

Capítulo XVII

Personas mayores*

1. FUENTES

1.1. ANTECEDENTES

En el período comprendido entre 1917 y 1923 comienza a configurarse el llamado Retiro Obrero, fijándose así, por primera vez, las bases de un sistema obligatorio de jubilación en España. No es hasta la II República, sin embargo, cuando la protección a la vejez adquiere rango constitucional, tanto en el ámbito de las pensiones de jubilación, como en el de la asistencia a personas mayores. Así, el artículo 46 de la Constitución republicana señala que la legislación social de la República «regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidentes, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte»; y el artículo 43 establece que «el Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, protección a la maternidad y a la infancia»¹. En 1939, durante el Régimen de Franco, se regularon una serie de seguros sociales que protegían distintas situaciones, contándose entre ellas la vejez (Ley de 1 de septiembre de 1939). Con posterioridad hubo algunos intentos de unificar los diferentes seguros sociales en un sistema de Seguridad Social, objetivo que realmente no cuajó hasta la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963 y su Texto Articulado de 27 de abril de 1966, antecedente más directo de nuestra vigente legislación sobre Seguridad Social.

1.2. TEXTO CONSTITUCIONAL

1.2.1. El proceso constituyente

De acuerdo con el artículo 50 CE, «Los poderes públicos garantizarán,

* Por Juan Manuel HERREROS LÓPEZ.

1. Téngase en cuenta el modo imperativo en el que son utilizados los verbos por el Constituyente de la II República.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio».

La dicción literal del precepto transcrito manifiesta que estamos ante mandatos dirigidos a los poderes públicos que, como analizaremos más adelante, constituyen verdaderos derechos sociales. El término «derecho» se explicitó de hecho en los trabajos constituyentes de elaboración del artículo 50 CE, y, concretamente, en el artículo 43 del Anteproyecto Constitucional (BOCG de 5 de enero de 1978), que se pronunciaba en estos términos: «los poderes públicos garantizarán el derecho de los ciudadanos que alcancen la tercera edad a una estabilidad económica mediante pensiones adecuadas y a una asistencia especial».

El Informe de la Ponencia (BOCG de 17 de abril de 1978) modificó la anterior redacción, tras ser aprobada la Enmienda n° 35, presentada por el diputado señor De la Fuente. A resultas de la misma, el artículo 46 del Informe contenía una redacción prácticamente idéntica a la definitiva del actual artículo 50 CE: «Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas la suficiencia económica a los ciudadanos que alcancen la tercera edad. Asimismo y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio».

El Informe de la Ponencia suprimió el término «derecho», lo que no significa que del mandato dirigido a los poderes públicos no se derive un derecho subjetivo de las personas de la tercera edad. Por otra parte, el mismo Informe sustituyó la garantía de «estabilidad económica» por la de «suficiencia económica» (expresión a nuestro entender algo más satisfactoria), una garantía que se refuerza con el mandato de actualización periódica de las pensiones. El Informe distingue, finalmente, entre el mandato de garantizar la suficiencia económica a través de un sistema de pensiones, y el mandato de promover el bienestar mediante servicios concretos que atiendan necesidades específicas (salud, vivienda, cultura y ocio). Esta diferenciación sirvió, como veremos más adelante, para precisar en modo más debido las diferentes prestaciones, y para, como analizaremos igualmente más abajo, distinguir también el grado de exigencia y vinculación de ambos mandatos.

El Dictamen de la Comisión del Congreso de los Diputados (BOCG de 1 de julio de 1978) mantuvo el mismo texto del Informe de la Ponencia,

corroborado también por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG* de 24 de julio de 1978). El Dictamen de la Comisión del Senado introdujo en cambio una pequeña modificación (ya con la numeración de art. 50), sustituyendo la expresión «que alcance la tercera edad» por «durante la tercera edad», sin duda más afortunada. El Pleno del Senado (*BOCG* de 13 de octubre de 1978) mantuvo esa misma numeración y texto, y la Comisión Mixta Congreso-Senado (*BOCG* de 28 de octubre de 1978) aprobó como texto definitivo este mismo proveniente del Pleno del Senado.

1.2.2. Interpretación constitucional del artículo 50 CE

Dos son los mandatos dirigidos a los poderes públicos en el artículo 50 CE. De un lado, el mantenimiento de un sistema de pensiones que garantice la suficiencia económica de los mayores. De otro, el mantenimiento de un sistema de servicios sociales que atienda sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio. La consideración conjunta de los dos mandatos contenidos en el artículo 50 CE permite afirmar que la Constitución provee una protección integral de la vejez, pues no sólo se asegura una prestación económica sustitutiva del salario, sino que complementa la suficiencia económica con la provisión de toda una serie de servicios que persiguen el bienestar general de los mayores². No obstante esa protección integral, de ambos mandatos constitucionales se derivan sendos derechos diferentes, no sólo en su contenido, sino también en su grado de vinculación para los poderes públicos. A lo largo de este trabajo nos centraremos exclusivamente en el primero de los mandatos del artículo 50 CE: la garantía de suficiencia económica de los mayores.

Los dos mandatos contenidos en el artículo 50 CE se incardinan dentro de los llamados derechos de prestación, la mayoría de los cuales se reconoce en nuestro Texto Constitucional bajo la rúbrica «de los principios rectores de la política social y económica» (arts. 39 a 52 CE). Sin entrar aquí en el análisis sobre la eficacia jurídica de estos derechos, realizado por lo demás en un capítulo previo (sobre todo, *supra*, III, 1.2), sí conviene recordar que su plena e inmediata satisfacción no siempre es posible en términos materiales. La actuación prestacional que se requiere de los poderes públicos³ puede estar más condicionada y limitada por las posibilidades económicas del Es-

-
2. En este mismo sentido puede verse, p. ej., SEMPERE NAVARRO y OTROS, 2005, pp. 254-255, y GOÑI SEIN, 2009, p. 1125.
 3. Como bien señala PRIETO SANCHÍS (2000, p. 19), «los derechos civiles y políticos son concebibles sin Estado, sin necesidad de instituciones sociales que los definan [...], mientras que los económicos, sociales y culturales ni siquiera pueden ser pensados sin alguna forma de organización política».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tado⁴, que por la voluntad política de los poderes implicados. Los recursos económicos del Estado son limitados y escasos por definición, y parece claro que ni siquiera en los períodos de mayor bonanza económica es factible una plena e idónea satisfacción de todas las prestaciones sociales derivadas del Texto Constitucional.

Más allá de las posibilidades económicas del Estado para satisfacer derechos de prestación, es importante señalar que no todos ellos exigen una misma actuación del legislador y del resto de poderes públicos. La importancia y esencialidad de los bienes protegidos por cada uno de ellos debe determinar el grado en el que el legislador viene urgido a su desarrollo, así como el alcance del mismo. Esto ocurre precisamente en el caso de los derechos que se deducen de los dos mandatos que el artículo 50 CE dirige a los poderes públicos. La formulación utilizada por el Constituyente para cada uno de ellos es sustancialmente distinta, por lo que también es distinto su grado de vinculación para los poderes públicos.

El tenor literal del primero de los mandatos del artículo 50 CE ordena «garantizar» la suficiencia económica de las personas de la tercera edad, mientras que el segundo ordena «promover» el bienestar de esas mismas personas a través de un sistema de servicios sociales. El mandato de garantizar expresa un deber indisponible e inaplazable de mantener un sistema de pensiones por jubilación. En cambio, el mandato de promover un sistema de servicios sociales que atienda a los problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio de los mayores no parece presentar, atendiendo a la redacción utilizada, el mismo grado de exigibilidad perentoria, lo que permite interpretar que los poderes públicos disponen aquí de una mayor discrecionalidad en el cumplimiento de dicho mandato. Los verbos utilizados por el Constituyente son ilustrativos. Garantizar y promover son verbos que tienen significados distintos (por mucho que pudieran encontrarse algunas sinonimias) y, por ello mismo, denotan actuaciones y resultados también distintos. Garantizar es asegurar, ofrecer fijeza o certeza de algo. Promover, por contra, es iniciar o impulsar un proceso, tomar la iniciativa para llevarlo a cabo y procurar su consecución, sin asegurar necesariamente un concreto

4. Nos parece muy interesante la matización que a estos efectos introduce ALEXY (2000, p. 77), cuando dice que el Estado, en su papel prestacional y redistribuidor de la riqueza, no dispone exactamente de «los bienes distribuibles existentes, sino esencialmente de aquello que el Estado puede tomar de los propietarios de estos bienes para fines distributivos sin lesionar sus derechos fundamentales». Es decir, el Estado sólo dispone de los bienes obtenidos, básicamente, a través de la tributación, que, a su vez, tiene su limitación en el respeto, al menos en su contenido esencial, de derechos fundamentales como la propiedad privada.

resultado. Estamos ciertamente ante significados diferentes y, en el caso que nos ocupa, ante mandatos igualmente diferentes.

Centrándonos en la garantía de unas pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, entendemos que este deber implica, inequívocamente, fijar con carácter obligatorio cantidades económicas que permitan una vida digna a las personas mayores, con el necesario incremento periódico de las mismas acorde, cuando menos, a la subida del índice de precios al consumo. Del primer inciso del artículo 50 CE no caben, pues, interpretaciones vacilantes y ambiguas como las que se contienen en la STC 134/1987, que en un exceso de objetivación de las necesidades atendidas en el artículo 50 CE declaró que «el concepto de "pensión adecuada" no puede considerarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que se pueda prescindir de las circunstancias sociales y económicas de cada momento y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales. Lo mismo cabe decir de la garantía de actualización periódica, que no supone obligatoriamente el incremento anual de todas las pensiones»⁵.

Lo que no cabe en caso alguno es dejar de desarrollar lo ordenado en el artículo 50 CE. Conviene recordar en este punto que nuestro Tribunal Constitucional abrió la posibilidad de un control de inconstitucionalidad por omisión cuando el desarrollo de alguno de los principios rectores de la política social y económica esté relacionado con la satisfacción de derechos fundamentales, y particularmente con el principio de igualdad del artículo 14 CE⁶. En este supuesto cabe situar precisamente la conformación de un sistema de pensiones que garantice la suficiencia económica de los mayores, pues en caso contrario estas personas quedarían en una situación de desigualdad socio-económica.

Por otro lado, el hecho de que la literalidad del artículo 50 CE invoque más un deber de los poderes públicos que un derecho subjetivo de las personas no implica que las personas mayores no sean titulares de un derecho a los bienes constitucionales expresados en este precepto⁷. Debe advertirse que el Constituyente no mantuvo un especial rigor técnico-jurídico en la redacción de los derechos sociales, siendo así que, por ejemplo, no se aprecian razones fundadas para pensar que sí existe un derecho a la protección de la salud o un derecho a vivienda digna y adecuada (reconocidos respectiva-

5. STC 134/1987, FJ. 5.

6. STC 45/1989, FJ. 4.

7. Sobre esta cuestión véase ESCOBAR ROCA, 2005, pp. 43-44.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

mente en la literalidad de los arts. 43 y 47 CE), y no en el caso que nos ocupa del artículo 50 CE, o en el caso del mandato de mantener un sistema de Seguridad Social establecido en el artículo 41 CE, con el que debe ponerse en relación el propio artículo 50 en una correcta interpretación sistemática. El Tribunal Constitucional se ha venido refiriendo indistintamente a un deber de los poderes públicos y a un derecho de los ciudadanos, si bien es cierto que al referirse al mismo lo hace sin la necesaria contundencia, y aclarando que «el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél»⁸. En todo caso, y con estos presupuestos, el legislador español sí ha configurado la Seguridad Social (y con ella las prestaciones a los mayores) como un derecho subjetivo de los ciudadanos, y desde luego no hay duda respecto de las pensiones de jubilación, en tanto que el artículo 161 LGSS establece textualmente que los beneficiarios de las mismas «tendrán derecho a la pensión de jubilación».

Mención aparte merece el hecho de que el CEDH no incluya un derecho de las personas jubiladas a recibir una pensión de jubilación. Ahora bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras aclarar que el Convenio no reconoce efectivamente el citado derecho, sí ha estimado que una reclamación relacionada con el pago de las mismas puede situarse en el ámbito del artículo 1 del Protocolo Adicional nº 1 al Convenio, siempre que un tribunal de última instancia nacional haya reconocido el derecho legal a esa reclamación. Recordemos que el artículo 1 del Protocolo dispone lo siguiente: «Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional».

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.

El Tribunal ha entendido, por ejemplo, que la demora del Estado en el

8. Véase, p. ej., la STC 37/1994, FJ 3. Aun más, el Tribunal afirma que «la flexible fórmula empleada por la Constitución impide hablar de un modelo único de Seguridad Social como conforme a aquella», siendo incorrecta una «interpretación constitucional basada en modelos teóricos excluyentes de otros posibles» (FJ 4).

pago de las pensiones, especialmente en los casos de creciente inflación, sí supone una lesión del derecho de toda persona al disfrute pacífico de sus bienes (art. 1 del Protocolo), pues el resultado de las demoras en los pagos es la pérdida real de valor económico de unas pensiones que, en la mayoría de casos, constituyen el único ingreso de las personas ancianas⁹.

1.2.3. Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas

A. El reparto competencial en materia de pensiones

En la medida en que las prestaciones previstas en el artículo 50 CE, y especialmente la referida a un sistema de pensiones que garantice la suficiencia económica de los mayores, están integradas en el régimen público de Seguridad Social, la determinación de los poderes competentes para regularlas y ejecutarlas ha de partir de lo establecido en el artículo 149.1.17 CE, en virtud del cual el Estado tiene competencia exclusiva en materia de «legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas»¹⁰; legislación básica que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, no permite vaciar de contenido las competencias que correspondan a las CC AA (STC 95/1986).

Recordemos que la reserva al Estado de la legislación básica, las normas básicas o las bases en una concreta materia tiene por objeto establecer un denominador normativo común con el que salvaguardar el interés general asociado del Estado, frente a otro posiblemente menos general de una Comunidad Autónoma¹¹. Se trata, en suma, de garantizar los principios de igualdad básica de todos los ciudadanos (arts. 138.2 y 139.1 CE¹²), de solidaridad (art. 138.1 CE)¹³, de libertad de circulación y establecimiento en todo

9. Véase, p. ej., STEDH *Soloduyk* contra Rusia, de 12 de julio de 2005.

10. GOÑI SEIN (2009, p. 1126) señala en este sentido que el art. 50 CE no garantiza la suficiencia económica a todo el colectivo de personas mayores, «sino, entre ellos, a los distintos sujetos titulares del sistema de pensiones, pues es, a través de las pensiones, como configura el contribuyente este concreto mecanismo de protección social».

11. STC 1/1982, FJ 1.

12. «Las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales» (art. 138.2). «Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado» (art. 139.1).

13. «El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular» (art. 138.1).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

el territorio del Estado (art. 139.2 CE)¹⁴. En el ámbito que nos ocupa, la legislación básica estatal debe procurar la existencia de un único régimen público de Seguridad Social (en el que se incardinan las pensiones de jubilación) para todo el territorio del Estado, con una caja financiera igualmente única¹⁵. En todo caso, también sabemos que, de acuerdo con el propio Tribunal Constitucional, la regulación estatal de lo básico no puede suponer vaciar de contenido las competencias de las CC AA (STC 95/1986). Quizás por ello cabe admitir la posibilidad contemplada en nuestro ordenamiento de que las CC AA puedan mejorar las cuantías de las pensiones no contributivas de jubilación, tal y como se deduce del artículo 38.4 LGSS¹⁶, aunque, como se verá más adelante, nuestro Tribunal Constitucional terminó residenciando esta competencia en las CC AA al considerarlas materia de «asistencia social».

El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) constituye la legislación básica del Estado en materia de pensiones, atribuyendo al Instituto Nacional de la Seguridad Social la gestión y administración de las pensiones por jubilación de carácter contributivo¹⁷, y al Instituto de Mayores y Servicios Sociales las de las pensiones por jubilación de carácter no contributivo. De conformidad con el artículo 58 LGSS, la estructura y competencias de las citadas entidades vendrá establecida por Reglamento del Gobierno, propuesto al efecto por los Ministerios de tutela correspondientes, mientras que su gestión se realizará en régimen descentralizado en los diferentes ámbitos territoriales, previéndose, en fin, que los centros asistenciales de dichas entidades sean gestionados y administrados por las administraciones locales.

14. «Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español» (art. 139.2).
15. Conviene saber que en materia de Seguridad Social podrían entenderse como básicas las normas reguladoras de las siguientes materias: reglas de acceso al sistema y de permanencia en el mismo (campo de aplicación), actos de encuadramiento, cotización y recaudación, las contingencias cubiertas, las clases de prestaciones, los requisitos para su reconocimiento, sus caracteres y cuantía, la gestión, el régimen financiero y el régimen sancionador (CAVAS MARTÍNEZ 2007, p. 836).
16. El art. 38.4 LGSS dice textualmente: «Cualquier prestación de carácter público que tenga por finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, forma parte del sistema de la Seguridad Social y está sujeto a los principios regulados en el artículo 2 de esta Ley. Lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas».
17. Las competencias conferidas al Instituto Nacional de la Seguridad Social se recogen básicamente en el art. 57.1.a) LGSS, y de forma más desarrollada en el RD 2583/1996.

La Seguridad Social y, dentro de ella, el sistema de pensiones por jubilación no son materias que permitan mucho margen legislativo a las CC AA. El carácter predominantemente contributivo de las pensiones, así como los principios de caja única, igualdad y solidaridad constituyen una restricción particularmente intensa a tal efecto. De hecho, nuestro actual modelo de Seguridad Social mantiene una fuerte centralización, y en el concreto ámbito de las pensiones de jubilación apenas si deja otro margen a las CC AA que el de la mera colaboración en la gestión del régimen económico realizada por el Estado¹⁸. El Estado mantiene pues una potestad normativa prácticamente plena, dictando tanto Leyes reguladoras, como Reglamentos de ejecución y desarrollo de las mismas. Además, y conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Estado también debe asumir las competencias de gestión en uno de los aspectos capitales del sistema de Seguridad Social: su régimen económico. Los principios de unidad, igualdad y solidaridad cobran, a juicio del Tribunal, especial trascendencia cuando se trata del régimen económico de la Seguridad Social. La configuración político-jurídica del mismo marca decisivamente hasta la existencia misma del sistema de Seguridad Social. Ello condujo al Tribunal a afirmar, en su Sentencia 124/1989, que en esta materia no basta sólo con que el Estado sea titular de las competencias normativas, sino que es necesario que asuma también las potestades de gestión: «La Constitución no se ha limitado a establecer esa solidaridad interterritorial, sino que, partiendo de la misma, ha establecido e impuesto el carácter unitario del sistema y de su régimen económico, la estatalidad de los fondos financieros de la Seguridad Social y, por ende, la competencia exclusiva del Estado no sólo de normación sino también de disponibilidad directa sobre esos fondos propios, que en este momento se articula a través y por medio de la Tesorería General de la Seguridad Social. Por ello es competencia exclusiva del Estado [...] la gestión de los recursos económicos y la administración financiera del sistema, en aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única [...], lo que implica admitir, desde luego, que el Estado ejerce no sólo facultades normativas sino también facultades de gestión o ejecución del régimen económico de los fondos de la Seguridad Social destinados a los servicios o a las prestaciones de la Seguridad Social en Cataluña. [...] En consecuencia, las concretas facultades que integran la competencia estatutaria de gestión del régimen económico de la Seguridad Social serán sólo aquellas que no puedan comprometer la unidad del sistema o perturbar su funcionamiento económico uniforme, ni cuestio-

18. Un estudio más exhaustivo del reparto de competencias en materia de Seguridad Social puede verse en el capítulo dedicado al derecho a la Seguridad Social (*supra*, VIII, 1.2).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nar la titularidad estatal de todos los recursos de la Seguridad Social o engendrar directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social. Tales facultades autonómicas deben, en suma, conciliarse con las competencias exclusivas que sobre la gestión del régimen económico la Constitución ha reservado al Estado, en garantía de la unidad y solidaridad del sistema público de Seguridad Social» (FJ 3).

Las competencias de las CC AA deben reducirse en este ámbito, aun cuando hayan asumido por vía estatutaria la gestión del régimen económico de la Seguridad Social¹⁹, a meras potestades complementarias, y siempre subordinadas, de las estatales. En este orden, un criterio muy válido es el que se desprende del artículo 156.2 CE, que en materia tributaria prevé que las CC AA puedan actuar como delegados o colaboradores del Estado para la recaudación, la gestión y la liquidación de los recursos de aquél, de acuerdo con las leyes y los Estatutos. Las previsiones de este precepto pueden trasladarse, creemos que sin problemas, al caso que nos ocupa, y de hecho así pareció entenderlo el propio Tribunal Constitucional en la citada Sentencia: «Ello no excluye la posibilidad de que el Estado pudiera encomendar a la Generalidad de Cataluña funciones delegadas de recaudación de esos ingresos estatales, pero ello sólo sería compatible con la Constitución en tanto que quedara asegurado el que los fondos recaudados fluyeran automáticamente a la caja única centralizada de la Tesorería General de la Seguridad Social, sin retenciones de ningún género y sin posibilidad alguna de constituir fondos autonómicos separados del patrimonio único en que tales fondos se integran» (FJ 5)²⁰.

Sabemos, empero, que el principio de igualdad básica derivado de los artículos 138.2 y 139.1 CE no es sinónimo de uniformidad, excepto en aquello que se considere básico. El Tribunal Constitucional ha sido claro en este punto, declarando que la igualdad de los españoles en el Estado autonómico no significa «un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales»²¹. Corresponde al Estado, pues, fijar lo básico o lo mínimo, que en el caso que aquí nos trae es fijar la suficiencia de las pensiones y, a partir

19. Así ocurre, p. ej., con el art. 17.2.b) del EA de Cataluña, que a la postre motivó la citada STC 124/1989.

20. En esta línea también se pronuncia BORRAJO DACRUZ, 1991, p. 1506.

21. STC 37/1987, FJ 10.

de ahí, las bases y tipos de cotización obligatoria o los requisitos para acceder a una pensión no contributiva, así como las prestaciones mínimas que deben dirigirse a las personas mayores desde los servicios públicos.

Establecidos por el Estado los niveles básicos o mínimos, no advertimos inconveniente constitucional para que el propio Estado fije unos niveles mínimos y, con ellos, unos márgenes autonómicos de mejora igualmente limitados. Y no habría objeción constitucional pues esta posibilidad se ampara en el derecho a la diferencia derivado del principio de autonomía. De otro lado, tampoco implicaría privilegios económicos o sociales de unos territorios respecto de otros siempre que, por supuesto, se cumplan ciertos requisitos. En particular, ha de tenerse especial cuidado en que el mínimo fijado por el Estado no sólo garantice la suficiencia sino que, además, sea el más alto posible, o en que la diferencia entre lo mínimo y lo máximo pueda ser tan grande que suponga una evidente vulneración de los principios de igualdad y de solidaridad. Con estas premisas, no sólo a nuestro entender estaríamos dentro de la constitucionalidad, sino que podría servir de eficaz y «saludable» competencia entre las CC AA para mejorar sus prestaciones, y, como ha señalado BORRAJO DACRUZ, podría contribuir «a remover estructuras orgánicas ancladas en el pasado [...] propicias a uniformar por abajo»²². En todo caso, la política normativa de cada Comunidad Autónoma en materia de Seguridad Social, con las restricciones antedichas, debe contenerse en Leyes autonómicas que completen y desarrollen la legislación básica del Estado, así como en Reglamentos autonómicos que esa legislación de complemento y desarrollo demande²³.

B. El reparto competencial en materia de servicios sociales para los mayores

Del artículo 41 CE se deduce que la asistencia social y los servicios sociales son un perfeccionamiento de la Seguridad Social, si bien conceptualmente son cosas diferenciadas. Este hecho es la premisa para poder entender las dificultades existentes en estos ámbitos a la hora de establecer un reparto competencial entre Estado y CC AA, pues uno y otras poseen competencias constitucionales al respecto (arts. 148.1.20 y 149.1.17 CE). El resultado ha sido una concurrencia de las legislaciones estatal y autonómica reguladoras de prestaciones englobadas en el ámbito de la asistencia social (prestaciones económicas) y en el de los servicios sociales (prestaciones técnicas). Concurrencia que, sin embargo, se ha decantado a favor de la legislación autonómica, mucho más profusa y operativa desde hace tiempo, y a la espera del nuevo panorama que a este respecto pueda traer la Ley de Dependencia.

22. En la misma línea puede verse BORRAJO DACRUZ, 1991, p. 1509.

23. *Vid.*, al respecto, BORRAJO DACRUZ, 1991, p. 1505.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

El artículo 38.1.e) LGSS prevé dentro de la acción protectora de la Seguridad Social las prestaciones de Servicios Sociales que puedan establecerse para la asistencia de las personas mayores. El artículo 38.2 LGSS también sitúa dentro de la acción protectora de la Seguridad Social la posibilidad de reconocer a las personas protegidas por el Sistema de Seguridad Social «los beneficios de la Asistencia Social». Los capítulos V y VI LGSS (arts. 53 a 56) están dedicados a los Servicios Sociales y Asistencia Social, pero hay que insistir que no ha sido objeto del suficiente desarrollo y, sobre todo, de la necesaria dotación presupuestaria.

1.3. NORMATIVA INTERNACIONAL. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO COMUNITARIO Y A LOS ACTOS DEL CONSEJO DE EUROPA.

1.3.1. Panorámica del bloque del artículo 10.2 de la Constitución

La protección de las personas mayores ha encontrado un importante reconocimiento en diferentes Declaraciones Internacionales de Derechos a lo largo del siglo XX. El artículo 25, párrafo 1º, de la DUDH incluye a la vejez entre las situaciones que requieren prestaciones propias de un sistema de Seguridad Social: «Todas las personas tienen derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar propio y de su familia, incluyendo comida, ropa, hogar y atención médica y servicios sociales necesarios, y el derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudez, edad avanzada o cualquier otra carencia en circunstancias ajenas a su voluntad».

Sin mención específica de la vejez, el artículo 9 PIDESC de 1966, también reconoce un derecho a la Seguridad Social, que sin duda cubre las prestaciones propias de protección a la vejez: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social».

En el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cabe destacar el Convenio (102) de la OIT sobre Seguridad Social de 1952²⁴. De acuerdo con el artículo 25 del mismo, «todo miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez».

El artículo 26 especifica que la contingencia cubierta es la supervivencia, más allá de una edad prescrita, pudiéndose fijar, sin embargo, una edad más elevada, teniendo en cuenta la capacidad de trabajo de las personas de edad avanzada en el país de que se trate. El artículo 28 deja claro, a su vez, que la prestación consiste en un pago periódico de dinero.

24. Convenio ratificado por España el 29 de junio de 1988.

Especial atención merece el tratamiento en los Actos del Consejo de Europa. Destaca en particular el artículo 4 del Protocolo Adicional a la CSE de 1998, de acuerdo con el cual los Estados miembros se comprometen a: «Permitir que las personas de edad avanzada sigan siendo, durante el mayor tiempo posible, miembros de pleno derecho de la sociedad, mediante la facilitación de recursos suficientes que les permitan llevar una existencia digna y participar activamente en la vida pública, social y cultural; y la difusión de la información relativa a los servicios y facilidades existentes para las personas de edad avanzada y a las posibilidades que tengan para acceder a las mismas. Permitir que las personas de edad avanzada elijan libremente su modo de vida y lleven una existencia independiente en su entorno habitual y todo el tiempo que lo deseen y sea posible, mediante la puesta a su disposición de viviendas adecuadas a sus necesidades y a su estado de salud o de ayudas destinadas al acondicionamiento de la vivienda; y la asistencia médica y los servicios que su estado pueda requerir. Garantizar a quienes vivan en una institución la asistencia adecuada con el respeto de la vida privada y la participación en la determinación de las condiciones de vida en la institución».

Mención última, pero destacada, merece el tratamiento de la vejez en la CDF. Interesa, en particular, el artículo 25, de acuerdo con el cual «La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural». Un precepto que, a su vez, debe ponerse en conexión con el principio de solidaridad entre las generaciones establecido en el artículo 2.3 del Tratado de Lisboa. La referencia a una vida digna e independiente de las personas mayores ha de interpretarse como la garantía de suficiencia económica de las mismas, lo que implícitamente trae a colación el mantenimiento y desarrollo de un sistema de pensiones, y la ejecución de políticas dirigidas a solucionar sus específicos problemas de vivienda y salud²⁵. Por su parte, la referencia a la participación de los mayores en la vida social y cultural lleva implícito el fomento de servicios sociales, culturales y educativos dirigidos a estas personas, su asociacionismo, y la utilización de su experiencia y capacidad en todos aquellos ámbitos de la vida política, social y económica de la comunidad.

1.3.2. Referencia a otros documentos internacionales

En el específico ámbito de los servicios sociales dirigidos a las personas

25. Ya en 1990 el Consejo de las Comunidades Europeas dictó una Decisión sobre acciones a favor de las personas de edad avanzada (91/49/CEE), en la que se fijan como prioridades el intercambio de información sobre las medidas para mejorar la movilidad de las personas ancianas y su capacidad para llevar una vida independiente.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de edad avanzada, es interesante aludir al Informe de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, que se celebró en Madrid, del 8 al 12 de abril de 2002. El artículo 13 de dicho Informe destaca «la responsabilidad primordial de los gobiernos de promover y prestar servicios sociales básicos y de facilitar el acceso a ellos, teniendo presentes las necesidades específicas de las personas de edad». Entre esos servicios básicos sobresale el de salud, y a tal fin la Asamblea se compromete en su artículo «a proporcionar a las personas de edad acceso universal y en condiciones de igualdad a la atención médica y los servicios de salud, tanto servicios de salud física como mental».

El Informe contiene un Anexo II que incluye el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento. En dicho Plan se establece una serie de objetivos (con sus correspondientes medidas) entre los que pueden subrayarse los siguientes: promoción de programas que permitan a todos los trabajadores obtener una Seguridad Social básica, que comprenda, cuando corresponda, pensiones, seguro de invalidez y protección de la salud; aseguramiento de ingresos mínimos suficientes para las personas mayores, con especial atención a los grupos en situación social y económica desventajosa; reconocimiento de la contribución social, cultural, económica y política de las personas mayores; participación de las personas mayores en los procesos de adopción de decisiones a todos los niveles; igualdad de oportunidades de empleo a todas las personas mayores que deseen trabajar; alivio de la marginación de las personas de edad en las zonas rurales; utilización plena de las posibilidades y los conocimientos de las personas de todas las edades, reconociendo los beneficios derivados de la mayor experiencia adquirida con la edad; y reducción de la pobreza entre las personas mayores.

En cuanto al Derecho comunitario, hay que recordar que la protección social a través de un sistema de Seguridad Social es competencia de los Estados miembros, lo que no es óbice para que desde la Unión Europea haya existido y exista preocupación por la protección social en general y, por lo que aquí nos afecta, por la protección a la vejez. Una preocupación que, por estar ante una competencia estatal, se manifiesta a través de documentos jurídicamente no vinculantes, destacando entre ellos las Comunicaciones de la Comisión «Hacia una Europa para todas las edades-Fomentar la prosperidad y la solidaridad entre las generaciones»²⁶, y el Libro Verde «Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones»²⁷.

En la primera de las Comunicaciones citadas se establecieron los principales objetivos a lograr en materia de protección a la vejez pueden resumirse

26. COM (1999) 221 final.

27. COM (2005) 94 final.

en lo siguiente: prevenir las consecuencias económicas del envejecimiento de la población a fin de preservar el crecimiento y la estabilidad de los presupuestos públicos; incentivar el retraso en la jubilación para paliar la reducción de mano de obra inherente al envejecimiento poblacional; configurar sistemas que provean pensiones adecuadas y adaptables a las actuales y variables necesidades de los jubilados, garantizando en todo caso su viabilidad financiera; y garantizar el acceso de los mayores a la atención sanitaria de calidad.

En el Libro Verde «Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones», la cuestión principal que se plantea es, sobre todo, cómo lograr que los trabajadores de más edad puedan prolongar su vida laboral: «Se debe seguir fijando una edad legal de jubilación, o habría que permitir una jubilación flexible y progresiva». A esta cuestión principal se suman otras como si a partir de cierta edad se podría permitir acumular la pensión y un salario en un empleo temporal o a tiempo parcial, o si cabría fomentar con incentivos la participación de los pensionistas en el sector no lucrativo, que así podría contribuir más a atender las necesidades sociales. En otro orden, el Libro también aborda cómo ayudar a las familias en el cuidado de los mayores, y qué servicios sociales prestados por los poderes públicos son necesarios en la atención de las necesidades de las personas de mayor edad.

Las políticas que se buscan deben atender, de acuerdo con las conclusiones del Libro Verde, a tres prioridades esenciales: recuperar el camino del crecimiento demográfico: medidas innovadoras de apoyo a la natalidad; velar por el equilibrio entre las generaciones (el reparto de cargas no debe referirse sólo a la financiación de las pensiones y de los sistemas sanitarios, sino también al reparto del tiempo a lo largo de toda la vida); e inventar nuevas transiciones entre las edades. Antes no había más que dos transiciones: el paso a la fase adulta (incorporación al trabajo y formación de la familia) y la jubilación. Hoy todo es más complejo. «Los jóvenes encuentran dificultades persistentes para abrirse paso en el empleo. Un número creciente de "jubilados jóvenes" desea participar en la vida social y económica. El período de estudios se alarga, y los "jóvenes activos" desean dedicar tiempo a sus hijos. Estas evoluciones cambian las fronteras y las transiciones entre períodos de actividad y de inactividad». Hacen falta, pues, diseños más flexibles de las carreras profesionales, tanto para las mujeres como para los hombres.

Otras Comunicaciones de la Comisión relativas a la protección de la vejez, y cuyos títulos son en sí mismos significativos de cuál es la política que se pretende impulsar desde la Unión Europea, son las siguientes: Comunicación de la Comisión «Apoyo a las estrategias nacionales para garantizar pen-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

siones viables y seguras mediante un planteamiento integrado»²⁸; Comunicación de la Comisión «El futuro de la asistencia sanitaria y de la atención a las personas mayores: garantizar la accesibilidad, la calidad y la sostenibilidad financiera»²⁹; la Comunicación de la Comisión «Proyecto de informe conjunto de la Comisión y del Consejo sobre la adecuación y la viabilidad de las pensiones»³⁰; y Comunicación de la Comisión, «Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo»³¹.

1.4. DESARROLLO CONSTITUCIONAL

1.4.1. Legislación estatal

La protección de la vejez se ha articulado tradicionalmente a través de la pensión de jubilación. La regulación actual, al menos en lo que respecta al Régimen General, se encuentra en los artículos 160 a 170 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994), conforme a la redacción dada por la Ley 35/2002, de 12 de julio, de jubilación gradual y flexible, y por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. A esta ordenación legal básica deben añadirse las Disposiciones Transitorias y Adicionales de la LGSS y la 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.

Aunque la pensión de jubilación existía con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, con ésta adquirió una nueva fisonomía, como consecuencia de los mandatos contenidos en el artículo 50 de la Constitución.

La garantía de las pensiones de vejez se ha cumplido con la regulación de las pensiones no contributivas, llevada a cabo por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas, hoy integrada, en lo que respecta a la jubilación, en los artículos 167 a 170 de la LGSS. Cabe destacar, asimismo, la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores. En concreto el artículo 17 recoge la prohibición de discriminación por razón de edad. El artículo 12.6 recoge previsiones relativas a la jubilación parcial anticipada y la disposición adicional décima recoge los términos en los que se posibilita la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento por parte

28. COM (2001) 362 final.

29. COM (2001) 723 final.

30. COM (2002) 737 final.

31. COM (2004) 146 final.

del trabajador de la edad ordinaria de jubilación, esto es, la llamada «jubilación forzosa».

La actualización periódica de las pensiones se garantiza mediante su revalorización. En la modalidad contributiva la revalorización se prevé en el artículo 48 LGSS, y para la no contributiva en el artículo 52 de la misma ley. Igualmente, el principio constitucional de la suficiencia es atendido a través del establecimiento de unos topes mínimos de pensiones, los cuales se instrumentan básicamente a través de la figura de los complementos para mínimos, previstos en el artículo 50 LGSS. Tanto para la revalorización como para dichos complementos deben tenerse en cuenta las previsiones que al respecto se contienen en las leyes de Presupuestos Generales del Estado y en los Reales Decretos de Revalorización de las Pensiones Públicas que se aprueban anualmente.

Respecto de los servicios sociales para la tercera edad, destaca la ausencia de una ley estatal. En el marco de la Seguridad Social, los artículos 38.1.e), 53 y 54 LGSS se limitan, de forma muy escueta, a incluir dentro de la acción protectora de la Seguridad Social la prestación de servicios sociales que puedan establecerse para la asistencia a la tercera edad. Lo que se está produciendo, como apunta la doctrina, es «un cambio de responsabilidades en el ámbito infraconstitucional, de modo que son las Comunidades Autónomas y no la Administración Central las que tienden a asumir tal responsabilidad o compromiso constitucional. Quizá en esta percepción resida igualmente el motivo que explica, pero no justifica, la persistente desidia del Parlamento español para legislar sobre esta materia, cuya regulación también ha quedado abandonada a un marco reglamentario y "administrativo", así como programático (p. ej.: Plan Gerontológico del INSERSO), incapaz de suministrar la ordenación coherente y equitativa que urge al respecto)»³².

En el plano programático, destacan los Planes nacionales. El primero de ellos fue el Plan Gerontológico de 1992, elaborado por el INSERSO. Posteriormente, como consecuencia de la asunción de competencias en materia de servicios sociales, las CC AA han ido aprobando sus propios planes de acción para personas mayores. Partiendo de esta realidad, el IMSERSO elaboró el Plan de Acción para las Personas Mayores para los años 2003-2007, que pretendía «conjugar competencias nacionales con competencias autonómicas para el diseño de una política social, dirigida al colectivo de personas mayores, basada en estrategias de cooperación y de consenso. El Plan conjuga el ejercicio propio de las competencias de las Comunidades Autónomas

32. Véase VIDA SORIA, MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y QUESADA SEGURA, 2007, pp. 462-463.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

con el fomento de la garantía de la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos, en un marco de cooperación interadministrativa e interinstitucional» (Plan de Acción página 38)³³.

1.4.2. Panorámica de la legislación autonómica

Como se ha visto anteriormente, la protección de la vejez canalizada a través de un sistema público de pensiones es competencia estatal. Sin embargo, las últimas reformas de Estatutos de Autonomía han supuesto, en algunos casos, la incorporación de diversos derechos relacionados con los mayores en la parte dogmática de los Estatutos. En unas ocasiones reconocen y garantizan «derechos sociales» (EA de Cataluña, artículo 18; EA de Andalucía, artículo 19; EA de Valencia, artículo 10.3; EA Islas Baleares, artículo 16.3; EA de Castilla y León, artículo 13.5), mientras que en otros casos se ordena a los poderes públicos, en el marco de los principios rectores, promover políticas dirigidas a proteger a los mayores [EA de Cataluña, artículo 40.6; EA de Andalucía, artículo 37.3; EA de Aragón, artículo 24.g)]. La protección va encaminada a: garantizar una protección frente a lo que constituye una modalidad de la violencia doméstica, reconociendo el derecho de las personas mayores «a vivir con dignidad, libres de explotación y de malos tratos» (EA de Cataluña, art. 18); garantizar por parte de los poderes públicos un «envejecimiento activo» que se traduce en el derecho a llevar una vida independiente y autónoma en la que el mayor pueda participar en la vida social, educativa y cultural de la comunidad [EA de Cataluña, art. 40.6, EA de Andalucía, arts. 19 y 37.3; EA de Aragón, art. 24.g); EA Islas Baleares, art. 16.3; EA de Castilla y León, art. 13.5]; garantizar la protección jurídica, el acceso a un alojamiento adecuado, y el derecho de participación pública y de asociación (EA de Castilla y León, artículo 13.5); procurar (ya no garantizar) por parte de los poderes públicos la plena integración de las personas mayores en la sociedad mediante políticas públicas basadas en el principio de solidaridad intergeneracional (EA de Cataluña, art. 40.6); prohibir la discriminación por razón de su edad (EA de Cataluña, art. 18; EA de Castilla y León, art. 13.5); garantizar el derecho a acceder a una atención gerontológica adecuada en el ámbito sanitario, social y asistencial, y a percibir prestaciones en los términos que establezcan las leyes (EA de Andalucía, art. 19; EA de Castilla y León, art. 13.5); en fin, a proteger a las familias con mayores a su cargo, a través de la concesión de una ayuda (EA de Valencia, art. 13).

2. FUNDAMENTO

La protección social de la vejez ha sido un deber histórico de la sociedad

33. El plan se puede encontrar en la página oficial del IMSERSO: <http://imerso.es>.

Capítulo XVII. Personas mayores

confiado inicialmente al ámbito familiar o a las instituciones de beneficencia, y convertido, con el desarrollo del Estado Social, en una responsabilidad de los poderes públicos. No olvidemos que la filosofía que inspira al Estado Social es la protección de los más desvalidos, y entre éstos se hallan, desde luego, las personas mayores. El derecho de éstas a recibir las prestaciones que cubran sus necesidades y les permitan mantener una vida digna no sólo se fundamenta en el hecho de ser un colectivo social frágil y dependiente, para el que claramente tienen aplicación principios propios del Estado Social como los de igualdad o solidaridad, sino en el de haber contribuido, durante la mayor parte de su vida, al desarrollo social y económico del Estado.

La vejez es una realidad cambiante, tanto desde un punto de vista histórico como sociológico. Biológicamente puede definirse como la última etapa en la vida de una persona, caracterizada habitualmente por un deterioro físico e incluso psíquico que incrementa la vulnerabilidad de la persona y la necesidad de atención y servicios. Sin olvidar nunca esta realidad biológica, el comienzo de la vejez se ha venido fijando desde principios del siglo XX en torno a los sesenta y cinco y sesenta y siete años³⁴. Es interesante la definición que de vejez dio la OIT en 1944, precisamente en términos jurídico-laborales: «edad en la que comúnmente las personas son incapaces de efectuar un trabajo eficiente; en la que la incidencia de la enfermedad y la de invalidez es elevada y en la que el desempleo, si lo hubiere, sería probablemente permanente»³⁵.

Hay que constatar que la evolución demográfica producida en España y otros países de nuestro entorno en las últimas décadas ha conducido a un progresivo fenómeno de envejecimiento de la población, tanto por un descenso de los índices de natalidad, como por una mayor longevidad consecuencia de las mejores condiciones de vida y del avance de la medicina. El problema del envejecimiento de la población fue ya advertido con preocupación por la Comisión Europea en 1999, previendo que la generación comprendida entre los 15 y los 29 años (segmento poblacional más importante en la entrada al mercado de trabajo) descendería en alrededor de 13 millones de personas hacia el año 2015, mientras que la generación comprendida entre los 54 y los 64 años, se incrementaría en más de 16 millones³⁶. España,

34. El RD de 11 de marzo de 1919 estableció una pensión inicial de 365 pesetas anuales a percibir por el trabajador a partir de los 65 años. Véase al respecto MONTOYA MELGAR, 1996, pp. 961 y ss.

35. Recomendación número 67 (1944). Para MONEREO y MOLINA NAVARRETE, la idea de tercera edad está asociada al «momento de declive o decadencia del desarrollo de la persona, que, por tanto, necesita especial atención asistencial y/o médica» (2002, p. 1840).

36. *Vid.* COM [1999] 221 final, Bruselas, 21 de mayo de 1999.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

lejos de ser una excepción, constituye uno de los ejemplos más ilustrativos de envejecimiento de la población, lo que influye directamente en el contenido, mantenimiento y estabilidad de nuestra Seguridad Social. La actual tendencia demográfica provoca una disminución de personas activas que contribuyen al sostenimiento del gasto público (los trabajadores se incorporan al mercado de trabajo cada vez más tarde), y también un incremento de personas pasivas necesitadas de prestaciones sociales que aumentan ese gasto público³⁷. Aunque la entrada de inmigrantes (alrededor de uno de cada diez cotizantes) ha ido aliviando este desequilibrio en las principales fuentes de ingresos y gastos de la Seguridad Social, la presión sobre los costes del sistema es una realidad. Téngase en cuenta que no se trata sólo de sustituir las rentas salariales por pensiones de jubilación, se trata, también, de afrontar las situaciones de dependencia inherentes al envejecimiento: asistencia y ayuda a las personas con falta o pérdida de autonomía física o psíquica. Esta realidad exige una periódica renovación de la Seguridad Social, tanto en términos de contenido de las prestaciones, como en términos de financiación del sistema.

Hemos dicho que la protección frente a la vejez en general, y frente a la cesación en la vida laboral activa en particular, ha sido históricamente uno de los más importantes fines (si no el prioritario) del Estado social, y desde luego así es en el modelo de Estado Social apuntado en la Constitución Española³⁸. De hecho, nuestra Constitución dedica un precepto constitucio-

37. De acuerdo con la Exposición de Motivos del Anteproyecto de LD, aprobado por el Gobierno de la Nación el 23 de diciembre de 2005, «en las últimas décadas, la población mayor española ha experimentado un crecimiento muy considerable. El número de personas mayores de 65 años se ha duplicado en los últimos treinta años del siglo XX, pasando de 3,3 millones de personas en 1970 (un 9,7 % de la población total) a más de 6,6 millones en 2000 (16,6 % de la población total). A esta situación se añade una característica demográfica que se ha venido denominando "envejecimiento del envejecimiento" o, lo que es lo mismo, el incremento que experimenta el colectivo de población de 80 y más años, muy superior al del grupo de 65 y más años en su conjunto. Como consecuencia de este proceso de envejecimiento interno de la población mayor, el grupo constituido por las personas de 80 y más años se ha duplicado en sólo veinte años». Ya en 1999, la Comunicación de la Comisión Europea de 21 de mayo de 1999: «Hacia una Europa para todas las edades», establecía como reto de nuestras sociedades el envejecimiento de la población. En dicha Comunicación se indica que en los próximos 20 años se producirán cambios considerables en la contribución de los diversos grupos de edad, pues entre 1995 y 2015 el grupo de edad comprendido entre los 20 y los 29 años descenderá en 11 millones (un 20 % menos) mientras que el grupo de edad comprendido entre los 50 y los 64 años aumentará en 16,5 millones (un 25 % más).

38. En términos cuantitativos (tanto actuales como históricos) éste es un hecho difícilmente cuestionable. Sin embargo, cuando se pregunta hoy a los españoles qué prestaciones sociales del Estado justifican más y mejor su contribución al gasto social, las pensiones de jubilación se sitúan en el cuarto puesto, tras la sanidad, la educación y las infraestructuras, siendo la prestación más justificada y, por ello, seguramente más

nal (el art. 50 CE) a la protección de la vejez, cuando el Constituyente podría haberla integrado dentro del artículo 41 CE, donde se establece el mandato a los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos. Sin perjuicio del análisis que se realiza del artículo 50 CE en los siguientes epígrafes, sí puede avanzarse ya que en el citado precepto se recoge la aspiración inveterada del Estado Social de garantizar la subsistencia económica de los ciudadanos cuando, tras la jubilación, dejan de percibir los correspondientes ingresos salariales, complementándola además con una protección integral respecto a sus específicas necesidades de salud, vivienda, cultura y ocio.

Resulta controvertido determinar cuál es el ámbito subjetivo de protección del artículo 50. Dos son las interpretaciones posibles. En primer lugar, el ámbito de protección vendría delimitado por el concepto «tercera edad», de tal forma que todos aquellos que se integren en el mismo, deberían ser protegidos por los poderes públicos a través de las pensiones. Esta interpretación, creemos, supondría una obligación de extender el sistema de pensiones a todas las personas mayores, algo que en la actualidad no existe en nuestro sistema. La segunda interpretación, por la que se decanta GOÑI SEIN³⁹, es aquella que define el ámbito subjetivo de protección conforme a dos criterios: ya no sólo por la pertenencia a la «tercera edad» sino, además, por reunir el requisito de ser «pensionista». De esta forma, el artículo 50 no garantizaría la suficiencia económica a todos los mayores, sino sólo a los que sean titulares del sistema de pensiones «pues es a través de las pensiones como configura el constituyente este concreto mecanismo de protección social». Conforme a esta interpretación, los poderes públicos no estarían obligados a garantizar una protección universal a través de las pensiones.

El mismo problema interpretativo se plantea en relación con el ámbito subjetivo de protección de los servicios sociales. Nuevamente, GOÑI SEIN⁴⁰ entiende que son los pensionistas los destinatarios de tales servicios. En su opinión, existe una interrelación entre ambos mecanismos de protección social. A esta conclusión llega tras comprobar que el segundo párrafo del artículo 50 CE utiliza el posesivo «su» para referirse a otros sujetos anteriormente citados, «lo que induce a pensar que el ámbito de aplicación del sistema de servicios sociales se corresponde con el del primer párrafo (sistema de garantía de pensiones), con lo que se identificaría con el previsto para este colectivo». De todas formas, reconoce que esta interpretación restrictiva

importante sólo para el 9 % de los encuestados (Encuesta *Opiniones y actitudes de los españoles en 2004*, Instituto de Estudios Fiscales, agosto de 2005).

39. GOÑI SEIN, 2009, p. 1126.

40. GOÑI SEIN, 2009, pp. 1126-1127.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

no cierra el paso a un posible diseño más generoso que contemple a todos los sujetos que entran dentro del concepto de «tercera edad», tanto los pensionistas como los no pensionistas.

3. DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LAS PERSONAS MAYORES

3.1. EL DERECHO A PENSIONES ADECUADAS Y PERIÓDICAMENTE ACTUALIZADAS

3.1.1. Configuración general del sistema de pensiones de jubilación establecido por el legislador estatal

La protección económica frente a la jubilación laboral constituye el núcleo fundamental de la protección de la vejez, y así queda patente en la legislación española sobre Seguridad Social⁴¹. El concepto de jubilación está desvinculado hoy del de incapacidad laboral, identificándose exclusivamente con el derecho subjetivo al descanso o retiro laboral tras alcanzar una determinada edad⁴², indiciaria de una previa y larga vida laboral, y de que las condiciones físicas o mentales probablemente dejarán de ser las más idóneas para continuar desarrollando ciertas actividades laborales. En estas circunstancias, el Estado social ha procurado históricamente que la persona pueda encarar la recta final de su vida sin las servidumbres habituales de la actividad laboral, disponiendo libremente de su tiempo, y sin dejar de percibir unos ingresos económicos iguales o similares a los percibidos durante su vida laboral activa.

Como se ha apuntado ya, el mandato de garantizar la suficiencia económica de los mayores mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas no puede interpretarse de forma aislada e individualizada, sino que debe ponerse en relación con el artículo 41 CE, de acuerdo con el cual, los poderes públicos han de mantener «un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad». Cabría afirmar que la protección de la vejez mediante un sistema de pensiones ya está implícita en el citado

41. SAGARDOY BENGOCHEA y SAGARDOY DE SIMÓN (1996, p. 376) señalan que las pensiones, a través de las cuales se articula la suficiencia económica de la tercera edad, son fundamentalmente la de jubilación aunque también a través de la de muerte y supervivencia e incapacidad permanente «dada la ausencia en el sistema español de un mecanismo general de conversión de pensiones en torno a la jubilación».

42. En sentido similar puede verse VIDA SORIA, MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y QUESADA SEGURA, 2005, p. 291, y BLASCO LAHOZ, LÓPEZ GANDÍA y MOMPALER CARRASCO, 2003, pp. 530-531.

artículo 41 CE, pero debe prevalecer la interpretación que sitúa en el artículo 50 CE el fundamento principal de dicha protección, en tanto que regla especial frente a la general del artículo 41 CE⁴³. Este último precepto, sin embargo, tiene una importancia capital en la configuración del sistema de pensiones ordenado en el artículo 50 CE, pues, en una correcta interpretación sistemática de ambos artículos, integra el sistema de pensiones en el régimen público de Seguridad Social. Además, y como señala GOÑI SEIN⁴⁴, el artículo 50 no otorgaría al legislador libertad de configuración para articular o condicionar el sistema de pensiones de las personas de la tercera edad de manera distinta a la señalada en el artículo 41 CE. Sólo habilita para garantizar una suficiencia económica de las pensiones públicas sin desfigurar sus rasgos.

A partir de ahí, el legislador español, al igual que otros de nuestro entorno, ha establecido un sistema mixto de financiación de la Seguridad Social española, que, de conformidad con el artículo 86.1 LGSS, se sufraga principalmente con recursos provenientes de los presupuestos del Estado y de las cotizaciones de las personas obligadas a cotizar. Este sistema de financiación inclinó a nuestro legislador a hacer coexistir pensiones contributivas con pensiones no contributivas, diferenciándolas en función del origen de los recursos.

El nacimiento del derecho y la cuantía de la pensión de jubilación no tienen distinto fundamento en función de su carácter contributivo o no contributivo. En las pensiones contributivas, la situación generadora de la pensión «no se basa en la pobreza sino en la compensación frente a un daño, como es un exceso de gastos por un defecto de ingresos originado por la actualización de una determinada contingencia (jubilación, muerte, incapacidad, etc.)» (STC 253/1998). En este sentido, la pensión cumple una función sustitutiva de rentas, existiendo una correlación entre las cotizaciones efectuadas y la cuantía resultante de la pensión. Además la cuantía inicial y la posteriormente revalorizada se encuentra sometida a unos tope máximos y mínimos. Por el contrario, en las pensiones no contributivas la situación que genera la pensión es la existencia de una situación de necesidad, por lo que no estamos en presencia de «rentas de sustitución», sino de «rentas de compensación» cuya finalidad es proporcionar a los beneficiarios unos ingresos mínimos que les garanticen la subsistencia. No se tiene en cuenta la relación entre cotización –insuficiente e, incluso, inexistente– y prestación, se concede en una cuantía más o menos fija, una vez que el beneficiario

43. *Vid.*, en este sentido, VIDA SORIA, MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y QUESADA SEGURA, 2005, p. 290.

44. *Vid.* GOÑI SEIN, 2009, p. 1127.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

acredite que se encuentra en una auténtica situación de penuria económica y sólo se mantiene en tanto subsista dicha situación⁴⁵.

Interesa recordar que junto a la jubilación regulada en la LGSS pervive con carácter residual el Servicio Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) que se aplica a los trabajadores y sus derechohabientes que, reuniendo los requisitos exigidos por su extinguido régimen, no tengan derecho a la pensión del actual sistema de Seguridad Social, con excepción de las pensiones de viudedad de las que puedan ser beneficiarios. Como ponen de manifiesto los sucesivos informes del Defensor del Pueblo, estas prestaciones son las más bajas de nuestro sistema de protección social contributiva y configuran una importante bolsa de pobreza formada por personas mayores, principalmente mujeres. Por eso, resultaría necesario flexibilizar el régimen de incompatibilidades al que están sujetas, algo que hizo en parte la Ley 9/2005, de 6 de junio, al permitir, al menos, la compatibilidad con la pensión de viudedad.

3.1.2. La pensión contributiva de jubilación

El derecho al retiro conlleva el derecho a una prestación económica que sustituya a las rentas procedentes del trabajo y que, en la mayoría de casos, suponen el principal sustento vital de la persona y los que están a su cargo. Este derecho se constituye con carácter general en términos contributivos; esto es, cuando el beneficiario acredita haber cumplido con una determinada contribución económica previa. Esta protección contributiva es la que abre el Capítulo de la LGSS, dedicado a la jubilación, cuyo artículo 160 establece lo siguiente: «La prestación económica por causa de jubilación, en su modalidad contributiva, será única para cada beneficiario y consistirá en una pensión vitalicia que le será reconocida en las condiciones, cuantía y forma que reglamentariamente se determinen, cuando alcanzada la edad establecida, cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena».

A. Requisitos

Tres son los requisitos que deben concurrir para que se constituya el derecho a percibir esta pensión por jubilación: alcanzar la edad que determina el cese en la actividad laboral, cesar total o parcialmente en el trabajo por cuenta ajena, con la correspondiente pérdida o reducción del salario y haber cotizado durante un período de tiempo determinado.

Los presupuestos que causan y justifican la pensión contributiva de jubilación hacen que la misma se configure como imprescriptible⁴⁶, vitalicia y de

45. *Id.*, GOÑI SEIN, 2009, p. 1128, y CAVAS MARTÍNEZ, 2007, p. 2.

46. Característica establecida en el art. 164 LGSS y de la que en la LGSS sólo goza la pensión contributiva de jubilación.

percepción periódica, monetaria, única o inconciliable con otra pensión de jubilación (aunque sí es compatible con pensiones de jubilación generadas en instituciones privadas, aun cuando éstas puedan estar financiadas por poderes públicos), e incompatible con rentas del trabajo, salvo que estemos ante una pensión de jubilación parcial.

La contingencia que legalmente origina la pensión contributiva de jubilación es la cesación en el trabajo producida tras alcanzar una determinada edad («edad avanzada» dice el art. 50 CE), a partir de la cual se entiende que la persona se ha hecho merecedora de un derecho al descanso, así como que puede sufrir un deterioro físico y mental que la incapacite para una generalidad de empleos. Bajo esta premisa, la edad ordinaria de jubilación legalmente establecida en España hasta la fecha de entrega de este trabajo es de sesenta y cinco años (art. 161 LGSS). No obstante, hacía tiempo que se venía sosteniendo un debate público sobre la pertinencia de elevar la edad ordinaria de jubilación para evitar una posible quiebra del sistema, cuya viabilidad parece amenazada por los cambios demográficos experimentados en España en las últimas décadas. A saber, la prolongación de la vida de las personas (lo que supone un abono de las pensiones durante más años al de hace algunas décadas) y el notable efecto de la caída de la natalidad que comenzó a producirse a mediados o finales de los años setenta del siglo XX.

Este debate público desembocó en un gran acuerdo sobre pensiones entre Gobierno, Sindicatos y Empresarios, que, a su vez, ha fructificado en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social. En esencia, los principales cambios introducidos por la reforma pueden resumirse en lo siguiente por lo que a la edad de jubilación se refiere:

- a) Se pasa de un sistema de jubilación imperativo a otro flexible y gradual. La principal novedad que incorpora este sistema es el aumento paulatino de 65 a 67 años de la edad de jubilación en un período transitorio de 17 años que comienza en 2013 y concluye en 2027. Este incremento de 65 a 67 años se realizará al ritmo de un mes por año hasta 2018 y de dos meses por año desde 2019 a 2027 (arts. 2 y 4 de la Ley, que modifican los arts. 112 bis y 161.1 LGSS, e introducirían en la misma la DT 20ª).
- b) Se mantiene la posibilidad de jubilación a los 65 años con el 100 % de la pensión, siempre que se acrediten determinados períodos de cotización que aumentan gradualmente desde los 35 años y 3 meses de 2013, hasta los 38 años y 6 meses a partir de 2027. También podrán jubilarse a partir de los 65 años quienes no reúnan este período

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de cotización aunque se aplicará un coeficiente reductor a la cuantía de la pensión. Entre 2013 y 2027 se establece una cadencia de aumento del período de cotización de tres meses cada año (arts. 2 y 4 de la ley que modifican los arts. 112 bis y 161.1 LGSS, e introducen en la misma la DT 20^a).

- c) Se introduce así el concepto de carrera laboral completa ante la Seguridad Social, articulada a través de los principios de gradualidad y flexibilidad que inspiran la reforma.
- d) En cuanto a la jubilación anticipada, se prevé la jubilación voluntaria a partir de los 63 años con un mínimo de 33 años de cotización. El coeficiente reductor anual será del 7,5 % por año de anticipo sobre la edad ordinaria de jubilación en cada caso. Sin perjuicio de lo previsto para la jubilación anticipada en situación de crisis, no existirá ningún otro tipo de coeficiente reductor de la Base Reguladora diferente del antedicho en el párrafo anterior. El acceso anticipado a la jubilación mediante este mecanismo no podrá generar complemento por mínimos en la pensión obtenida. De este criterio estará excepcionada la jubilación anticipada en situaciones de crisis que se describe a continuación (art. 5.1 de la Ley, que modifica el art. 161.2 bis LGSS).
- e) Entre las previsiones especiales destaca el hecho de que quienes tuvieran la condición de mutualista el 1 de enero de 1967 podrán causar el derecho a la pensión de jubilación a partir de los 60 años. En tal caso, la cuantía de la pensión se reducirá en un 8 por 100 por cada año o fracción de año antes de la edad de jubilación (art. 5.2 de la Ley, que modifica el párrafo primero de la DT 3^a.1 LGSS).
- f) Por otro lado, se elimina el supuesto de jubilación especial a los 64 años.
- g) Se prevé igualmente la interrupción de la vida laboral de madres y padres por cuidado de hijos menores de seis años. En cualquier régimen de Seguridad Social y a todos los efectos salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido, se computará como período cotizado aquel de interrupción de la cotización, derivado de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones de desempleo producidas entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente y la finalización del sexto año posterior a dicha situación. La duración de este cómputo como período cotizado será de 112 días por cada hijo o menor adoptado o acogido.

Dicho período se incrementará anualmente, a partir del año 2013 y hasta el año 2018, hasta alcanzar el máximo de 270 días por hijo en el año 2019, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización. Un beneficio que sólo es reconocido a uno de los progenitores y, en caso de controversia entre ellos se otorgará, el derecho a la madre. Los tres años de excedencia por cuidado de cada hijo o menor acogido tendrán la consideración de período de cotización efectiva (art. 9.1 y 2 de la Ley, que introducen la DA 60^a y modifican el art. 180.1 LGSS).

Pero, ¿cabría fijar una edad de jubilación forzosa? La llamada edad ordinaria de jubilación debe interpretarse como la edad mínima que el legislador establece para que un trabajador por cuenta ajena pueda jubilarse; esto es, como la edad que origina el derecho del trabajador a jubilarse. Decimos derecho a jubilarse y no obligación de jubilarse, pues éste es el planteamiento histórico de la jubilación en nuestro Derecho, y el que, con las matizaciones y excepciones que a continuación se dirán, se mantiene en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la doctrina.

Ciertamente resulta problemático desde una perspectiva constitucional justificar la denominada «jubilación forzosa», pues rompe con la idea de la jubilación como derecho, y, sobre todo, pudiera entenderse contraria al derecho al trabajo del artículo 35.1 CE, y al principio de igualdad del artículo 14 CE, pues supone una discriminación por razón de edad en el ejercicio del derecho al trabajo⁴⁷. Así lo entendió el Tribunal Constitucional cuando declaró inconstitucional la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores (en su versión de 1980), según la cual los contratos de trabajo habían de extinguirse a la edad que fije el Gobierno, estableciendo en todo caso como edad máxima de jubilación los sesenta y nueve años. El alto Tribunal matizó, empero, que una disposición así resulta inconstitucional salvo que la jubilación forzosa con ella incorporada fuera concebida y aplicada como medida de fomento del empleo⁴⁸. Subraya así el Tribunal la importan-

47. Para TAPIA HERMIDA (2009, pp. 143-144), lo que acontece en la jubilación forzosa, impuesta directamente por la ley o un convenio, es que en realidad se elimina el derecho fundamental al trabajo. Dicha regla resulta coherente con una ideología que califica de «economicismo extremo», que no duda en eliminar cualesquiera libertades, incluso fundamentales, si con ello se atiende a los intereses económicos de quienes dominan en los sistemas de economía de mercado.

48. La STC 22/1981 se pronunció al respecto en los siguientes términos: «puede afirmarse que la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo: es decir, en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro [...]. Ahora bien, tal limitación supone un sacrificio personal y económico que en la medida de lo posible debe ser objeto de compensación, pues para que el tratamiento

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cia del trabajo como bien social y económico, y, desde luego, constitucional, así como la escasez del mismo⁴⁹. Sólo como medida de fomento del empleo puede admitirse pues la jubilación forzosa, y en este sentido me parecen interesantes las palabras de BORRAJO DACRUZ, afirmando, en un trabajo realmente crítico con la jubilación forzosa, que «el Estado y, en su caso, los grupos socio-profesionales autorreguladores, pueden y deben redistribuir las oportunidades de empleo entre los empleados y los desempleados; entre los jóvenes, los menos jóvenes y los mayores; entre los válidos y los discapacitados; entre los varones y las mujeres; y así sucesivamente. La jubilación forzosa por edad es, pues, una medida de política de empleo; facilita la redistribución del trabajo disponible en cada momento»⁵⁰.

La jubilación forzosa no sólo es contraria al derecho al trabajo y al principio de igualdad, con la ya justificada excepción de su uso como medida de fomento del empleo, sino que, como veremos a continuación, existen también problemas de compatibilidad con el Derecho comunitario y, en particular, con la Directiva 78/2000, de 27 de diciembre, transpuesta a nuestro ordenamiento por la Ley 62/2003, que prohíbe la fijación de edades o topes máximos de jubilación, en una interpretación extensiva del derecho al trabajo. En esta línea se pronunció precisamente el Tribunal Supremo, que tras reiterar la problemática constitucional que presenta la jubilación forzosa, afirmó expresamente su incompatibilidad con la citada Directiva comunitaria y con su norma interna de transposición en España⁵¹.

En la actualidad, y a pesar del rechazo jurisprudencial a la jubilación forzosa, el legislador español mantiene fijada para el colectivo de funcionarios públicos, y en principio sin cuestionamiento doctrinal, la edad de sesenta y cinco años como edad que marca la jubilación voluntaria de los funcionarios, mientras que los setenta marcan la edad de jubilación forzosa⁵². En el ámbito del empleo privado, la Ley 14/2005, de 1 de julio, ha introducido una nueva disposición adicional décima en el Estatuto de los Trabajadores, volviendo a autorizar la jubilación forzosa por edad, prevista al efecto en

desigual que la jubilación forzosa supone resulte justificado no basta con que sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito: es preciso, además, que con ello no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado» (FJ 9). En la misma línea pueden verse las SSTC 58/1985 y 95/1985. Esta declaración de inconstitucionalidad ha sido generalmente admitida por la doctrina (p. ej., ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, 1991, pp. 514-515).

49. En este orden cobra especial importancia el mandato a los poderes públicos contenido en el art. 40.1 CE, de acuerdo con el cual tales poderes mantendrán una política orientada a pleno empleo.

50. *Vid.* BORRAJO DACRUZ, 2005, p. 1871.

51. STS de 9 de marzo de 2004.

52. Art. 33 de la Ley 13/1996.

convenio colectivo. La jubilación forzosa queda pues, y de nuevo, sujeta a la negociación colectiva, que en todo caso no podrá fijar otra edad para el retiro forzoso que la ordinaria fijada para la jubilación en la Seguridad Social, sólo podrá establecerse para trabajadores que cumplan las condiciones de cotización requeridas para obtener una pensión de jubilación por edad en la Seguridad Social, y, sobre todo, habrá de explicitar los factores de mejora que la jubilación forzosa pactada supone para el empleo, cuantitativa y cualitativamente: número de empleos creados como consecuencia de las jubilaciones forzosas, y número de transformaciones de contratos temporales en fijos y de contratos de tiempo parcial en tiempo completo.

La STJCE de 16 de octubre de 2007 (Asunto C-411/2005, *Palacios Villa*), se pronunció precisamente sobre la Ley 14/2005 desde la perspectiva del Derecho comunitario. Considera que debe enfocarse, no a la luz del principio de no discriminación por razón de edad, sino a la luz del artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE. Un precepto que permite a los Estados miembros disponer diferencias de trato por motivos de edad si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios. El Tribunal considera que la Ley 14/2005, responde a un objetivo legítimo, relacionado con la política de empleo y mercado de trabajo, se adoptó a instancia de los agentes sociales como un mecanismo para favorecer el empleo intergeneracional y cumple un objetivo legítimo de interés público en el ámbito de la política de empleo y de mercado de trabajo, sin que pueda considerarse como una medida nacional manifiestamente desproporcionada. Señala TAPIA HERMIDA que la referencia a un juicio de razonabilidad y proporcionalidad en los convenios colectivos «nos acerca más al principio de igualdad de trato, en su manifestación de igualdad de trato con independencia de la edad, que a un juicio estricto de no discriminación, pues la Directiva 2000/78/CE, al admitir salvedades o motivos justificados para diferenciar en el empleo y ocupación por razón de edad, no ha tratado de consagrar una prohibición específica y absoluta de discriminación por razón de edad, y deja a las leyes nacionales y a los convenios colectivos un margen de apreciación para adoptar medidas diferenciadoras al respecto, incluida la jubilación forzosa»⁵³.

Más recientemente, el mismo Tribunal, en Sentencia de 5 de marzo de 2008 (Asunto C-388/2007), ha reconducido el tratamiento deparado por la jurisprudencia comunitaria a la discriminación por razón de edad, im-

53. TAPIA HERMIDA, 2009, pp. 11-12.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

niendo a los Estados miembros la carga de demostrar la legitimidad de la jubilación forzosa, fijando un nivel elevado de exigencia probatoria. La Sentencia considera que no es posible concebir que una diferencia de trato pueda estar justificada por una finalidad legítima perseguida por medios adecuados, sin que esa justificación sea razonable, lo que, en opinión de TAPIA HERMIDA⁵⁴, si bien permite la pervivencia de la jubilación forzosa, prácticamente la proscribire como consecuencia de las limitaciones y condicionamientos a los que queda sometida.

Puede alcanzarse la edad de jubilación pero optar voluntariamente por continuar trabajando, en cuyo caso aún no se devenga del derecho a la pensión de jubilación. El cese en el trabajo se produce así, como regla general, de forma voluntaria, elemento éste que diferencia la jubilación de la invalidez, la otra gran contingencia que da lugar a prestación económica. El concepto de voluntariedad adquiere en este caso la máxima importancia, y es por ello que el legislador ha estimado necesario definir expresamente cese voluntario como la «inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma»⁵⁵.

Así como en momentos no tan lejanos se pudo potenciar la jubilación anticipada como medida de fomento del empleo y/o de saneamiento y modernización de empresas, en la actualidad parece que nos encontramos ante políticas sociolaborales dirigidas a fomentar el retraso de la jubilación, seguramente como consecuencia del progresivo envejecimiento de la población española. El retraso de la edad de jubilación no sólo solventa por un tiempo la posible escasez de trabajadores en ciertos sectores de la actividad, sino que, sobre todo, alivia la situación financiera de la Seguridad Social en su capítulo de pensiones de jubilación, ya que prolonga la cotización de los trabajadores reenganchados, y demora la percepción por éstos de las correspondientes pensiones. Las políticas de retraso de la jubilación comenzaron a acentuarse con los llamados Pactos de Toledo, haciéndose especial hincapié en el impulso de la jubilación parcial y de la jubilación gradual y flexible.

El artículo 166 LGSS se refiere precisamente a la jubilación parcial, contemplando dentro de la misma dos modelos:

- a) Jubilación parcial «diferida».—Está prevista para los trabajadores de edad igual o superior a los 65 años, si bien con la ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social

54. TAPIA HERMIDA (2009, p. 135) considera que esta Sentencia obliga a replantear argumentaciones anteriores en torno a la jubilación por convenio colectivo.

55. DT 3ª.1 LGSS.

esta edad se eleva a 67 años [art. 6.1 de la Ley, que modifica el art. 166.1.e) y f) LGSS]. Este tipo de jubilación parcial tiene por objeto que el trabajador que por edad y cotización tiene el derecho a una pensión, compatibilice ésta pero en cuantía parcial con la prolongación de su actividad laboral, también a tiempo parcial, ofreciéndose como incentivo al efecto una elevación de la base reguladora para incrementar la pensión total a percibir cuando el trabajador se jubile totalmente.

- b) Jubilación parcial «anticipada».—Está prevista para los trabajadores de edad comprendida entre los sesenta (para los antiguos mutualistas) o 61 (para el resto de trabajadores) y los 65 años, que con la citada ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social también se eleva a los 67 años (art. 6.1 de la Ley). Estos trabajadores podrán simultanear una pensión parcial de jubilación con un contrato de trabajo a tiempo parcial, y que, en los casos en los que el jubilado aún no haya alcanzado la edad ordinaria de jubilación, habrá de vincularse a un contrato de relevo⁵⁶. Se produce así una modificación contractual objetiva por la que el contrato a tiempo completo pasa a ser contrato a tiempo parcial, con una reducción de la jornada laboral y del sueldo que ha de oscilar entre un mínimo del 25 y un máximo del 85 %. La pensión parcial de jubilación se calcula aplicando el porcentaje de reducción de la jornada laboral a la pensión que el trabajador percibiría en el momento del hecho causante de la pensión, pero sin aplicar coeficientes reductores por anticipación de la edad de jubilación, e incrementándose anualmente con las revalorizaciones que se aplican con carácter general⁵⁷. Por último, el contrato de relevo, para los casos de jubilación parcial de un trabajador menor de 65 años (edad que una vez más se eleva a 67 años en virtud del art. 6.1 de la susodicha Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social), ha de ser celebrado entre la empresa y un trabajador en situación legal de desempleo o con uno que tuviera con dicha empresa un contrato de trabajo temporal. Se trata de fomentar la colocación de desempleados o de combatir la contratación temporal, por lo que el contrato de relevo habrá de tener duración indefinida o igual al tiempo que le reste al jubilado para alcanzar la jubilación completa. Por lo demás, el contrato de relevo podrá ser a tiempo

56. Art. 12.6 ET, desarrollado por el art. 9 del RD 1131/2002, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial.

57. Art. 12.1 RD 1131/2002.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

completo o parcial, aunque la jornada tendrá como mínimo el tiempo reducido al trabajador sustituido, y el puesto de trabajo podrá ser el mismo que el que desempeñaba éste o uno similar dentro del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

El artículo 165.1 LGSS prevé la llamada jubilación gradual y flexible que no deja de ser una jubilación parcial, compatible con un trabajo a tiempo parcial (aunque sin vinculación a un contrato de relevo). La pensión que perciba el jubilado se reducirá en proporción inversa a la reducción de su jornada laboral, en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable. La jubilación flexible viene siendo objeto de importantes incentivos, entre los que destacan la exoneración a empresario y trabajador de cotizaciones por contingencias comunes y pago de las cuotas por desempleo, FOGASA y Formación Profesional (arts. 112 bis.1 y DA 21^a.21 LGSS)⁵⁸, así como la elevación en un dos por cien el coeficiente aplicado a la base reguladora para calcular la pensión final de quienes trabajan después de cumplir los 65 años (67 conforme a la Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social), con lo que no sólo se fomenta la jubilación flexible, sino, también, la jubilación tardía.

Si hablamos de pensión contributiva de jubilación es necesario hablar de una exigencia de cotización a la Seguridad Social por parte del trabajador. Estamos ante lo que se denomina período de cotización previa o carencia necesaria, que de acuerdo con el artículo 161.1.b) LGSS, y con carácter general para todos los Regímenes de la Seguridad Social, obliga al beneficiario de la pensión a tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años⁵⁹, de los que dos, al menos, habrán de estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho a la pensión (o al del cese de la obligación de cotizar si se accede a la pensión en situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar), extremo, este último, que ha generado críticas ante sus posibles efectos de inequidad protectora⁶⁰. A estas reglas generales deben añadirse particularidades para ciertos Regímenes Especiales de la Seguridad Social. Así, para el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, Régimen Especial Agrario o Régimen Especial de Empleados de Hogar.

Hemos visto que la ley sobre actualización, adecuación y modernización

58. Ello siempre que el trabajador lo sea por tiempo indefinido y acredite 35 años o más de cotización efectiva a la Seguridad Social.

59. Como nos recuerdan BLASCO LAHOZ, LÓPEZ GANDÍA y MOMPALER CARRASCO (2003, p. 544), «la prestación de jubilación es de todas las del sistema de Seguridad Social la que una mayor cotización previa precisa».

60. VIDA SORIA, MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y QUESADA SEGURA, 2005, p. 303.

del Sistema de Seguridad Social se modifican los períodos de cotización para poder acceder a una pensión de jubilación. Como se ha dicho más arriba, se mantiene la posibilidad de jubilación a los 65 años con el 100 % de la pensión, siempre que se acrediten determinados períodos de cotización que aumentan gradualmente desde los 35 años y 3 meses o más de 2013, hasta los 38 años y 6 meses o más a partir de 2027. También podrán jubilarse a partir de los 65 años quienes no reúnan este período de cotización aunque se aplicará un coeficiente reductor a la cuantía de la pensión. Entre 2013 y 2027 se establece una cadencia de aumento del período de cotización de tres meses cada año (arts. 2 y 4 de la Ley, que modifican los arts. 112 bis y 161.1 LGSS, e introducen en la misma la DT 20^a).

B. Contenido de la prestación por jubilación

Estamos ante una prestación esencialmente pecuniaria, de carácter vitalicia y única, tal y como se desprende del artículo 160 LGSS. La cuantía de las pensiones varía en función de condicionantes derivados, fundamentalmente, del período cotizado por el beneficiario y de su base reguladora. Tras la Ley 24/1997, resultante de los Pactos de Toledo, nos hallamos ante un reforzamiento del carácter contributivo de la pensión, habiéndose incrementado el período de cotización, lo cual va en perjuicio de aquellos trabajadores que han estado más tiempo desempleados y que, normalmente, coinciden con los pensionistas con menor capacidad económica.

La base reguladora se obtiene, de acuerdo con el artículo 162.1 LGSS, del cociente que resulta de dividir por 210 las bases de cotización del beneficiario, durante los 180 meses inmediatamente anteriores al de producción del hecho causante. El cómputo del período total de la base reguladora ha de observar las siguientes reglas:

- a) Se computan por su valor nominal las bases de cotización correspondientes a los veinticuatro meses anteriores al de producción del hecho causante (art. 162.1.1.1^a LGSS).
- b) La evolución del Índice de Precios al Consumo será el criterio de actualización de las restantes bases de cotización, contabilizando desde los meses a que las mismas correspondan hasta el mes inmediatamente anterior al que se inicie el período de bases no actualizable (art. 162.1.1.2^a LGSS).
- c) No se tendrán en cuenta las cantidades que, aun ingresadas dentro del período computable, correspondan a meses no comprendidos en dicho período.
- d) Si en el período computable apareciesen meses en los que no existía

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

obligación de cotizar, para los mismos se contabilizará la base mínima de cotización vigente en cada momento para mayores de dieciocho años (art. 162.1.2 LGSS).

- e) No podrán computarse los incrementos de las bases de cotización producidos en los últimos dos años, cuando sean resultado de incrementos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en el convenio colectivo aplicable, o, en defecto de éste, el experimentado en el sector correspondiente (art. 162.2 LGSS)⁶¹.
- f) La base reguladora está sometida al tope máximo de la base de cotización (art. 110.1 LGSS).

El cómputo de la base reguladora presenta especialidades, en cuyo análisis detallado no podemos entrar aquí, para los casos de trabajadores pluriempleados, pluriactividad, incapacidad permanente total que luego desarrolla un trabajo y realización por el pensionista de trabajos posteriores⁶².

3.1.3. Protección no contributiva

Además de la modalidad contributiva de pensiones de jubilación, nuestro legislador también ha contemplado una modalidad no contributiva, en lo que es sin duda una recta interpretación del artículo 50 CE en relación con el 41 CE, ya que no sólo en ninguno de ellos se establece el carácter contributivo de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, sino que, por el contrario, de ambos preceptos cabe deducir que al menos parte de esas prestaciones tendrá un carácter asistencial⁶³. Es obvio que cualquier sistema de Seguridad Social es viable sobre la base de un sistema contributivo que pueda sostenerlo y mantenerlo, pero ello no debe ser óbice para que el propio sistema contenga, en la medida de lo posible y a costa de los más favorecidos por la economía, prestaciones puramente asistenciales para los

61. Se trata, obviamente, de evitar el fraude consistente en un incremento injustificado de la base de cotización en los últimos años de vida laboral, a fin de incrementar indebidamente la pensión. El TS ha entendido al respecto que el fraude no se presume, sino que hay que probarlo (*vid.*, p. ej., STS de 30 de enero de 2001). En todo caso, se exceptúan de la regla los incrementos salariales derivados de aplicar las normas legales y convenios colectivos sobre antigüedad y ascensos reglamentarios de categoría profesional, así como otras retribuciones establecidas con carácter general en las disposiciones en esas normas legales y convenios. Todo ello salvo que dichos incrementos sean decisión unilateral del empresario en el ejercicio de sus facultades de organización de la empresa.

62. Para estos casos véase el art. 162.5 LGSS, art. 11 RDL 2/2003, de 25 de abril, y, entre otras, la STS de 13 de enero de 1995.

63. *Vid.*, en este mismo sentido, FERNÁNDEZ ORRICO, 2002, p. 355.

más menesterosos, pues de lo contrario éstos quedarían situados en una auténtica situación marginal, posiblemente por debajo del mínimo de supervivencia.

El Tribunal Constitucional ya declaró en 1983 que el artículo 41 CE, al poner en relación el sistema de Seguridad Social con las situaciones o estados de necesidad, pretende superar una «primera perspectiva legal donde era prioritaria la noción de riesgo o contingencia» (STC 103/1983, FJ 4)⁶⁴. En línea con esta Sentencia, el Tribunal corroboró con claridad la tesis aquí mantenida en la Sentencia 65/1987: «el mandato contenido en el art. 41 de la Constitución dirigido a los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad supone apartarse de concepciones anteriores de la Seguridad Social en que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias (fundamento jurídico 4º). Si bien, en el sistema español actual, se mantienen características del modelo contributivo, no es menos cierto que, a tenor del mandato constitucional citado, el carácter de régimen público de la Seguridad Social, su configuración como función del Estado, y la referencia a la cobertura de situaciones de necesidad (que habrán de ser precisadas en cada caso) implica que las prestaciones de la Seguridad Social, y entre ellas las pensiones de jubilación, no se presenten ya –y aun teniendo en cuenta la pervivencia de notas contributivas– como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, y resultantes de un acuerdo contractual [...]. La Constitución, pues, establece como finalidad de la Seguridad Social la reducción, remedio o eliminación de situaciones de necesidad, mediante asistencia o prestaciones sociales suficientes, suficiencia que se predica también específicamente de las pensiones (art. 50). Como consecuencia (y aun cuando en un sistema parcialmente de tipo contributivo no pueda excluirse una correlación entre contribuciones y prestaciones) las previsiones constitucionales suponen que pase a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, situaciones que habrán de ser determinadas y apreciadas, sin duda, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa

64. Adviértase que el Texto Refundido de la Seguridad Social de 1974 (Decreto 2065/1974) establecía un sistema basado fundamentalmente en la cobertura de riesgos y contingencias de carácter contributivo, y cómo incluso preveía un ámbito de asistencia social «a las personas incluidas en su campo de aplicación y a los familiares o asimilados que de ellos dependan» (art. 36).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar, o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento» (FJ 17)⁶⁵.

Con todo, la modalidad asistencial no se contempló hasta la Ley 26/1990 (doce años después de promulgada la Constitución)⁶⁶, y no tuvo realmente regulación y aplicación definitivas hasta la aprobación de la vigente LGSS⁶⁷ en 1994, lo que pone de relieve la dificultad, fundamentalmente económica, de dar satisfacción a prestaciones sociales más allá de una estructura contributiva. En la exposición de motivos de la Ley 26/1990 se habla expresamente de la universalización a todos del derecho («derecho subjetivo» en palabras del legislador), a las pensiones de jubilación, entre otras, aun cuando no hayan cotizado nunca o el tiempo suficiente para alcanzar prestaciones del nivel contributivo, por la realización de actividades profesionales. De especial interés constitucional resulta que el legislador aluda en esa exposición de motivos a la sintonía que esta universalización supone con las orientaciones que al respecto ya existían en nuestro entorno internacional más cercano, y subraya el principio de solidaridad como fundamento de esta ampliación de la protección social, por lo que la financiación de las prestaciones se realiza a través de aportaciones del Estado al presupuesto de la Seguridad Social.

La protección no contributiva por jubilación se ha concebido dentro de nuestro sistema de Seguridad Social como un nivel suplementario a la protección contributiva. Su finalidad es, por tanto, suplir las necesidades que no cubre la protección contributiva, o, en un más correcto entendimiento del Estado Social y del principio de solidaridad, se trata de una de las medidas que corrigen o compensan el carácter regresivo de los niveles contributi-

65. Esta jurisprudencia ha sido reiterada con posterioridad por el TC (*vid.*, en particular, STC 239/2002, FJ 3).

66. Ley 26/1990, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas. No obstante, ya en 1985 el legislador español anunciaba la necesidad de «establecer en un futuro cercano un nivel contributivo de pensiones a favor de aquellos ciudadanos que, encontrándose en situación de necesidad prosequible, carezcan de recursos económicos propios suficientes para su subsistencia» (Preámbulo de la Ley 26/1985, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social).

67. La DF 1ª de la Ley 26/1990 autorizaba al Gobierno para, en el plazo de dos años, dictar un Texto Refundido en el que se integraran, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, los distintos textos legales específicos de la Seguridad Social. Posteriormente, las Leyes 22/1992 y 22/993 establecieron sendas prórrogas a aquel plazo, de suerte que la integración, regularización, aclaración y armonización de normas, y en su virtud la regulación y aplicación de un nivel no contributivo de prestaciones económicas, no se produjo hasta la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/1994, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

vos de protección social del sistema, sobre todo en momentos en los que, como se ha dicho antes, se han endurecido los requisitos para acceder a una pensión contributiva de jubilación. La financiación de estas pensiones no se vincula pues a la cotización de los beneficiarios, sino a los presupuestos universalistas que se deducen de la interpretación conjunta de los artículos 41 y 50 CE⁶⁸.

La principal prestación no contributiva prevista en nuestro ordenamiento es una pensión económica (arts. 167 a 170 LGSS), cuya cuantía se fija siguiendo los parámetros establecidos al efecto para la pensión no contributiva de invalidez (art. 145 LGSS), y que, en línea con lo ordenado en el artículo 50 CE, ha de ser actualizada periódicamente (art. 52 LGSS). Estamos de nuevo ante una prestación configurada como derecho subjetivo, siempre que se reúnan ciertos requisitos; un derecho subjetivo de ejercicio indefinido pero, a diferencia de la pensión contributiva, no vitalicio, pues la subsistencia de aquellos requisitos es *conditio sine qua non* para que subsista la pensión. Los requisitos que en cuestión causan el derecho a una pensión no contributiva de jubilación son los siguientes: tener la edad igual o superior a los 65 años (67 años de acuerdo con la ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social), residencia en territorio nacional, e insuficiencia de recursos. Nuestro ordenamiento ha optado así por un modelo de prestación no contributiva «asistencial», en el que se precisa acreditar la situación de necesidad⁶⁹ y la insuficiencia de medios para cubrirla⁷⁰, frente a un modelo «universal», en el que la prestación se otorga a todos los ciudadanos a partir de una edad, con independencia de su situación económica o laboral. Estamos, en todo caso, ante una prestación universal relativa.

3.1.4. Actualización periódica de las pensiones de jubilación

Si las pensiones han de ser adecuadas y deben garantizar la suficiencia económica de las personas mayores, es lógico que regularmente hayan de actualizarse, pues la habitual subida del coste de la vida las convertiría más pronto que tarde en inadecuadas e insuficientes⁷¹. No obstante, nuestro Tribunal Constitucional entendió que del artículo 50 CE no se deduce «que la Constitución obligue a que se mantengan todas y cada una de las pensiones

68. VIDA SORIA, MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y QUESADA SEGURA, 2005, p. 319.

69. Como recuerdan ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA (2000, pp. 589-590), nos encontramos ante el elemento consustancial a la Asistencia Social: la prueba de la situación de necesidad.

70. FERNÁNDEZ ORRICO, 2002, p. 46.

71. En este mismo sentido puede verse GÁLVEZ MONTES, 2001, p. 944.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual» (STC 134/1987, FJ 5).

En todo caso, la revalorización de las pensiones no sólo es un mandato constitucional contenido en el artículo 50 CE. También es la consecuencia lógica de un sistema de pensiones prioritariamente contributivo, ya que así se consigue la proporcionalidad entre las cantidades percibidas por los beneficiarios y las cuotas pagadas a lo largo de su vida laboral⁷².

El artículo 50 CE no determina el criterio de revalorización periódica, lo que a nuestro juicio es un acierto, pues no es claro que algún criterio asegure la suficiencia económica *per se* y con carácter previo. Corresponde pues al legislador determinar en cada momento los criterios de revalorización de las pensiones⁷³, y hasta la fecha ha sido la subida del coste de la vida la referencia utilizada al efecto. Nuestro Derecho prevé una actualización automática de las pensiones de acuerdo con el Índice de Precios al Consumo.

El artículo 48.1.1 LGSS, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 50 CE, prevé que las pensiones contributivas se revaloricen al comienzo de cada ejercicio de acuerdo con el IPC previsto para el año que comienza. Como consecuencia de la grave crisis económica que padecemos, el Gobierno decidió en 2010, mediante Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, la suspensión para el ejercicio 2011 de lo previsto en el citado artículo 48.1.1, excepto para las pensiones mínimas del sistema de la Seguridad Social, las pensiones del extinguido SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas.

Se ha planteado la posible inconstitucionalidad de esta «congelación» a través de varios recursos de inconstitucionalidad contra el citado Real Decreto-ley 8/2010, quedando a la espera de ser resueltos por el Tribunal Constitucional. No parece empero que, de acuerdo la doctrina de la citada STC 134/1987, pueda considerarse inconstitucional esta suspensión temporal de la revalorización de las pensiones, y aún más cuando dicha suspensión no afecta a las pensiones mínimas y no contributivas.

La actualización periódica de las pensiones plantea, entre otras cuestiones, la aplicación de un modelo conforme al principio de igualdad en su manifestación formal o jurídica (art. 14 CE) e, incluso, en su manifestación material o sustancial (art. 9.2 CE). El legislador español introdujo a tal fin los principios de progresividad y de solidaridad, de suerte que las pensiones de nivel alto han ido disminuyendo paulatinamente para reducir distancias con las pensiones de niveles más bajos. La técnica utilizada es la fijación de

72. Véase, al respecto, BORRAJO DACRUZ, 1991, p. 1499.

73. *Vid.*, en este mismo sentido, GÁLVEZ MONTES, 2001, p. 944.

una cuantía legal máxima, de modo que la subida periódica acorde al incremento del índice de precios al consumo sitúa a muchas pensiones de nivel alto por encima de esa cuantía máxima. El fin perseguido ciertamente coadyuva a una mayor igualdad entre los distintos niveles de pensión, pero, en contrapartida, inflige un importante perjuicio a los beneficiarios de las pensiones más altas, en tanto que relativiza el carácter contributivo de sus pensiones⁷⁴, y en cuanto que quedan sometidos a una suerte de doble fiscalidad: pagan impuestos de acuerdo a su capacidad económica (principio de progresividad fiscal, art. 31.1 CE) y cotizan a la Seguridad Social en cuantías proporcionales a sus rentas de trabajo. Esta opción escogida por nuestro legislador ha sido objeto de críticas por algunos autores, arguyendo que se convierte así en imposición lo que debiera ser contribución. Se ha llegado a cuestionar incluso el carácter progresivo de este modelo, afirmando que no respeta el principio de generalidad, ni se atiende a las normas del principio de igualdad en las cargas fiscales, convirtiéndose en «un privilegio al revés», y, por ello, discriminatoria e inconstitucional⁷⁵.

Aun reconociendo el perjuicio que este modelo ocasiona a las rentas y pensiones más altas, creemos, en línea con lo que ya ha sido defendido por el Tribunal Constitucional, que es un sistema enteramente ajustado a la Constitución, y, desde luego, útil para dar cumplimiento a los principios de igualdad y solidaridad. La constitucionalidad del sistema viene dada por una concepción asistencial (más allá de la meramente contributiva) de sistema general de Seguridad Social⁷⁶.

En la Sentencia 100/1990, el Tribunal declara constitucional la limitación de las pensiones más elevadas y la actualización de las más bajas, apelando a los artículos 1.1 y 40.1 CE (distribución de la renta personal más equitativa), y al principio de solidaridad: «una de cuyas exigencias esenciales es, precisamente [tal como se dijera en la misma STC 134/1987, FJ 5], el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados con independencia, incluso, de las consecuencias puramente económicas de esos sacrificios), llevan a la conclusión de que la regla del legislador foral, plasmada en el cuestionado art. 12.a), en cuya virtud se limitan durante el ejercicio de 1985 las pensiones de cuantía más elevada, a la vez que se mantienen y actualizan las de cuantía más baja, dados los limitados y escasos recursos que a tal fin pueden dedicarse, no puede en manera alguna considerarse,

74. BORRAJO DACRUZ, 1991, p. 1499.

75. *Ibidem*, pp. 1499-1501.

76. En esta línea puede verse VIDA SORIA, MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y QUESADA SEGURA, 2005, p. 190.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

siempre desde esta perspectiva concreta, contraria al art. 50 de la Constitución»⁷⁷.

Interesa añadir, finalmente, que a pesar de los mecanismos de actualización de pensiones, en muchos casos no se logra asegurar a los pensionistas cuantías similares a sus niveles de renta durante la vida activa, razón por la cual el propio Pacto de Toledo, y tras él el Acuerdo de Pensiones de 2001, fomentaron los llamados Planes y Fondos de Pensiones, en tanto que fórmula privada (al margen de la Seguridad Social) por la que los beneficiarios, previa la correspondiente contribución, adquieren el derecho a percibir cantidades económicas ante la contingencia de la jubilación. Esta realidad, arbitrada al margen de la Constitución, y que no se encuentra al alcance de todos ciudadanos, no hace sino denotar que el legislador no está cumpliendo como debiera el mandato del artículo 50 CE, trascendente como pocos para asegurar la necesaria cohesión social.

3.1.5. ¿Es nuestro sistema de pensiones de jubilación una conquista social irreversible?

Es pertinente preguntarnos si la existencia de un sistema de pensiones, y su actual desarrollo, pueden considerarse una conquista social irreversible, de suerte que cualquier retroceso al respecto, si no está suficientemente justificado, debería situarse fuera de la Constitución. La exigencia de razón suficiente fue utilizada en su momento por el Tribunal Constitucional, declarando, si bien no en relación a las pensiones de jubilación, «que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas»⁷⁸. Nuestro más alto Tribunal parece permitir así que las denominadas conquistas sociales puedan sufrir cierta reversibilidad, pero, eso sí, siempre que esté justificada (rigurosamente justificada me atrevería a añadir) por la coyuntura económica de cada momento histórico. Esto mismo cabría deducir cuando el Tribunal, ya en relación con las pensiones, afirma que ni del artículo 41 CE, ni del artículo 50 CE, se deduce «que la Constitución obligue a que se mantengan todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual»⁷⁹.

Lo que no sería admisible, bajo concepto alguno, es cualquier recorte o supresión arbitrarios o irrazonables de conquistas sociales. En una línea parecida se han situado algunos autores que, como ESCOBAR ROCA, entienden que

77. STC 100/1990, FJ 2.

78. STC 81/1982, FJ 3.

79. STC 134/1987 FJ 5.

el «denominado principio de irreversibilidad de las conquistas sociales (según el cual la inclusión por el legislador de determinadas prestaciones en el contenido de un derecho impediría su supresión por el legislador futuro), sólo vale cuando lo que está en juego es el contenido mínimo o constitucional del derecho, no su contenido adicional»⁸⁰. En el ámbito de las Declaraciones Internacionales de Derechos, puede traerse a colación la OG 3, del Comité DESC, de acuerdo con la cual «toda medida deliberadamente regresiva [...] exigirá la más cuidadosa consideración y necesitaría ser plenamente justificada en referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del uso pleno del máximo de recursos disponibles».

3.2. EL DERECHO A UN SISTEMA DE SERVICIOS SOCIALES

3.2.1. El sistema de servicios sociales para las personas mayores establecido por la legislación autonómica

Además de garantizar la suficiencia económica de las personas de la tercera edad, el artículo 50 CE ordena a los poderes públicos promover su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atiendan sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio. Un mandato, este último, que bien puede considerarse como una obligación complementaria⁸¹. La promoción por los poderes públicos de estos servicios sociales debe realizarse con independencia de las obligaciones familiares que puedan existir en relación al cuidado y atención de la vejez, por lo que la asistencia procurada en el entorno familiar no debiera utilizarse como argumento para demorar la creación de tales servicios o para justificar su parvedad. Sí podría admitirse, empero, que los poderes públicos destinaran más recursos (en tanto que éstos son siempre limitados) a aquellos servicios que satisfagan necesidades que, por su naturaleza y características, no puedan ser satisfechas o resulten de difícil satisfacción por la familia.

Salud, vivienda, cultura y ocio son las necesidades específicas de la vejez expresadas en el artículo 50 CE. Estamos ante una enumeración que no puede interpretarse con carácter exhaustivo, por lo que cabría incluir otras necesidades y, por tanto, otras prestaciones. Asimismo, los servicios derivados

80. *Vid.* ESCOBAR ROCA, 2005, p. 61. Sobre el principio de irreversibilidad podemos encontrar posiciones doctrinales que llegan a equiparar, incluso, la expectativa de prestaciones sociales generadas a lo largo del tiempo con el derecho de propiedad, de suerte que una eventual reducción o supresión de esas prestaciones generaría una indemnización parecida a la que se producen con la expropiación forzosa de una propiedad; en este sentido, NEDELSKY, 1988, pp. 241 y ss.

81. En sentido similar puede verse GÁLVEZ MONTES, 2001, p. 944.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

del artículo 50 CE no tienen, necesariamente, que ser creados *ex profeso* para satisfacer las necesidades indicadas, sino que es admisible, y en ocasiones obligado desde un punto de vista presupuestario, que esos servicios estén integrados dentro de un sistema general de servicios sociales organizado para el conjunto de la ciudadanía. En todo caso, el cumplimiento del artículo 50 CE sí requiere que dentro de esos servicios se prevean prestaciones dirigidas a las necesidades específicas de la vejez. Así, por ejemplo, en materia de salud no es necesario que se establezcan servicios sanitarios organizados exclusivamente para tales personas, pero sí que los existentes con carácter general estén dotados de una medicina especializada en sus concretos problemas de salud, con atención tanto preventiva como recuperadora.

La salud es posiblemente el problema más importante de los que afectan a las personas de la tercera edad, pero ciertamente puede afirmarse que dicho problema es razonablemente atendido a través de los servicios de salud existentes con carácter general para todos los ciudadanos, estudiados en otro capítulo de esta obra (*supra*, IX). Cosa distinta sucede con el problema de la vivienda. Existe una opinión mayoritaria a favor de la permanencia de los mayores en el hogar donde han venido viviendo, entendiendo que esta opción es la solución óptima desde puntos de vista tan dispares como el afectivo o el económico. Sin embargo, esta posibilidad no es siempre factible o, simplemente, no siempre es la más óptima⁸², por lo que los poderes públicos deben facilitar el alojamiento de los mayores en viviendas o residencias destinadas a ellos. En este orden, la disposición septuagésima adicional sexta de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre (LPGE para 2006), estableció ayudas destinadas al alquiler por personas mayores de 70 años perceptoras de pensiones no contributivas con escasas posibilidades económicas: «El Gobierno, en el primer semestre de 2006 arbitrará las medidas necesarias para hacer frente a esta situación mediante ayudas destinadas al alquiler y otros gastos derivados de la vivienda en convenio o acuerdo con las Comunidades Autónomas. Todo ello una vez que disponga de las conclusiones del estudio que el Congreso acordó que realizara con las Comunidades Autónomas respecto de la situación de pobreza que puede generar la situación de personas mayores de setenta años que viven solas, sin recursos patrimoniales y perceptoras de ingresos inferiores a cuatrocientos euros mensuales».

En materia de vivienda es opinión común la necesidad de procurar que las personas ancianas no queden desarraigadas de su contexto social. Es por ello que la alternativa de las residencias de mayores ha de reservarse sólo

82. La mujer sigue siendo quien soporta el mayor peso en el cuidado de mayores dentro del hogar familiar, lo cual se compatibiliza mal con la incorporación de ésta (objetivo prioritario) al mercado de trabajo.

para aquellas personas que no puedan o no quieran vivir en su vivienda habitual, y en todo caso deben escogerse residencias que no comporten un excesivo alejamiento del contexto social y familiar del anciano⁸³.

Otros servicios que pueden calificarse como necesarios para lograr el bienestar de las personas mayores son los de ayuda social en el hogar, creación de centros culturales y de ocio para jubilados, organización y financiación (siquiera en parte) de viajes y excursiones, estancias en balnearios, etc. Los artículos 38.1.e) y 38.2 LGSS prevén, dentro de la acción protectora de la Seguridad Social, servicios sociales y asistencia social para los mayores. Bajo esta premisa, y en el marco de esta legislación estatal de Seguridad Social, se han previsto fundamentalmente cuatro tipos de Servicios Sociales a favor de los mayores: Centros residenciales y no residenciales, que en la actualidad son gestionados por las CC AA; Servicios de ayuda a domicilio; Termalismo social; y Programas de vacaciones para la tercera edad.

No obstante, hay que subrayar que gran parte de esa legislación estatal no ha sido objeto del suficiente desarrollo y, sobre todo, de la necesaria dotación presupuestaria⁸⁴. Además, téngase en cuenta que, en tanto que servicios sociales y asistencia social, existe una concurrencia competencial del Estado y las CC AA, arrojando como resultado una subsiguiente concurrencia de las legislaciones estatal y autonómica, si bien la primera se encuentra hoy estancada y poco operativa, mientras que todo lo contrario le ocurre a la legislación autonómica.

3.2.2. Los servicios y prestaciones para mayores previstos en la Ley de Dependencia

A finales del año 2005, Gobierno, sindicatos y empresarios alcanzaron un gran acuerdo para la puesta en marcha de un Sistema Nacional de Dependencia a través de una ley que había de tener la condición de norma básica.

83. Como se hace constar en los sucesivos informes del Defensor del Pueblo, las deficiencias formales y estructurales de los centros sociales (por falta de higiene, falta de personal, inadecuación de la asistencia sanitaria) son, en ocasiones, objeto de las quejas de los ciudadanos que se dirigen a la institución. De todas formas, durante el año al que se refiere el informe de 2008 se ha apreciado una disminución de las quejas de ciudadanos en las que se hace referencia a su pretensión de ingresar en una residencia de la tercera edad. La reorganización de los servicios sociales en algunas Comunidades Autónomas a partir de la entrada en vigor de la LD, ha desplazado parte de dichas demandas hacia la valoración y reconocimiento de las prestaciones contempladas en esta ley.

84. Hecho que, en opinión de algunos autores, supone un claro incumplimiento de los mandatos constitucionales; véase al respecto VIDA SORIA, MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y QUESADA SEGURA, 2005, p. 426.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

La plasmación legal de aquel acuerdo fue la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (LD).

La Ley de Dependencia, de cuyo estudio exhaustivo se ocupan otros capítulos de esta obra (*supra*, XII y XIII), implanta un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que puede calificarse de avance fundamental en nuestro Estado Social. Estamos ante una modalidad que amplía y complementa la acción protectora de la Seguridad Social.

Es claro que los mayores constituyen un sector poblacional con especial riesgo de caer en situación de dependencia. El mayor porcentaje de personas dependientes se sitúa, precisamente, entre los mayores de 65 años, pues es a partir de esa edad cuando más puede aflorar enfermedades como la demencia senil, el alzheimer, la osteoporosis, etc., causantes de muchos de los casos de dependencia.

La singular afectación de la Ley de Dependencia a los mayores queda patente por doquier a lo largo de todo el texto legislativo. Así, ya en la Exposición de Motivos se alude al «importante crecimiento de la población de más de 65 años, que se ha duplicado en los últimos 30 años, para pasar de 3,3 millones de personas en 1970 (un 9,7 % de la población total) a más de 6,6 millones en 2000 (16,6 %). A ello hay que añadir el fenómeno demográfico denominado "envejecimiento del envejecimiento", es decir, el aumento del colectivo de población con edad superior a 80 años, que se ha duplicado en sólo veinte años».

Constata así el legislador una realidad demográfica que, entre otros resultados, supone un aumento notable de la situación de dependencia. La propia exposición de motivos avala este hecho afirmando que diversos estudios muestran que más del 32 % de las personas mayores de 65 años tienen algún tipo de discapacidad, porcentaje que, sin embargo, baja al 5 % entre las personas menores de esa edad.

Partiendo de esta realidad, no son de extrañar las numerosas alusiones a las personas mayores contenidas en la Ley. Así, la importancia que el artículo 41 de la Ley otorga al Consejo Estatal de Personas Mayores⁸⁵, que, a su vez, ha de coordinarse con Consejos Autonómicos o Regionales de Personas Mayores ya existentes⁸⁶. Igualmente, a la hora de establecer un catálogo de servicios, el artículo 15 de la Ley habla de servicios específicos para personas

85. Creado por el RD 117/2005. Sobre la composición y funciones del Consejo Estatal de las Personas Mayores véase, p. ej., ROQUETA BUJ, 2007, pp. 112 y ss.

86. P. ej., el Consejo Andaluz de Mayores (creado por el Decreto 277/1995), o el Consejo Regional de Personas Mayores de Cantabria (creado por el Decreto 49/2003).

mayores (Centro de Día para mayores y Residencia de personas mayores en situación de dependencia)⁸⁷. Significativo es también que entre los servicios y medidas para prevenir las situaciones de dependencia se aluda, en el artículo 21, a programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación dirigidos a las personas mayores; o que en ese mismo precepto, y con igual fin preventivo, se exija al Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia la fijación de criterios, recomendaciones y condiciones mínimas que deberían cumplir los Planes de Prevención de las Situaciones de Dependencia que elaboren las CC AA, con especial consideración de los riesgos y actuaciones para las personas mayores.

87. En relación a estos servicios puede verse NORES TORRES, 2007, pp. 400 y ss.