-6859-2717)

Recepción de trabajo: 03-06-2021 - Aceptación: 08-06-2021

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. Sistemas públicos de pensiones de reparto: esquema de flujos y variables condicionantes.
- III. EL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES EN ESPAÑA: ESCENARIO DEMOGRÁFICO, ECONÓMICO Y FINANCIERO.
- IV. CONCLUSIONES.
- V. BIBLIOGRAFÍA

## RESUMEN

En este trabajo se lleva a cabo un análisis introductorio del sistema público de pensiones de España desde el punto de vista de la sostenibilidad. Inicialmente se expone el esquema de flujos y variables que condicionan la sostenibilidad de un sistema de reparto. A continuación, partiendo de la situación presupuestaria actual, se examinan las proyecciones demográficas y financieras, las cuales arrojan un escenario de déficits estructurales en las décadas venideras. Finalmente se esbozan diversas líneas de reforma para hacer frente a dicha situación.

**PALABRAS CLAVE:** Pensiones, Sostenibilidad, Sistema de pensiones de reparto, Déficit Seguridad Social, España.

## ABSTRACT

The aim of this work is to develop an introductory analysis of the Spanish public pension system from a sustainability point of view. Firstly, the scheme of flows and variables that condition the sustainability of an unfunded pension system is reviewed. Next, taking the current budgetary situation as a reference, the demographic and financial projections –resulting in structural deficits along coming decades– are under scrutiny. Finally, several paths of reform so as to face that imbalance are addressed.

**KEYWORDS:** Pensions, Sustainability, Unfunded pension system, Social Security deficit, Spain.

## I. INTRODUCCIÓN

La sostenibilidad es un concepto clave en el campo de las finanzas públicas. Con carácter general, existe sostenibilidad de las finanzas públicas cuando el conjunto de los ingresos públicos no financieros permite hacer frente, de manera estable a lo largo del tiempo, a los gastos públicos, tanto los de naturaleza —en sentido económico— no financiera como financiera. Dicho de otra manera, el sistema no será sostenible si se genera un déficit presupuestario estructural de cuantía relevante de manera permanente.

Esta noción es aplicable a cualquier ámbito del sector público, con una perspectiva institucional o territorial. La Seguridad Social no constituye, por tanto, ninguna excepción al respecto. Sin perjuicio de ello, por lo que respecta al sistema de pensiones, la sostenibilidad presupuestaria se encuentra subordinada a la sostenibilidad actuarial. Difícilmente podrá garantizarse la primera si se prescinde de la segunda.

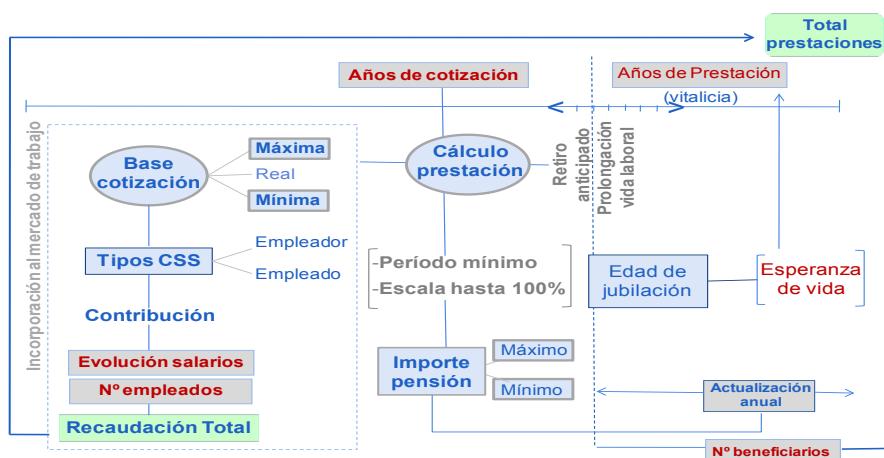
En España está vigente un sistema público de pensiones de reparto, que arrastra desde hace años importantes problemas de sostenibilidad, especialmente puestos de manifiesto a raíz de las consecuencias de la denominada “Gran Recesión”, y posteriormente agravados en el contexto de la crisis provocada por la pandemia del coronavirus.

Un sistema de pensiones de reparto es un sistema que desafía la lógica económica y que fía su continuidad a la progresiva incorporación de cohortes al mercado de trabajo con altas tasas de ocupación. Por su propia configuración, al carecer de una consistencia económica intrínseca, se muestra altamente vulnerable al juego de variables económicas y demográficas que pueden ocasionar agudos desequilibrios entre los flujos de entrada y de salida de recursos. A partir de un sistema en funcionamiento, basado en unas expectativas por parte de los cotizantes y en compromisos con los beneficiarios, resulta sumamente complicado arbitrar soluciones que requieran ajustes severos de las aportaciones y, singularmente, de las prestaciones. Más allá de los impactos en las economías familiares, la relevancia de los componentes asociados al mercado político introduce dificultades adicionales. La accidentada trayectoria de las reformas y de los planteamientos de revisión de esquemas en España acredita sobradamente los escollos que han de afrontarse.

En este trabajo se lleva a cabo un análisis introductorio del sistema público de pensiones de España desde el punto de vista de la sostenibilidad. Inicialmente se expone el esquema de flujos y variables que condicionan la sostenibilidad de un sistema de reparto. A continuación, partiendo de la situación presupuestaria actual, se examinan las proyecciones demográficas y financieras, las cuales arrojan un escenario de déficits estructurales en las décadas venideras. Finalmente se esbozan diversas líneas de reforma para hacer frente a dicha situación.

## II. SISTEMAS PÚBLICOS DE PENSIONES DE REPARTO: ESQUEMA DE FLUJOS Y VARIABLES CONDICIONANTES

Los sistemas de pensiones basados en el reparto, al igual que los de capitalización, presentan una serie de ventajas e inconvenientes<sup>1</sup>. El funcionamiento de un sistema de pensiones de reparto responde a la interacción de un amplio conjunto de factores y variables que afectan tanto a los ingresos obtenidos a partir de las cotizaciones sociales como al montante de las prestaciones a satisfacer. Los más relevantes y significativos aparecen reflejados en el esquema 1.



Esquema 1: Variables básicas de un sistema de pensiones de reparto. Fuente: Domínguez Martínez (2012)

El principal riesgo de un sistema de estas características es el de la posible insostenibilidad financiera. La condición Aaron-Samuelson demuestra que, en un sistema de reparto, la tasa de rendimiento fiscalmente sostenible es la suma del crecimiento de la productividad (o ingresos medios) y el crecimiento (o contracción) de la fuerza laboral<sup>2</sup>. No obstante, Barr y Diamond (2009) arguyen que el problema financiero no es inherente a un sistema de prestación definida, ya que puede ser diseñado para ajustarse automáticamente a las variables demográficas.

En el otro extremo, hay quienes sostienen que el sistema de reparto tiene algunas connotaciones propias de los sistemas piramidales<sup>3</sup>. En cualquier caso, no hay que perder de vista que los sistemas

1 Una síntesis se ofrece en Domínguez Martínez (2012, pág. 3).

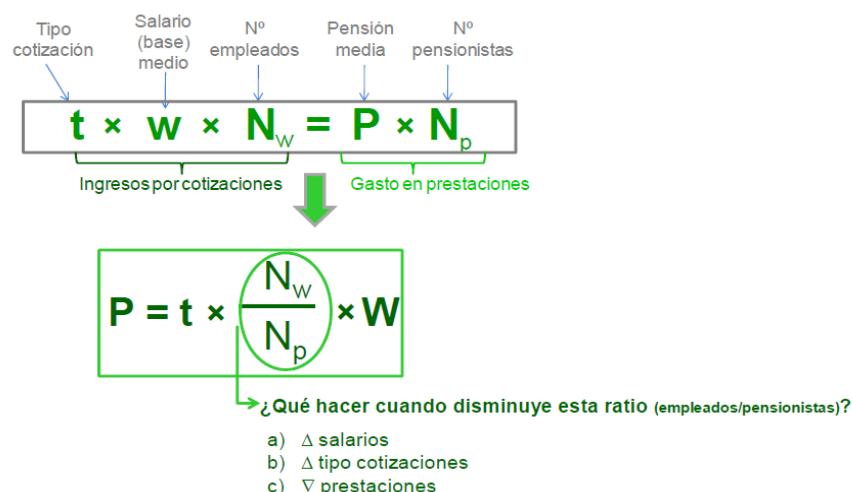
2 Vid. Disney (1999, pág. 21).

3 Vid., por ejemplo, Calzada (2010), y The Economist (2011), donde se afirma que "la seguridad social sigue un esquema de pirámide: los trabajadores futuros han de generar los ingresos impositivos para pagar las prestaciones de los futuros pensionistas y esto es un problema si una generación es más pequeña que la anterior". Goetzmann (2017, págs. 264-265) identifica en los sistemas de pensiones de reparto el mismo problema financiero de raíz que se dio en Francia y Gran Bretaña, en los siglos XVII y XVIII, con la venta por los gobiernos de anualidades vitalicias.

## LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES PÚBLICAS EN ESPAÑA: ASPECTOS BÁSICOS

de pensiones constituyen un terreno especialmente abonado para el mantenimiento de falacias y la posibilidad de errores analíticos (Domínguez Martínez, 2012). El incumplimiento de la regla de Tinbergen, al atribuir a un mismo instrumento la consecución de diferentes objetivos —de seguro y redistributivo— introduce una patente dificultad tanto en el plano analítico como a la hora de aportar soluciones eficaces y transparentes<sup>4</sup>.

La encrucijada en la que se encuentran los sistemas de pensiones de reparto viene ilustrada por la condición de equilibrio financiero (esquema 2). Se trata de una ecuación bastante simple en términos agregados: cuando disminuye la ratio empleados/pensionistas, solo hay tres alternativas: a) aumentar los salarios; b) aumentar el tipo de las cotizaciones; c) disminuir las prestaciones.



Esquema 2: Sistema de pensiones de reparto: condición de equilibrio financiero. Fuente: Domínguez Martínez (2012)

Como apunta Doménech (2019a), la condición de equilibrio entre ingresos y gastos implica que la pensión media sobre el salario medio (tasa de prestación) debe ser igual al producto de los ingresos totales sobre los salarios de la economía por la relación entre cotizantes por pensión.

El proceso de envejecimiento poblacional tiene consecuencias importantes en el plano económico, sobre la oferta y la demanda agregadas, así como sobre las políticas macroeconómicas (Banco de España, 2019, pág. 227).

Adicionalmente, las crisis económicas impactan de lleno en el esquema anterior. La reciente crisis provocada por la pandemia del coronavirus ha afectado a los sistemas de pensiones, con carácter general, a través de diversos canales. Los principales son<sup>5</sup>: i) una mayor probabilidad de que haya indivi-

<sup>4</sup> Como señalaba Stiglitz (2000, pág. 363), la mezcla de los objetivos de provisión de seguro y de redistribución de la renta ha generado una confusión de papeles que ha sido un importante impedimento en la evaluación y la reforma de los programas de seguridad social.

<sup>5</sup> Vid. FMI (2020, págs. 1-2).

## LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES PÚBLICAS EN ESPAÑA: ASPECTOS BÁSICOS

duos que abandonen el mercado de trabajo y soliciten el cobro de pensiones; ii) la disminución de las bases de cotización agregadas como consecuencia de la contracción del empleo y de salarios reales estancados o decrecientes; iii) shocks de precios de activos con impacto en los balances de los sistemas de capitalización; y iv) capacidad de gobiernos y empresas, como titulares de obligaciones de pensiones, para mantener la solvencia de los sistemas de prestación definida bajo condiciones adversas.

### III. EL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES EN ESPAÑA: ESCENARIO DEMOGRÁFICO, ECONÓMICO Y FINANCIERO

El gráfico 1 refleja la evolución de las pensiones contributivas y de las cotizaciones sociales en España (Hernández de Cos, 2021; Arce, 2019a; 2019b). En él se aprecia cómo, después de una larga etapa en la que la recaudación por cotizaciones sociales superaba el montante de las pensiones, desde 2012 se abre una brecha en sentido contrario. 2020 ha sido el noveno año consecutivo con desequilibrio del saldo presupuestario no financiero del sistema de pensiones. Como destaca Hernández de Cos (2021), el incremento del gasto de las pensiones contributivas ha superado con creces el leve aumento de los ingresos por cotizaciones sociales. En los últimos años, el déficit del sistema de pensiones roza el 3% del PIB.

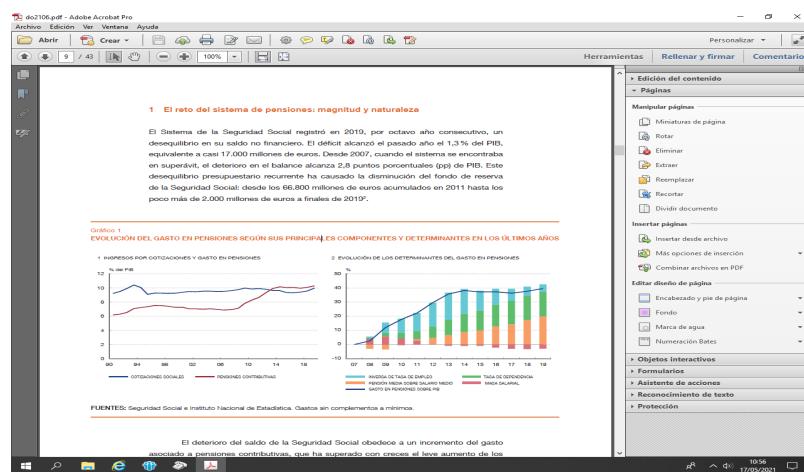


Gráfico 1: Evolución de los ingresos por cotizaciones y del gasto en pensiones. Fuente: Hernández de Cos (2021)

Diversos estudios e informes se han ocupado de efectuar proyecciones de las cuentas económicas del sistema público de pensiones en el horizonte de mediados del siglo XXI<sup>6</sup>. El modelo desarro-

6 El panorama de los años venideros inmediatos se analiza por Devesa y Doménech (2021b). También puede verse Doménech (2019b). Para el año 2024 se prevé un déficit de unos 35.000 millones de euros, equivalente al 2,5% del PIB.

### LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES PÚBLICAS EN ESPAÑA: ASPECTOS BÁSICOS

Ilado por la AIReF (Pastor y Vila, 2019) se basa en las interrelaciones de tres módulos (demográfico, mercado de trabajo y pensiones). Según las previsiones realizadas, de una ratio de gasto público en pensiones sobre el PIB del 10,6% en 2018 se pasaría a un 13,4% en 2048, cifra que se elevaría hasta el 16,9% si no se aplicaran las reformas aprobadas en 2011 y 2013.

En AIReF (2020) se efectúa una actualización de las proyecciones realizadas por este organismo en 2019, que apunta a una ratio gasto público en pensiones/PIB del 14,2% en el año 2050 (escenario central) (gráfico 2).

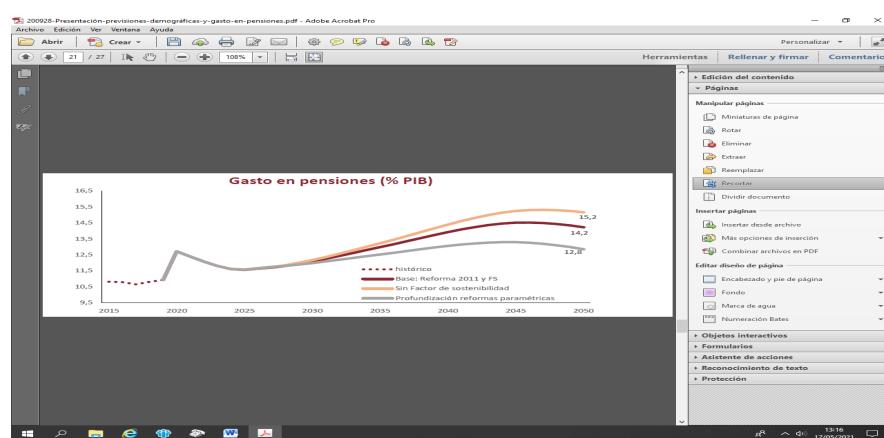


Gráfico 2: Proyecciones del gasto público en pensiones. Fuente: AIReF (2020)

La Comisión Europea ha publicado proyecciones del gasto público en el horizonte 2070. Según dichas proyecciones, la ratio gasto público en pensiones/PIB pasará del 12,3% en 2019 al 13,2% en 2045, y al 10,3% en 2070 (European Commission, 2021, pág. 68). No puede perderse de vista la dinámica de los factores determinantes del gasto que subyacen a dicha evolución prevista<sup>7</sup>. Es destacable que la relación entre la pensión media y el salario medio de la economía pasaría del 66% en 2019 al 29% en 2070 (European Commission, 2021, pág. 80). Para el año 2050, se prevé una ratio de gasto del 13,0% y unas contribuciones sociales equivalentes al 11,8% del PIB (European Commission, 2021, pag. 30)<sup>8</sup>.

Por su parte, la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo (2020) ha elaborado un amplio informe en el que se expresa un rechazo contundente a la sustitución del sistema de reparto por otro de capitalización (2020, págs. 61 y 75), y se formula una veintena de recomendaciones, después de declarar que “se ha construido, mantenido y desarrollado una obra gigantesca, fruto de un acto colectivo de reflexión previsora” (2020, pág. 37). Uno de los aspectos clave del informe es la tesis de que las cotizaciones sociales han servido para sustentar otras políticas del

7 Vid. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital (2021).

8 Las cotizaciones sociales representaron en 2019 el 11,8% del PIB. Esta cifra se mantiene constante en las previsiones a lo largo del tiempo. Vid. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital (2021, pág. 34).

## LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES PÚBLICAS EN ESPAÑA: ASPECTOS BÁSICOS

Estado (2020, pág. 62), por lo que, mediante el traspaso de ciertas partidas, se solventaría la situación de desequilibrio en el sistema de pensiones<sup>9</sup>.

Sin embargo, diversos analistas, como De la Fuente et al. (2020), consideran que tanto el informe del Pacto de Toledo como los representantes del Gobierno de la Nación comparten “un diagnóstico francamente optimista e intencionadamente tranquilizador”<sup>10</sup>. Así, de los gastos de la Seguridad Social considerados como impropios en el informe del Pacto de Toledo (2020) (22.871 millones de euros), sólo una parte (4.702 millones de euros) podrían catalogarse como tales (De la Fuente et al., 2020, pág. 5). Además de la insuficiencia de la recaudación procedente de las cotizaciones sociales, la indexación completa a la inflación es muy costosa y las perspectivas demográficas, sombrías (De la Fuente et al., 2020, pág. 5; Hernández de Cos, 2021).

## IV. LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES EN ESPAÑA: LÍNEAS DE REFORMA

De manera sigilosa, a lo largo de los últimos años, el déficit presupuestario de la Seguridad Social en España ha ido creciendo hasta llegar a representar una parte muy significativa del déficit del conjunto de las Administraciones Públicas<sup>11</sup>. Con una perspectiva temporal más amplia, aunque, a fuerza de ser repetida, la noción de “bomba de relojería” se había convertido en un tópico aparentemente inocuo, ahora empieza a tomar cuerpo como seria amenaza.

La equidad actuarial es uno de los elementos clave para poder calibrar la sostenibilidad de un sistema de pensiones. Se trata de un rasgo primordial de cualquier sistema de seguro.

Diversos estudios y análisis revelan que el sistema de pensiones en España, en términos globales, no se encuentra equilibrado desde ese punto de vista. Así, por ejemplo, según el Instituto de Actuarios Españoles (2020), “la arquitectura actual del sistema contributivo de pensiones de jubilación en España implica que, en la gran mayoría de los casos, el pensionista recibe más de lo que ha aportado en su vida laboral, financiándose la diferencia a través de impuestos o de más deuda pública”. La magnitud del factor de equidad actuarial estimada en este informe se cifra en 1,51, lo que viene a significar que el sistema contributivo de jubilación devuelve un 51% más de lo que recibe.

<sup>9</sup> Evidentemente, el déficit se trasladaría al conjunto del sector público.

<sup>10</sup> El Pacto de Toledo sigue siendo una potente ancla en el debate sobre el sistema de pensiones. Según el Banco de España (2010), dicho Pacto, aprobado en 1994, “en general... fue valorado en su momento muy positivamente por la mayor parte de los analistas, aunque más en términos de su alcance como acuerdo político que como instrumento práctico válido a largo plazo, dada la falta de su concreción y las ambigüedades de algunas de sus recomendaciones”. El caso español respalda plenamente el aserto de Martin y Whitehouse (2008) cuando afirmaban que la reforma de las pensiones es el “tercer rail” de la política: “tócalo y morirás”.

<sup>11</sup> Vid. Sáez de Jáuregui (2020), y Grupo de Investigación en Pensiones y Protección Pública (2021).

### LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES PÚBLICAS EN ESPAÑA: ASPECTOS BÁSICOS

Por otro lado, según un estudio del Banco de España (Moraga y Ramos, 2020), el sistema otorga, en media, en torno a 1,7 euros de prestación por cada euro aportado. Los resultados varían según los supuestos considerados, pero los aspectos básicos tienden a confirmarse. Según nuestras propias estimaciones (Domínguez Martínez, 2020), podrían llegar a obtenerse 2,4 euros por cada euro de cotización. La relación sería de 1 a 1 si el pensionista vive algo más de 9 años a partir de la jubilación. Si la longevidad es inferior, percibirá menos de 1 euro por cada euro aportado.

La falta de transparencia y la transmisión de unas percepciones irreales son una barrera de primer orden para la puesta en marcha de cualquier proceso de reforma. Así, se ha apuntado que los beneficiarios se resisten a recortes en las prestaciones, creyendo que han pagado ya por tales derechos, incluso aunque el valor de las prestaciones pueda exceder significativamente del valor de sus contribuciones (Domínguez Martínez, 2011)<sup>12</sup>.

A pesar de que la esperanza de vida es la medida biométrica más relevante en el ámbito de las pensiones, en España no se ha incorporado adecuadamente en el diseño del sistema de pensiones públicas (Ayuso, 2021).

En este contexto, debido a la relativa generosidad de nuestras pensiones en comparación con los niveles salariales, España gasta 2 puntos porcentuales respecto al PIB más que un país típico de la Unión Europea (De la Fuente et al., 2020)<sup>13</sup>.

Algunos analistas han abogado por la aplicación de la denominada “regla de oro” como inspiradora de la reforma del sistema de pensiones. Dicha regla consiste en tratar de lograr un equilibrio entre los costes y los beneficios para las generaciones presentes y futuras (Cardoso, 2021).

Si tenemos en cuenta la evolución real y prevista de la ratio de dependencia (población con 65 años o más respecto a la población entre 15 y 64 años), que ha pasado del 20% en 1990 al 30% en 2018 (32,1% en 2019), y se estima que llegará al 60% en 2050 (62,5% en 2070) (Eurostat, 2019, pág. 9; 2021, pág. 19; European Comission, 2021, pág. 23), el reto para el sistema de pensiones es más que evidente<sup>14</sup>. Además, a raíz del aumento de la longevidad, se estima que la duración del período de jubilación pasará de 20,7 (hombres) y 23,9 (mujeres) años en 2019 a 23,3 y 26,7, respectivamente (European Commission, 2021, pág. 61).

El Informe del Pacto de Toledo (2020) basa su estrategia en el principio de separación de fuentes<sup>15</sup>. Aun cuando, como se ha señalado, algunas partidas, por su naturaleza, podrían excluirse del ámbito de la Seguridad Social, no todas las seleccionadas corresponden a “gastos impropios” de la Seguridad Social (De la Fuente et al., 2020, pág. 5).

<sup>12</sup> Éste no es un problema exclusivo de España. Vid. Stiglitz (2000, pág. 363).

<sup>13</sup> La tasa de prestación es del 58% del salario medio, y la de reposición, del 80%.

<sup>14</sup> La ratio de los mayores de 65 años respecto a las personas con edad entre 20 y 64 años se prevé que sea prácticamente del 80% en el año 2050. Vid. OCDE (2021, pág. 38).

<sup>15</sup> Una valoración de las recomendaciones del Pacto de Toledo se efectúa en Devesa y Doménech (2020).

## LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES PÚBLICAS EN ESPAÑA: ASPECTOS BÁSICOS

La AlReF (2020), en línea con lo señalado, ha expuesto la necesidad de llevar a cabo reformas paramétricas: retrasar la edad efectiva de jubilación, ampliar la carrera de cotización, e incluir un factor de sostenibilidad. Sin embargo, hay que tener presente que dos importantes elementos de la reforma de 2013 han sido suspendidos desde 2018, el factor de sostenibilidad (ajuste del nivel inicial de la pensión en función de los cambios en la esperanza de vida), y la actualización de las pensiones según un índice basado en el saldo estructural del sistema de pensiones, en lugar del IPC (OCDE, 2021, pág. 38).

A tenor del panorama descrito, resulta difícil no suscribir la constatación de la OCDE (2021, pág. 39) cuando afirma que “es crucial que medidas adecuadas y socialmente aceptables para asegurar la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones se adopten rápidamente”.

Ante el problema de sostenibilidad, son varias las alternativas que pueden plantearse (Hernández de Cos et al., 2017; Devesa y Doménech, 2021a): a) traspasar todo el ajuste sobre los contribuyentes futuros; b) ajustar las pensiones vigentes con revalorizaciones inferiores al crecimiento del nivel de precios; c) implantar un sistema de reparto de cuentas nacionales<sup>16</sup>. Devesa y Doménech (2021a) ponen de relieve algo tan elemental como frecuentemente soslayado: “un sistema de pensiones de reparto no garantiza a priori la cuantía exacta de las futuras pensiones ni a los pensionistas actuales ni a los futuros”, lo que está ligado al hecho de que el principio en el que se basa el supuesto “contrato intergeneracional” de que el sistema garantiza un esfuerzo similar de cada generación no necesariamente se traduce en una tasa de reemplazo igual. La condición recogida en el esquema 2 nos recuerda cuáles son las opciones básicas existentes.

La reforma del sistema de pensiones debería reunir una serie de características a fin de asegurar la sostenibilidad (Devesa y Doménech, 2021a): i) que garantice el equilibrio actuarial y financiero del sistema; ii) que el equilibrio financiero se garantice mediante un mecanismo automático de ajuste; iii) ante ajustes discretionales, que sea gradual; iv) que sea percibida como justa; v) que sea transparente; vi) que permita una flexibilidad en la edad de jubilación. En este contexto, el sistema de cuentas nacionales individuales es una fórmula que contiene elementos interesantes que pueden contribuir a facilitar la sostenibilidad del sistema y a mejorar su transparencia. Este sistema, mediante elementos de contribución definida, permitiría aquilatar el montante de los compromisos asumidos. Se lleva una contabilidad de las cotizaciones a lo largo de la vida laboral, a las que se atribuye una rentabilidad. Llegado el momento de la jubilación, el importe así determinado se convierte en una renta vitalicia, en términos de equivalencia actuarial. No obstante, el sistema seguiría siendo de reparto<sup>17</sup>.

En suma, al margen de reformas paramétricas, es necesario realizar alguna reforma de corte estructural, como se ha indicado. Hay muchas opiniones al respecto, pero no faltan quienes abogan por rediseñar el sistema articulándolo en tres pilares: i) prestaciones mínimas financiadas a través

<sup>16</sup> Pero, como tal, este último no implica ningún ajuste. Su principal ventaja radica en la transparencia, pero haría falta que se previeran mecanismos de ajuste. El papel de los ajustes automáticos en los sistemas de pensiones se analiza en Wachs y Onrubia (2021).

<sup>17</sup> Vid. Valero et al. (2011).

## LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES PÚBLICAS EN ESPAÑA: ASPECTOS BÁSICOS

de impuestos para quienes no hayan podido acceder al segundo pilar; ii) pilar contributivo, respecto al que caben distintas opciones, como la introducción de un enfoque de aportación definida; iii) bloque complementario basado en los planes de pensiones privados, de empleo e individuales (Domínguez Martínez, 2018).

El grado de viabilidad del sistema de pensiones puede analizarse a partir de distintos enfoques metodológicos y con una mayor o menor sofisticación. Sin embargo, como ha recordado Hernández de Cos (2021), existen básicamente dos alternativas para garantizar la sostenibilidad financiera de dicho sistema: aumentar los recursos que llegan a él, o disminuir la generosidad de las prestaciones (o bien, mediante una combinación de ambas). Las dos variables constituyen los determinantes últimos, si bien, como se ha señalado anteriormente, son múltiples los factores subyacentes en cada caso.

Según ha expresado Hernández de Cos (2021, pág. 18), el *trade off* prestación vs esfuerzo de financiación tiende a deteriorarse: “A efectos ilustrativos, si se asumen una tasa de empleo del 80% y un factor demográfico del 58% en 2050, sería necesario un aumento del tipo efectivo de las cotizaciones sociales de 8 pp, hasta el 32% (o un aumento equivalente en otros impuestos y su transferencia al sistema de pensiones), para mantener constante la tasa de beneficio actual, o, alternativamente, la tasa de beneficio debería caer hasta el 34%, desde el 46% actual, para mantener constante el tipo efectivo”. En definitiva, “la disyuntiva entre tasa de beneficio y contribuciones al sistema de pensiones será más desfavorable que en el pasado” (Arce, 2021, pág. 12).

En principio, como ocurre con cualquier proceso basado en flujos de ingresos y gastos, podrían adoptarse dos enfoques: i) cuantificar los desembolsos asumibles y determinar los gastos que podrían atenderse de manera estable y sostenida; ii) establecer el montante de las prestaciones que se pretende satisfacer, y buscar los recursos necesarios para poder garantizarlas.

Lo ideal sería que el sistema fuese diseñado con una coherencia interna y que, a lo largo del tiempo, pudiera desempeñar eficazmente su cometido mediante, en su caso, la puesta en marcha de mecanismos de ajuste automático cuyos efectos fuesen conocidos de antemano. Indudablemente, la concepción de un sistema que se basara en un cambio periódico de las reglas del juego, en detrimento de la situación de los participantes, o en un traslado de la carga al conjunto de los contribuyentes, no requeriría de demasiadas dotes hacendísticas.

## V. CONCLUSIONES

El equilibrio financiero a largo plazo es una condición imprescindible para la supervivencia de un sistema de pensiones. Hace años, Stiglitz (2000, págs. 380-381) ponía de relieve una cuestión económica fundamental: “¿Puede el gobierno hacer ajustes relativamente menores al programa de pensiones para lograr una viabilidad financiera a largo plazo?”

## LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES PÚBLICAS EN ESPAÑA: ASPECTOS BÁSICOS

Si no puede, según el Premio Nobel de Economía, las restricciones presupuestarias estrictas impuestas por la privatización podrían ser la única vía de salida del laberinto político en el que los problemas son continuamente trasladados de una generación a otra.

En España resulta imprescindible adoptar una serie de medidas que permitan encontrar una salida estructural que no ponga en peligro un pilar tan importante de la cohesión social.

Durante años, la sociedad española vivió amparada en la creencia de unos sólidos pilares económicos. Si hasta hace relativamente poco cualquier manifestación que arrojara alguna duda acerca de la sostenibilidad del sistema de pensiones era casi una garantía de acusación de herejía, los déficits crecientes de las cuentas de la Seguridad Social desde el año 2012 han transformado las inquietudes en preocupaciones palpables. Y aunque están siendo los pensionistas actuales quienes más abiertamente muestran su descontento, es la capacidad del sistema para hacer frente a medio plazo a sus compromisos la que constituye el núcleo del problema.

Según los distintos escenarios económicos explorados, en ausencia de un incremento de los ingresos del sistema, se tendría que producir una disminución de la magnitud relativa de las prestaciones (importe de las pensiones respecto al salario medio) para asegurar la sostenibilidad del sistema de pensiones.

En un sistema de pensiones de reparto, mientras los flujos de entrada sean iguales o superiores a los de salida, no se presenta problema alguno; sin embargo, cuando los primeros se frenan (insuficiente ritmo de creación de empleo, evolución lenta de los salarios) o se amplían los segundos (mayor período de percepción de prestaciones por la mayor longevidad, importe superior de las pensiones entrantes en comparación con las salientes), aparecerá un desequilibrio. La inversión de la pirámide demográfica española, unida a otros factores, representa un reto extraordinario.

El sistema de reparto rompe el vínculo directo entre lo aportado durante la vida laboral y lo percibido en la etapa de jubilación, y establece una prestación definida vitalicia calculada en función de las bases de cotización de parte de la vida activa. Aparentemente, la mayoría de los pensionistas presentes y futuros aspira a que el sistema sea justo con ellos. Una interpretación razonable de la justicia en el ámbito previsional es que la suma actualizada de todas las aportaciones efectuadas se equipare a la suma, también actualizada, del conjunto de las prestaciones recibidas. Pues bien, a pesar de la percepción generalizada acerca de la supuesta injusticia del sistema, en la práctica, éste es generoso para aquellas personas que perciban prestaciones durante un período no inferior a unos nueve años.

La sostenibilidad de un sistema de pensiones de reparto depende del mantenimiento de un equilibrio entre los ingresos y los gastos. Básicamente, los primeros dependen de las siguientes variables: empleo, salarios, economía sumergida, años de cotización, bases de cotización y tipos de cotización; los segundos, de estas otras: edad de jubilación, importe de la pensión inicial, criterio de evolución de la pensión anual y longevidad.

Por un cúmulo de circunstancias, el sistema de pensiones se encuentra en la actualidad en un atolladero. Para lograr encontrar la senda liberadora y no tomar falsos atajos es preciso desplegar

## LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES PÚBLICAS EN ESPAÑA: ASPECTOS BÁSICOS

un plan de actuación en varios frentes: i) una política económica orientada al crecimiento sostenible e inclusivo; ii) fomento de la innovación y la productividad; iii) lucha contra el fraude y la economía sumergida; iv) aplicación de ajustes paramétricos a fin de adecuar la cuantía de los compromisos por pensiones a los recursos generados para su cobertura; v) incorporación de aportaciones extraordinarias y transitorias para cubrir los déficits, mediante alternativas que no penalicen el empleo; vi) estudio de la implementación de una reforma estructural que permita, mediante elementos de contribución definida, como en el sistema de cuentas nacionales, aquilatar el montante de los compromisos asumidos.

Las pensiones tienen importantes componentes políticos, sociales y psicológicos, pero la viabilidad del sistema ha de descansar en bases económicas. Sin percibir claramente cuál es la esencia de éstas seguiremos atrapados en un laberinto. Para intentar localizar la salida es necesario primero eliminar los espejos deformantes que impiden orientarnos.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

AIReF (2020): "Actualización de previsiones demográficas y de gasto en pensiones". Documento Técnico 1/20.

Arce, Ó. (2019a): "Presentación", en V Jornada Planes de Pensiones en España. Panel I. Pensiones y ahorro: presente y soluciones de futuro, El País Economía-Cinco Días, 19 de noviembre.

Arce, Ó. (2019b): "Los retos del envejecimiento poblacional para la política fiscal", Banco de España, 29 de mayo.

Arce, Ó. (2021): "Algunas consecuencias económicas de los cambios demográficos", Banco de España, 27 de mayo

Ayuso, M. (2021): "El necesario enfoque actuarial de los sistemas de pensiones: la relevancia de la esperanza de vida, también en España", Fedea, Documento de Trabajo 2021/01.

Banco de España (2010): "La reforma del sistema de pensiones en España".

Banco de España (2019): "Consecuencias económicas de los cambios demográficos", en "Informe Anual 2018".

Barr, N., y Diamond, P. A. (2009): "Reforming pensions: principles, analytical errors and policy directions", International Social Security Review, vol. 62, nº 2.

Calzada, G. (2010): "Ocho mitos sobre la reforma de las pensiones", Expansión, 24 de septiembre.

Cardoso, M. (2021): "La regla de oro", Expansión, 23 de enero.

Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo (2020): "Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo", Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 175, 10 de noviembre.

De la Fuente, Á.; García Díaz, M. Á.; y Sánchez Martín, A. R. (2020): "Algunas reflexiones sobre el informe del Pacto de Toledo y los planes del Gobierno en materia de pensiones", Fedea Policy Papers, 2020/3.

### LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES PÚBLICAS EN ESPAÑA: ASPECTOS BÁSICOS

Devesa, E., y Doménech, R. (2020): "Sostenibilidad de las pensiones: casi todo por hacer", Vozpópuli, 5 de noviembre.

Devesa, E., y Doménech, R. (2021a): "Las cuentas nacionales individuales: elemento central de la reforma del sistema de pensiones en España", Fedea Policy Papers, 2021/02.

Devesa, E., y Doménech, R. (2021b): "El déficit de pensiones en tiempo de reforma", Vozpópuli, 7 de mayo.

Disney, R. (1999): "Notional accounts as a pension reform strategy: an evaluation", SP Discussion Paper, No. 9928, The World Bank.

Doménech, R. (2019a): "En busca del equilibrio en el sistema de pensiones", Vozpópuli, 18 de marzo.

Doménech, R. (2019b): "El sistema público de pensiones en España: proyecciones y perspectivas de mejora", BBVA Research, 12 de enero.

Domínguez Martínez, J. M. (2011): "¿Es rentable invertir en pensiones públicas?", La Opinión de Málaga, 15 de junio.

Domínguez Martínez, J. M. (2012): "La reforma de las pensiones en España: una aproximación económica", Instituto de Análisis Económico y Social, Universidad de Alcalá, Documentos de Trabajo 02/2012.

Domínguez Martínez, J. M. (2018): "Las pensiones y el doctor Pangloss", diario Sur, 13 de mayo.

Domínguez Martínez, J. M. (2020): "Acerca de la rentabilidad de las pensiones públicas", diario Sur, 13 de septiembre.

European Commission (2018): "The 2018 Ageing Report. Economic & Budgetary Projections for the 28 EU Member States (2016-2070)", European Economy, Institutional Paper 079.

European Commission (2021): "The 2021 Ageing Report. Economic & Budgetary Projections for the EU Member States (2019-2070)", European Economy, Institutional Paper 148.

Eurostat (2021): "Ageing Europe. Looking at the lives of older people in the EU. 2019 edition".

FMI (2020): "Pension schemes in the COVID-19 crisis: impact and policy considerations", Fiscal Affairs, 20 de julio.

Goetzmann, W. N. (2017): "Money changes everything. How finance made civilization possible", Princeton University Press.

Grupo de Investigación en Pensiones y Protección Social (2021): "El déficit contributivo anual del sistema de la Seguridad Social sube al 2,75% del PIB, mientras que el déficit por operaciones no financieras baja al 1,34% tras el cierre previsional de 2020", <http://www.uv.es/pensiones>.

Hernández de Cos, P.; Gimeno, J. F., y Ramos, R. (2017): "El sistema público de pensiones en España: situación actual, retos y alternativas de reforma", Documentos Ocasionales Nº 1701, Banco de España.

Hernández de Cos, P. (2021): "El sistema de pensiones en España: una actualización tras el impacto de la pandemia. Contribución del Banco de España a los trabajos de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo. 2 de septiembre de 2020", Banco de España, Documentos Ocasionales, Nº 2106.

Instituto de Actuarios Españoles (2020): "Factor de equidad actuarial del sistema contributivo de pensiones de jubilación español", 27 de agosto.

Martin, J. P., y Whitehouse, E. (2008): "Reforming retirement-income system: lessons from the recent experiences of OECD countries", OECD Social, Employment and Migration Working Papers, nº 66.

### LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES PÚBLICAS EN ESPAÑA: ASPECTOS BÁSICOS

Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital (2021): "Ageing Report 2021. Country fiche Spain", en Eurostat Commission (2021).

OCDE (2021): "OECD Economic Surveys: Spain", mayo.

Moraga, M. y Ramos, R. (2020): "Una estimación del rendimiento financiero del sistema de pensiones", Boletín Económico 3/2020.

Pastor, Á., y Vila, M. (2019): "Modelo AIReF de proyección del gasto en pensiones en España", Serie Documentos de Trabajo AIReF, DT/2019/1.

Sáez de Jáuregui, L. M. (2020): "Una dulce, pero intensa, reforma de las pensiones, Expansión, 2 de septiembre.

Stiglitz, J.E. (2000): "Economics of the public sector", Norton.

The Economist (2011): "Pensions, Ponzis and Pyramids", 24 de septiembre.

Valero, D.; Artis, M.; Ayuso M., y García, J. (2011): "Una propuesta de reforma del sistema de pensiones español basada en un modelo de contribución definida nocial", Revista de Métodos cuantitativos para la Economía y la Empresa, junio.

Wachs, D., y Onrubia, J. (2021): "Automatic adjustment mechanisms in public pension reforms: effects over fiscal sustainability, adequacy, and fairness", Fedea, Documento de Trabajo, 2021/05.



## TRIBUNA DE ACTUALIDAD

# PENSIÓN DE VIUDEDAD, MATRIMONIO GITANO Y PAREJAS DE HECHO

## WIDOW'S PENSION, GYPSY MARRIAGE AND DEBAL COUPLES

---

***Manuel Martín Hernández-Carrillo***

*Magistrado Especialista de lo Social*

*Presidente de la Sala de lo Social*

*Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/ Málaga*

*[m.martin@poderjudicial.es](mailto:m.martin@poderjudicial.es)*

*Recepción de trabajo: 31-08-2021 - Aceptación: 05-09-2021*

- 1. INTRODUCCIÓN.
- 2. LA SENTENCIA DEL TEDH EN EL CASO “LA NENA”.
- 3. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. SENTENCIA 1/2021.
- 4. PERPECTIVA DEL MATRIMONIO GITANO DESDE LA ÓPTICA DE LAS PAREJAS DE HECHO A EFECTOS DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD.
- 5. CONCLUSIONES

## RESUMEN

Es doctrina judicial constante la de que las uniones por el rito gitano no producen efectos civiles y, por ende, no generan derecho a la pensión de viudedad al fallecimiento de uno de sus integrantes. Con la excepción de la sentencia del TEDH de 2009, asunto Muñoz Díaz c. España (conocido como “La Nena”), por las particularidades que concurrían, basadas en la buena fe de los contrayentes y la expectativa razonable creada por las autoridades del Estado español, el TS y el TC siguen negando el acceso a la pensión de viudedad, incluso en supuestos en los que el fallecimiento del causante se produjo después de la Ley 40/2007, que por primera vez posibilitaba el acceso a la pensión de viudedad al integrante supérstite de dichas parejas. El voto particular publicado junto a la sentencia del TS de 25 de enero de 2.018, Recurso 2401/2016, razona sobre lo innecesario de dicho requisito a las uniones celebradas conforme a los usos y costumbres gitanos por las particularidades de dicha cultura, fuerte arraigo familiar y unidad matrimonial no cuestionada.

**PALABRAS CLAVE:** matrimonio gitano, pensión de viudedad, parejas de hecho, discriminación indirecta.

## ABSTRACT

It is a constant judicial doctrine that unions by the gypsy rite do not produce civil effects and, therefore, do not generate the right to a widow's pension upon the death of one of its members. With the exception of the 2009 ECHR ruling, Muñoz Díaz v. Spain (known as “La Nena”), due to the particularities that concurred, based on the good faith of the contracting parties and the reasonable expectation created by the authorities of the Spanish State, the Supreme Court and the TC continue to deny access to the widow's pension , even in cases in which the deceased's death occurred after Law 40/2007, which for the first time made it possible for the surviving member of said couples to access the widow's pension. The particular vote published together with the judgment of the Supreme Court of January 25, 2.018, Appeal 2401/2016, reasons about the unnecessary of said requirement to unions celebrated in accordance with the uses and gypsy customs due to the particularities of said culture, strong family roots and unquestioned marital unity.

**KEYWORDS:** gypsy marriage, widow's pension, domestic partnership, indirect discrimination.

## 1. INTRODUCCIÓN

Es doctrina judicial constante, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional (por todas, reciente sentencia núm. 1/2021 de 25 de enero, dictada por la Sala segunda) la que proclama que las uniones celebradas por el rito gitano no generan para el integrante supérstite pensión de viudedad. Se trata de una cuestión de indudable interés en tanto que el principio de no discriminación por razón de etnia/minoría, unido al de no discriminación por razón de sexo (discriminación múltiple, o mejor, interseccional en atención a su resultado final) ha estado presente en las distintas resoluciones judiciales que han abordado la cuestión.

Debate al que habría que añadir la consideración, a los efectos que ahora se analizan, de si las uniones por el rito gitano, aún no inscritas debidamente, pueden generar derecho a la pensión de viudedad al equiparase a las parejas de hecho por las particularidades culturales de dicha etnia.

## 2. LA SENTENCIA DEL TEDH EN EL CASO “LA NENA”

Ya la sentencia del TEDH de 8 de diciembre de 2009, asunto Muñoz Díaz c. España (asunto conocido como “La Nena”), condenó a España al haberle negado a la demandante la pensión de viudedad a la muerte de quien había sido su “esposo” conforme al rito gitano. No obstante, el TEDH hizo pivotar su decisión, no ya sobre un posible trato discriminatorio por razón de pertenencia a determinada etnia/minoría (ni siquiera se llegó a plantear el debate sobre la eventual discriminación por razón de sexo) ni por atribuir al matrimonio gitano eficacia jurídica alguna, sino sobre la base del principio de la buena fe: porque la validez que le atribuye la comunidad romaní y el reconocimiento de la unión como «matrimonio» en determinados documentos oficiales habían generado en la contrayente comprensible buena fe, una expectativa razonable creada por el propio Estado de acceder a la pensión de viudedad. En muy apretada síntesis, la demandante se casó en el año 1971, con quince años de edad por el rito gitano, de cuya unión nacieron seis hijos, los cuales aparecían en la cartilla de la Seguridad Social, el Libro de Familia y en el reconocimiento de familia numerosa.

En definitiva, la sentencia del TEDH de 2009, tiene un muy restringido alcance a los efectos que ahora se analizan pues, si bien se afirma que la denegación a la demandante de la pensión de viudedad supuso una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 del CEDH, también proclama que el hecho de que el matrimonio gitano no tenga efectos civiles, no constituye una discriminación prohibida por el citado precepto del Convenio.

## 3. DOCTRINA DEL TRINUNAL CONSTITUCIONAL. SENTENCIA

1/2021

En el supuesto analizado por el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 1/2021 de 25 de enero, dicho Tribunal considera que no es de aplicación la expresada doctrina del TEDH de 2009 en tanto que no concurre la presunción de buena fe puesto que la recurrente en amparo “era plenamente conocedora de la falta de validez de su matrimonio, al haberse celebrado por un rito no reconocido por nuestro ordenamiento jurídico y tampoco formalizó en momento alguno su relación more uxorio en el modo exigido por la legislación para el reconocimiento de su derecho a la prestación de viudedad por el sistema nacional de seguridad social”.

La sentencia del Tribunal Constitucional trae causa de la demanda presentada por quien contrajo matrimonio por los usos y costumbres gitanos en 1974, habiendo fallecido el causante el 27 de abril de 2014, no formalizándose en ningún momento como pareja de hecho, no constar en ningún documento oficial la condición de matrimonio de la pareja y apareciendo en el libro de familia como “solteros”. El Juzgado de lo Social de instancia desestimó la demanda, acogiendo la tesis de la Entidad Gestora (no haberse constituido como pareja de hecho con el fallecido al menos dos años antes del fallecimiento) y, recurrida en suplicación, el Tribunal Superior de Justicia, sobre la base de la sentencia antes citada del TEDH, estimó la demanda y le reconoció su derecho al percibo de la pensión de viudedad. Razonó el TSJ que “... no puede entenderse que de mala fe se fingieran como matrimonio gitano en su entorno familiar y social durante tanto tiempo para en su momento futuro cobrar una eventual pensión, por lo que de denegar la pensión se podría producir una discriminación por razones étnicas y culturales”. El INSS recurrió en casación para la unificación de doctrina ante el TS, que terminó estimando el recurso, casando la sentencia de suplicación y absolviendo a la Entidad Gestora de la pretensión de la demandante.

Es en el marco descrito donde se plantea el recurso de amparo que ha sido finalmente desestimado por el TC en la sentencia de 25 de enero de 2021.

Los argumentos del Tribunal Supremo (sentencia de 25 de enero de 2.018, Recurso 2401/2016) para estimar el recurso y terminar denegando la pensión de viudedad a la solicitante, inaplicando la doctrina del TEDH de 2009, se sustentan, en primer lugar, porque en aquel supuesto se produjo una situación de buena fe y expectativa razonable de derecho creada por las autoridades españolas, a diferencia del supuesto que analiza la sentencia, en donde ningún documento oficial acredita la existencia de matrimonio y apareciendo los integrantes de la pareja como “solteros”; en segundo lugar, porque el propio TEDH no contradice la doctrina del TC contenida en la STC 69/2007, de 16 de abril, de que el principio de igualdad que proclama el art. 14 CE no alcanza a la llamada “discriminación por indiferenciación”, al no consagrarse un derecho subjetivo al trato normativo desigual; y en tercer lugar, porque la pertenencia de la demandante a una “minoría étnica no repercutía en la aplicación o en la interpretación de la normativa de que tratamos, sino tan sólo en la configuración de la buena fe”.

Merece destacarse el contundente razonamiento contenido en el fundamento de derecho tercero, en el que se afirma que atribuir a las uniones por los usos y costumbres gitanos los efectos pretendidos en materia de seguridad social, supondría tanto como considerar de peor condición a las parejas de hecho, las no registradas conforme a la normativa estatal o de las correspondientes Comunidades Autónomas, es decir, a las parejas que, “*por razones ideológicas —tan respetables como las culturales— no se han constituido como pareja de hecho en la forma legalmente prescrita, y a los que —no infrecuentemente— les hemos negado la prestación de viudedad*”. Además, la merecedora protección de la minoría gitana no alcanza hasta el punto de “... excepcionar la aplicación de la ley en los múltiples aspectos en que pudiera reflejarse su diversidad étnico-cultural [matrimonio; familia; comportamiento social...], so pena de comprometer gravemente la seguridad jurídica y la uniformidad en la aplicación de aquélla —la ley—”.

Dicha línea doctrinal ha sido seguida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de junio de 2020 (Recurso: 716/2018), en la que, además, resalta “*la especial trascendencia que la propia STEDH concede al hecho de que en aquel asunto se había iniciado la convivencia bajo el rito gitano en el año 1971, con anterioridad a la vigencia de la Constitución, y cuando en España solo era posible casarse de acuerdo con el rito del derecho canónico de la Iglesia católica, excepto previa declaración de apostasía. Lo que lleva al Tribunal a afirmar que no se podía exigir a la demandante, sin vulnerar su derecho a la libertad religiosa, que se casara legalmente, es decir, según el derecho canónico en 1971, cuando manifestó su consentimiento para casarse según el rito gitano*” (ap.57)”. Pero tal argumento ha quedado totalmente superado, sigue razonado la sentencia “*tras la promulgación del texto constitucional y de toda la normativa legal que admite la celebración del matrimonio en forma civil, o por cualquiera de los ritos de las diferentes confesiones que disponen de acuerdos con el Estado a tal efecto o han obtenido el reconocimiento de notorio arraigo, respetando absolutamente de esta forma el derecho a la libertad religiosa*”.

## 4. PERPECTIVA DEL MATRIMONIO GITANO DESDE LA ÓPTICA DE LAS PAREJAS DE HECHO A EFECTOS DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

En este orden de cosas, parece interesante y merecedora de atención, la tesis mantenida en el voto particular formulado por la Magistrada Lourdes Arastey, al que se adhirió la magistrada María Luisa Segoviano, mediante el cual discrepan del parecer mayoritario de la Sala IV en un aspecto novedoso que se trae al debate, a saber, la consideración de los matrimonios celebrados por personas de la cultura gitana, conforme a sus usos y costumbres, como pareja de hecho a los fines de generar derecho al percibo de la pensión de viudedad al fallecimiento de uno de ellos. Y es que, razona el voto

## PENSIÓN DE VIUDEDAD, MATRIMONIO GITANO Y PAREJAS DE HECHO

particular, el caso analizado se diferencia de los hasta entonces resueltos en tanto que en "... la unión que dio lugar al dictado de la sentencia del TEDH de 2009, se trataba de una situación anterior a la Ley 40/2007 (el fallecimiento del causante se había producido en el año 2000), en la que, por primera vez en nuestro país, se reconoció el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho. Para el caso allí examinado la única vía de obtención de la pensión se encontraba en la equiparación de la situación de la solicitante con la del matrimonio".

Sin embargo, en el supuesto analizado no concurren las características que llevaron al TEDH al dictado de la sentencia estimatoria de la demanda al no concurrir los requisitos que hacían presumir la buena fe. Además, al fallecimiento del causante, ya estaba en vigor la Ley 40/2017 y el causante y su contrayente bien pudieron registrarse como pareja de hecho. Por tal razón, razona el voto particular, el núcleo de lo planteado radica en determinar la posibilidad o no del "... acceso a la pensión de viudedad como pareja de hecho por parte de quien ha estado unida al causante por virtud de aquel rito gitano y la interpretación que deba hacerse de lo dispuesto en el art. 174.3 LGSS aplicable al caso, según el cual la existencia de la pareja de hecho se acredita con la «inscripción en alguno de los registros específicos existentes en la comunidades autónomas o ayuntamiento del lugar de residencia»". Y concluye el voto particular en el sentido de que la exigencia de la inscripción puede comportar un trato peyorativo, como integrante de un concreto grupo étnico.

Después de recordar el voto particular la doctrina del TEDH sobre la discriminación indirecta ["ausencia de un trato diferencial para corregir una desigualdad, sin justificación objetiva y razonable, puede suponer la violación del principio de no discriminación (STEDH de 13 noviembre 2007, Asunto D.H. y otros v. República Checa)"] y la "historia turbulenta y su constante desarraigo", proclama que la minoría étnica gitana se han convertido en un colectivo especialmente desfavorecido y vulnerable, merecedor de protección especial en atención "a sus necesidades y a su estilo de vida diferente, tanto en el marco normativo pertinente como al llegar a decisiones en casos concretos (STEDH de 27 mayo 2004 Connors v. Reino Unido; y 9 enero 2013, Horváth y Kiss v. Hungría)".

De hecho, la STJUE de 16 julio 2015 (CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14), interpretando la inclusión del pueblo gitano en el ámbito de protección de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, señala que "el concepto de origen étnico, que proviene de la idea de que los grupos sociales se identifican en especial por una comunidad de nacionalidad, de fe religiosa, de lengua, de origen cultural y tradicional y de entorno de vida, se aplica a la comunidad gitana" (con cita de las STEDH de 6 julio 2005, Natchova y otros v. Bulgaria, 22 diciembre 2009, Sejdiæ y Finbci v. Bosnia-Herzegovina).

Resalta el voto particular "el fuerte arraigo de sus tradiciones y de la sólida estructuración de la comunidad gitana, intensamente ligada a la familia y al parentesco", por lo que llega a la conclusión de que tras la unión conforme al rito gitano propio de su cultura, con independencia de la ineffectiva jurídica de aquel rito, acreditada indubitablemente la convivencia permanente desde ese momento hasta el fallecimiento del causante, "ninguna duda cabe que los convivientes gitanos sostienen la convicción de que su relación de pareja se desarrolla como si de un matrimonio se tratara".

Y termina concluyendo que “exigir en estos casos que la existencia de la pareja de hecho se acredice por la inscripción del registro de parejas se torna claramente redundante y, por ende, innecesaria, en la medida en que para la pareja gitana la aceptación de la llamada <ley gitana> les convierte, a su entender y al del resto de la comunidad en la que desarrollan su vida, en una unidad matrimonial no cuestionada como tal y, si cabe, con más fuerza”.

## 5. CONCLUSIONES

Parecen incuestionables los razonamientos del TC y TS en orden a la no atribución de efectos civiles a las uniones celebradas conforme a la cultura gitana, criterio que ha quedado incólume en la sentencia del TEDH de 8 de diciembre de 2009, asunto Muñoz Díaz c. España.

La “*historia turbulenta y su constante desarraigó*”, que ha hecho del pueblo gitano una minoría especialmente desfavorecida y vulnerable, hace que deba dispensarse una protección especial en atención “*a sus necesidades y a su estilo de vida diferente*”.

Si bien la regla del art. 221.3 del TRLGSS tiende a constatar la verdadera existencia de la pareja de hecho y sea lógico y justificado el establecimiento del requisito, “*la especial realidad fáctica de este grupo étnico ofrece mayores garantías de que esa situación de pareja existe mientras perdura la convivencia entre sus dos componentes, superando en estos casos el test necesario de satisfacción de la finalidad buscada por dicha norma*”.



# TRIBUNA DE ACTUALIDAD

## APROXIMACIÓN AL SISTEMA DE PENSIONES CANADIENSE

### APPROACH TO THE CANADIAN PENSION SYSTEM

---

**Raquel Castro Medina**

Graduada en Trabajo Social

Universidad de Málaga

[raquelm30@uma.es](mailto:raquelm30@uma.es) ORCID [0000-0003-0604-6045](https://orcid.org/0000-0003-0604-6045)

Recepción de trabajo: 04-09-2021 - Aceptación: 07-09-2021

- I. INTRODUCCIÓN: CONTEXTO DEMOGRÁFICO ■ II. CARACTERÍSTICAS GENERALES Y ALCANCE DEL SISTEMA PENSIONES CANADIENSE. 2.1. Primer pilar: El programa de seguridad para la vejez. 2.1.1 Pensión OAS. 2.1.2 El Suplemento de Renta Garantizada. 2.1.3 Subsidio del cónyuge o superviviente. 2.2 Segundo pilar: El Plan de Pensiones de Canadá y El Plan de Pensiones de Quebec. 2.3 Tercer pilar: Pensiones y ahorros privados. 2.3.1 Planes de Pensiones Registrados. 2.3.2 Planes de ahorro para la jubilación registrados (RRSP) ■ III. CONCLUSIONES. ■ IV. BIBLIOGRAFÍA

## RESUMEN

Canadá, como el resto de países del mundo, se ve obligada a afrontar los grandes retos de una población cada vez más envejecida. El presente artículo, tiene como finalidad analizar el contexto demográfico de este país así como los elementos definitorios y el alcance del sistema de protección canadiense tras la jubilación. Garantizar unos ingresos suficientes y un adecuado nivel de vida para las personas mayores no es tarea fácil, más aún cuando además, se debe hacer frente a las adversidades sanitarias, sociales y económicas provocadas por la pandemia del COVID-19.

**PALABRAS CLAVE:** Canadá, pensiones, pilares, envejecimiento poblacional.

## ABSTRACT

Canada, like the rest of the countries of the world, is forced to face the great challenges of an increasingly aging population. The purpose of this article is to analyze the demographic context of this country as well as the defining elements and the scope of the Canadian protection system after retirement. Guaranteeing sufficient income and an adequate standard of living for the elderly is not an easy task, even more so when, in addition, they must face the health, social and economic adversities caused by the COVID-19 pandemic.

**KEYWORDS:** Canada, pensions, pillars, aging population.

## I. INTRODUCCIÓN: CONTEXTO DEMOGRÁFICO

El envejecimiento poblacional continúa siendo una tendencia demográfica definitoria para la mayoría de los países industrializados, producto de una fecundidad decreciente y una creciente expectativa de vida, mermada, no obstante, por las trágicas repercusiones del COVID-19. En consecuencia, las sociedades modernas, deberán hacer frente a los desafíos sociales y económicos que amenazan con erosionar la sostenibilidad de los sistemas de pensiones. Ciertamente, la desproporción entre el número de cotizantes y pensionistas repercutirá no solo en el bienestar de los adultos mayores que verán tambalear la seguridad de sus ingresos tras la jubilación, sino que también afectará a las futuras generaciones, las cuales tendrán que asumir directa o indirectamente gran parte del esfuerzo que supone abastecer financieramente a todo este sistema<sup>1</sup>.

Ahora bien, el ritmo al que se incrementa la desproporción entre la población activa y el número de pensionistas difiere notablemente de unos países a otros. En el caso de Canadá, el ratio existente entre personas de entre 20 a 64 años y los mayores de 65 va a tender a aumentar de una manera más pausada si lo comparamos con el promedio del resto de los países miembros de la OCDE. Esto trae su causa en los elevados índices de inmigración y en una tasa de fecundidad total que no se prevé que caiga tan bajo como Japón o algunos otros países del sur de Europa<sup>2</sup>. Sin embargo, el riesgo de que una combinación entre un crecimiento más lento de la fuerza laboral y un rápido aumento en el número de trabajadores que salen de ella influya en la prosperidad socioeconómica del país representa serios desafíos para los responsables de las políticas canadienses, especialmente a partir de 2011, cuando la primera generación de baby-boomers comenzó a ser beneficiaria del sistema de pensiones.

A todo lo anterior debe sumarse el hecho de que la tasa de fecundidad total durante los últimos años ha ido disminuyendo lenta pero continuamente estrechando cada vez más la base de la pirámide poblacional. Durante el baby boom el número medio de hijos por mujer fue de 3.7, tras lo cual, a partir de 1961, comenzó a aminorar notoriamente marcando el fin de este periodo. Aunque, no será hasta el pasado año 2017, cuando alcanzó su histórico más bajo con una tasa de 1.5 niños por mujer que se mantiene en la actualidad. Esta tendencia decreciente, junto con el retraso generalizado del primer embarazo presente en todas las sociedades que han experimentado la transición demográfica, viene marcada por numerosos factores como pueden ser el deseo de las mujeres de tener una vida profesional exitosa fruto de las fuertes inversiones en su educación, los cambios en los roles de género y el aumento de la actividad de las mujeres en el mercado laboral entre otros.

Ante esta situación, algunos países han optado por poner sus esperanzas en la inmigración de

<sup>1</sup> Kato Vidal, E., Cárdenas Agilar, C., "Instituciones, transición demográfica y riesgos del sistema de pensiones" *Norteamérica*, núm. 2, 2013

<sup>2</sup> OECD, Ageing and Employment Policies/Vieillissement et politiques de l'emploi: Canada 2005.Ageing and Employment Policies, OECD Publishing, Paris, 2005  
[https://www.oecd-ilibrary.org/employment/ageing-and-employment-policies-vieillissement-et-politiques-de-lemploi-canada-2005\\_9789264012455-en](https://www.oecd-ilibrary.org/employment/ageing-and-employment-policies-vieillissement-et-politiques-de-lemploi-canada-2005_9789264012455-en)

## APROXIMACIÓN AL SISTEMA DE PENSIONES CANADIENSE

trabajadores jóvenes que contribuyan a paliar el débil incremento natural de su población. En el caso concreto de Canadá, la política migratoria es considerada un factor clave en el avance de la economía del país y seguirá siéndolo en el futuro, especialmente en un contexto demográfico como el descrito. Es más, para principios de 2030 se espera que el crecimiento de la población del país dependa exclusivamente de la inmigración.<sup>3</sup> Además, las proyecciones auguran que en el año 2036, casi la mitad de la población canadiense estará compuesta por inmigrantes y personas con al menos un progenitor nacido en el extranjero<sup>4</sup>.

## II. CARACTERÍSTICAS GENERALES Y ALCANCE DEL SISTEMA PENSIONES CANADIENSE

El sistema de pensiones canadiense está diseñado para cumplir con dos objetivos fundamentales: proveer de un adecuado remplazo de los ingresos durante la jubilación y reducir o aliviar los niveles de pobreza entre este sector poblacional. Lograr estos fines estrechamente vinculados al derecho humano a la seguridad social tan ansiados por todas las sociedades modernas no es tarea fácil, puesto que para ello es necesario idear mecanismos fiables que garanticen de una manera efectiva esa protección<sup>5</sup>.

Durante los últimos años, Canadá ha desarrollado un sistema de pensiones integral que consta de tres pilares, entre los que se distinguen tanto elementos públicos como privados, que le ha permitido posicionarse como uno de los mejores del mundo<sup>6</sup>. Es más, las redes de seguridad de ingresos para la vejez en Canadá se encuentran entre las más altas de la OCDE, protagonizando unos niveles de pobreza bastante bajos en relación con los ingresos medios. Aunque, si bien es cierto que, en conjunto, los dos elementos o pilares públicos proporcionan en cierta medida una base de ingresos algo modesta pero estable durante la jubilación, se espera que los canadienses hagan uso de los ahorros del tercer pilar para lograr tener unos ingresos más adecuados que les permita mantener el nivel de vida del que venían disfrutando antes de retirarse del mercado laboral.

<sup>3</sup> Governmet of Canada, 2020 Annual Report to Parliamnet on Immigration, 2020. Obtenido del sitio web: <https://www.canada.ca/content/dam/ircc/migration/irc/english/pdf/pub/annual-report-2020-en.pdf>

<sup>4</sup> Statistics Canada, The Canadian Immigrant Labour Market: Recent Trends from 2006 to 2017., 2018. Obtenido del sitio web :<https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/71-606-x/71-606-x2018001-eng.htm>

<sup>5</sup> Organización Internacional del Trabajo, "La protección social de mujeres y hombres de edad: los sistemas de pensiones como medio para combatir la pobreza." *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019*, Ginebra 2017.

<sup>6</sup> Pozzebon, S. "The Future of Pensions in Canada" en AA.VV. Robert L. C, Olivia S. M., *Reinventing the Retirement Paradigm.*, OXFORD, United States 2005.

## 2.1 Primer pilar: El programa de seguridad para la vejez

El programa OAS por sus siglas en inglés (*Old Age Security Program*), tiene como finalidad garantizar un ingreso mínimo a las personas mayores en edad de jubilación y fomentar la reposición de ingresos durante la vejez. Por ello, para cumplir con tal objetivo, está definido como un programa de residencia no contributivo y financiado con cargo a los ingresos del gobierno federal. Este tipo de requisitos basados simplemente en la edad y en los años de residencia permite a las mujeres mayores que no hayan trabajado fuera del hogar o cuya participación en la fuerza laboral haya sido insuficiente, recibir los beneficios que les corresponda como titulares del programa sin que los ingresos ni la situación de su pareja interfiera.

Los beneficios de este programa se dividen en una pensión básica para todas las personas mayores de 65 años que cumplen con las exigencias de residencia, una complementación de ingresos garantizada para las personas de bajos ingresos, y un subsidio o compensación para el superviviente o cónyuge.

### 2.1.1 Pensión OAS

La pensión básica del programa OAS es un pago mensual, de aproximadamente \$626.49, al que puede acceder cualquier persona de 65 años o más una vez cumpla los requerimientos básicos para ello. Esto es, para poder recibir la pensión completa será necesario un periodo de residencia de al menos 40 años. De no ser así, ingresará un importe inferior en función del tiempo que haya vivido en país. En su caso, las pensiones parciales se calcularán en proporción de 1/40 de la pensión completa por cada año que la persona haya residido en Canadá después de cumplir los 18 años de edad. Además, si bien el futuro beneficiario tendría derecho a cobrar la pensión que le corresponda (total o parcial) a partir del mes siguiente a su 65 cumpleaños o cuando reúna los requisitos mínimos de residencia o estado legal, puede optar por retrasar dicho pago hasta la edad de los 70 años como máximo.

En cualquier caso, con el objetivo de garantizar unos ingresos suficientes para cubrir los gastos normales y necesarios de una persona, las tasas de pago se revisan en enero, abril, julio y octubre para así ajustarlas a un posible aumento del costo de vida según los datos del IPC en cada momento. De esta forma, si el costo de la vida media aumenta, entonces también subirán los beneficios para los pensionistas. Análogamente, para paliar la difícil situación provocada por el COVID-19, el gobierno se ha comprometido a aumentar los beneficios del programa OAS para los mayores de 75 años a través de una reforma legislativa en dos vertientes; la primera será poner su disposición un pago único de \$ 500 en agosto de 2021, y la segunda consistirá en aumentar el importe de la pensión básica en un 10% de manera continuada a partir de julio de 2022. Con ello se pretende otorgar alrededor de \$ 766 en beneficios adicionales a un gran número de adultos mayores. Esto les proporcionará a las personas mayores más seguridad financiera en un momento en que enfrentan gastos extraordinarios de atención sanitaria o de cuidados y un mayor riesgo de quedarse sin ahorros.

## APROXIMACIÓN AL SISTEMA DE PENSIONES CANADIENSE

Por último, respecto al tratamiento tributario de esta figura, el importe del beneficio garantizado por la pensión OAS se considerará ingreso gravable por la Ley del Impuesto sobre la Renta y estará sujeto, por tanto, a un impuesto de recuperación siempre que la persona tenga unos ingresos netos individuales que superen el umbral establecido para el año vigente (79,845\$ en 2021).

### 2.1.2 El Suplemento de Renta Garantizada

El cometido de este suplemento continúa intacto desde que fue propuesto por el gobierno en 1967 como una medida, en principio temporal, para impulsar la lucha contra la pobreza entre la población de la tercera edad. Hoy en día, el Suplemento de Renta Garantizada consiste en un pago mensual no imponible destinado a los beneficiarios del programa OAS con bajos ingresos. Por lo tanto, con el objetivo de focalizar esta ayuda entre las personas que más lo necesitan, la cantidad máxima a ingresar a través del GIS se reduce a medida que aumentan los recursos de los que dispone el posible beneficiario.

Al igual que sucede con la pensión básica, los beneficios de GIS no están vinculados a la actividad laboral de la persona, por lo que el interesado puede cobrarlos si todavía está trabajando o nunca ha tenido un empleo. A él solicitante simplemente se le va a exigir como requisito indispensable que la suma de todos sus ingresos, excluyendo los percibidos por parte la pensión OAS, se mantengan por debajo de una cantidad mínima preestablecida<sup>7</sup>. Para calcular ese umbral base se tendrá en cuenta si el solicitante es soltero, viudo o divorciado o, si por el contrario, está casado o en una relación de análoga afectividad. De ello dependerá, además, la cuantía máxima a disfrutar por el interesado. En el primero de los casos dicha cuantía va a disminuir uno por cada dos dólares que ingresó a través de otras fuentes. En cambio, para los supuestos en los que ambos componentes de la pareja tienen derecho a la pensión del OAS o, por el contrario, solo uno de los integrantes es elegible o bien para la pensión básica o bien para el subsidio, la cuantía máxima en ambos casos se reducirá un dólar por cada cuatro de sus ingresos combinados. Por ejemplo, si el ingreso anual de ambos miembros es menor de \$34,704 entonces, al titular del suplemento le corresponderán como máximo \$1,174.49 si su cónyuge o pareja recibe el GIS y la pensión completa del OAS.

### 2.1.3 Subsidio del cónyuge o superviviente

El objetivo de este subsidio es procurarles a las parejas en las que solo un miembro es pensionista y el otro tiene entre 60 y 64 años un ingreso mínimo similar al que tendrían derecho si ambos pudieran acceder a la pensión básica del OAS o/y al suplemento del GIS. En sus comienzos, las titulares de este subsidio han sido en su mayoría mujeres puesto que tienden a casarse con parejas más mayores. Además, tradicionalmente la concepción del hombre como proveedor de ingresos daba lugar

<sup>7</sup> Government of Canada, Guaranteed Income Suplement, 2021. Obtenido del sitio web: <https://www.canada.ca/en/services/benefits/publicpensions/cpp/old-age-security/guaranteed-income-supplement.html>

## APROXIMACIÓN AL SISTEMA DE PENSIONES CANADIENSE

a que, una vez que estos abandonaban la actividad laboral, los recursos económicos de la familia se veían reducidos únicamente a la pensión de jubilación que le correspondiese al marido<sup>8</sup>.

Con posterioridad, el gobierno propuso una variante de este beneficio conocido como Subsidio para el Sobreviviente. A diferencia de su predecesor, esta figura, disponible también en función de los ingresos, estaba pensada para las viudas y viudos de entre 60 a 64 años que no se han vuelto a casar ni han establecido una relación de análoga afectividad desde la muerte de su cónyuge o pareja. Desgraciadamente, el gobierno no se planteó extender este subsidio a todas las demás personas solteras de 60 a 64 años excusándose en lo costoso que sería mantener esta medida.

## 2.2 Segundo pilar: El Plan de Pensiones de Canadá y El Plan de Pensiones de Quebec

Implementados en 1966, el Plan de Pensiones de Canadá y su homólogo el Plan de Pensiones de Quebec, son regímenes de seguros sociales contributivos y de carácter obligatorio que proporcionan prestaciones en caso de jubilación, invalidez o fallecimiento a los cotizantes. Para ser titular de los beneficios de jubilación del plan de pensiones canadiense, se debe cumplir con el requisito de edad y haber realizado aportes al programa a través del empleo. Por lo general, la edad mínima establecida para reclamar una pensión completa son los 65 años aunque, existe la posibilidad de adelantar o aplazar el cobro. Así es, en el primero de los casos, el solicitante deberá tener cumplidos los 60 años y asumir una reducción permanente del importe de su pensión. Pero, si por el contrario, la persona decide atrasar la prestación hasta los 70 años como máximo, ingresará una cifra mayor. No obstante, para cualquiera de los escenarios, la cuantía final dependerá en todo caso de los ingresos promedios del contribuyente y de las aportaciones que haya realizado al CPP o al QPP en función de sus ganancias. En 2021, la cantidad máxima mensual a la podría optar un nuevo beneficiario al comenzar el cobro de su pensión a los 65 años es de \$1,203.75.

Por su parte, las contribuciones al plan, vendrán marcadas por el total de los ingresos derivados la actividad laboral correspondiente (por cuenta propia o ajena) hasta el máximo anual representado por los años de ingresos máximos pensionables, que es aproximadamente igual al salario industrial promedio<sup>9</sup>. Prácticamente todos los trabajadores mayores de 18 años, de acuerdo con las regulaciones de cotización del CPP, deben aportar una parte de sus ingresos pensionables al plan siempre y cuando excedan de \$ 3,500 anuales. Este límite conocido como la cantidad de extensión básica (YBE) se ha mantenido intacto desde prácticamente 1996<sup>10</sup>. En cambio, las ganancias pensionables máximas para el Plan de Pensiones si suelen variar con mayor facilidad ya que se ajustan cada enero en función de los aumentos del salario promedio.

<sup>8</sup> Baker, M. "The Retirement Behavior of Married Couples: Evidence from the Spouse's Allowance." *The Journal of Human Resources*, vol 37. núm. 1, 1999.

<sup>9</sup> Battle, K., Tamago, E. Public Pensions in a Development Context, The Case of Canada. Switzerland, 2007.

<sup>10</sup> Goverment of Canada, CPP contribution rates, maximums and exemptions. 2020. Obtenido del sitio web: <https://www.canada.ca/en/revenue-agency/services/tax/businesses/topics/payroll/payroll-deductions-contributions/canada-pension-plan-cpp/cpp-contribution-rates-maximums-exemptions.html>

## APROXIMACIÓN AL SISTEMA DE PENSIONES CANADIENSE

Estas contribuciones obligatorias, se comparten por igual entre los empleados y sus empleadores. Actualmente, cada parte contribuye con el 5.45% de los ingresos pensionables frente al 5.25% del 2020, mientras que la tasa de cotización de los trabajadores por cuenta propia supone el 10.9%, frente al 10.5% en 2020. La subida en la tasa de cotización se explica por la puesta en marcha del plan de mejora del CPP en 2019. La mejora, fue diseñada con el fin de aumentar de manera progresiva los ingresos de jubilación en un 50%. Con anterioridad a 2019, la pensión de jubilación del CPP supuso para sus titulares un remplazo de hasta una cuarta parte de los ingresos laborales promedio a completar, claro está, con resto de los ingresos correspondientes del programa OAS y los suplementos o subvenciones que les sean de aplicación. Tras la mejora, con el aumento final previsto en su cuantía, esta abarcará un tercio de las ganancias de los beneficiarios.

### 2.3 Tercer pilar: Pensiones y ahorros privados

Hoy en día, los trabajadores, utilizan dos tipos de planes para ahorrar a largo plazo para su jubilación, esto son: planes de pensión registrados (RPP) y planes de ahorro para la jubilación registrado (RRSP). En Canadá, estos planes privados, junto con los ahorros son una parte importante de los ingresos de jubilación, especialmente para los trabajadores de mayores ingresos que desean mantener su nivel de vida tras retirarse de la fuerza laboral<sup>11</sup>.

#### 2.3.1 Planes de Pensiones Registrados

Los Planes de Pensiones Registrados (RPP) nacen de un acuerdo llevado a cabo por el empleador o un sindicato con el fin de proporcionar ingresos a los empleados una vez jubilados a través de unos pagos periódicos. Estos planes también le son de aplicación a los trabajadores del sector público por parte del gobierno. En ambos casos, sea cual sea la modalidad, deberán quedar registrados en la Agencia Tributaria de Canadá a efectos fiscales y cumplir con los estándares que la legislación (federal o provincial según corresponda) les imponga respecto a los requisitos sobre la elegibilidad de la membresía, la concesión, la financiación u otras cuestiones que puedan afectar al buen funcionamiento del servicio.

Hay dos categorías de RPP: Contribución definida (CD) y Beneficio definido (DB). En el primero de los casos, bajo un plan de contribución definida (CD), cada empleado dispone de una cuenta en la cual el empleador y, si se trata de un plan contributivo, el empleado hacen contribuciones periódicas. Por lo tanto, los niveles de beneficios van a depender de las contribuciones finales más las ganancias de inversión acumuladas en la cuenta. Por contra partida, en un plan de beneficios definidos (DB), las prestaciones referentes a la pensión del empleado se determinan mediante una

<sup>11</sup> Bustillo, I., Velloso, H. Vézina, F. The Canadian Retirement Income System, Chile, 2006. Obtenido del sitio web:<https://repositorio.cepal.org/handle/11362/3682?locale-attribute=es>

## APROXIMACIÓN AL SISTEMA DE PENSIONES CANADIENSE

fórmula que tiene en cuenta en exclusiva los años de servicio y, en la mayoría de los casos, el sueldo o salario<sup>12</sup>.

De todo lo anterior se deduce que los planes de BD aportan mayor seguridad a los empleados puesto que están predefinidos y el riesgo derivado de la inversión es soportado principalmente por los empleadores. Mientras que, para los empleadores, estos planes se traducen en obligaciones financieras y un gran esfuerzo por mantener su solvencia. En cambio, con los planes de CD el riesgo de inversión lo asumen los afiliados, puesto que sus beneficios de jubilación van a depender totalmente de sus contribuciones y del desempeño del plan<sup>13</sup>.

### 2.3.2 Planes de ahorro para la jubilación registrados (RRSP)

Un plan de ahorro para la jubilación registrado (RRSP) es una cuenta de inversión voluntaria destinada, principalmente, a completar las prestaciones del sistema público y poder disfrutar de unos niveles de ingresos mayores durante la vejez. En Canadá, los RRSP están disponibles a través de instituciones financieras como bancos autorizados, cooperativas de créditos, compañías de seguros u otras sociedades financieras.

Desde sus inicios, los planes de ahorro individuales se introdujeron con el objetivo de proporcionar una vía alternativa con ciertos beneficios fiscales para aquellos trabajadores, principalmente autónomos, que no podían acceder a los Planes de Pensiones Registrados<sup>14</sup>. Sin embargo, actualmente, cualquier trabajador puede hacer ingresos en estos planes de ahorro y disfrutar de las ventajas que de ellos se derivan. Entre estas ventajas se incluyen:

- En primer lugar, los contribuyentes pueden deducir sus aportaciones al plan de sus ingresos brutos al cierre del año fiscal. De esta manera, reducirán la cuantía de sus impuestos sobre la renta.
- En segundo lugar, el crecimiento de las inversiones realizadas en los RRSP están asociadas a impuestos diferidos. Esto le permitirá a los contribuyentes retrasar el pago de esos impuestos hasta que retiren sus ganancias en el momento de la jubilación cuando su tasa impositiva marginal suele ser más baja que durante sus años de actividad laboral.

Hasta los 71 años es posible mantener la contribución a estos planes de ahorro privados pero, una vez alcanzada esa edad, los ahorros o ganancias obtenidas deberán convertirse en una forma admitida de ingresos destinados a la jubilación o ser retirado como efectivo.

<sup>12</sup> Zvi Bodie, A., Alan J. M., Merton C, R. "Defined Benefits versus Defined Contribution Pension Plan: What are the Real Trade-offs?", en AA.VV Shoven B.,J., Wise A.,D. Ed, *Pensions in the U.S Economy*, University of Chicago Press, 1988.

<sup>13</sup> Statistics Canada, *Perspective on Labour and Income*, 2009. Obtenido del sitio web: <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/75-001-x/2009105/article/10866-eng.htm#a1>

<sup>14</sup> Bustillo, I., Veloso, H. Vézina, F. The Canadian Retirement Income System, Chile, 2006. Obtenido del sitio web: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/3682?locale-attribute=es>

## III. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo, hemos tenido la oportunidad de estudiar el alcance de la protección ofrecida por el sistema de pensiones canadiense a través de un recorrido por los tres niveles o pilares sobre el que asienta sus bases. Hasta ahora, este sistema ha resultado ser bastante eficaz en el cumplimiento de sus objetivos posicionándose como uno de los mejores del mundo. A pesar de ello, la inminente transformación demográfica y la desproporción entre el número de pensionistas y cotizantes resultante supone un gran reto al que deberá enfrentarse las políticas canadienses ahora y en el futuro. Además, la incidencia del COVID-19 y su trágica repercusión en los niveles de salud y bienestar de los adultos mayores también ha forzado al gobierno del país a promulgar medidas de refuerzo complementarias como la mejora del Plan de Pensiones Canadiense o el beneficio adicional de la pensión básica del programa OAS.

Es más, a pesar de los esfuerzos del gobierno de Canadá por proporcionar una sustitución de ingresos adecuada tras la jubilación a través de los mecanismos públicos que conforman los dos primeros pilares, lo cierto es que, es de esperar que los canadienses hagan uso de los ingresos obtenidos a través de planes privados de ahorro para mantener el nivel de vida que venían disfrutando con anterioridad.

## IV. BIBLIOGRAFÍA

Kato Vidal, E., Cárdenas Agilar, C., "Instituciones, transición demográfica y riesgos del sistema de pensiones" *Norteamérica*, núm. 2, 2013.

OECD, *Ageing and Employment Policies/Vieillissement et politiques de l'emploi: Canada 2005*. Ageing and Employment Policies, OECD Publishing, Paris, 2005 [https://www.oecd-ilibrary.org/employment/ageing-and-employment-policies-vieillissement-et-politiques-de-lemploi-canada-2005\\_9789264012455-en](https://www.oecd-ilibrary.org/employment/ageing-and-employment-policies-vieillissement-et-politiques-de-lemploi-canada-2005_9789264012455-en)

Governmet of Canada, *2020 Annual Report to Parliament on Immigration*, 2020. Obtenido del sitio web: <https://www.canada.ca/contenu/dam/ircc/migration/ircc/english/pdf/pub/annual-report-2020-en.pdf>

Statistics Canada, The Canadian Immigrant Labour Market: Recent Trends from 2006 to 2017., 2018. Obtenido del sitio web: <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/71-606-x/71-606-x2018001-eng.htm>

OIT, "La protección social de mujeres y hombres de edad: los sistemas de pensiones como medio para combatir la pobreza." *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019.*, Ginebra 2017.

Pozzebon, S. "The Future of Pensions in Canada" en AA.VV. Robert L. C., Olivia S. M., *Reinventing the Retirement Paradigm.*, OXFORD, United States 2005.

## APROXIMACIÓN AL SISTEMA DE PENSIONES CANADIENSE

Government of Canada, *Guaranteed Income Suplement*, 2021. Obtenido del sitio web: <https://www.canada.ca/en/services/benefits/publicpensions/cpp/old-age-security/guaranteed-income-supplement.html>

Baker, M. "The Retirement Behavior of Married Couples: Evidence from the Spouse's Allowance." *The Journal of Human Resources*, vol 37. núm. 1, 1999.

Goverment of Canada, *CPP contribution rates, maximums and exemptions*. 2020. Obtenido del sitio web: <https://www.canada.ca/en/revenue-agency/services/tax/businesses/topics/payroll/payrolldeductionscontributions/canada-pension-plan-cpp/cpp-contribution-rates-maximums-exemptions.html>

Bustillo, I., Velloso, H. Vézina, F. The Canadian Retirement Income System, Chile, 2006. Obtenido del sitio web: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/3682?locale-attribute=es>

Zvi Bodie, A., Alan J. M., Merton C., R. "Defined Benefits versus Defined Contribution Pension Plan: What are the Real Trade-offs?", en AA.VV Shoven B.,J., Wise A.,D. Ed, *Pensions in the U.S Economy*, University of Chicago Press, 1988.

Statistics Canada, *Perspective on Labour and Income*, 2009. Obtenido del sitio web: <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/75-001-x/2009105/article/10866-eng.htm#a1>



# RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

REJLSS

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social  
mayo - octubre 2021 - núm 3 ISSN-e: 2660-437X



# RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

## RESEÑA DE “BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD”

(MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., THOMSON REUTERS ARANZADI, CIZUR MENOR, 2021)

---

**Alejandra Selma Penalva**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

[aselman@um.es](mailto:aselman@um.es) ORCID [0009-0003-2116-0057](https://orcid.org/0009-0003-2116-0057)

Recepción de trabajo: 28-06-2021 - Aceptación: 29-06-2021

Es por todos conocido que la pensión de viudedad constituye una prestación de la Seguridad Social orientada claramente a proteger a la familia. Y es que quizás, el mandato constitucional proclamado en el art. 39 CE y dirigido a los poderes públicos, adopta en la pensión de viudedad una de sus manifestaciones más contundentes.

Pero no solo eso. No se puede negar tampoco que, aunque ya totalmente superada su configuración histórica como derecho exclusivamente femenino, los datos estadísticos se ocupan cada año de confirmar que esta prestación no deja de ser hoy en día una prestación típicamente femenina, al ser sustancialmente mucho más numeroso el colectivo de beneficiarias mujeres que el de los varones. En concreto hoy en día las viudas constituyen en España más del 90% de las beneficiarias y los viudos, apenas representan el 10% del total. De esta forma, razones demográficas y sociológicas confluyen y convierten a la pensión de viudedad en un referente obligado a la hora de emprender el estudio del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social con perspectiva de género. Por esta razón, aspectos tales como los requisitos de acceso a la prestación exigidos tanto al causante como al cónyuge supérstite, o las reglas que rigen la cuantificación del importe al que ascenderá la citada pensión, se convierten en piezas clave a la hora de valorar el nivel de protección social que recibe la mujer en nuestro ordenamiento jurídico y de combatir los factores que siguen provocando la brecha en salarios y pensiones que, todavía en pleno siglo XXI, sigue lastrando la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

Precisamente por ese motivo resultaba imprescindible contar con un trabajo de investigación que, tomando como punto de partida la situación actual de nuestra población y de nuestro mercado de trabajo, analizase con detenimiento esta medida de protección social, se adentrarse en las particularidades de su régimen jurídico, pusiese de manifiesto los cambios que se han ido registrando en cuanto a la configuración de los posibles beneficiarios de este derecho a lo largo de los años; y también, por supuesto, se atreviera a identificar cuáles son todavía los problemas e inconcreciones que esta figura puede llegar a suscitar, con

# RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Alejandra Selma Penalva

## "BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD"

el fin de servir de guía práctica que permita a las personas interesadas en la materia aproximarse a los entresijos jurídicos de esta pensión. El resultado es sin duda una obra de referencia en la materia, completa y plenamente actualizada, que aúna una rigurosa valoración teórica de esta figura con un impecable análisis jurisprudencial, convirtiéndola en una pieza esencial de todo estudio teórico o práctico de la pensión de viudedad que se emprenda a partir de ahora.

En concreto, a lo largo de los cuatro capítulos que componen esta obra se analizan no solo los supuestos clásicos de acceso a esta prestación (viudedad matrimonial) sino también los resultantes de las últimas modificaciones normativas (viudedad convivencial o viudedad de parejas de hecho), al mismo tiempo que se hace especial hincapié en las situaciones conflictivas que pueden provocar las crisis matrimoniales a la hora de definir el acceso a esta medida de cobertura social (viudedad en caso de divorcio, separación o nulidad matrimonial).

Por su parte, resulta particularmente interesante insistir en que, abordar en profundidad el análisis de la pensión de viudedad, implica necesariamente, adentrarse en determinadas cuestiones de índole civil, penal o administrativa, particularmente complejas y estrechamente conectadas con la configuración en sí misma de esta prestación, algo que la profesora Menéndez Sebastián hace con maestría. Así por ejemplo, como pone de manifiesto la autora, muchas veces, y en contra de lo que a primera vista podría parecer, ni siquiera la identificación de las situaciones matrimoniales es una tarea sencilla. Tan intensa está siendo la globalización de nuestra economía y tan acusada la movilidad internacional de trabajadores en los últimos años, que no siempre es tan fácil como parece comprobar el estado civil que lo sujetos poseen conforme a su propia ley nacional, lo que introduce un factor añadido de complejidad al tema que no se puede desconocer.

A lo largo de estas páginas se demuestra que el derecho puede ser, si lo desea, tan dinámico como lo son los cambios sociales que intenta regular, y por ello, se concede especial atención al análisis de la incidencia práctica que la variadísima realidad social puede llegar a presentar sobre el devengo de la pensión de viudedad. Los nuevos modelos de familia y las situaciones atípicas reciben por ese motivo una especial atención en esta obra, en la que se analiza con detenimiento la incidencia del concepto clásico de "inexistencia de cónyuge supérstite" y su aplicación en la sociedad actual, al mismo tiempo que, siempre con un riguroso apoyo doctrinal y jurisprudencial, se hace un recorrido por temas tan variados como la incidencia práctica que pueden llegar a representar en el reconocimiento de la pensión, aspectos tales como la existencia o no, en vida del causante de pensión compensatoria o incluso, de pensión de alimentos, qué consecuencias despliega la constatación de la existencia de violencia de género entre la pareja y cuáles serían los medios de prueba oportunos para acreditarlo, cómo actuar en caso de concurrencia de beneficiarios, al mismo tiempo que se detallan los problemas prácticos que se pueden suscitar a raíz de la constatación de ciertos episodios de interrupción de la convivencia entre la pareja y sobre los efectos que puede desplegar la reconciliación, formalizada o no, entre excónyuges, entre otras muchas situaciones. Entre ellas, destaca la precisión de los contornos de la convivencia "*more uxorio*", situación que, bajo determinadas circunstancias, puede llegar a ser particularmente conflictiva a efectos de determinar el reconocimiento de la prestación.

# RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Alejandra Selma Penalva

## “BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD”

Pero no solo eso. También esta obra, realizando un minucioso recorrido por nuestra jurisprudencia más reciente, facilita la identificación de las situaciones consideradas fraudulentas, detallando cuáles son los factores que, hasta ahora, han llevado a nuestros jueces y tribunales a apreciar que, bajo una falsa apariencia jurídica, se está encubriendo la intención ilícita de acceder indebidamente a prestaciones del sistema de Seguridad Social, fingiendo que se reúnen los presupuestos de acceso a la pensión de viudedad.

Son especialmente interesantes las conclusiones de la obra, de las que se desprende una profundareflexión y conocimiento sobre la materia. En ellas, la autora pone de manifiesto “*la multitud de cuestiones de innegable trascendencia práctica que surgen al calor del análisis del catálogo de beneficiarios de la pensión de viudedad*”, singularidades que se han ido reflejando minuciosamente a lo largo de las páginas que componen esta monografía.

En definitiva, en este libro, la autora demuestra sobradamente su claridad expositiva y su facilidad de síntesis, al mismo tiempo que consigue, de una manera llana y sencilla, hacer comprensibles al lector, las particularidades prácticas de la pensión de viudedad, demostrando que se trata de un tema que siempre resulta de plena actualidad. El resultado es una obra clara, concisa y útil, de lectura muy recomendable tanto para los académicos como para los profesionales prácticos expertos en Derecho del Trabajo.



# RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

## RESEÑA DE “REFORMA DE LAS PENSIONES PÚBLICAS Y PLANES PRIVADOS DE PENSIONES”

(MONERO Pérez, J.L., OJEDA AVILÉS, A., GUTIÉRREZ BENGOECHA, M., LABORUM, MURCIA, 2021)

---

**Carlos David Aguilar Segado**

PDI del Área de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de Málaga

[d.aguilar@uma.es](mailto:d.aguilar@uma.es) ORCID [0000-0002-2744-4459](https://orcid.org/0000-0002-2744-4459)

Recepción de trabajo: 14-06-2021 - Aceptación: 29-06-2021

En el año 2021 ha nacido una magnífica obra colectiva cuyo título es la «Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones» publicada dentro de la Colección «Temas puntuales» nº4 de la excelente editorial Laborum (Murcia). Está encuadrada dentro de los Proyectos de Investigación Estatales I+D+i DER2017-85096-R sobre «Envejecimiento activo y Vida Laboral: Trabajadores Maduros y Pensiones Productivos» de la Universidad de Granada y RTI: 2018-094696-B-I00 sobre «Retos, reformas y financiación del sistema de pensiones ¿Sostenibilidad versus suficiencia?» de la Universidad de Málaga.

La monografía está elaborada por los profesores José Luis Monereo Pérez, Antonio Ojeda Avilés y Miguel Gutiérrez Bengoechea, con la finalidad de realizar un análisis presente, ordenado y contrastado sobre la reforma de las pensiones públicas y los planes privados de pensiones en España, así como realizar un estudio comparado de los diversos Estados Miembros.

En el índice general se estructura esta obra en seis partes con un contenido conexo:

La primera parte está centrada en el marco constitucional de referencia como premisa ineludible y los condicionamientos constitucionales del modelo global de pensiones, tanto público como privado en el sistema de pensiones.

En la segunda parte versa sobre algunas ideas básicas que inciden en la delimitación del modelo global de pensiones desde la égida del sistema público de la Seguridad Social y su preferencia sobre el fomento de los sistemas privados complementarios.

## "REFORMA DE LAS PENSIONES PÚBLICAS Y PLANES PRIVADOS DE PENSIONES"

Mientras que en la tercera parte trata de la coyuntura actual en la perspectiva de los problemas estructurales del futuro y una aportación de ideas al modelo de sistemas de previsión social.

Destacable es la cuarta parte en la que se centra en una experiencia comparada, entre los diversos Estados Miembros y España, sobre los planes colectivos de pensiones en un enfoque selectivo.

Es necesario tratar la actualidad, como se puede observar en la quinta parte al hablar de los aspectos económicos y fiscales de los planes de pensiones con la Ley 11/2020, de 30 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

Por último y no menos importante, en la sexta parte de esta monografía es fundamental realizar propuestas de reforma de la protección social complementaria, de los planes y fondos de pensiones privados, en la lógica de equilibrar y hacer prevalecer la racionalidad "social" sobre la estricta racionalidad "económico-financiera".

En las líneas anteriores, con todo lo expuesto, querría dar mis felicitaciones a los autores de esta monografía por su gran trabajo y, de igual manera, instar a la lectura de la obra colectiva, que será de una gran utilidad para profundizar en esta materia de reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones.



# RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

## RESEÑA DE “EL RÉGIMEN FISCAL DE LOS PLANES DE PENSIONES EN FAVOR DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD”

(DE PABLO VARONA, C., ARANZADI, 2019)

---

**Carlos Cuervo Fernández**

Becario de colaboración

Universidad de Cantabria

[cfc322@alumnos.unican.es](mailto:cfc322@alumnos.unican.es) ORCID [0000-0003-4767-3360](https://orcid.org/0000-0003-4767-3360)

Recepción de trabajo: 11-06-2021 - Aceptación: 13-06-2021

Los planes de pensiones son un instrumento que, en su origen, y siendo los gobiernos conscientes de que el envejecimiento de la población desembocaría en la insostenibilidad de las prestaciones por jubilación, se gestaron con el objetivo de que los ciudadanos tuvieran incentivos en constituir un ahorro suficiente para que, una vez verificada la contingencia, pudieran obtener una prestación complementaria a la pública que les permitiera disfrutar de una renta mensual lo más próxima posible a la que generaban en el momento inmediatamente anterior a tal contingencia. Con este objetivo en mente, se diseñó un sistema financiero y actuarial de capitalización, cuyo principal atractivo era el diferimiento de la renta a través de la reducción en la base imponible general del total de las cantidades aportadas al plan en un determinado ejercicio, hasta un máximo. Es cierto que dichas cantidades serán computadas en la base imponible general cuando se obtengan en forma de renta, pero no lo es menos que, normalmente, las prestaciones por jubilación son inferiores a las que se obtienen por el trabajo durante la vida activa lo que, conjugado con la progresividad que caracteriza a la imposición directa, da como resultado un ahorro fiscal.

El régimen general, que es desgranado con la profundidad necesaria para transitar con facilidad a través de una sinuosa regulación, sirve como base al régimen especial de los planes de pensiones en favor de personas con discapacidad, cuya arquitectura se recoge en la Disposición adicional cuarta del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones. El principio informador es ahora el de la protección patrimonial de las personas con discapacidad, y es esta una idea que el lector debe tener presente en todo momento, ya que no solo converge en una regulación financiera y fiscal orientada a fomentar el máximo ahorro posible que pueda cubrir las necesidades de la persona con discapacidad una vez que falten sus principales cuidadores,

## "EL RÉGIMEN FISCAL DE LOS PLANES DE PENSIONES EN FAVOR DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD"

sino que se va a constituir en punto de referencia para la integración de las lagunas que surgen con el estudio de la normativa y en criterio hermenéutico fundamental a lo largo de la obra.

Esta idea que gobierna el régimen especial cristaliza en varias especialidades que, *a priori*, parecen un estímulo eficaz para constituir este tipo de instrumentos de protección patrimonial en favor de personas con discapacidad, y que se van a manifestar de forma más intensa en el régimen de las aportaciones y de las prestaciones. Así, el máximo total que se podrá aportar [y consecuentemente reducir de la base imponible general del aportante] anualmente al plan alcanza los 24.250€; mientras que el tope por cada aportante se fija en 10.000€. Además, las contribuciones o aportaciones ya no deberán realizarse únicamente por el promotor y los partícipes, sino que también los familiares de la persona con discapacidad hasta un determinado grado podrán aportar al plan. En el ámbito de la prestación se prevé un incentivo a la salida que abandona, al menos en parte, la idea del diferimiento de la imposición para declarar exentas, hasta un máximo, las prestaciones obtenidas en forma de renta.

Sin embargo, el autor identifica varias disfunciones que van a provocar que el instrumento no tenga toda la acogida entre la sociedad que sería deseable o que la protección de la que gozará el beneficiario del plan una vez verificada la contingencia no sea aquella que hubiera podido esperar. Centra especialmente la atención de la obra el copago al que deben hacer frente los usuarios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, que puede alcanzar el 90% del coste del servicio. Para el cálculo del porcentaje se tiene en cuenta la capacidad económica del beneficiario, computándose a tal efecto las rentas obtenidas de los diferentes instrumentos de previsión social, gran parte de las cuales irán destinadas a sufragar ese copago. El resultado que ello genera se revela evidente: desincentiva las aportaciones de los beneficiarios y sus familias, que observan cómo sus esfuerzos económicos revierten a las arcas públicas para contribuir a un servicio al que la persona con discapacidad también tendría acceso si no dispusiera de aquellas rentas.

Pero hay más ejemplos. Si el fin del régimen especial es garantizar a las personas con discapacidad una protección económica suficiente cuando lleguen a necesitarlo, cabe preguntarse cuál es la *ratio* detrás de la norma que restringe el círculo de posibles aportantes al plan a personas unidas por parentesco con la persona con discapacidad en línea recta o colateral hasta el tercer grado [de afinidad, según la DGPFP], al cónyuge y a aquellos que le tuviesen a su cargo en régimen de tutela o acogimiento. El mismo interés en contribuir a la protección de estas personas podrían tenerlo la pareja de hecho, el primo o la abuela política y, sin embargo, no podrán realizar aportaciones. Tampoco se entiende bien la exclusión de los curadores, menos aun con la reciente entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su actividad jurídica, que ha supuesto un cambio de paradigma en el tratamiento jurídico de la discapacidad en España. Convertida la curatela en la institución fundamental y principal en el apoyo a las personas con discapacidad, pocas dudas cabe albergar sobre la necesidad de incorporar a estas personas al elenco de las facultadas para realizar aportaciones a planes de pensiones en el régimen especial que venimos comentando. Ninguna mención hace la Ley al respecto, desaprovechando una valiosa oportunidad para dar solución a estos problemas.

## "EL RÉGIMEN FISCAL DE LOS PLANES DE PENSIONES EN FAVOR DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD"

Desde la perspectiva de la protección a la persona con discapacidad tampoco se comprenden bien las razones que motivaron la eliminación de la reducción del 40% para el caso de que la prestación se recibiera en forma de capital. Por más que ello pudiera tener sentido en el régimen general, donde se pretende que la prestación funcione como complemento a la renta pública, en el caso de las personas con discapacidad ya hemos visto cómo no es este el objetivo perseguido. Es más, es precisamente en el supuesto de las personas con discapacidad donde más necesaria pudiera ser aquella reducción, ya que los elevados gastos que pueden llegar a afrontar, derivados de sus especiales necesidades, justifican la obtención de la prestación en forma de capital. Navarra, que cuenta con régimen foral propio, ha mantenido este beneficio.

Son muchas otras las cuestiones que son tratadas con rigor en la obra, pero no éste el lugar para referirse a todas ellas. Se trata de una monografía de imprescindible lectura para todos aquellos interesados en planificar la protección patrimonial de las personas con discapacidad que estén a su cargo -como la del mismo autor *Los patrimonios protegidos de las personas con discapacidad. Régimen fiscal*, Aranzadi, 2018, que aborda otra herramienta diseñada con el mismo objeto- y también para aquellos llamados a configurar los medios necesarios para que dicha protección pueda articularse de la forma más eficiente posible. A ello contribuye el autor con varias exhortaciones a reformar aquellos puntos que dificultan la consecución de los fines del instituto y con una propuesta de *leye ferenda* que aborda dos cuestiones: por un lado, la necesidad de modular la incidencia de las prestaciones obtenidas a través de los sistemas de previsión en el copago que habrá que satisfacer en el acceso a determinadas prestaciones públicas.

Por otro lado, CARLOS DE PABLO apunta a lo largo del texto un problema adicional. El sistema, tal y como está configurado, puede resultar beneficioso para aquellas familias que cuenten con recursos suficientes para poder destinarlos a la protección de un miembro con discapacidad. Sin embargo, poco uso de estos planes y de sus beneficios fiscales van a poder hacer las familias que cuenten con recursos exigüos, las cuales difícilmente podrán aportar cifras siquiera cercanas al tope que vimos. En definitiva, esto supone que el Estado financia en forma desigual, a través de reducciones y exenciones, situaciones idénticas, y lo hace atendiendo a la capacidad económica de las familias. Para evitar lo anterior y fomentar de forma decidida la protección de las personas con discapacidad se propone un nuevo modelo, a semejanza del que existe ya en Alemania, con dos ideas básicas: excluir la protección del ámbito del IRPF de los aportantes y sustituirla por aportaciones directas del Estado a los planes de pensiones del régimen especial. No es el momento de entrar en detalles, pero como nos expone el autor, este modelo pondría coto a la regresividad del sistema actual, ampliaría la protección pública de las personas con discapacidad y, de cara a la sociedad, dotaría al problema de una necesaria visibilidad.

Es esta una pincelada brevíssima sobre una obra que trata a fondo un tema complejo pero que, no obstante, permite al lector desenvolverse fácilmente a través de la regulación financiera y fiscal de los planes de pensiones en favor de personas con discapacidad e identificar las patologías que sufre la regulación, para cada una de las cuales se encontrará una propuesta de solución.



# RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

## RESEÑA DE “SOLUCIONES TECNOLÓGICAS PARA LOS PROBLEMAS LIGADOS AL ENVEJECIMIENTO: CUESTIONES ÉTICAS Y JURÍDICAS”

(Alkorta Idiakez, I. (Directora); Atienza Macías, E. (Coordinadora), Dykinson, Madrid, 2020, 184 páginas)

---

### ***Idoia Landa Reza***

*Investigadora contratada*

*Universidad del País Vasco*

*[idoia.landa@ehu.eus](mailto:idoia.landa@ehu.eus) ORCID 0000-0002-8345-4117*

*Recepción de trabajo: 10-06-2021 - Aceptación: 10-06-2021*

Este libro nace de la colaboración de diversos profesionales jurídicos y académicos que, bajo la dirección de Itziar Alkorta Idiakez, profesora titular de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU), identifican y proponen respuestas a los diversos problemas jurídicos que plantea la implementación de las nuevas tecnologías como herramienta para hacer frente al envejecimiento poblacional que se enfrenta la sociedad actual y grava los sistemas de salud europeos. Para lograr dicho fin, la obra se estructura en seis capítulos.

En el primer capítulo, Itziar Alkorta pone de manifiesto que los dispositivos de salud conectados están llamados a transformar el sistema tradicional de provisión de salud y de cuidados. La monitorización de las personas mayores en los sistemas de salud posibilitará la detección temprana de las posibles incidencias de salud, mejorando la prevención y reduciendo las necesidades de intervención. No obstante, se identifican importantes riesgos desde el punto de vista de la privacidad de las personas monitorizadas.

Para dejar patente la gravedad del riesgo a que se exponen las personas mayores al utilizar las nuevas tecnologías en el ámbito sanitario, se realiza una esclarecedora descripción de las categorías especiales de datos personales que recolectan las mismas. Seguidamente, se exponen los principios generales establecidos en el artículo 5 del RGPD, como la transparencia o la minimización de datos, que deberán respetarse a la hora de recoger y tratar los datos por los dispositivos digitales, y se advierte que, aunque el artículo 9.1 del RGPD prohíbe el tratamiento de datos sanitarios, en el apartado 9.2 del mismo se recogen ciertas excepciones, como el consentimiento explícito del interesado, describiendo de forma ilustrativa cada una de ellas.

Con el fin de realizar un análisis de la citada excepción, se describen los cuatro requisitos (libre, específico, informado e inequívoco/explícito) que ha de cumplir el consentimiento de la persona mayor para cons-

# RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

*Idoia Landa Reza*

"RESOLUCIONES TECNOLÓGICAS PARA LOS PROBLEMAS LIGADOS AL ENVEJECIMIENTO: CUESTIONES ÉTICAS Y JURÍDICAS"

tituir una base legal para el tratamiento de sus datos sanitarios, advirtiendo del valor que constituye el requisito de la información y el principio de transparencia en el caso de las personas mayores. En el caso de las personas mayores con capacidad modificada, se enfatiza que esta situación plantea un reto para el ejercicio de su derecho a la autodeterminación informativa. Por ello, se realiza una interpretación favorable a la posibilidad de su ejercicio mediante representación, aunque se apuesta por los sistemas de acompañamiento que eviten o pospongan en lo posible la sustitución.

Este capítulo se concluye realizando una lectura crítica del valor del consentimiento como base jurídica, aunque se advierte de que su prohibición supondría paralizar el tráfico de datos y constituiría un ataque contra los valores constitucionales de autonomía privada y libre desarrollo de la personalidad. Por último, se manifiesta que dado que el derecho a la protección de datos personales se encuentra configurado en el ordenamiento como un derecho a la personalidad, para que pueda ser ejercido por representación ha de ser considerado como un derecho susceptible de dicho ejercicio. Todas estas cuestiones hacen necesario una revisión de los instrumentos normativos que promuevan los derechos de las personas mayores y eviten las situaciones de falta de libertad a las que se enfrentan muchas de las que viven en entornos vigilados.

En el segundo capítulo, relativo a la inteligencia artificial (IA) en el contexto sanitario, Elena Atienza Macías, Investigadora Postdoctoral "Juan de la Cierva" en el Grupo de Investigación Cátedra de Derecho y Genoma Humano de la Universidad del País Vasco UPV/EHU y acreditada como Profesora Contratada Doctora por ANECA, y Miguel Vieito Villar, abogado, vocal del Comité de Ética Asistencial de la Xerencia de Xestión Integrada de Santiago de Compostela y Doctorando de la Universidad Pública de Navarra, exponen que los avances tecnológicos en los campos de la robótica y la IA han revolucionado al ámbito sanitario, ofreciendo innumerables oportunidades para hacer frente a los actuales desafíos, al igual que contribuyen a procesos de gestión del trabajo más eficaces y automatizado, lo que se traduce en importantes ahorros de costos. Según se dispone, las maquinas pueden llegar a sustituir a los profesionales sanitarios en lo que atañe al proceso de toma de decisiones en el sector sanitario, por ende, la responsabilidad por los posibles daños que pueden generar las mismas cobra especial importancia.

En este sentido, se alega que aquellas decisiones de las cuales dependan la vida o el bienestar de personas, no pueden recaer únicamente y exclusivamente en entidades artificiales. Aunque la tecnología brinde nuevas posibilidades, no han de llevarse a cabo cada una de ellas, respetando en todo momento la autonomía del paciente. Asimismo, se afirma que la empatía ha de ser un factor operativo e integrante del concepto de la inteligencia, desterrando las operaciones matemáticas que buscan soluciones eficientes en base a criterios únicamente objetivos.

En el tercer capítulo, Rafael de Asís Roig, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, y Migle Laukyte, Profesora Tenure Track de la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra, analizan el envejecimiento desde la perspectiva de la corriente de pensamiento del transhumanismo, para resolver si esta visión es compatible con el envejecimiento que se centra en la situación de las personas mayores y no en su estado o condición.

# RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

*Idoia Landa Reza*

"RESOLUCIONES TECNOLÓGICAS PARA LOS PROBLEMAS LIGADOS AL ENVEJECIMIENTO: CUESTIONES ÉTICAS Y JURÍDICAS"

Con este objetivo, los autores realizan una esclarecedora diferenciación de la corriente humanista y transhumanista. Según afirman, las dos corrientes defienden que la vejez es el reflejo de la imperfección humana, y se equipará a la discapacidad. No obstante, a diferencia del discurso humanista, para el transhumanismo la perfección es el punto de partida. Por ello, para el primero la discapacidad es una imperfección que ha de subsanarse, mientras que, para el segundo, no es aceptable. La corriente humanista identifica a la tecnología como el instrumento idóneo para acabar con la discapacidad y con ello, mejorar las condiciones de vida de las personas mayores. En cambio, la otra corriente va más allá y confía en que hay una respuesta tecnológicamente viable para resolver el problema de la muerte. Así, aunque este último pretenda alargar la vida de los humanos, basándose en esa ideal de perfección, no valora la vida de los incapacitados o mayores, promoviendo prescindir de los mismos o, en el mejor de los casos, su exclusión social.

Más allá de estas dos visiones, en el presente capítulo, los autores introducen el concepto del "transhumanismo inclusivo" como herramienta para mejorar la condición y situación de las personas. Se indica que este último enfoque no se centra únicamente en utilizar las nuevas tecnologías para cambiar y "ajustar" al ser humano, su principal objetivo es el de ajustar, cambiar, mejorar el mundo para hacerlo más accesible y habitable a la diversidad humana. Es decir, no se repudia la existencia de la condición, pero el enfoque se pone en el entorno que lo rodea.

En el cuarto capítulo, en la línea del segundo, Iñigo de Miguel Beriain, Investigador Distinguido en el Grupo de Investigación de la Cátedra de Derecho y Genoma Humano de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU) e Ikerbasque Research Professor, y Guillermo Lazcoz Moratinos, Investigador FPU del Ministerio de Educación y Formación Profesional en el Grupo de Investigación de la Cátedra de Derecho y Genoma Humano de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU), ponen de manifiesto que aunque la IA a la medicina esté permitiendo crear modelos diagnósticos y predictivos apenas imaginables hace unos años, su implementación en la práctica médica implica una serie de problemas éticos y jurídicos. Según afirman los autores, estos problemas cobran mayor importancia en el caso de personas vulnerables en los cuales se identifican a las personas mayores.

Se hace saber que el uso de la IA para el tratamiento de los datos sanitarios de las personas mayores para fines de investigación ha de basarse en una base legitimadora válida. En este sentido, aunque habitualmente se opte por el consentimiento del interesado, los autores cuestionan que sea lo más indicado debido a que, según afirman, las particulares circunstancias de las personas mayores hacen que el consentimiento no cumpla en muchos casos las condiciones que resultan precisas. A modo de ejemplo se expone que se produce una situación de desequilibrio de poder entre el responsable del tratamiento y el interesado, lo que hace que resulte muy complejo pensar que el consentimiento dado sea realmente libre.

En base a lo anterior, los autores concluyen que el consentimiento como base legitimadora ofrece serias limitaciones y que en el caso de los pacientes vulnerables su uso no resulta adecuado. Asimismo, afirman que el marco normativo para el tratamiento de datos de salud con fines de investigación científica es el marco idóneo para el desarrollo de sistemas de IA para el cuidado de la salud, puesto que esta permite que entren juego las garantías previstas por el artículo 89 del RGPD

que, según los mismos, son las que verdaderamente otorgan al paciente la protección que necesita para ver satisfechos sus derechos básicos.

Respecto al cuarto capítulo, Marina Morla González, Contratada Predoctoral de la Universidad de León, trata el control de la adherencia en el tratamiento de personas mayores a través del empleo de medicamentos digitales. Según se afirma, la falta de adherencia, común en las personas mayores, es la principal causa de la ineffectividad del tratamiento, ausencia de mejoría clínica e incluso complicaciones de la enfermedad, tanto médicas como psicosociales, además de ser una importante causa de pérdida de recursos sanitarios. En este marco, se introducen los medicamentos digitales, los cuales han supuesto un cambio de paradigma, puesto que, como bien se indica, han abierto la puerta a la posibilidad de rastrear con precisión si el paciente ha ingerido realmente la pastilla, llevando un control real del tratamiento.

Sin embargo, se pone de manifiesto que este innovador sistema plantea nuevas problemáticas. Por una parte, como el profesional sanitario consigue el acceso a la información del tratamiento, el paciente deja de tener el monopolio de la misma. Por otra parte, mediante este sistema, el desarrollador de las aplicaciones o dispositivos ajeno a la relación médico-paciente logra tener un papel fundamental en dicha relación. Por ello, se indica que estos últimos deberán someterse al mismo secreto profesional y deber de confidencialidad a los que se encuentran sometidos los profesionales sociosanitarios.

Debido a que las razones de una adherencia incorrecta varía en cada caso, se concluye que no puede afirmarse que este fenómeno solo puede ser abordado por los medicamentos digitales, y que, en todo caso, los mismos no deben sustituir sino complementar al factor humano que ha protagonizado tradicionalmente la relación profesional sociosanitario-paciente.

Por último, en el quinto capítulo, Mario Santisteban Galarza, Investigador Predoctoral de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU), habla sobre las redes sociales y las personas mayores y cómo su falta de conocimiento técnico puede repercutir en su salud y su derecho a la protección de datos. Las redes sociales permiten fomentar la interacción social de las personas mayores, promoviendo un envejecimiento activo. Así, según alega el autor, el conocimiento del uso de estos medios evita su aislamiento, hecho que ha cobrado especial importancia durante el periodo de confinamiento que se impuso como consecuencia de la Covid-19.

En este sentido, se considera que, es necesario crear un entorno digital seguro para que las personas mayores con un conocimiento técnico limitado decidan acceder por la confianza que transmiten la misma. Para ello, se manifiesta que se ha de introducir un modelo mínimo de exposición en las redes sociales, con la opción de adoptar una personalización mayor más tarde, en vez de exigir una actitud reflexiva sobre las opciones de privacidad al usuario. A su vez, el autor considera que es necesaria una educación digital que permita a las personas mayores acceder a las redes sociales y fomentar un uso adecuado de ellas en igualdad de condiciones que los demás.

En su conjunto se trata de una obra clara, concisa y muy actual, que reflexiona y aclara los problemas jurídicos que conlleva la implementación de las nuevas tecnologías para hacer frente a los problemas ligados al envejecimiento, haciendo una pertinente referencia a la pandemia provocada por

# RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

*Idoia Landa Reza*

"RESOLUCIONES TECNOLÓGICAS PARA LOS PROBLEMAS LIGADOS AL ENVEJECIMIENTO: CUESTIONES ÉTICAS Y JURÍDICAS"

la COVID-19, por constituir las personas mayores un colectivo especialmente afectado por la misma. Aunque los capítulos traten diversas cuestiones, todos ellos comparten dos elementos en común: las personas mayores y las nuevas tecnologías para proporcionar a las primeras un envejecimiento saludable. La constitución de los seis capítulos sigue un orden lógico, abordando los problemas que plantean cada una de las nuevas tecnologías desde la perspectiva del usuario mayor. Por todo ello, constituye una obra de referencia, en especial, para los juristas, pero también para los profesionales sanitarios y técnicos informáticos, dado que estos últimos lograrán comprender desde otra perspectiva la repercusión que puede tener su actividad en este ámbito.



CP  
CP

# EPÍLOGO

REJLSS

REJLSS

**REJLSS**

Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social  
mayo - octubre 2021 - núm 3 ISSN-e: 2660-437X

## MAYORES Y PENSIONES: UNA TENSIÓN NO RESUELTA PARA EL FUTURO DE NUESTRO ESTADO DEL BIENESTAR

Es sobradamente reiterada la afirmación —que responde a una realidad incuestionable—, que estamos en una sociedad en continuo proceso de envejecimiento. Y ello, que se ha ofrecido y presentado como un problema, no es más que la consecuencia de la mejora de nuestra calidad de vida. Es cierto que coincide con una simultánea caída del índice de natalidad, pero no es menos cierto que estamos en un mundo sobresaturado. Al margen de lo anterior, la evolución social, laboral, económica y tecnológica, nos trae nuevas formas de prestación laboral, carreras de cotización devaluadas y necesidades cambiantes a las que tiene que responder un Sistema diseñado, esencialmente, bajo otros parámetros completamente diferentes.

Ante este panorama, podemos ser catastrofistas, pesimistas, renunciar a nuestro Estado de Bienestar, o en sentido contrario, analizar las vías para que este siga siendo una realidad.

Esta última apuesta, que parece la más razonable, ha llevado, desde hace ya muchos años, a plantear soluciones en materia legislativa; a realizar estudios doctrinales de juristas, economistas, sociólogos... a abordar diferentes enfoques a nivel internacional; a dibujar diferentes escenarios y, en síntesis, a reflexionar sobre los aciertos y los errores de los anteriores.

En este contexto, surgen diferentes proyectos de investigación en los que, de manera interdisciplinar, nos proponemos el estudio y análisis de aquellas cuestiones que, de alguna u otra forma, pueden afectar tanto a la sostenibilidad de las pensiones, como a la garantía de recursos suficientes para nuestros mayores. Y así, en el marco del Proyecto de Investigación del Programa Estatal de I+D+i «Retos Investigación» Orientado a los Retos de la Sociedad, RTI2018-094696-B-I00, titulado “RETOS, REFORMAS Y FINANCIACION DEL SISTEMA DE PENSIONES: ¿SOSTENIBILIDAD VER-SUS SUFICIENCIA?” y del Proyecto P18-RT-2585 “LOS MAYORES EN EL CONTEXTO DEL EMPLEO Y LA PROTECCIÓN SOCIAL: UN RETO PARA EL CRECIMIENTO Y DESARROLLO ECONÓMICO. UN ANÁLISIS DE LA REALIDAD ANDALUZA” del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020). Convocatoria 2018; se asumen distintas actividades que vienen concluyendo con una serie de eventos y publicaciones que han tenido un significativo éxito.

De manera paralela, esta revista ha ido caminando hacia la excelencia, con el reconocimiento de muy diversas agencias de su nivel de calidad. Y ello ha supuesto, a su vez, la progresiva participación de lo más destacado de nuestra doctrina junto a investigadores novedosos, tanto del ámbito nacional como internacional.

# EPÍLOGO



De ahí surge la idea de publicar este monográfico como espacio de reflexión que atienda a las finalidades que nos propusimos en los referidos proyectos, así como resultado de la actuación de los mismos y, para ello, dibujamos tres grandes líneas:

- Sostenibilidad y Suficiencia de nuestro Sistema de Seguridad Social;
- Comparativa internacional;
- Protección social de los mayores.

Y, en la línea editorial antes apuntada, hemos querido seguir combinando excelencia académica con aportaciones de los jóvenes, dando, además, un carácter multidisciplinar, abierto, internacional, práctico y riguroso.

El listado de autores del presente número es, en este sentido, extraordinario, desde la editorial de un destacado miembro de nuestros Proyectos de investigación, el profesor Tortuero Plaza, hasta los profundos análisis de los profesores Monereo Pérez, López Cumbre, Maldonado Molina, Toscani Giménez, Cifuentes Lillo, Giuzio López, Cabrera Juárez, Antúnez Sánchez, Martínez Cembrera, Macías García y Poyatos Chacón; los artículos de actualidad realizados por Domínguez Martínez, Martín Hernández-Carrillo y Castro Medina; y las reseñas bibliográficas elaboradas por los profesores Selma Penalva, Aguilar Segado, Cuervo Fernández y Landa Reza.

Damos las gracias a todos los autores por su participación y esperamos que la revista satisfaga las pretensiones del lector.

*En Málaga, a 3 de septiembre de 2021*

**Francisco Vila Tierno**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Presidente de la REJLSS y de su Consejo Editorial