



FUNDACION BBV

**ASPECTOS JURIDICOS DE LAS
PRESTACIONES: EL DESEMPLEO
Y LAS PENSIONES**

José Luis Tortuero Plaza

Marzo, 1996

ECONOMIA PUBLICA

**ASPECTOS JURIDICOS DE LAS
PRESTACIONES: EL DESEMPLEO
Y LAS PENSIONES**

José Luis Tortuero Plaza

Marzo, 1996

Centro de Estudios de Economía sobre el Sector Público

Director: **D. José Manuel González-Páramo**, catedrático de Hacienda Pública y Sistema Fiscal de la Universidad Complutense de Madrid

JOSE LUIS TORTUERO PLAZA

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en dicha Universidad. Ha impartido docencia en la Escuela Libre de Derecho y Economía, en el Instituto de Ciencias del Seguro de la Fundación Mapfre, en la Escuela de Práctica Jurídica de la UCM y en los Master de «Economía y Derecho», «Derecho de la Empresa» y de «Derecho Comunitario». Participa en los cursos de Doctorado de la Universidad Complutense de Madrid y en la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología de Costa Rica. Premios «Adolfo Posada» del Centro de Estudios Constitucionales (1983), de Tesis Doctorales del Ministerio de Trabajo (1988) y de la Confederación de Cajas de Ahorro (1989) y de «Riesgo y Seguro» de la Fundación Mapfre (1995). Ha realizado investigaciones y proyectos legislativos para el Instituto de la Mujer de la CAM, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, así como informes y dictámenes para entidades públicas y privadas. Autor y coautor de libros y recopilaciones, entre los que cabe citar, *Instituciones de Seguridad Social*, *La incapacidad temporal y la negociación colectiva*, *La incapacidad temporal en la Seguridad Social*, *Enciclopedia Jurídica Básica*, *Legislación Social Básica*, *Código de Seguridad Social*. Ha publicado una veintena de trabajos científicos en revistas especializadas como «Revista de Política Social», Revista Jurídica «La Ley», «Revista de Relaciones Laborales», «Revista Española de Derecho del Trabajo», «Cuadernos de Derecho Judicial», «Tribuna Social».

Los Centros Permanentes de Reflexión de la Fundación Banco Bilbao Vizcaya abordan, desde una perspectiva multidisciplinar, áreas específicas de actualidad. En cada una de estas áreas se incluyen proyectos de investigación propios, a partir de los cuales se desarrolla una actividad de encuentros periódicos, generalmente en la modalidad de seminarios y conferencias anuales.

Aspiran estos Centros a que la sociedad vea en ellos puntos de referencia de calidad, en los estudios y debates de los temas encuadrados dentro de cada área.

La Fundación Banco Bilbao Vizcaya pretende ofrecer, con el Centro de Estudios sobre Economía Pública, un punto de referencia en el estudio, la reflexión y el debate sobre la actividad del sector público español y las alternativas disponibles para mejorar el diseño de la política pública en sus aspectos fundamentales: fiscalidad, gasto y endeudamiento públicos, regulación económica, gestión pública y descentralización, etc.

RESUMEN

La evolución de la Seguridad Social española en los últimos treinta años, ha estado presidida por una línea reformista carente de criterios integradores y con escaso carácter innovador respecto a su primitiva (1966) ordenación prestacional.

La situación descrita exige una labor de reordenación y racionalización de las estructuras protectoras, que permita afrontar el futuro del Sistema y su viabilidad desde una ordenación coherente y equilibrada. Al tiempo, es necesario destacar aquellos modelos prestacionales que deben ser objeto de revisión o de adecuación.

Si bien la perspectiva de análisis que se utiliza es estrictamente jurídica, se han seleccionado supuestos que tengan una repercusión económica significativa, buscando con ello la dimensión integral de los supuestos.

El estudio se estructura metodológicamente en tres bloques, referidos al desempleo (con especial referencia a las medidas de fomento del empleo), al impacto del riesgo originario en la ordenación de la protección (riesgos profesionales y comunes) y a las pensiones (invalidez, jubilación y muerte de supervivencia).

Finalmente, la reflexión crítica que caracteriza el estudio, va siempre acompañada del ofrecimiento de modelos o soluciones alternativas que sirvan como punto de referencia.

SUMARIO

	Páginas
I. INTRODUCCION	7
II. EL DESEMPLEO	8
1. La situación legal de desempleo: la involuntariedad en la pérdida del empleo sometida a revisión	8
1.1. El estado de la cuestión y sus contradicciones	8
1.2. La necesidad de cambio	9
1.3. Propuesta alternativa	10
2. La prestación por desempleo y las medidas de fomento del empleo: una reflexión general	10
3. El desempleo y otras contingencias: una relación equivocada	11
3.1. La incapacidad temporal y el desempleo	11
3.2. El desempleo y la maternidad	13
3.3. A modo de recapitulación	13
III. LA PRESENCIA DEL RIESGO ORIGINARIO EN LA PROTECCION DE LAS CONTINGENCIAS DE INCAPACIDAD, INVALIDEZ Y MUERTE	14
1. Del mundo de los principios al de las realidades	14
2. La presencia del riesgo en la ordenación actual	15
3. El riesgo y la cuantificación de las prestaciones	15
4. Una propuesta alternativa	16
IV. ASPECTOS CRITICOS EN LA REGULACION DE LAS PENSIONES	18
1. La invalidez permanente	18
1.1. Concepto y grados: el sistema de calificación profesional	18
1.2. La invalidez y la profesión habitual	19
1.3. Recapitulación	22
2. La jubilación	22
2.1. La edad de la jubilación	23
2.1.1. La edad general de acceso a la jubilación	23
2.1.2. La edad de jubilación y las medidas de fomento del empleo	24
A) La jubilación forzosa	24
B) La jubilación anticipada a los 64 años	25
C) La jubilación parcial anticipada	25
2.1.3. La edad de jubilación y las reconversiones formales e informales	26
2.1.4. Las jubilaciones anticipadas como derecho histórico	26
2.2. Requisitos generales de acceso y calculo de las pensiones	27
2.3. Régimen de incompatibilidades	29
3. LA PROTECCION POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA	29
3.1. Las pensiones de viudedad	30

	Páginas
3.2. Las pensiones de orfandad	31
3.3. Las pensiones en favor de familiares	31
3.4. Las indemnizaciones por riesgos profesionales	31
3.5. El auxilio por defunción	32
3.6. A modo de conclusión	32

ASPECTOS JURIDICOS DE LAS PRESTACIONES: EL DESEMPLEO Y LAS PENSIONES

I. INTRODUCCION

La evolución de la Seguridad Social española desde 1974 —y quizás antes— ha estado presidida por una línea reformista carente de criterios integradores. Las razones de justificación, naturaleza y método que han presidido la evolución referida han provocado la ausencia de una necesaria labor armonizadora, originando, en su arrastre histórico, la consolidación de contradicciones, incoherencias, situaciones de sobre e infraprotección, invitaciones al fraude, desajustes entre niveles de protección, etc.

Tampoco las innumerables reformas que se han producido durante estos años han tenido carácter innovador. En efecto, el aparato prestacional con que operó la primera Ley de Seguridad Social de 1966, sigue, en gran medida, invariable. Ello quiere decir que las estructuras protectoras no han sido objeto de revisión. Así, el mecanismo de calificación de la invalidez, la ordenación de la protección por muerte y supervivencia, la estructura de la jubilación, el desempleo, los criterios de superprotección de los riesgos profesionales..., no han sufrido, en sus estructuras básicas, ninguna variación.

La situación descrita exige una labor de reordenación y racionalización de las estructuras protectoras, que permita afrontar el futuro del Sistema y su viabilidad desde una ordenación coherente y equilibrada. Al tiempo,

es necesario destacar aquellos modelos prestacionales que deben ser objeto de revisión o de adaptación, bien porque se han quedado anclados en la historia, bien porque no se ajustan a la concepción de la protección social, o bien porque no responden a los parámetros de naturaleza contributiva.

Ante tales razones se pretende en este trabajo realizar una aproximación a la problemática anunciada, así como aportar propuestas que puedan contribuir a la racionalización del Sistema y al replanteamiento de algunas de sus estructuras protectoras.

Si bien la perspectiva de análisis será estrictamente jurídica, se han seleccionado supuestos que tengan una repercusión económica significativa. De esta forma, la selección operada pretende cumplir un doble objetivo, por un lado poner de relieve la existencia de incoherencias internas en el Sistema e, incluso, la ineficacia de algunos mecanismos de protección; y de otro, la importancia de la armonización interna, medida en valores económicos, esto es, en reducciones del gasto y/o incremento de los ingresos.

Finalmente, el estudio se estructura metodológicamente en tres bloques referidos al desempleo, al impacto del riesgo en la ordenación de la protección y a las pensiones (invalidez permanente, jubilación y muerte y supervivencia).

II. EL DESEMPLEO

Las razones anteriormente expuestas tienen en materia de desempleo una especial significación. Por un lado, innumerables reformas realizadas han venido propiciadas por circunstancias, que han impuesto la adopción de medidas urgentes de implantación más o menos inmediata, postergando las revisiones legislativas, que pretendieran una mayor racionalidad. Y por otro, la separación de la protección por desempleo del tronco del Sistema, esto es, de la LSS, desde 1980 hasta 1994, ha propiciado un desajuste en las relaciones del desempleo con el resto de las situaciones objeto de protección.

En la línea revisoria apuntada, nos aproximaremos a algunos de los temas que entendemos deben ser replanteados, en especial a los siguientes: la exigencia de la involuntariedad en la pérdida del empleo como fórmula de protección, la prestación por desempleo y las medidas de política de empleo y, finalmente, las relaciones del desempleo con otras contingencias, en especial con la incapacidad temporal, la maternidad y la invalidez permanente.

I. La situación legal de desempleo: la involuntariedad en la pérdida del empleo sometida a revisión

I.1. *El estado de la cuestión y sus contradicciones*

La regla general e históricamente consolidada en la noción jurídica de desempleado es la siguiente: se hallan en paro total quienes definitivamente o temporalmente cesan en la actividad que venían desarrollando por extinción o suspensión completa de su contrato de trabajo, con privación, en ambos casos, de las rentas de trabajo (LSS arts. 203.1 y 208). Es, por tanto, la pérdida del empleo la que se constituye,

por un lado, en razón de ser de la protección y, por otro, en elemento de legalidad-control.

Decimos que actúa como elemento de legalidad-control, porque si bien la involuntariedad en la pérdida del empleo anterior no aparece como elemento conceptual esencial (LSS, art. 203.1), lo cierto es que constituye la pieza clave determinante de la condición de beneficiario. Prueba de ello es que el común denominador de las que la LSS (art. 208) denomina, positiva y negativamente, situaciones legales de desempleo es precisamente la involuntariedad o voluntariedad en la pérdida del empleo.

Después de más de 30 años de gestión en el aseguramiento del paro y conocidos los niveles de fraude en la constitución de la situación legal, así como el desproporcionado índice de conflictividad existente, cabe preguntarse, y más en época de reajustes, si no ha llegado el momento de replantearse la conveniencia de mantener el elemento de la involuntariedad en su doble carácter de causa motivadora de... y de mecanismo controlador de... Sobre todo, y además, porque, aun pivotando sobre la involuntariedad, el régimen de ordenación es dependiente, contradictorio, incompleto y hasta arbitrario en ocasiones.

Dependiente, porque lo que es razonable desde la órbita del ordenamiento laboral, esto es, posibilitar que el trabajador extinga su contrato en los supuestos de traslado o modificaciones sustanciales, puede no serlo del todo desde la perspectiva protectora, que exige la defensa del puesto de trabajo y, sin embargo, la causa viene impuesta. Ciertamente existe «una cierta compulsión de la voluntad del trabajador con la actuación previa del empresario», pero ¿esa compulsión justifica la extinción hasta el punto de hacerla involuntaria?

Contradictorio, porque admitida desde la óptica laboral la rescisión del contrato durante el período de prueba, lo que es consustancial

al mismo, no es permitida nunca –sea cual sea la causa, y ésta puede ser de mayor trascendencia que el traslado o las modificaciones sustanciales, aunque, salvo excepciones, sea ignorada por intrascendente para el ordenamiento laboral– desde la ordenación del desempleo cuando la ejercita el trabajador, en base al argumento de la involuntariedad, que en este caso se exige en su más absoluta pureza. Y ello hasta el punto de que desde la órbita laboral, el período de prueba ha dejado de tener sentido para el trabajador, salvo que asuma el doble coste que implica, a saber: la pérdida del empleo y pérdida de la protección por desempleo.

Contradictorio también, porque la regulación del desempleo exige que el trabajador impugne la decisión de despedir ejercitada por el empresario, hasta el punto de que en caso contrario la pérdida del empleo se reputa voluntaria. La medida tiene desde aquella ordenación una cierta lógica, a saber, el trabajador debe defender su empleo y ello pasa por no aquietarse ante la calificación de la posible infracción dada por el empresario, buscando la aplicación de la legalidad por el Juez de lo Social. Sin embargo, todo este esfuerzo y el gasto de todo orden que lleva implícita la exigencia, termina, en los casos de improcedencia, en la facultad del empresario, que es quien decide readmitir o no al trabajador, escapando la defensa del empleo del mero voluntarismo del trabajador. Quizás por ello la legislación de desempleo se conformó con que la improcedencia fuera acordada en conciliación, quedando la exigencia de impugnación en un acto testimonial.

Es de todos conocido, hasta tal punto que ya pertenece al lenguaje coloquial de trabajadores y empresarios, que un porcentaje elevadísimo de despidos pactados como improcedentes en la conciliación administrativa, encubren ceses voluntarios (incentivados) o extinciones impuestas e, incluso, que con esta

fórmula se enmascaran regulaciones de empleo atípicas, donde la protección por desempleo constituye un elemento más a ofrecer en el paquete incentivador.

1.2. *La necesidad de cambio*

Todo lo anterior no es sino una mínima aproximación al estado actual de la cuestión, que exige un cambio de rumbo tendente a poner fin a toda esta parodia que en algunos casos implica un desproporcionado gasto en actuaciones administrativas, inspectoras y judiciales, que debe sumarse al ya elevado de la protección misma.

Quizás el cambio de rumbo debería ser algo más profundo y replantearse la exigencia de la involuntariedad en sí misma considerada. Para ello es necesario dar respuesta a un interrogante básico: ¿quedaría desvirtuado el sentido y finalidad de la protección por desempleo en el esquema del Sistema de la Seguridad Social?

Dentro de los posibles modelos de protección, el nuestro restringe su ámbito a aquellos que «pudiendo y queriendo trabajar pierden su empleo...». El objeto básico de la protección es, por tanto, la situación de necesidad en que se encuentra quien pierde el empleo y con él las rentas salariales. La situación es, en consecuencia, idéntica cualquiera que sea la causa motivadora de la pérdida del empleo, al ser un condicionante impuesto para que «el querer trabajar» constituya, primero, la defensa o la lucha por mantener el puesto de trabajo existente.

Aun manteniendo lo razonable del criterio, la cuestión es que su utilización ha generado situaciones de fraude, aceptadas o no de antemano, y ha sido propiciatoria de una conflictividad desproporcionada. Ello exige buscar otras soluciones que aporten un mayor grado de racionalidad.

1.3. Propuesta alternativa

Desde esta óptica podría apuntarse como posible vía racionalizadora la utilización más frecuente de los períodos de espera, baremando el tiempo del mismo en función de la causa motivadora de la situación de desempleo. El período de espera no sólo sustituiría a la involuntariedad, de forma que toda pérdida de empleo implicaría la condición de beneficiario, sino que podría cumplir una multiplicidad de funciones, entre ellas, las siguientes:

—Primero, su imposición no rompería los criterios básicos de la protección contributiva, en el sentido de que con él ni se niega ni se compensa la protección, sino que simplemente modula su nacimiento.

—Segundo, la interposición de un tiempo de espera desincentivaría, probablemente, las conductas fraudulentas.

—Tercero, un período interpuesto sin protección posiblemente genere una incentivación en la búsqueda de empleo.

—Y cuarto, reduciría sustancialmente la excesiva litigiosidad existente hoy.

Como apuntábamos, el período de espera tiene otra importante ventaja, a saber, que permite su adaptación a cada supuesto, desde la pérdida voluntaria hasta el despido imprevisto, aceptando la incorporación de variados parámetros para su fijación, entre ellos, la indemnización recibida por la extinción del contrato, la tipología de los contratos que se han sucedido en el tiempo (indefinido-temporal, temporal-temporal...), la causa de la extinción, etc.

Con todo se trata de un planteamiento revisor provocado por el actual estado de la cuestión y susceptible de reflexiones adicionales.

2. La prestación por desempleo y las medidas de fomento del empleo

Dos parámetros han sido siempre objeto de controversia, a saber, el gasto en la protección del desempleado o el gasto en la incentivación de su contratación.

Es necesario proteger a quienes pierden el empleo; es necesario, también, incentivar la contratación como medida de fomento del empleo; y aun ambos criterios pueden hacerse coincidir para fomentar individualmente el empleo de cada desempleado.

En efecto, la simbiosis de ambos elementos puede ser una fórmula razonable de fomento. El criterio podría ser el siguiente: el empresario que contrate a un trabajador desempleado podrá beneficiarse, total o parcialmente, del gasto que aquél generaría en prestaciones y cotizaciones. El beneficio se obtendría en forma de bonificaciones sobre las cotizaciones, estando éstas en función del tiempo de contratación. Si tenemos en cuenta que un desempleado puede percibir, aproximadamente, entre 60.000 y 130.000 pesetas mensuales, más el coste de la cotización a la seguridad social, la medida incentivadora puede ser extraordinariamente importante. No se trata, como es lógico, de obtener contrataciones baratas o casi gratuitas, sino de incentivar la contratación, reorientando el gasto. Sin duda, una política de estas características exige importantes mecanismos de control.

Finalmente, alguna reflexión general sobre las fórmulas incentivadoras. Durante tiempo los mecanismos incentivadores de la contratación han utilizado de forma sucesiva los siguientes elementos: primero fueron las bonificaciones a las cotizaciones de la seguridad social y, después, las indemnizaciones por contrato. Unas fueron excesivamente caras y otras, las actuales indemnizaciones, escasamente incentivadoras.

Sin duda la fórmula más incentivadora es la que hace sentir al empresario, mes a mes, la reducción en el coste del factor trabajo. Sin embargo, la función incentivadora ni tiene que durar siempre, ni tiene que tener siempre la misma intensidad. En este sentido, las altas bonificaciones durante largo tiempo —o durante toda la vida del contrato—, son desmesuradas y pierden su valor originario; de igual forma las indemnizaciones se consumen, se agotan, en el acto de su concesión y, por tanto, se olvidan inmediatamente.

Una fórmula reorientativa —casi de política comercial—, sería la siguiente: vincular la contratación a bonificaciones altas, temporales y decrecientes. Existente la necesidad de contratar, la medida provoca la máxima atracción, generando un importante beneficio inmediato que se mantiene en el tiempo sucesivo. Pero una vez pasado el primer año, el incentivo pierde paulatinamente su función y, por tanto, puede empezar a decrecer hasta llegar a su desaparición total en un tiempo prudencial.

Se trata, en definitiva, de buscar fórmulas agresivas de incentivación, siendo, al tiempo, escrupulosos y cuidadosos con los fondos públicos que se utilizan para ello.

Si las reformas en la jubilación pasan, como veremos, por alargar el tiempo activo y/o por compatibilizar total o parcialmente la pensión y el trabajo, el fomento del empleo adquiere una importancia añadida, que exige esfuerzos en su coste e imaginación en su diseño.

3. El desempleo y otras contingencias: una relación equivocada

Como se ha dicho al inicio de este trabajo, existen algunos supuestos especiales cuya regulación particular debe ser replanteada, tanto desde su función protectora, como desde el

gasto exigible, buscando, en todo caso, una mayor racionalidad en su ordenación. En este orden se analizarán las relaciones posibles entre el desempleo, la incapacidad temporal y la maternidad.

3.1. La incapacidad temporal y el desempleo

Se suele decir que pasan *ex lege* a la situación de desempleados los trabajadores cuyo contrato se extinga hallándose en incapacidad temporal, siempre que efectivamente estén en situación legal de desempleo, esto es, que la causa de la extinción esté comprendida en los supuestos del artículo 208 de la LSS y, acredite el resto de los requisitos exigidos, como se desprende del contenido del artículo 222.1 de la propia LSS. Estos extremos debilitan la clásica concepción de desempleados *ex lege* hasta prácticamente hacerla desaparecer. Y ello, porque al extinguirse la incapacidad temporal, el trabajador estará en las mismas condiciones que cualquier otro, con respecto a la protección por desempleo.

Determinada la situación legal, conviene detenerse en alguno de sus elementos característicos.

En primer lugar, es necesario destacar la lógica conceptual del artículo 222.1, al establecer que el trabajador en tal situación seguirá percibiendo las prestaciones de incapacidad temporal hasta su extinción, conforme a las reglas propias de la contingencia. La lógica está en que, si bien el trabajador es desempleado desde el mismo momento en que se produce la extinción de su contrato, lo es sólo de forma potencial, ya que al faltarle, por definición, la «capacidad para trabajar» no quedaría inmerso en el concepto legal de desempleado (art. 203.1), de ahí que la contingencia protectora no sea la propia de su condición de parado, sino la de su condición de incapacitado temporal.

Cosa distinta es el tratamiento independiente que el artículo 222.1 otorga a ambas contingencias (incapacidad temporal-desempleo), cuando se producen por este orden cronológico, al especificar que «no se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo el tiempo que hubiese permanecido en situación de incapacidad temporal». Aquí la lógica conceptual se desvanece.

En efecto, es sobradamente conocido que el subsidio de incapacidad temporal constituye una prestación sustitutoria del salario (o de las rentas profesionales), de ahí que el trabajador tenga que estar en alta (en activo) o en situación asimilada a la de alta. Pero ¿qué situaciones pueden ser asimiladas en esta contingencia?, la respuesta es clara, a saber, únicamente «el desempleo involuntario total y subsidiado» (art. 4.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967), y ello porque fuera de tal situación «no existen rentas de sustitución».

Si el razonamiento anterior es correcto y lo trasladamos a la situación que nos ocupa, la consecuencia sería la siguiente: desde que se extingue el contrato hasta que se inicia la independiente protección por desempleo, el trabajador está percibiendo prestaciones sustitutorias de «nada», ya que el «salario suspendido» dejó de existir definitivamente.

La contradicción se salvaría rompiendo con la independencia de las contingencias, esto es, que el tiempo de incapacidad temporal se deduzca del tiempo acreditado de protección por desempleo o, en su caso, se extienda tan sólo hasta agotar el tiempo acreditado. De esta forma, la prestación por incapacidad temporal sería sustitutoria de algo, a saber, de las prestaciones por desempleo.

Todo lo anterior implica que la prestación económica por incapacidad temporal debería cesar en el momento en que se extingue el

contrato de trabajo, salvo que el trabajador tuviera derecho a la protección por desempleo.

Tal afirmación nos conduciría, además, a matizar el contenido del núm. 2 del artículo 222 de la LSS, en el sentido de que la incapacidad temporal nacida durante la vigencia de la prestación por desempleo, tan sólo tendría la duración subsidiada que le permitiera el desempleo pendiente de disfrutar, lo contrario, esto es, el disfrute de la prestación por incapacidad temporal hasta su expiración natural, superado el tiempo acreditado de desempleo, nos conduciría al mismo supuesto que ya se ha analizado.

Con todo hay que decir que el legislador ha sido en parte consecuente con una concepción imperante, aunque errónea a mi juicio, a saber: los elementos conceptuales de la contingencia de incapacidad temporal deben acreditarse en el momento del hecho causante, sin importar si aquéllos se mantienen o no en el tiempo, lo que se traduce en una desnaturalización de la contingencia basada en una extremada relación de independencia entre la relación laboral y la de seguridad social.

Desde otra perspectiva menos jurídica, aunque también importante, hay que afirmar que la actual regulación es un claro ofrecimiento al fraude en dos fases. Tanto en la finalización del contrato temporal, como en el agotamiento de la prestación por desempleo, y ello en base a que, en la primera fase, la prestación de incapacidad temporal se puede percibir de forma independiente de la prestación por desempleo e, incluso, aunque no se tuviera derecho a esta última, y en la segunda fase, se puede mantener la protección (a través de la incapacidad temporal) más allá del tiempo acreditado de desempleo.

3.2. El desempleo y la maternidad

La configuración de la maternidad como contingencia independiente ha provocado la necesidad de especificar las relaciones entre ésta y la protección por desempleo. En este orden la disposición final tercera de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, establece que las reglas de coordinación previstas en el artículo 222 de la LSS son aplicables a las relaciones entre la maternidad y el desempleo.

Ya hemos puesto de manifiesto los criterios legales y de *lege ferenda* que el precepto referido proporciona. Por tanto, las críticas efectuadas deberían, en principio, extenderse a las relaciones entre la maternidad y el desempleo.

A pesar de lo anterior, entendemos que ni los criterios que proporciona el art. 222 de la LSS, ni los aportados de *lege ferenda*, son aplicables a la maternidad. Esta debería tener un tratamiento singular que pivote sobre el bien jurídico objeto de protección, despojándola de

cualquier similitud con la incapacidad y donde, lógicamente, no tiene cabida las medidas anti-fraude.

3.3. A modo de recapitulación

La protección por desempleo no sólo reclama una reordenación de sus estructuras protectoras, sino de sus relaciones con otras de las contingencias que configuran el Sistema. Los mecanismos de protección deben ordenarse evitando prestaciones inadecuadas o superfluas, evitando o, al menos, no favoreciendo el fraude legal y, en definitiva, optimizando los recursos disponibles.

La aproximación realizada pone de manifiesto las múltiples imperfecciones técnicas de la actual protección, la poca efectividad de su consolidada configuración y la facilidad con que alberga conductas fraudulentas. Todo ello exige, al menos, recapitular sobre otras ordenaciones posibles.

III. LA PRESENCIA DEL RIESGO ORIGINARIO EN LA PROTECCION DE LAS CONTINGENCIAS DE INCAPACIDAD, INVALIDEZ Y MUERTE

I. Del mundo de los principios al de las realidades

Conviene recordar que dos de los principios inspiradores de nuestro moderno Sistema de Seguridad Social, recogidos en la Ley de Bases de 1963, son el de «la conjunta consideración de las contingencias protegidas» y el de «la uniformidad de las prestaciones». Ambos se constituyeron, al menos técnicamente, tanto en pilares del Sistema, como en elementos característicos o definitorios del modelo de seguridad social por el que entonces se optó.

Sin embargo, ambos principios, lejos de consolidarse en la articulación legal del Sistema, aparecieron más bien, como líneas de tendencia a desarrollar en un proceso lento, no ajeno a dificultades de variada índole que se reproducirían con criterios similares en otros sistemas semejantes al nuestro.

Ciertamente la Ley de Bases evitó deliberadamente, como reconoció en su exposición de motivos, la noción de riesgo, que sustituye por la de situaciones o contingencias delimitadas en sus Bases, para de esta forma «conseguir, en la medida de lo posible, la uniformidad de las prestaciones ante un mismo evento». A pesar de ello, la propia Ley reconoció que, «la conjunta consideración... es una tendencia a la que *ab initio* se la reconocen posibles quiebras y excepciones...» (E.M.,16 y II.2). En similares términos lo reconoció la doctrina de la época, al afirmar que «al descender el legislador de la regulación de los grandes y generales principios a la ordenación técnica concreta, se ha

ido aceptando la quiebra de la conjunta consideración de las contingencias protegidas».

Conviene recordar, como con acierto lo hizo la doctrina en su momento, que la idea de la Ley de Bases no fue «el cambio de la noción de riesgo por la de contingencia, sino la conjunta consideración de éstas para conseguir, en la medida de lo posible, la uniformidad de las prestaciones ante un mismo evento». También se dijo, y hoy se mantiene, que tampoco la Ley pretendió, al referirse al abandono del riesgo, la asunción de los postulados del «estado de necesidad», salvo que éste se utilice teniendo en cuenta que la seguridad social presume la necesidad por el mero hecho del acaecimiento del riesgo.

Después de treinta años, podemos decir que la Ley de Bases incorporó una confusión terminológica que todavía hoy arrastramos y a la que se le ha querido dar connotaciones desmesuradas y ficticias al tamizar el Sistema por el modelo constitucional que, con carácter más o menos abierto y flexible, recoge el art. 41 de la Constitución. Y es que pretender la superación de la presencia del riesgo en la ordenación de nuestra Seguridad Social es tanto como ignorar su ordenación legal. Pero, además, su reconocimiento, por otro lado evidente, ni añade ni quita nada —y menos en forma peyorativa— a la ubicación constitucional del nivel o modelo de protección profesional-contributivo.

Cosa distinta es que la presencia del riesgo lleve implícita la quiebra del principio de la «conjunta consideración de las contingencias protegidas». También podemos decir, treinta años después, que el referido principio no sólo no se ha consolidado, sino que en más de una ocasión ha invertido su trayectoria, esto es, el origen de la contingencia ha sido utilizado, consciente o inconscientemente, como elemento de distanciamiento en los niveles de protección. Hasta tal punto esto es así que,

con algún matiz, podemos afirmar que los únicos logros conseguidos fueron los incorporados por la LSS (1966) y por la LFP (1972), que fueron las normas de articulación y reajuste de la Ley de Bases. Y es que, en términos generales, la evolución de nuestro Sistema, lejos de tender a considerar conjuntamente todos los riesgos y sus prestaciones, ha vuelto a la consideración aislada de cada riesgo, aunque con cobertura muy amplia para todos ellos. Quizás el momento histórico y la necesidad de reformas profundas que el Sistema exige sean propicios para retomar una «tendencia» todavía hoy defendible.

Podemos decir que la máxima y única expresión del principio de la «conjunta consideración de las situaciones o contingencias protegidas», se encuentra en la concepción de cada una de las contingencias. En efecto, desde una perspectiva conceptual, cada una de ellas se define superando la noción de riesgo. Sin embargo, dicho esto, hay que añadir que la aplicación del referido principio comienza y termina en las estructuras conceptuales.

2. La presencia del riesgo en la ordenación actual

Ciertamente el riesgo tiene una presencia constante, que va desde las reglas de aseguramiento, cotización, recaudación, imputación de responsabilidad... hasta las de ordenación jurídica de cada contingencia. Pero aún más, consciente de su importancia, el legislador ubica la noción de cada uno de ellos (accidente de trabajo, enfermedad profesional, accidente no laboral y enfermedad común) entre las que podrían denominarse normas generales del Régimen General (T.II de la LSS).

En efecto, la calificación del riesgo actualizado, como común o profesional, abre o cierra la aplicación de regímenes jurídicos absolutamente dispares. Sin perjuicio de las reglas es-

pecíficas existentes para la enfermedad profesional, el carácter laboral o común del accidente o la enfermedad marca o incorpora diferencias en las siguientes materias:

- Los requisitos de acceso a la protección
- El nacimiento de la protección
- La determinación de la base reguladora
- La cuantificación de la prestación
- La aplicación del principio de automatización
- La existencia de prestaciones diferentes...

Estas y otras importantes diferencias se repiten en la ordenación de la incapacidad temporal, la invalidez permanente y la muerte y supervivencia, lo que da una idea del impacto que el riesgo originario tiene en la estructura protectora de las contingencias referidas, de lo que ha derivado y deriva una importante conflictividad.

3. El riesgo y la cuantificación de las prestaciones

De todas las peculiaridades que impone el riesgo causante, nos ocuparemos tan sólo de las que cuantifican las prestaciones, retomando con ello el viejo y olvidado principio de «uniformidad de las prestaciones». Y ello, sin perjuicio de que otros elementos diferenciales sean estudiados en epígrafes distintos, especialmente los referidos a la invalidez y a la muerte y supervivencia.

En la determinación de las prestaciones dos son los elementos que incorpora el riesgo originario, a saber: la determinación del módulo de cálculo y su promedio durante mayor o

menor espacio de tiempo. Analicemos cada uno de ellos.

El módulo de cálculo en las contingencias (incapacidad temporal, invalidez permanente y las derivadas de muerte y supervivencia), originadas por riesgos comunes, está formado por la base de cotización por riesgos comunes. Sin embargo, cuando la contingencia es originada por riesgos profesionales, el módulo de cálculo de la prestación queda constituido por los salarios reales, con incorporación de las cantidades percibidas (o que se pudieron percibir) en concepto de horas extraordinarias, y ello sin perjuicio de las importantes peculiaridades previstas para la enfermedad profesional.

El distinto criterio utilizado en el parámetro referido ya impone una diferencia sustancial en la fijación de los elementos que cuantifican las prestaciones.

Con ser importante lo anterior, mayor incidencia tiene el segundo elemento anunciado, esto es, el promedio temporal al que se refiere el módulo de cálculo. Así, cuando la contingencia es de origen común, la base del cálculo refiere al mes anterior a la baja en el trabajo (incapacidad temporal) o a un número variable de años, que puede alcanzar los últimos 8 años (invalidez permanente) o los últimos dos años (muerte o supervivencia). Sin embargo, en los riesgos profesionales, el módulo de cálculo refiere al mes anterior a la baja con incorporación del promedio de los percibidos por horas extraordinarias en el año anterior (incapacidad temporal) o a los salarios del mes anterior a la baja elevados a cómputo anual (invalidez permanente y muerte y supervivencia).

Ante los diferentes parámetros que impone el riesgo originario, la cuantificación de las prestaciones en cada contingencia es completamente distinta, bien un promedio variable de las bases de cotización, bien los salarios reales,

incluido lo percibido por horas extraordinarias, inmediatamente anteriores a la actualización del riesgo profesional.

Con estas reflexiones no pretendo replantear el interrogante histórico nunca resuelto, a saber, la justificación o no de la distinta protección de las contingencias en función del riesgo originario. El planteamiento es mucho más sencillo, y pasa por determinar si el coste del aseguramiento de los riesgos profesionales, que es a cargo exclusivo del empresario, está calculado para otorgar el tipo de prestaciones existentes con sus peculiaridades no económicas.

Aunque éste no es el lugar, ni el autor de este trabajo la persona adecuada, para realizar un estudio económico-financiero que dé respuesta a la pregunta anunciada, sí podemos plantear algún elemento de reflexión. Y es que, aunque la respuesta al interrogante fuera negativa, existen múltiples razones para justificar el coste «social» de la protección.

Si se acepta que el riesgo profesional debe recibir una especial y mayor protección que el riesgo común, la pregunta es la siguiente: ¿debe ser soportado por el Sistema o existen otras fórmulas alternativas?

4. Una propuesta alternativa

A nuestro juicio el Sistema debe soportar la especial protección que exige el riesgo profesional, dado el alto nivel de «socialización del riesgo profesional» alcanzado por nuestro Sistema. Pero en modo alguno tiene por qué soportar una superprotección económica. La comunidad tiene que conocer, proteger y financiar la especialidad del riesgo profesional (protección completa desde el primer día de trabajo, no exigencia de períodos carenciales...), pero NO es exigible que la protección económica sea, sin más y por definición, supe-

rior a la que se otorga al jubilado o al enfermo común.

Si aceptado lo anterior, cabe ahora preguntarse sobre las alternativas posibles, siempre que entendamos que, a pesar de todo, el riesgo profesional merece una mayor protección económica.

A modo de propuesta, podríamos plantearnos la siguiente:

La mayor protección económica podría residenciarse en la negociación colectiva, esto es,

utilizando el mecanismo de las mejoras voluntarias. Ciertamente que el coste de las mismas correría a cargo exclusivo del empresario, pero posiblemente este incremento de coste quedaría amortiguado por «el coste social» de la protección básica. Y ello sin perjuicio de que el riesgo profesional es originado y generado por el trabajo mismo. Con todo, el procedimiento parece más razonable y, además, permitiría, si así es pactado, la elección de las situaciones objeto de mejora, dando mayor relevancia o ponderando, en definitiva, diferenciando los supuestos de «ocasionalidad» y los de «causalidad».

IV. ASPECTOS CRITICOS EN LA REGULACION DE LAS PENSIONES

En este epígrafe referido a las pensiones, se realizará una aproximación a aquellos criterios de ordenación jurídica que exigen ser replanteados. Igualmente se pondrá de manifiesto las contradicciones y desajustes existentes en su regulación actual. En ambos casos se planteará, al menos como objeto de reflexión, soluciones o fórmulas alternativas.

Las pensiones que van a constituir el objeto de reflexión, serán las siguientes: las de invalidez permanente, jubilación y las de muerte y supervivencia. Salvo estas últimas, todas ellas han sido objeto de sucesivas e importantes reformas parciales, incorporadas básicamente al Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social (LSS).

I. La invalidez permanente

Los elementos conceptuales, el modelo de clasificación y la estructura prestacional de la invalidez permanente, delimitan el conjunto de elementos que van a ser objeto de reflexión, con el doble objetivo anunciado, a saber: replantear la validez del modelo de calificación y protección en sí mismos, y determinar qué mecanismos de protección deberían, en todo caso, ser objeto de revisión.

I.1. *Concepto y grados: el sistema de calificación profesional*

De los distintos criterios básicos que los Sistemas de protección Social utilizan para enfrentarse a la evaluación de los daños producidos por la actualización del riesgo, nuestro ordenamiento optó históricamente por el de carácter profesional, que utiliza como paráme-

tro la incidencia de las lesiones sobre la capacidad para el trabajo.

Aunque no existe ningún sistema plenamente satisfactorio, el criterio de «profesionalidad» de la incapacidad es, desde hace tiempo, objeto de crítica, en el sentido de que debe atenderse más bien a la capacidad residual genérica, y no a la específica previa del trabajador, que con el paso del tiempo tiende a hacerse irrelevante.

En base al criterio apuntado, el artículo 1.434.1 de la LSS establece un concepto genérico de invalidez permanente, apoyado en dos tipos de caracteres, a saber: unos referidos a las lesiones, que han de ser clínicamente objetivables y previsiblemente definitivas, y otros referidos a la incidencia de las lesiones sobre la capacidad laboral del individuo, en el sentido de que aquéllas «disminuyan o anulen» ésta.

El carácter permanente o definitivo de la lesión, otorga rigidez a su estructura y exige la ordenación de largos períodos de tratamiento encuadrables en la contingencia previa a la invalidez permanente, esto es, en la incapacidad temporal. Ello puede motivar un efecto distorsionante en la estructuración de ambas contingencias. En efecto, la caracterización existente, provoca, de un lado, que la incapacidad temporal tenga, necesariamente, que tener una larga duración (en la actualidad y tras la supresión de la invalidez provisional, puede alcanzar los treinta meses) y, de otro, que las lesiones invalidantes deban alcanzar un alto grado de consolidación, lo que minimiza las funciones de la «revisión», consustanciales de la invalidez misma.

Posiblemente una relación más flexible entre temporalidad y permanencia y, por tanto, una revitalización de los instrumentos revisorios, racionalizarían la estructura protectora, dando mayor agilidad a ambas contingencias.

En cualquier caso, parece razonable que la invalidez tenga un importante componente de provisionalidad, de forma que adquieran protagonismo especial las medidas rehabilitadoras y recuperadoras, siempre defendidas y nunca aplicadas plenamente en nuestro ordenamiento, y es que aquéllas, al final, producen mayores beneficios y generan menores gastos que el simple reconocimiento de pensiones.

Por lo que se refiere a los efectos de las lesiones sobre la capacidad laboral del trabajador, es necesario destacar que la distinta y posible intensidad de una sobre otra forzó que nuestro ordenamiento estructurara aquélla con una ordenación «gradualista» de carácter profesional, donde adquiere especial importancia la referencia a la profesión habitual. Sistema que, aunque consolidado en nuestra legislación, no es común en el Derecho comparado, donde la solución más frecuente es la graduación porcentual de la incapacidad.

Con este criterio, la regulación de la invalidez permanente distingue los siguientes grados (art. 137 de la LSS):

– invalidez parcial para la profesión habitual cuando, sin alcanzar el grado de total, las lesiones padecidas ocasionen al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 de su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

– invalidez total para la profesión habitual, cuando las lesiones padecidas inhabiliten al trabajador para la realización de todas o las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

– invalidez absoluta para todo trabajo, cuando las lesiones inhabiliten por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

Junto a estos grados básicos, la LSS prevé la existencia de dos «subgrados» adicionales que no responden a criterios de calificación profesional, a saber, la invalidez total calificada y la gran invalidez. Así, el artículo 139.2 somete el carácter calificado de la invalidez, a razones de edad, falta de preparación general o específica, circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, que hagan presumir la dificultad de obtener empleo en actividad distinta y compatible con su estado. Por su parte el artículo 137.6 exige para la declaración de gran inválido, la necesidad de asistencia de otra persona para la realización de los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer y análogos.

Finalmente, y aunque no constituyen grado alguno de invalidez, la LSS prevé las denominadas «lesiones permanentes no invalidantes», cuando el riesgo originario es accidente de trabajo o enfermedad profesional.

De lo expuesto se desprende claramente la importancia de la profesión en la relación entre lesión y capacidad laboral. Sin embargo, como intentaré poner de manifiesto, el sistema no sólo es peculiarísimo, sino que ofrece innumerables inconvenientes, al tiempo que, en función de la estructura prestacional, convierte a la invalidez en contingencia receptora de muchas de las expulsiones del mercado de trabajo.

1.2. *La invalidez y la profesión habitual*

Como hemos visto la invalidez referida a la profesión habitual, se ordena en dos grados distintos, denominados parcial y total.

El grado de invalidez que siempre ha recibido mayores críticas y que, incluso, ha llegado a estar en trámite de supresión, es la invalidez parcial. Las razones son múltiples y van desde las dificultades en la calificación (reducción del

33% del rendimiento), hasta su estructura prestacional indemnizatoria.

La peculiar incidencia de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador hace que la calificación de la invalidez parcial sea más teórica que real. A ello se une su carácter no invalidante, en el sentido de que las lesiones no impiden, aunque dificulten, el desarrollo de la profesión habitual. La difícil separación entre la «mayor dificultad» y la «imposibilidad» en el ejercicio de la profesión habitual, hacen de la invalidez parcial, un grado con escasa consistencia.

Precisamente el efecto no incapacitante provoca que la estructura prestacional tenga carácter indemnizatorio. En efecto, no se trata de proteger ningún estado de necesidad delimitado, sino, en su caso, de compensar una mayor dificultad en la prestación de la actividad. Pero estos mecanismos indemnizatorios, son impropios en la estructura estacional de los sistemas de protección social. Se trata más bien de mecanismos heredados y no revisados, con clara influencia de los caracteres de ordenación del seguro privado.

Esto último es igualmente aplicable a las denominadas «lesiones permanentes no invalidantes» (LSS, art. 150), donde las mutilaciones y deformaciones no constitutivas de ningún grado de invalidez, son indemnizables conforme al baremo contenido en la Orden de 5 de abril de 1974. No es razonable que la influencia de los mecanismos indemnizatorios de las primeras normas de accidentes de trabajo, continúe en la actualidad.

¿Qué estado de necesidad, medido por un incremento de gastos o/y una disminución de ingresos, cubren las indemnizaciones referidas?

La respuesta parece clara y la conclusión evidente, a saber, ambas prestaciones deben ser suprimidas de la estructura protectora.

Sin duda, el grado estrella, por su singularidad, es la invalidez permanente total para la profesión habitual. Este grado viene caracterizado, tanto por la imposibilidad de realizar las funciones básicas de su profesión con un mínimo de seguridad y eficacia, como por la posibilidad de ejercitar otras actividades profesionales distintas y compatibles con su estado.

Es en este grado donde la profesión habitual adquiere su mayor protagonismo. En efecto, desde su concepción, se partió de la brillante idea de que una misma lesión puede provocar efectos radicalmente distintos en función, precisamente, de la profesión del trabajador. Sin embargo, el paso del tiempo ha demostrado que, aun cierto lo anterior, no justifica el carácter profesional de la calificación.

Desde la perspectiva de la calificación, la vinculación del efecto incapacitante con la profesión habitual, tan sólo adquiere relevancia cuando la profesión es extremadamente singular en su enmarque y contenido, de forma que sea realmente apreciable la imposibilidad de realizar el «cometido esencial de la profesión». Sin embargo, cuando el contenido de la profesión es de amplio espectro (agricultor, economista, abogado, autónomo, administrativo, técnico, contable, investigador...), la referencia a la profesión es inoperante. En todos estos supuestos o no existe ningún grado de invalidez, en el sentido de que las lesiones no impiden la total prestación profesional aunque disminuyan la capacidad laboral del trabajador, o la invalidez va más allá de la profesión habitual, con lo que se confunde con la invalidez para toda profesión u oficio.

Estas dificultades han sido salvadas por la jurisprudencia de una forma ciertamente artificiosa, justificando la calificación de la invalidez total, con la posibilidad de que el inválido pueda realizar otros trabajos livianos o sedentarios. Ciertamente es que el inválido total puede gozar de una teórica capacidad laboral residual,

que le permita realizar trabajos suaves o sedentarios que no requieran un esfuerzo especial. Pero no hay que olvidar que el más elemental de aquéllos exige una asistencia diaria al lugar de empleo, la permanencia en él durante toda la jornada, estar en condiciones de consumir las tareas con la diligencia y eficacia exigibles, en una estructura organizada y disciplinada... Todo ello pone de manifiesto que los criterios utilizados por la jurisprudencia constituyen más bien una abstracción teórica sobre la capacidad residual del inválido total, de difícil acoplamiento en la estructura de la calificación profesional.

Sin perjuicio de los problemas planteados y no resueltos, lo cierto es que el sistema de calificación profesional pronto mostró sus insuficiencias, exigiendo la incorporación de un subgrado, la invalidez total cualificada, que incorporara criterios de calificación distintos a los estrictamente profesionales. Sabido es que la razón última fue evitar un uso indebido de la invalidez absoluta, pero con ello se puso de manifiesto la insuficiencia del modelo.

Finalmente, el sistema también plantea el problema de la acumulación de invalideces totales para distintas profesiones. La solución no es sencilla, y el efecto último puede derivar, bien en una injustificada superprotección, bien en lo contrario, cuando a pesar del conjunto de lesiones no se alcance el grado de absoluta por existir una teórica capacidad residual.

Desde la perspectiva prestacional, la seguridad social compensa, tanto la pérdida del empleo, como la imposibilidad de volver –salvo en los supuestos de mejoría– a ejercitar la profesión a la que habitualmente se dedicaba el trabajador. Aquí, la profesión adquiere necesariamente especial relevancia. La compensación económica de carácter vitalicio, tiene justificación, si la invalidez va referida a la profesión con mayúsculas, esto es, a la actividad a la que el trabajador refirió su formación teó-

rica y práctica. Fuera de esta estructura la pensión vitalicia carece de justificación, si no es en un sistema de calificación distinto. La invalidez referida a cualquier ocupación temporal, esporádica o ajena a la profesión habitual del trabajador, elimina o, al menos, disminuye la *ratio* prestacional.

Siempre existieron dificultades para determinar qué debe entenderse por «profesión habitual», a pesar de que ésta constituye el punto de referencia central para la calificación de la invalidez. Ante ellas, el legislador optó por soluciones prácticas, a saber: en los casos de accidente de trabajo o común, la ejercitada normalmente al tiempo de sufrirlo y, en los casos de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador se dedicaba fundamentalmente durante los doce meses anteriores (LSS, art. 138.2 y OI, art. 11.2).

Quizás en 1967 el legislador entendió que lo común era que el trabajador se dedicara al ejercicio de su profesión habitual y lo excepcional lo contrario. En todo caso, era necesario cubrir el supuesto excepcional, para lo cual había que optar entre referir la invalidez a la profesión habitual, fuera o no ésta la ejercitada, o a la última normalmente desarrollada, que podría ser la habitual u otra distinta.

El sistema siempre ofreció importantes dificultades, pero éstas se han visto acrecentadas en los últimos años y se verán aún más ante la situación actual y futura del mercado de trabajo.

El resultado final es que se están otorgando pensiones vitalicias (y compatibles con salarios generados por el ejercicio de profesiones compatibles) para profesiones no habituales, para profesiones de contenido no delimitado o para actividades extraordinariamente específicas dentro de profesiones de contenido amplio, en definitiva generando una protección posiblemente inadecuada y excesiva. Por el con-

trario, el mismo sistema puede provocar, y de hecho provoca, una insuficiencia protectora cuando la capacidad residual del inválido total es más bien teórica y abstracta, negándole con ello el acceso a la invalidez absoluta.

1.3. *Recapitulación*

A modo de conclusión se puede afirmar que el sistema de calificación profesional de la invalidez plantea innumerables problemas que afectan a su contenido esencial, lo que justifica la necesidad de replantearse, al menos, su validez y operatividad. En este orden sería posible el tránsito a un sistema mixto, basado en la valoración de la capacidad residual del individuo, donde pueda ser debidamente ponderado el efecto sobre la profesión habitual del trabajador.

En todo caso, y sin perjuicio de lo anterior, el modelo exige medidas de racionalización, dada la importancia creciente de la invalidez en el conjunto de pensiones del Sistema. Alguna de estas medidas podrían ser las siguientes:

- a) La supresión de las lesiones permanentes no invalidantes y de la invalidez permanente parcial
- b) Propiciar una mayor flexibilidad a los criterios de temporalidad y permanencia.
- c) Potenciar la provisionalidad de la invalidez mediante prestaciones recuperadoras y rehabilitadoras.
- d) Potenciar los programas de orientación y formación profesional.
- e) Controlar la evolución de las lesiones y su efecto incapacitante, mediante los mecanismos revisorios oportunos.

f) Modular la pensión en función de los salarios compatibles que se perciban, o de los ingresos procedentes del mantenimiento de la titularidad del negocio (en los trabajadores autónomos) o de la actividad (trabajadores agrarios y del mar), garantizando, en su caso, un mínimo de pensión.

g) Establecer pensiones temporales en función de las posibilidades de readaptación del trabajador, lo que también dependerá de la profesión para la que se declare la invalidez.

h) Anular o disminuir el efecto del riesgo (común o profesional) en la determinación de la pensión, de forma que no sea el sistema contributivo el que soporte la especialidad del riesgo. Ello podría efectuarse mediante la reforma y adaptación de la cobertura de los riesgos profesionales o potenciando, como vimos, la compensación del riesgo profesional a través de las mejoras voluntarias a cargo del empresario.

i) Posibilitar la conversión de la invalidez en jubilación.

j) Revisar el régimen de incompatibilidades de la invalidez absoluta, de forma que la protección máxima (100 por 100) lleve implícita, salvo reducción de la pensión, la incompatibilidad total con el ejercicio de actividades lucrativas, en el sector público o privado.

2. **La jubilación**

De todos los riesgos cubiertos por la seguridad social consistentes en defectos de rentas, el más importante, con mucho, es el de vejez. Y ello porque se trata de una contingencia caracterizada por la frecuencia de su ocurrencia, al constituir el término previsible y normal de la vida profesional del individuo. Característica agravada por el progresivo aumento de la edad media de la población, de lo que deriva el cre-

ciente disfrute temporal de la pensión, incrementada con las correspondientes revalorizaciones periódicas. A ello todavía habría que añadir el coste de las pensiones derivadas, en la medida en que la media de vida de la mujer es superior a la del hombre, coste añadido que tiene una especial consideración. En efecto, si la mujer no generó pensión de jubilación por sí misma, un mismo tiempo de cotización, el del causante, genera dos tipos de prestaciones diversas, la de jubilación y la de supervivencia; y si la mujer generó pensión de jubilación, ésta es compatible y, por tanto, acumulativa a la de viudedad, más las que corresponderían al resto de los beneficiarios supervivientes (huérfanos y otros familiares dependientes del causante).

La importancia de los parámetros que rodean a la jubilación, nos exige el replantamiento de su estructura protectora, con criterios restrictivos, detectando y aislando aquellas situaciones que provoquen desajustes injustificados con repercusión económica.

2.1. *La edad de jubilación*

La edad de jubilación se ha convertido en un concepto cíclicamente revisado y en continua experimentación, sobre el que inciden una multiplicidad de variantes. Por un lado, los efectos de la crisis económica y del paro creciente, y por otro, los problemas actuales y futuros de financiación de los sistemas de pensiones. Todos ellos hacen oscilar la relación dominante entre política de empleo y política de pensiones, sin que se haya llegado a un punto de equilibrio.

Aunque el acceso a la jubilación viene caracterizado, como regla general, por el cese en el trabajo al cumplir una determinada edad, el ordenamiento jurídico abre un abanico de posibilidades de acceso, donde la reducción de la edad aparece como elemento diferencial, bien por razones de política de empleo, bien

por la peligrosidad de los trabajos previamente realizados, bien por el reconocimiento de derechos históricos.

Respetando las edades de jubilación anticipada por la realización de trabajos peligrosos o insalubres, cuya justificación interna es del todo razonable, se hace necesaria la revisión tanto de la edad general de acceso a la jubilación, como de aquellas otras edades que pivotan sobre razones de política de empleo o que respetan derechos históricos.

2.1.1. *La edad general de acceso a la jubilación*

No cabe duda que en los tiempos actuales la fijación de la edad general de jubilación debe efectuarse teniendo en cuenta la perspectiva de vida de los ciudadanos. Y ello porque con la financiación histórica y con la actual, los Sistemas de Seguridad Social no pueden soportar el pago de pensiones, suficientes y revalorizadas, durante tan largos períodos de tiempo. Por dar algún dato ilustrativo, se puede decir que la esperanza media de vida en los países de la Unión Europea, en 1992, para los varones con 60 años era de 12,8 años y para las mujeres con igual edad, de 19,4 años. En España, para el mismo año y edad, la esperanza es superior: para los varones de 13,3 años y para las mujeres de 20,3 años (fuente: Eurostat, 1993)

Los datos reflejados justifican el razonamiento inicial. Cierto es que la esperanza de vida es un concepto dependiente de múltiples factores, entre ellos los recursos dedicados a la sanidad y a la investigación sobre ella, y que, por tanto, es susceptible de variaciones relativamente importantes. A pesar de ello, la situación actual y las perspectivas a medio plazo, indican que las expectativas se mantendrán con escasas variaciones. Pero incluso en caso contrario, la edad de jubilación es un concepto siempre revisable y adaptable.

De lo dicho se desprende la necesidad, razonable, de elevar la edad de jubilación, buscando una mayor ponderación con la esperanza de vida de la población. Incluso aunque ello pueda significar el sacrificio de una generación en favor de otras, sobre todo si estas «otras generaciones» son las llamadas a soportar «la revolución de los mercados de trabajo» en que las sociedades occidentales están inmersas. La fijación de la nueva edad (o las nuevas edades) de jubilación debe ir precedida de los estudios actuariales y demográficos correspondientes. Puestos a aventurar, con carácter meramente orientativo, aquélla podría estar entre los 68 y 70 años.

2.1.2. *La edad de jubilación y las medidas de fomento del empleo*

Desde hace tiempo (RD-L 14/1981 y especialmente RD 1194/1985), la edad de jubilación ha sido utilizada como punto de referencia para ordenar políticas de fomento del empleo. Estas políticas, aunque extraordinariamente costosas para la Seguridad Social, tenían una finalidad defendible, razonable y sobre todo solidaria, a saber, soportar el coste de la jubilación temprana a cambio de la sustitución del trabajador jubilado por otro en situación de desempleo.

El resultado de estas políticas ha sido nefasto, ya que con ellas lo que se ha propiciado ha sido la amortización de puestos de trabajo financiada por la Seguridad Social.

El fracaso de estas medidas de fomento, en la mayoría de los países que las utilizaron, entre ellos España, obliga a replantearse la validez de las existentes.

En nuestro ordenamiento existen tres tipos de medidas, a saber: la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo, la jubilación a los

64 años como medida de fomento del empleo y la jubilación parcial anticipada.

A) *La jubilación forzosa*

Nuestro Sistema parte de la voluntariedad en el acceso a la jubilación, salvo que, en aplicación de la disposición adicional quinta del ET, se hubiera pactado como forzosa en los convenios colectivos. El Tribunal Constitucional aceptó tal posibilidad en numerosas sentencias (58/1985, de 30-IV, y 95/1985, de 29-VII, entre otras), siempre que (se interpretó en aplicación de la TCO de 2 de julio de 1981) no se amortizaran los puestos de trabajo y se garantizara que el tránsito de la situación de activo a pasivo fuera pensionado. Sin embargo, la no amortización de los puestos de trabajo es una condición que ni es exigida ni es controlada. De ello se deriva, que la jubilación forzosa no se está utilizando en la forma en que se autorizó, esto es, como medida de fomento del empleo, donde el sacrificio individual del trabajador que se jubila forzosa y anticipadamente (la edad generalmente pactada es la de 64 años), se justifica por el acceso al empleo de los trabajadores desempleados.

De todo ello se deduce que, si no se garantiza la permanencia del volumen de empleo de los jubilados forzosos con contratos de igual naturaleza, desde nuestra perspectiva deben ser SUPRIMIDAS las jubilaciones forzosas pactadas en convenio colectivo. Y ello porque si no es a cambio del mantenimiento de contratos de igual naturaleza (por ejemplo, si el del jubilado es a tiempo completo y por tiempo indefinido, éste es el que debe mantenerse o a lo más transformarse en varios a tiempo parcial e igualmente por tiempo indefinido), el Sistema no puede asumir el doble coste que la medida implica, a saber: el pago de pensiones anticipada —respecto del momento en que voluntariamente se hubiera accedido a ella— y la ausencia de las cotizaciones.

B) Jubilaciones anticipadas a los 64 años

Desde el RD 1194/1985, de 17-VII, existe la posibilidad de rebajar la edad de jubilación a los 64 años, cuando en virtud de convenio o acuerdo, el empresario sustituya simultáneamente al trabajador jubilado por un trabajador desempleado, con un contrato de cualquier naturaleza (excepto tiempo parcial y eventuales) y con una duración mínima de un año.

La jubilación así pactada deja de ser voluntaria para convertirse en forzosa, lo que provoca, como en el supuesto anterior, que la seguridad social deje de percibir las cotizaciones del trabajador y comience anticipadamente a pagar la pensión de jubilación con sus revalorizaciones. A cambio el empresario podrá amortizar el puesto de trabajo, tras haber contratado a un trabajador desempleado durante un año, con cualquier modalidad contractual y con cualquier salario. Es evidente que el coste de un año de trabajo es absolutamente desproporcionado e insostenible, tanto más si al coste de la pensión le sumamos las cotizaciones que se dejan de percibir y el desempleo a pagar después del año de contratación.

Es claro que tanto en las jubilaciones forzosas como en las anticipadas a los 64 años, la seguridad social soporta el rejuvenecimiento de las plantillas de las empresas, pero el coste es socialmente soportable si implica el mantenimiento del volumen de empleo y, por tanto, el acceso al mismo de trabajadores desempleados. Si el resultado es la amortización del puesto de trabajo, la medida es socialmente reprochable.

La conclusión no puede ser otra que la supresión de este tipo de medidas, salvo que se exija y se controle la sustitución del jubilado con contrato de igual naturaleza, o se eleve considerablemente la duración (entre tres años y cinco años) del contrato de sustitución.

C) La jubilación parcial anticipada

Su régimen está previsto en los artículos 12.4 del ET y 166 de la LSS. Estas normas posibilitan la conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial, que se complementa con una pensión de jubilación parcial (al cubrir sólo la parte de jornada liberada) y anticipada (al producirse antes de los 65 años), siempre que la ocupación de la jornada liberada se efectúe a través de la contratación a tiempo parcial de un trabajador desempleado. La medida puede pactarse entre los 62 y 65 años.

La medida tiene una finalidad evidente de fomento del empleo hasta el punto de que el contrato a tiempo parcial del trabajador desempleado se denomina «relevo». Ello parece indicar que se pretende el relevo del trabajador que se jubila, proporcionando un tiempo prudencial de acoplamiento (hasta tres años). Sin embargo, nada más lejos de la realidad que posibilitan las normas. En efecto, al alcanzar la edad de 65 años, el jubilado parcial accede a la jubilación plena y con ello se permite la extinción del contrato de relevo. En definitiva, la medida de fomento del empleo ha sido financiada por la seguridad social a un coste elevadísimo, cifrado con los siguientes parámetros:

- La jubilación pasa de ser voluntaria a ser obligatoria al cumplir los 65 años, con ello se precipita la jubilación.

- Durante la jubilación parcial, el jubilado lo es a efecto de las prestaciones farmacéuticas, lo que significa gratuidad total.

- A efecto de la pensión definitiva, las cotizaciones efectuadas durante el tiempo de contrato a tiempo parcial-jubilación parcial se incrementan en un 100 por 100.

- Y finalmente, el trabajo a tiempo parcial se considera como tiempo completo a la hora

de determinar la pensión de jubilación definitiva.

Parece evidente la desproporcionalidad existente entre el resultado obtenido y el coste soportado por el Sistema. Por tanto, la conclusión no puede ser otra que, bien la supresión de la medida, o bien el mantenimiento del contrato de relevo con ampliación de la jornada, o bien el mantenimiento del contrato de relevo y la incorporación de otro trabajador desempleado al contrato a tiempo parcial que libera el jubilado.

* * *

A modo de conclusión, se puede afirmar que resulta urgente la supresión o la modificación en los términos vistos de las medidas de fomento analizadas, ya que éstas producen la incorporación continua de nuevos jubilados forzosos con edades anticipadas, generando un gasto añadido que el Sistema no puede permitirse.

2.1.3. *La edad de jubilación y las reconversiones formales e informales*

Otra de las cuestiones que debe analizarse con rigurosidad es la utilización de las jubilaciones tempranas, como forma no (o menos) traumática de afrontar los procesos de reconversión o las reestructuraciones de plantillas.

Nuestro ordenamiento ofrece una escasísima regulación de la materia, permitiendo con cierta «ligereza», jubilaciones a partir de los 60 años, en supuestos de reconversiones formales, informales o en programas de promoción industrial.

La materia exige un tratamiento monográfico, por lo que aquí únicamente pretendemos hacer una llamada de atención, con la finalidad de que la materia pueda ser replanteada en la

órbita de un programa de racionalización completa de la jubilación. Y ello, porque no es razonable endurecer —aunque sea mediante la racionalización— las estructuras generales y al tiempo, utilizar la jubilación (o la invalidez) para suavizar reestructuraciones de plantillas.

2.1.4. *Las jubilaciones anticipadas como derecho histórico*

Desde los años cincuenta existe la posibilidad de jubilarse anticipadamente a partir de los 60 años, con reducción proporcional de la pensión (un 8% por cada año de anticipación). Este derecho histórico de quienes pertenecieron al Mutualismo Laboral ha sido respetado por las sucesivas Leyes de Seguridad Social y, hoy, se encuentra recogido en la disposición transitoria tercera de la LSS y en la disposición transitoria novena de la Orden de 18 de enero de 1967.

Parece razonable que el Sistema prevea la posibilidad de jubilaciones anticipadas, siendo el coste de la anticipación a cargo del beneficiario. Sin embargo, estas medidas deben estar en perfecta armonía con la estructura general de la jubilación, con el fin de evitar derivaciones.

En la actualidad, la norma está teniendo una utilización muy particular centrada en los siguientes supuestos:

— La ausencia de un régimen de prejubilaciones está provocando que este tipo de jubilación se constituya en la salida obligada e impuesta a los desempleados asistenciales mayores de 52 años.

— También esta jubilación es utilizada e impuesta como fórmula en reestructuraciones de plantillas y en las reconversiones formales e informales.

—Y, finalmente, la jubilación anticipada se presenta como fórmula de escape, una vez alcanzado el límite máximo de pensión existente en el Sistema.

Se podría decir que fuera de estos supuestos, la utilización de la norma, como derecho... es escasamente significativa.

Dado que ya se ha hecho referencia a los dos primeros supuestos, me detendré en el último.

Como se sabe, desde 1984 las pensiones del Sistema están limitadas en su cuantía; y esta cuantía mantiene una diferencia aproximada con el tope máximo de la base de cotización de cien mil pesetas mensuales. Pues bien, el trabajador que cotiza por el tope máximo y está próximo al 100 por 100 de la pensión, encuentra que su pensión está topada a partir de los 62 ó 63 años, en el sentido de que sus cotizaciones ya no van a incrementar su pensión. La salida es, por tanto, acudir a la jubilación anticipada, ya que el coeficiente reductor por la edad disminuirá su pensión hasta el límite general. De ello se deriva que, a partir de la referida edad no compensa, en un planteamiento individual, seguir cotizando a la seguridad social.

Este planteamiento admite todavía fórmulas más complejas. Cuando se alcanza el tope de pensión y los sucesivos años de cotización no repercuten en ella, se está consolidando la fórmula de transformación acordada (entre trabajador y empresario) de la relación laboral, destinándose el defecto de cotizaciones que provoca a un «producto financiero» más rentable.

Todas estas posibilidades que la realidad ofrece, aconseja el replanteamiento de las jubilaciones anticipadas con criterios más acordes a la estructura protectora de la jubilación. Nuevamente el Sistema no se puede permitir

otorgar pensiones del 100 por 100 a edades inferiores a la general y, menos aún, permitir la salida fraudulenta de cotizaciones.

2.2. *Requisitos generales de acceso y cálculo de las pensiones*

Los requisitos generales de acceso a la protección (afiliación, alta o situación asimilada y período mínimo de cotización) no ofrecen especiales inconvenientes, aunque exigen algunos comentarios.

Como es conocido desde 1985, la LSS dispensa del cumplimiento del requisito del «alta o situación asimilada», con endurecimiento de los requisitos de acceso. La medida, sumamente razonable, incorporó a la protección a quienes, por razones varias, no pudieran estar en «alta o situación asimilada» al llegar el momento de la jubilación. Sin embargo, como hemos visto, esta posibilidad puede permitir la «salida» premeditada del Sistema cuando en función de las cotizaciones se prevé que la pensión ha alcanzado el tope máximo, buscando con ello, que las cotizaciones no ingresadas mediante «artificios» produzcan un mayor rendimiento individual. Lo que supone una clara vulneración del principio de reparto.

Otro de los requisitos de acceso a la jubilación queda fijado en el cumplimiento de un período mínimo de cotización, acreditable a lo largo de toda la vida laboral del trabajador. En la actualidad este período es de 15 años.

Aunque el período es razonable, todavía admite algún incremento, sobre todo si se eleva la edad de jubilación. La materia exige cálculos que no pueden ser afrontados en este trabajo. Sin embargo, teniendo en cuenta que la edad mínima de acceso al trabajo es de 16 años, que la edad de incorporación puede, en función de los estudios medios y superiores, retrasarse hasta los 20 ó 24 años, y previendo

las dificultades de acceso al trabajo y la movilidad y disfunciones del mercado laboral, quizás el período mínimo de cotización pueda oscilar entre los 15 años y los 20 años.

Tema importante es el siguiente. Las únicas cotizaciones válidas han de ser las efectuadas en períodos de «alta» en la seguridad social. Con ello se pretende evitar la «compra de pensiones», sobre todo en los trabajadores por cuenta propia. En todo caso, esta práctica tiene otra solución, de efectos más universales, a saber: la elevación del período de prescripción de las cotizaciones al menos a 10 años. De esta forma la exigencia de estar al corriente de las cotizaciones y la posibilidad de reclamar al menos 10 años de las debidas, frenaría la posibilidad que tienen los autónomos de «comprar pensiones privadas a precios públicos».

Por lo que se refiere a la cuantificación de la pensión, el centro de las reflexiones está en la determinación de la base reguladora, que constituye la base de cálculo de la pensión.

En la actualidad, la base reguladora se determina promediando las bases de cotización de los últimos ocho años, con actualización de los primeros seis años. Desde distintos sectores, se ha venido demandando la necesidad de elevar el número de años a promediar, con la finalidad de buscar una mayor aproximación entre los salarios de cotización del trabajador y la pensión de jubilación.

Entendemos que a mayor número de años menor será la pensión con lo que la elevación del período de referencia debe ser ponderado. En otro caso, el Sistema perderá su carácter profesional-contributivo, tendiendo a otorgar pensiones mínimas o demasiado alejadas de las rentas de sustitución. El principio de *proximidad relativa* entre salarios, cotizaciones y prestaciones, nunca debe perderse, pues en otro caso

habría que ir a un sistema de financiación por impuestos.

Posiblemente, el problema que se debe afrontar con mayor rigor es el imponente volumen de fraude existente, que se centra en elevar, con connivencia entre empresarios y trabajadores, de forma paulatina y progresiva las cotizaciones de los últimos años de la vida laboral, esto es, los utilizados para calcular la pensión de jubilación. Ciertamente la LSS prevé que tales incrementos no serán utilizados para el cálculo de la base reguladora de la pensión (art. 162), pero aun así, los incrementos fraudulentos se producen, como pone de manifiesto la jurisprudencia existente. Ello quiere decir que la regla de la LSS es insuficiente.

Una elevación considerable (15 años, por ejemplo) del período de cálculo disminuiría el efecto de las conductas fraudulentas e, incluso, el fraude mismo, sin embargo el efecto general sería desproporcionado.

Quizás la solución más razonable pase por una vía intermedia. Elevar ponderadamente el período de referencia (a 10 años, por ejemplo), incrementar los mecanismos de control (alguna campaña de actuación de la Inspección) y endurecer de forma efectiva el aparato sancionador.

En todo caso, elevado o no el período de referencia para el cálculo de la pensión, es necesario incrementar el plazo de prescripción de las cotizaciones, pues el desajuste actual (8 y 5 años) ya plantea problemas cuando el empresario incumplió con la obligación de cotizar.

2.3. Régimen de incompatibilidades

Sea cual sea la tendencia sobre el régimen de incompatibilidades entre la jubilación y el trabajo, lo cierto es que en la regulación actual

existen importantes desajustes entre los distintos Sistemas de protección social.

En la LSS los criterios de incompatibilidad son absolutamente rígidos: la pensión es incompatible con el trabajo por cuenta propia o ajena, con el desempeño de cualquier profesión u oficio en cualesquiera de las Administraciones Públicas o con la condición de alto cargo (LSS, art. 165).

Una aplicación particular de esta regla refiere a los trabajadores por cuenta propia, ya que, como no podía ser de otra forma, la pensión de jubilación (y las de invalidez) es compatible con las funciones inherentes a la titularidad del negocio o de la explotación. La norma, aunque inevitable, exige importantes mecanismos de control que eviten, que trabajo personal y directo se confunda o quede inmerso en las labores directivas, y de ello derive la compatibilidad de hecho entre la pensión y el trabajo. Quizás, la exigencia «del alta» del continuador en la actividad fuera, inicialmente, un mecanismo razonable.

También las reglas de incompatibilidad se flexibilizan cuando el trabajo del pensionista no provoca el alta en alguno de los regímenes del Sistema, así, por ejemplo, con el ejercicio de profesiones liberales no incorporadas al Sistema. La situación es poco razonable y se vuelve contra la tolerancia histórica que mantuvo —y mantiene— la seguridad social con aquellos colectivos, permitiendo su excepcional pervivencia independiente.

Finalmente la incompatibilidad se suaviza considerablemente y, de forma injustificada, en el Sistema de Clases Pasivas del Estado, dado que aquella incompatibilidad refiere tan sólo «al desempeño de un puesto de trabajo en el sector público» (art. 33 del RD Legislativo 670/1987, de 30-IV).

Como puede apreciarse las reglas de incompatibilidad o son completamente desiguales o admiten matices de efecto dulcificador.

El criterio a utilizar pasa por determinar primero si el régimen de incompatibilidades es totalmente apropiado, y ello porque la regla es excepcional en el conjunto de ordenamientos de la Unión Europea.

Cierto es que la compatibilidad pensión-trabajo, permite aligerar el coste de las pensiones, bien imponiendo reducciones a éstas, bien imponiendo una cotización completa, bien ambas cosas. Sin embargo, es necesario destacar el efecto que la combinación de medidas de esta naturaleza (elevación de la edad y compatibilidad pensión-trabajo) puede tener sobre «las posibilidades de acceso al empleo» de las nuevas generaciones de activos.

La solución posiblemente esté en la ponderación de las medidas y en la búsqueda de fórmulas eficaces de fomento del empleo.

3. La protección por muerte y supervivencia

Sin lugar a dudas la estructura de la protección por muerte y supervivencia es la que exige mayores reformas, e incluso un cambio sustancial de orientación. Sin que exista razón aparente, esta parcela del Sistema ha permanecido prácticamente inmóvil desde 1966. Aun así, las escasas modificaciones, que no reformas, han venido propiciadas bien, por decisiones forzadas del Tribunal Constitucional (en materia de igualdad entre el viudo y la viuda, bien por normas ajenas a la seguridad social (la reforma del Código Civil en materia de matrimonio). Pero ni siquiera éstas han forzado la reforma de la estructura y del contenido protector.

Como resulta evidente, la estructura de la protección está completamente desactualizada, provocando situaciones de superprotección o de infraprotección, manteniendo prestaciones insignificantes o mecanismos indemnizatorios impropios, confundiendo y entremezclando criterios contributivos y no contributivos... y así un largo etcétera.

Ante esta situación, analizaremos el sistema de protección al hilo de las posibles orientaciones de futuro. Con ello, no se pretende ofrecer una alternativa acabada, sino simplemente pautas para un cambio de orientación.

3.1. *Las pensiones de viudedad*

Las pensiones en favor del cónyuge superviviente podrían tener carácter temporal o definitivo, dependiendo de la edad del beneficiario y/o de su situación de activo (o de las posibilidades de reincorporación al mercado de trabajo) y/o del volumen de ingresos de cualquier naturaleza. Incluso la pensión temporal puede ser objeto de distintas modulaciones. En la actualidad la pensión es siempre vitalicia para el hombre y para la mujer, cualquiera que sea su edad, condición laboral y volumen de rentas. Bien entendido que con las reglas propuestas no se pretende asistencializar la protección contributiva, sino utilizar criterios para baremar su carácter temporal o definitivo y la duración, en su caso.

La pensión ha de ser suficiente, aproximarse a la pérdida de rentas provocada con la muerte del causante. Ello implicaría que únicamente sería compatible con el trabajo en los supuestos temporales, entendidos como tiempo de adaptación. En la actualidad, la pensión de viudedad es en sí misma insuficiente (45% de la base reguladora) y, al tiempo, es la única prestación del Sistema compatible con todo, rentas del trabajo y sustitutorias de éstas.

Estos mecanismos de insuficiencia protectora y compatibilidad son poco razonables. El beneficiario, primero o siempre, se encuentra desprotegido y después, con el trabajo u otras pensiones, superprotegido. Parece necesaria la incorporación de elementos de equilibrio, que reorienten los mecanismos de protección.

Es necesario, también, igualar las causas de extinción. Hoy, la pensión se extingue por matrimonio, pero NO por convivencia de hecho, según interpretación poco afortunada del Tribunal Supremo. Si seguimos las pautas que para las pensiones establece el Código Civil, la regla extintiva debe incorporar ambos supuestos.

En los supuestos de separación o divorcio, la condición de beneficiario debe quedar supe-ditada a la pérdida de pensión alimenticia por la muerte del causante, manteniéndose los criterios de pensión temporal o definitiva. En la actualidad basta con haber sido cónyuge legítimo, sin tener en consideración si participaba o no de las rentas del causante, que es el presupuesto esencial de la protección.

En los supuestos referidos deben suprimirse los criterios de reparto y potenciar la protección suficiente temporal o definitiva, endureciendo, si acaso, las causas extintivas. Hoy, si hay varios beneficiarios, la protección consiste en distribuir el 45 por 100 entre ellos, en función del tiempo de convivencia, sin garantía de mínimos para cada beneficiario. El efecto es, sin duda, la total insuficiencia de la protección, aunque con prestaciones compatible con todo.

3.2. *Las pensiones de orfandad*

Las pensiones temporales en favor de los hijos del causante, tienen un límite de edad (18 años) que, razonablemente podría ser objeto de revisión al alza o, en su caso, de prórroga,

según las rentas familiares. Hoy la existencia de una edad rígida y de unas pensiones insuficientes, provoca que los menos afortunados (económicamente) vean precipitados sus estudios y lanzados prematuramente (sin estudios concluidos, sin profesión, sin práctica...) al mercado de trabajo.

La pensión de orfandad debe completar la de viudedad, pero partiendo de la suficiencia de ésta. En la actualidad, es al revés, la posible suficiencia temporal (hasta los 18 años de los huérfanos) de la pensión de viudedad se alcanza mediante las de orfandad (45 por 100 + 3 huérfanos al 20 por 100).

Debe mantenerse el concepto pensionable de huérfano absoluto, incrementándose la pensión de orfandad con la de viudedad, aunque, como hemos dicho, con algún mecanismo de prórroga temporal, en función de la situación del huérfano.

3.3. Pensiones en favor de familiares

La LSS prevé también pensiones temporales y vitalicias, a favor de una serie de familiares del causante, siempre que convivieran con éste y a sus expensas durante dos años y/o carezcan de medios de subsistencia.

Los familiares recibirán pensiones de igual cuantía que las de orfandad y pueden incrementarse con la de viudedad cuando no exista cónyuge supérstite y huérfanos.

La protección es de carácter claramente asistencial y, por tanto, de dudosa ubicación en la estructura contributiva del Sistema. Sin embargo goza de las ventajas de éste, escapando de la medición de recursos en función de la unidad familiar de convivencia y del mantenimiento del «estado de necesidad», pudiendo ser, además, sus pensiones superiores a las de carácter no contributivo.

Todos estos elementos, justifican la necesaria reordenación de este tipo de protección. A estos efectos, parece razonable que el camino a seguir pase por habilitar mecanismos de protección no contributiva. Quizás la única excepción sería la de los familiares dedicados al cuidado del causante, cuando no exista cónyuge y con los mismos criterios que vimos para éste.

3.4. Las indemnizaciones y el riesgo profesional

Cuando la muerte del causante es originada por accidente de trabajo o enfermedad profesional, la LSS prevé en su artículo 177, un sistema indemnizatorio a favor del cónyuge sobreviviente y de los huérfanos y, en su defecto, de los padres.

Ya se hizo referencia al escaso sentido que tienen estos mecanismos indemnizatorios, más propios del seguro privado que del seguro social. También dijimos que la protección complementaria de los riesgos profesionales, si aceptada su existencia, deba ser residenciada en la órbita de las mejoras voluntarias a cargo del empresario.

En estos casos, además, la indemnización no añade causa justificativa distinta a las generales que avalan la protección de los supervivientes. De forma que el carácter profesional del riesgo es su única *ratio*.

Tales reflexiones justifican por sí mismas el criterio a seguir en orden a suprimir las referidas indemnizaciones, tanto en la actual estructura protectora como en su futura ordenación.

3.5. El auxilio por defunción

Consiste esta prestación en una supuesta ayuda que recibe con carácter inmediato el be-

neficiario para hacer frente a los gastos del sepelio. Sin embargo, su insignificante cuantía (5.000 pesetas), ridiculiza su función.

Ante la situación actual, sólo caben dos soluciones, o actualizar la cuantía de la prestación, o suprimirla.

3.6. *A modo de conclusión*

La protección por muerte y supervivencia reclama, desde hace tiempo, una completa

reordenación, basada en criterios de suficiencia y acomodada a la realidad actual. En este orden, la reorientación exigida podría ser efectuada en el ámbito de la protección a la familia, ya que son sus componentes y en su ámbito, los que padecen el estado de necesidad provocado por la pérdida de rentas que origina la muerte del causante.

Replanteada o no la orientación protectora, lo cierto es que el sistema actual ofrece una estructura protectora insostenible, que provoca importantes gastos y ofrece simples ayudas.

La financiación de las pensiones y prestaciones por desempleo es una de las áreas problemáticas más importantes de la sociedad actual. Con el convencimiento de que la sociedad española necesita conocer y debatir las propuestas de modernización posibles, la Fundación BBV reunió en octubre de 1993 a un grupo de expertos para que profundizaran en las distintas perspectivas que el problema de la inactividad laboral ofrece a medio plazo.

En el proyecto han intervenido 36 economistas, profesionales y especialistas de otras disciplinas, que produjeron 15 investigaciones, a partir de las cuales se elaboró el libro «Pensiones y prestaciones por desempleo». La Fundación BBV ofrece en este Documento una de estas investigaciones, *Aspectos jurídicos de las prestaciones: El desempleo y las pensiones*, que se estructura metodológicamente en tres bloques, referidos al desempleo (con especial referencia a las medidas de fomento del empleo), al impacto del riesgo originario en la ordenación de la protección (riesgos profesionales y comunes) y a las pensiones (invalidez, jubilación y muerte y supervivencia). La reflexión crítica, que caracteriza el estudio, va siempre acompañada del ofrecimiento de modelos o soluciones alternativas que sirvan como punto de referencia.



FUNDACION BBV

Gran Vía, 12 - 48001 BILBAO
Alcalá, 16 - 28014 MADRID