

MATERIALES PARA EL ESTUDIO DE LA TEORÍA DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL*

por

Prof. Dr. José Luis Tortuero Plaza**

Sumario

1. Los dos Modelos de la Seguridad Social y sus tres Etapas. 2. La Financiación de la Seguridad Social. 3. Los riesgos que son objeto de protección: El "ideal de cobertura" y su evolución. 3.1 La incapacidad temporal: Elementos definitorios. 3.2 La incapacidad permanente y la crisis de los sistemas de calificación profesional. 3.3 La jubilación: elementos de configuración y su evolución. 3.4 La protección de la maternidad y el cambio social.

1. LOS DOS MODELOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SUS TRES ETAPAS

1. Cualquier intento de definir y plantear correctamente los problemas de la Seguridad Social tiene que partir de dos datos tan obvios como importantes: el conocimiento preciso de los rasgos que la definen y la valoración de las condiciones que establece, para su funcionamiento actual y para su desarrollo y evolución futura, la realidad económica y social en que opera.

2. La Seguridad Social de cualquier país, ha descrito a lo largo del tiempo tres grandes etapas: la de la elección de su modelo o sistema de Seguridad Social, la de consolidación y expansión de ese sistema y la tercera, y comprometida, de crisis de la Seguridad Social que ha abierto las sucesivas crisis económicas en todos los países.

Como es bien sabido, son dos los grandes modelos o sistemas que han conformado las instituciones de la Seguridad Social: el denominado *profesional* (inspirado en las pro-

* Se trata de un conjunto de reflexiones que tienen su origen en varios trabajos realizados en los últimos años (de los que se dan noticia al final) así como de otras aportaciones singularmente relevantes (especialmente de los Profs. Alonso Olea, Fuentes Quintana, Barca Tejeiro, así como las realizadas por F. Ferreras), que han sido incorporadas. Todas ellas ordenadas, completadas en la Universidad de la República (Montevideo), bajo la dirección del Dr. Pla Rodríguez. La presente versión de estos materiales ha sido debidamente actualizada.

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid.

puestas y proyectos que se afirman bajo el mandato de Bismarck en la Alemania dominada por el proceso de revolución industrial de finales del siglo XIX) y el *universal* (construido en la segunda posguerra mundial a partir de las propuestas contenidas en los dos informes de Beveridge). Pese al tiempo transcurrido, a las inevitables diversidades con la que esos dos sistemas se han traducido a la realidad legislativa de los distintos países, y a la mutua atracción que ambos han sentido del opuesto, manifestada en un proceso de convergencia que todos los estudios comparativos históricos apuntan, es lo cierto que esos dos grandes sistemas de organización de la Seguridad Social -profesional y universal- definen aún claramente los rasgos diferenciales de la Seguridad Social de los países que los adoptaron. Esos rasgos diferenciales de ambos sistemas condicionan en cada país los propios problemas de la Seguridad Social de cuyo conocimiento hay que partir para tratar de entenderlos, para evitar las confusiones en su planteamiento y para encontrar posibles vías de solución.

Es la importancia de esa elección fundacional del sistema de Seguridad Social para cada país la que justifica que dediquemos alguna atención a los fines, medios y valoraciones que se hallan tras de esos dos modelos de Seguridad Social y su evolución en el tiempo. Con el propósito expositivo de acentuar los rasgos diferenciales de los dos modelos y destacar los factores generales condicionantes de su evolución temporal.

3. El sistema de Seguridad Social profesional y bismarkiano se sitúa en el tiempo en la fecha convencional del discurso programático ante el Reichstag, que definió las líneas de una política económica y social reformista de la que iban a formar parte los Seguros Sociales. La articulación de los Seguros Sociales se realiza en un paréntesis histórico, que abre en 1883 la ley que establece el seguro de enfermedad, continúa en 1884 el seguro de accidentes y cierra en 1889 el seguro de invalidez-vejez. El Código de Seguros Sociales de 1911 recopila ese cambio reformador. Una clara finalidad persiguen esas disposiciones: proteger e integrar socialmente a los trabajadores industriales, concediendo para ello un papel *positivo* al Estado, una concepción en abierta divergencia con el enfoque liberal hasta entonces dominante. En la asociación de ambos conceptos se basó la aparición de los Seguros Sociales en Alemania. La reforma cumplía un claro designio político: afianzar el régimen incorporando al mismo a la clase trabajadora. La prevención de *cada* riesgo da su contenido a la reforma que obliga a hablar de Seguros Sociales en plural, cada uno de ellos con organización y características propias. Los medios o técnicas para esos seguros sociales profesionales/de obreros industriales/económicamente débiles, es el seguro obligatorio (técnica derivada), cuya cobertura se realiza por cotizaciones aportadas, bien por empresarios (accidentes), bien por empresarios y trabajadores (enfermedad), bien por empresarios, trabajadores y subvención del Estado (invalidez-vejez).

Ese modelo de seguridad profesional se extiende con gran rapidez en fechas diferentes y por caminos distintos, en Europa continental, recibiendo por ello la denominación de Sistema Continental, con el que también se le conoce. Es importante acentuar sus tres rasgos diferenciadores: basarse en una concepción conmutativa (se protege a la población trabajadora); la aportación al trabajo es al mismo tiempo condición y medida de los derechos de la Seguridad Social y apoyarse en la relación salarios-cotización-prestaciones, para su montaje: de los salarios derivan las cotizaciones (gravamen proporcional), las cotizaciones fundamentan las prestaciones concebidas como rentas sustitutivas del trabajo (garantía de los salarios como el fin del sistema).

4. Frente al sistema profesional de seguros sociales, aparece un segundo y distinto modelo de Seguridad Social seguido por la corriente angloamericana (Atlántica) que afirma el carácter universal (aplicado a toda la población) y uniforme (aplicado con prestaciones homogéneas a todos los ciudadanos). Ese sistema universal se inspira en tres fuentes distintas: al *Social Security Act* de Roosevelt, el Sistema de Seguridad Social de Nueva Zelanda de 1938 y, fundamentalmente, los dos informes de Beveridge. El problema y los fines que sitúan a Roosevelt frente a la Seguridad Social son muy diferentes a los que afrontó Bismarck. Una crisis económica -la de 1929- es de nuevo el principio de esa política reformadora, pero esta vez se pretende de ella la liberación de la situación de necesidad que padecía parte de la población, merced al reconocimiento de un papel *positivo* del Estado, contenido en un programa de actuaciones positivas, que, al tiempo que remediaba los estados de necesidad, contribuyese a una recuperación de la economía. La Seguridad Social rooseveltiana revisa y actualiza la concepción y condiciones de la asistencia pública (garantizando una base mínima) y se integra con la política económica del *New Deal* de cuya suma de decisiones dependía la recuperación de la economía.

El Sistema de Seguridad Social que Nueva Zelanda establece en 1938 se ha ganado un puesto histórico en la precedencia del sistema general por tres motivos: 1º, trata de proteger a los ciudadanos, no de un riesgo, sino de un estado de necesidad que la ley define como situación de *emergencia*; 2º, trata de garantizar *un mínimo* al ciudadano y no suplir las rentas de trabajo; 3º, se financia por el presupuesto a través del impuesto sobre la renta.

La concepción rooseveltiana de la Seguridad Social -pese a las limitaciones con las que se formuló inicialmente en la *Social Security Act*- y el sistema neozelandés -pese a algunas diferencias importantes- ejercerán una influencia perceptible sobre el enfoque que Beveridge dará en sus dos Informes, a partir de los cuales quedará perfilado el sistema universal de Seguridad Social. Dos informes -se afirma-, ya que el tan esperado y masivamente difundido -*Social Insurance and Allied Services*- encuentra su complemento lógico necesario en la política de pleno empleo y crecimiento económico que, siguiendo el keynesianismo, diseña el segundo -y menos conocido- informe Beveridge -*Full Employment in a Free Society*. Las finalidades y medios del sistema universal de Seguridad Social divergen del sistema profesional. No hay aquí riesgos diversos que proteger por distintos seguros, sino un único riesgo: el estado de necesidad a cuya liberación se aspira, gracias a una protección uniforme concedida a toda la población, organizada a través de un servicio público financiado por el Presupuesto. La estrecha unión de prevención e indemnización constituye otro de sus rasgos destacados, y la concepción entera del sistema encuentra en la justicia distributiva su fuente de inspiración. Con la garantía frente al estado de necesidad que el sistema universal establece, no concluye, sino que fundamenta una posible organización adicional de la seguridad económica individual que debe ser dejada a la libertad de cada ciudadano, libertad estimulada por la acción del Estado.

La suerte histórica del sistema universal respondió al mismo signo que la del sistema profesional: la rapidez de su aceptación. Las ideas de Beveridge inspiran la legislación británica de 1945-48 y fundamentan una nueva forma de pensar y orientar la Seguridad Social que gana los organismos y la política internacionales. Prácticamente, entre la aparición del concepto de Seguridad Social universal en la *Social Security Act* estadounidense y su proclamación en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 22: "Toda persona, en

tanto que miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social”), transcurren trece años. Dificilmente puede encontrarse una propuesta de reforma social que haya ganado con esa rapidez las opiniones y las instituciones nacionales e internacionales.

5. Esos dos concepciones distintas de la Seguridad Social -los Seguros Sociales profesionales y la Seguridad Social universal- iban a entrar, tras su decisión fundacional (que alcanza fechas distintas según los países), en una *segunda fase*, dominada por la gran ola de prosperidad económica que domina el largo paréntesis que va de 1951 a 1973. Un crecimiento económico sin precedentes va a ofrecer el sólido fundamento a la expansión de los sistemas de Seguridad Social en ese lapso histórico: su proposición y defensa por la política y propuestas de Conferencias y Organismos internacionales. La aceptación de la Seguridad Social como un derecho básico ha constituido un poderoso estímulo para su gran expansión en la segunda posguerra mundial.

La Seguridad Social se constituye en un derecho de la persona proclamado por vez primera en el plano internacional por la Conferencia de Filadelfia, 1944, y confirmado por la ONU en 1948, primero en su Declaración Universal de los Derechos del Hombre y, nuevamente, en 1966 en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales. El Convenio número 102 de la OIT de 1952, también de alcance internacional general, prevé fórmulas de extensión gradual de la Seguridad Social a todos los riesgos y a toda la población; se trata del primer Convenio Internacional en el que se han utilizado las estadísticas para dotar de contenido exacto -criterios cuantitativos- a los términos jurídicos empleados. En Europa y América son, respectivamente, el Consejo de Europa, mediante la Carta Social de 1961 y el Código Europeo de 1964 y la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, con la Declaración de Buenos Aires de 1972, los textos principales.

Esa fase de gran expansión de la Seguridad Social se realiza bajo el signo de la *generalización*, rasgo dominante que constatan todos los repases históricos de esta etapa. Generalización, tanto a personas protegidas, como a riesgos cubiertos. Pero esa *generalización* se vive desde la lógica de *cada uno* de los sistemas de Seguridad Social. El sistema profesional vive la generalización por la extensión a distintos colectivos excluidos del sistema de riesgos asegurados. La fidelidad a la concepción de los sistemas profesionales de Seguridad Social es completa al embarcarse en el proceso de generalización, lo cual obliga a forzar cada vez más el término *profesional* y a privarle de su acepción correcta. El camino seguido en los países latinos para cumplir con ese destino histórico de la generalización del sistema de Seguridad Social profesional ha sido el de la proliferación de regímenes especiales que se añaden o yuxtaponen al sistema general, lo que desfigura el viejo y elemental esquema de los Seguros Sociales; la generalización de la Seguridad Social -que ha dominado la etapa de su gran expansión- ha sido un proceso natural para el sistema universal. Creado para ese fin, se limitó a aprovechar la gran oportunidad que el pleno empleo y el desarrollo de los años cincuenta y sesenta le ofrecían. Y eso hizo en los países atlánticos que lo habían adoptado.

Se ha destacado también, como rasgo de esta segunda etapa de la Seguridad Social, la convergencia entre los dos sistemas: profesional y universal.

Es verdad que los dos sistemas de Seguridad Social nacieron de un mismo principio: el intento de protección de situaciones de indigencia extrema, que se pretendió, antes de la aparición de los Seguros Sociales, a través de distintas fórmulas de protección indiferenciada

(ahorro, solidaridad o ayuda mutua de la clase trabajadora, seguro, responsabilidad civil, beneficencia pública). La situación de indigencia se hace coincidir en la Alemania de la revolución industrial con la miseria del proletariado industrial, lo que origina los Seguros Sociales profesionales. Tal interpretación inicial constituye un equivoco que margina a parte de la población, que sólo entrará en el sistema definitivamente por la ancha vía de la Seguridad Social universal. Lo cierto es que, a partir de una premisa valorativa idéntica (la protección de la situación de indigencia), los dos sistemas de Seguridad Social han descrito órbitas históricas diferentes, sintiendo mutuamente el inevitable atractivo que ejercen los contrarios. La universalidad la ha buscado el sistema profesional que consentía su concepción, ninguno de los cuales llevaba -como ya se ha indicado- a una generalización completa. En última instancia, sin embargo, por mucho que se amplíe, forzando el sentido de la Seguridad Social profesional, la generalización a *toda* la población será imposible: la comunidad de trabajo será siempre el campo de aplicación límite de la Seguridad Social profesional.

De otra parte, el sistema universal ha tratado de alcanzar el más estimado de los objetivos del sistema profesional: el deseo de cada ciudadano de disponer de una continuidad de sus ingresos de trabajo. Y esa pretensión ha procurado conseguirla con los regímenes complementarios de empresa, basados en prestaciones proporcionales a los salarios. Con todo, esa convergencia entre sistemas es una convergencia limitada, muy gradual e interferida por los acontecimientos de la tercera etapa que hoy padece la Seguridad Social.

6. La "tercera etapa" coincide en el tiempo con dos situaciones: la primera crisis del petróleo y su impacto en la actividad económica en los primeros años 70, y la maduración de los sistemas de seguridad social en los países industrializados. Es la primera vez que la Seguridad Social tiene que convivir con una situación que no le es favorable para su desarrollo e incluso mantenimiento.

La Seguridad Social se enfrentaba además a una nueva situación hasta entonces desconocida: la aparición de un desempleo creciente que no resultaba fácil controlar.

7. En el diseño de los sistemas, éstos partían de una situación de pleno empleo y, además, que el desempleado permanecía durante poco tiempo en esa situación. Así, los sistemas habían crecido y desarrollado en una situación cercana al pleno empleo y en el momento en que habían alcanzado su grado de maduración, es decir, cuando no se producen aumentos espectaculares en el número de personas aseguradas, y cuando el número de ellas que demandan protección comienza a crecer por la evolución demográfica, se producía un estancamiento en el crecimiento económico y comenzaba a reducirse el número de asegurados, o en el mejor de los casos, la relación entre asegurados y pensionistas comienza a ser menor.

El crecimiento económico, el pleno empleo y la protección social se habían desarrollado hasta entonces armónicamente. Ahora una de esas condiciones comenzaba a no cumplirse, y ese fue el momento cuando comenzaron a producirse todo tipo de críticas a la seguridad social. Se le imputaba que era la causante del estancamiento económico y del desempleo porque las cotizaciones incrementaban el coste del factor trabajo hasta límites que no toleraba la competitividad de las empresas, o producían altas tasas de inflación. El coste del factor trabajo inducido por las cotizaciones en la Unión Europea apenas alcanzaba en los años 70 el 7%; por otra parte el mercado interior de la misma absorbía el 90% de su produc-

ción y sólo el 10% estaba, y sigue estando, destinada a la exportación, sin embargo se insistía en que la Seguridad Social restaba competitividad a las empresas. Durante ese mismo período se produce en todo el ámbito europeo una reconversión y reestructuración de la industria que crea mayores tasas de desempleo y considera moderna la política de prejubilaciones. La misma Comisión de las Comunidades Europeas esparcía la doctrina en Europa de que las jubilaciones anticipadas fomentarían el empleo de los jóvenes y reducirían el desempleo, cuando en realidad lo que estaba sucediendo es que la actividad económica, como quiera que no había sido capaz de actualizarse y modernizarse en su momento, tenía un fuerte excedente de mano de obra que había que reducir. Las prejubilaciones se extendieron por toda Europa en los años 70 y 80 con un fuerte coste económico, que además no redujo el desempleo, argumento que se trasladaba a la opinión pública para llevar a cabo este tipo de política. El coste económico de la reconversión industrial no fue soportado por quien la había producido, sino que gran parte de él se trasladaba como coste a la Seguridad Social o a los presupuestos estatales.

8. En los años 70 aparece en el horizonte un nuevo motivo de controversia para la Seguridad Social: el **incremento de la esperanza de vida**. Cuando se implantaron los seguros sociales el tiempo durante el cual un asegurado percibía una pensión de jubilación era muy inferior al que se percibía en los años 70 y 80 por dos razones: por que no se había modificado al alza la edad a partir de la cual se comienza a percibir la pensión de jubilación, y porque la esperanza de vida desde los seguros sociales era mayor. Las personas actualmente una vez alcanzada la edad de jubilación viven más que hace 30 años, lo que evidentemente supone un coste adicional para la Seguridad Social, pero quizá no tan elevado si se considerara el incremento de la producción por persona durante su vida activa que lo que ha supuesto para la Seguridad Social el incremento de la esperanza de vida.

9. El crecimiento del gasto en protección social, medido en relación con el producto interior bruto, ha sido constante hasta llegar a su estabilización a mediados de los años 90. También éste era y sigue siendo un motivo de crítica por parte de aquellos que defendían la limitación de los gastos sociales. Por citar sólo un ejemplo, en el año 70 los gastos en protección social en el conjunto de la Unión Europea eran del 19% sobre el producto interior bruto; en el año 80, habían alcanzado el 24,30%; en el año 90 eran del 25,33% y en el año 95 del 28,80%. Es decir, que en un período de 25 años se había incrementado el gasto en protección social en relación con el producto interior bruto en la Unión Europea en casi 9 puntos. Esos mismos críticos del aumento de los gastos sociales silencian cuánto ha crecido en ese mismo período el producto interior bruto o la riqueza nacional o europea.

Un crecimiento “desmesurado” de la protección social no hubiera sido posible de sostener si el crecimiento de la riqueza no lo hubiera acompañado. El crecimiento de la riqueza experimentado entre los años 60 y 75 ha impedido limitar el crecimiento de los gastos en protección social durante ese mismo período. Se reconoce que en la Unión Europea en esos mismos años el crecimiento del gasto en protección social en relación con el producto interior bruto ha sido mayor que el crecimiento del propio producto interior bruto. Este es el precio que el Estado protector ha tenido que pagar para su continuidad.

Los usuarios y beneficiarios de las prestaciones del sistema asistían atónitos a las críticas adversas que se hacían durante esos años al sistema que ellos habían contribuido a su

sostenimiento y, sobre todo, a las propuestas que se hacían para su transformación, si no el desmantelamiento sobre todo en aquellos países cuyo sistema no había alcanzado el necesario nivel de desarrollo y de maduración. Se protegía “poco y mal”, y ya había quienes pedían la limitación de los gastos, cuando no el desmantelamiento de la Seguridad Social. Además no entendían que la seguridad social diseñada precisamente para otorgar ayuda ante situaciones de necesidad, cuando éstas se presentaban, se decía que estaba en quiebra o no podía mantenerse o había fracasado en sus objetivos y fines.

El crecimiento desacompañado de los gastos de protección social en relación con la generación de riqueza no se duda que en medio plazo no puede mantenerse, sin embargo no existen estudios ni criterios económicos que establezcan el nivel óptimo del gasto social, sin que éste perjudique el crecimiento de la riqueza nacional. Los límites que se decían existir durante la primera crisis del petróleo y sus consecuencias, no aportaron sino descrédito y desconfianza hacia aquellos que lo anunciaban, pues lejos de reducirse el gasto social, éste siguió creciendo durante esos mismos y posteriores años. Esta experiencia ha traído consigo un fuerte escepticismo entre los asegurados y ciudadanos en general ante propuestas de reducción de la protección, pues no visualizan una alternativa a la seguridad social que les aporte mayor seguridad y beneficios.

10. Entretanto la Seguridad Social, tanto los sistemas universales como los contributivos, habían ido extendiéndose a toda la población, pero adoptando distintas formas: en efecto, para algunas prestaciones de los sistemas contributivos ya no se exigía que previamente se hubiera cotizado para tener derecho, sino que se reconocían a todos los ciudadanos por el hecho de serlo; simultáneamente a este proceso parcial de universalización de los sistemas contributivos, la financiación de las prestaciones que se universalizan pasan a ser financiadas por los impuestos generales; con ello se conseguían dos objetivos: no aumentar la cotización, es decir reducir los costes a las empresas, y extender la protección a toda la población; a cambio se le exigía mayores impuestos para financiar las nuevas formas de protección; además el derecho se individualizaba, lo cual benefició especialmente a las mujeres. Dos ejemplos típicos de esa universalización parcial de los sistemas contributivos o profesionales son las prestaciones sanitarias y las prestaciones familiares. La sociedad no entendería que a las personas sin recursos económicos no se les permitiera el acceso a la asistencia sanitaria, y las que disponen de recursos económicos no aceptarían contribuir vía impuestos a la financiación de los cuidados médicos pero que se les negase el derecho a ellos.

Por otra parte, los sistemas universales, especialmente cuando se trataba de prestaciones económicas, adoptan otras formas de protección, pues este tipo de sistemas suele reconocer una prestación básica que generalmente no tiene relación alguna con los salarios, ya que su función es otorgar recursos económicos para vivir y no sustituir salario por pensión. Esta nueva forma ofrece complementar la prestación económica básica, pero para ello necesita aumentar la cotización, atribuir la gestión a entidades privadas y obligar a todos los trabajadores a pertenecer a ella. Con ello consiguen dos objetivos: la seguridad social garantizará ingresos cercanos a los salarios una vez que se haya dejado de trabajar y crea para el sector privado una nueva fuente de negocio. Con el transcurso del tiempo, relativamente corto, esta forma complementaria de protección, adopta una nueva modalidad que no garantiza un determinado nivel de prestaciones, sino que su cuantía depende de la rentabilidad que

alcancen los fondos acumulados por las cotizaciones de los asegurados. La presión social sobre los poderes públicos para aumentar la protección disminuye, pues no son ellos los que determinan la cuantía de las prestaciones sino que son las reglas del mercado y de las decisiones que ha tenido que adoptar el propio asegurado: cuantía de las cotizaciones que en cada momento decida aportar, y del resultado de la gestión inversora de las entidades que haya elegido para su administración. El Estado limita su responsabilidad a la garantía de las prestaciones básicas y se convierte en mero supervisor del funcionamiento de los mecanismos complementarios de la protección. Una parte de la protección se ha individualizado y el asegurado, en contrapartida, ha asumido mayor responsabilidad y riesgo, y tiene mayor libertad para decidir su futuro de prestaciones sociales.

Las respuestas de los poderes públicos a los problemas y a las nuevas circunstancias en que tiene que desenvolverse la Seguridad Social no se aprecian con la misma nitidez y rotundidad que sucedía durante la “segunda etapa” e incluso en los primeros años de la “tercera”. Parece advertirse que sólo existen dos objetivos claros: uno que se entretiene en sembrar incertidumbre sobre la viabilidad de la Seguridad Social, ofreciendo como alternativa el traslado a los ciudadanos de la responsabilidad de procurarse particularmente su propia seguridad; el otro objetivo tiene como finalidad defender el “statu quo” alcanzado. Se está empezando a percibir que ninguno de los objetivos están dando respuestas precisas a los cambios que se están produciendo en la sociedad, a los que la Seguridad Social tiene que adaptarse. En efecto, la fragmentación del mercado de trabajo y el desempleo no han sido considerados en su dimensión por los sistemas contributivos; los cambios en la estructura familiar y los nuevos roles dentro del matrimonio sólo han sido tenidos en cuenta de forma muy tangencial; la mayor esperanza de vida y el incremento del número de personas mayores que necesitan cuidados distintos a los hospitalarios, son todos ellos por lo general meros elementos de reflexión. Parece como si la Seguridad Social durante esta “tercera etapa” hubiera perdido o abandonado los elementos sociales como la justicia social, la igualdad de oportunidades, la solidaridad y la participación en los valores colectivos, y se hubiera convertido en una mercancía económica donde lo único que preocupa es el funcionamiento del mercado como negocio.

Según se puede conocer por los datos de la Unión Europea, no existe ningún índice que permita validar la hipótesis, por otra parte muy extendida, de que los países que dedican menor proporción de su renta nacional a la protección social obtengan mejores resultados económicos que los que dedican mayor proporción.

2. FINANCIACIÓN

La Seguridad Social implica el desplazamiento de riesgos desde el asegurado o afiliado hacia el asegurador o entidad gestora; al asumirse los riesgos se asume la carga de las prestaciones, si los riesgos se traducen en siniestros; naturalmente, el asegurador ha de contar con recursos económicos para ello.

En operación de seguro privado los recursos del asegurador provienen del precio que por el aseguramiento pagan los asegurados; la colectividad de éstos soporta el costo de las prestaciones, directamente en los seguros mutuos, indirectamente en los mercantiles, en que el asegurador es un tercero profesionalmente interpuesto entre cada asegurado y su conjunto.

La Seguridad Social reposa sobre el mismo principio, a saber, es la colectividad de asegurados quien realmente soporta el costo de las prestaciones con la interposición de la entidad gestora; sin embargo, la cuestión tiene en ella complejidad especial, por las siguientes razones:

1. En la medida en que la Seguridad Social se generaliza, no existe dificultad técnica ni conceptual -puesto que la colectividad protegida está formada entonces por todos los ciudadanos o residentes- para que los recursos lleguen a la entidad gestora, destinados al público indiferenciadamente protegidos, de las fuentes indiferenciadas de las cuales el Estado extrae recursos. Dicho de otro modo, los recursos para las prestaciones generalizadas (entre otras, con frecuencia: las “no contributivas”, la asistencia sanitaria, los servicios sociales, si lo son...) pueden venir a la entidad gestora, a través de los presupuestos del Estado, desde el sistema impositivo ordinario de éste (por ejemplo a través del IVA). Pero, aún sin generalidad de cobertura la ayuda estatal, directa o indirecta, es perfectamente posible; sobre ella recae, generalmente, el peso de las rentas mínimas de subsistencia.

2. Sea la que fuere la extensión de la cobertura, es pensable que los protegidos contribuyan total o parcialmente al sostenimiento de la Seguridad Social (modelo denominado “contributivo”), bien mediante cuotas o primas, bien mediante participación en el coste -sistema extendido en cuanto a la asistencia sanitaria, incluso para los pensionistas- de las prestaciones que perciban. Las cuotas del asegurado -y las de su empresario si se cree que éstas minoran los salarios que de otro modo el asegurado percibiría- son símbolo de su derecho a las prestaciones.

3. Cuando el bloque de los protegidos está formado por trabajadores por cuenta ajena, una fortísima tradición desde el origen de los seguros sociales hace que el empresario contribuya al coste de la Seguridad Social de los trabajadores a su servicio, especialmente si se piensa (por ejemplo, respecto del accidente de trabajo) que realmente es el empresario quien se asegura contra responsabilidades que están a su cargo; o que las prestaciones generalizan el deber de protección que a aquél impone el contrato de trabajo, o que son formas de salario, aunque existan dificultades de técnica jurídica para calificarlos como tales; o si se cree que las cuotas de Seguridad Social son un *salario diferido*, y ella misma una derivación del deber de protección, que el empresario paga como complemento del salario actual.

4. Los recursos procedentes de las fuentes citadas -y sus variantes; por ejemplo, los impuestos pueden ser generales o especiales afectados a este fin; téngase en cuenta que no hay diferencia apenas entre el impuesto afectado y las cuotas de los asegurados, en realidad impuestos sobre sus rentas personales- pueden combinarse en proporción varia, para toda la Seguridad Social (“sistema unificado”) o para alguno de los riesgos, rama o régimen objeto de protección (“sistema diversificado”). En favor de las cuotas o primas de trabajadores y empresarios puede pesar que así existen fuentes propias de financiación de la Seguridad Social, no sujetas a los avatares, en forma de pretensiones varias de gastos, a que están sometidos los presupuestos del Estado.

5. Sobre lo anterior planean problemas de incidencia última de los costes de la Seguridad Social, cualesquiera que sean las fuentes de sus recursos. Si provienen del Estado el tema es sobre quién incide en general la carga tributaria. Si proceden de cotizaciones de trabajadores y empresarios, el problema, sin solución pacífica, está sobre todo en las cuotas

del empresario; pues si las del trabajador parece claro que son impuestos sobre los salarios soportados por sus preceptores, respecto de las de aquél hay que precisar en cada situación si son soportadas por el público, como soporta el coste de los salarios, a través de los precios; o si total o parcialmente minoran los salarios, en cuyo caso las soportarían los trabajadores y serían, verdaderamente, salarios diferidos; o si los soportan los empresarios distraendo fondos que podrían dedicar a nuevas inversiones y, por tanto, descapitalizando las empresas. En algún proyecto se tiene por perturbadoras las cuotas empresariales y son total y concientemente suprimidas. Siendo hoy, por otro lado, tema de discusión si deben ser los salarios los que, al fijar el módulo de la cotización empresarial, determinen la cuantía de ésta; porque derive de ello una retracción de las inversiones que implican uso abundante de trabajadores, constituyendo así “un importante *factor de disuasión para el empleo del trabajo*” ante el elevado coste (salario más cuotas de Seguridad Social) de cada puesto de trabajo y que, por lo tanto, se encaminan hacia capitalizaciones intensivas con costo de personal reducido, cuando no derivan hacia formas irregulares de economía “sumergida”; con todos los “tópicos” efectos negativos sobre la competitividad, se comienzan a matizar. Si la contribución sobre el salario o sobre las rentas profesionales es alta (como ocurre en el sistema español en relación con los de la UE y los de la OCDE) y a ello se añade la desconfianza en el sistema, además de los efectos apuntados, se produce una conciencia más o menos generalizada de desproporción del esfuerzo contributivo y la ineficacia del mismo en el presente y ante el futuro, derivándose de ambos, ansiedades privatistas basadas en el espejismo de la eficacia y la seguridad de éstas, y a las que se destinan importantísimos recursos familiares que, además, se pueden premiar fiscalmente como ocurre en el caso español.

6. Con estos planteamientos, la financiación de la Seguridad Social y la cuantía y ámbito de sus prestaciones pueden ser -como las de otros grandes programas sociales, los de educación, por ejemplo- no sólo un sistema para allegar fondos, sino también, como el propio sistema fiscal, un medio para perseguir finalidades tales como las transferencias sociales de recursos o la redistribución de la renta nacional; de ahí que los planes de Seguridad Social tendieran a convertirse en capítulo de los generales de desarrollo y a estar presididos, como deben estarlo éstos, por opciones claras en cuanto a las inversiones que se prefieren y a la preferencia por la inversión misma sobre el consumo, o mantener éste dentro de límites que, al permitir la inversión, garanticen el desarrollo y con éste el consumo futuro.

7. Téngase en cuenta, por lo demás, que nos estamos moviendo dentro de un ordenamiento de Derecho necesario; la Seguridad Social, como antes los seguros sociales, “o es obligatoria o no es nada”. Por eso las grandes decisiones políticas sobre la Seguridad Social, comenzando por la básica de que se quiere efectivamente tener alguna, y siguiendo por las relativas a su extensión a nuevos riesgos, o a su protección con más o menos extensión e intensidad, son al mismo tiempo decisiones sobre las cargas que la comunidad está dispuesta a aceptar -esto es, decisiones sobre la financiación y, por tanto, sobre “el núcleo de la Seguridad Social, su columna vertebral”- y, más concretamente, las que está dispuesta a aceptar su población activa en beneficio de la inactiva, en términos de redistribución o “equidad intergeneracional” e interpersonal” (no sólo entre diferentes tiempos y situaciones, sino entre “individuos de distinto nivel de renta, con diferente actividad económica, localización geográfica...”). Este querer tiene su limitación en la productividad del país, que a la postre es la productividad de su población activa; si el límite se excede, a semejanza de lo que

ocurre con los salarios, la inflación se ocupa de reducir despiadada y drásticamente el valor real de las prestaciones, aparte de que los recursos mismos para la financiación, especialmente cuando ésta se basa en las cotizaciones, desciendan respecto de los proyectados por situaciones bien de morosidad o de fallidos, bien sencillamente de fraude, fuentes éstas a su vez de la pertinaz “economía sumergida” de trabajadores sin aseguramiento social. Mientras que si el querer se queda corto (lo que es socialmente rechazable) se crean riesgos gravísimos de inseguridad, y aún situaciones explosivas si el “umbral de tolerancia” es cruzado; aparte de que siendo innegable el deseo de aseguramiento, éste se busque a través de sistemas “voluntarios” o “complementarios”, anárquicos -aunque nuevamente revitalizados-, costosos y, normalmente, profundamente antisociales en cuanto discriminatorios.

8. Existe, además, la cuestión de la financiación a elegir, especialmente en los riesgos a largo plazo, como son todos de los que derivan pensiones; la disyuntiva es entre un sistema de *capitalización*, en que cada generación soporta sus propios riesgos presentes y futuros, o uno de *reparto* (financiación sobre la marcha “pay as you go” o “PAYGO”), en que cada generación soporta los suyos actuales y los actuales de generaciones pasadas (a cambio de que los suyos futuros sean soportados por generaciones futuras), disyuntiva en general decidida en favor del reparto del que se dice que es la esencia del aseguramiento social en cuanto liga entre sí el destino de las generaciones y refuerza el “sistema de reciprocidad” en que consiste. Simplificando: en sistema de reparto nadie paga *su* propia pensión, sino las de los pensionistas contemporáneos, y espera que cuando *él* mismo sea pensionista sus contemporáneos activos quieran y puedan pagarle *su* pensión. El sistema de reparto supone y exige la efectiva incorporación de nuevos cotizantes en cada generación; de ahí las crisis que ocasiona el paro continuado y masivo de una generación, y la caída del crecimiento demográfico con efectos opuestos al reparto generacional, y variaciones considerables en el índice de dependencia entre la población activa y la inactiva.

9. Si se opta por el sistema de capitalización surgen problemas adicionales sobre la inversión y rentabilidad de los recursos capitalizados, que a su vez plantean problemas generales de política económica. Sin embargo, el envejecimiento de la población, el débil crecimiento económico, la potenciación del ahorro y de la inversión, los efectos positivos de la acumulación de capital, hacen replantearse la vuelta al sistema de capitalización, antes desechado, como fórmula de “desahogo de los problemas financieros, contribución al desarrollo económico mediante la formación de capital y reforzamiento de la confianza, hoy tan quebrantada, en los futuros sistemas de pensiones” (105). Parece que éstas teóricas ventajas que acompañaban al “segundo pilar” del modelo del Banco Mundial (primer pilar: de prestaciones definidas, gestión pública y sistema de reparto; segundo pilar: también obligatorio, de cotización definida, gestión privada y/o pública- aunque derivada en práctica hacia la “privada”- y sistema de capitalización; y tercero: con similares técnicas, pero de carácter voluntario) (105^a) nuevamente comienzan a desmitificarse, quizás por la interpretación y aplicación interesada del “modelo”, quizás por la “mitificación de las supuestas ventajas”, que en ningún caso tiene validez general y universal (105b).

10. Múltiples problemas hacen que ambos sistemas de financiación -reparto y capitalización- estén en permanente pugna y en continua revisión, presidida ésta por la tendencia a su diversificación por ramas de protección; pero sin que se perfile un nuevo sistema de financiación, las variaciones siguen siendo entre “reparto” y “capitalización”, advirtiéndose

que la transformación del sistema de “reparto” en “capitalización” es técnicamente inviable (al menos en el español y posiblemente en el resto de la UE, ya que en ninguno se ha producido el intento) y rechazable socialmente. En esta búsqueda de soluciones muchas son las opciones planteadas e incluso parcialmente ensayadas para aumentar los ingresos y/o reducir los gastos (supresión de límites máximos de cotización y reducción y ponderación del tipo; extensión de la base de cálculo de las cotizaciones para incluir el resto de los componentes del valor añadido; implantación de un impuesto negativo para individuos o unidades familiares cuyas rentas no alcancen un mínimo, creación de nuevas cotizaciones o impuestos específicos (“cotización social general”, “cotización del mercado de trabajo”, “IVA social”), reducción de prestaciones, endurecimiento de condiciones de acceso y disminución de cuantías de las subvenciones presupuestarias; e incluso las más extremas de privatización, con distinto alcance y prácticamente inexistente en la UE), aunque pocas las que han ofrecido la garantía adecuada. En todo caso, a las deficiencias de los sistemas de financiación hay que añadir la heterogeneidad de las fórmulas de corrección parcial que se utilizan, lo que, por cierto, dificulta los intentos “armonizadores” que pide el Mercado Único Europeo (y que fomentó la Recomendación 92/442/CE de 27-VII) o de “convergencia” que pide el Tratado de la Unión.

Se trata, en suma, de problemas de complejidad extremada; ante la imposibilidad de agotarlos, nos limitamos a dejarlos planteados en sus líneas esenciales, destacando para concluir la trascendencia ante la cantidad ingente y creciente de recursos que, especialmente los países desarrollados, dedican al mantenimiento de su Seguridad Social.

3. LOS RIESGOS QUE PUEDEN SER OBJETO DE PROTECCIÓN: EL “IDEAL DE COBERTURA”

Los riesgos -individuales, personales y de naturaleza económica, ya por hipótesis- que cubre la Seguridad Social como causantes de la situación de necesidad, son de determinación imposible sin la referencia a tiempo y país determinados. En general, cada período histórico tiene un ideal de cobertura al que se aproxima el sistema de cada país, habiendo sido tendencia moderna -cuando menos desde comienzos del siglo XX- la ampliación de los riesgos cubiertos. En la actualidad puede hablarse de la estabilización de un *ideal de cobertura* recogida en la generalidad de los Textos Internacionales y que comprende el accidente personal, sea o no de trabajo, y la enfermedad común -incluida la maternidad- y profesional, cubriendo tanto la asistencia sanitaria y la recuperación como los defectos transitorios y permanentes -invalidez- de renta; la vejez, o prolongación de la vida más allá de la edad en que ordinariamente existe capacidad de trabajo; la muerte, si el causante deja causahabientes que de él dependían; el paro forzoso; y las cargas familiares, fundamentalmente concebidas como auxilios a quienes tengan a su cargo minusválidos o niños de corta edad.

Aunque no se deba afirmar que la estabilización aludida obedezca a que se hayan alcanzado ya los límites impuestos por la personalidad de los riesgos, hace tiempo que la tendencia apunta, si acaso, más al perfeccionamiento de la cobertura -quizá, además, a su extensión personal y a su diversificación para atender necesidades especiales- de riesgos ya alumbrados que al alumbramiento de nuevos riesgos, y no se ve hoy qué riesgo nuevo pueda venir al incorporarse al ideal de cobertura de la Seguridad Social.

En suma, las exigencias de “bienestar social” -entendido como “actividad organizada que se propone ayudar a una mutua adaptación de los individuos y de su entorno social...; resolver los problemas de adaptación de individuos, grupos y comunidades a un modelo cambiante de sociedad mediante la acción cooperadora para mejorar las condiciones económicas y sociales” -son múltiples, y la Seguridad Social dedique atención y fondos a la prevención de riesgos, en materia de salud por ejemplo, se convierte a su vez en parte integrante indiferenciada de (las medidas de) bienestar o protección social; algunas de estas (por ejemplo: protección a la infancia; promoción del empleo; amparado ante las situaciones catastróficas, la guerra incluida, y remedio de sus consecuencias; subvenciones para vivienda) pueden unirse a las de Seguridad Social que se van a describir, para obtener un concepto de ésta. Pero incluso dentro del concepto estricto -llamando tal al delimitado por el “ideal de cobertura”-, la escasez de recursos puede exigir que se establezca la prioridad de la cobertura de unos riesgos respecto de otros, especialmente en los países en vías de desarrollo, sobre todo si se llega a situaciones en las que “el costo de la Seguridad Social... es excesivo de (la) capacidad económica”.

3.1 La incapacidad temporal: elementos definitorios

En la delimitación conceptual de la incapacidad temporal, es necesario el análisis de los siguientes elementos definitorios:

- Alteración de la salud.
- Efecto incapacitante.
- Temporalidad y transitoriedad del proceso.

3.1.1 Alteración de la salud y asistencia sanitaria: la multiplicidad de funciones de la asistencia sanitaria en la incapacidad temporal

La alteración de la salud como situación protegida por los Sistemas de Seguridad Social o a través de los Servicios Nacionales de Salud, va a actuar en la delimitación conceptual de la contingencia de incapacidad temporal desde distintas perspectivas: unas de orden positivo, en tanto que tal alteración constituirá el objeto de protección; otras, de carácter cualitativo, en la medida en que demarcarán objetiva y subjetivamente qué perturbaciones del estado de salud conllevarán el nacimiento de este modo específico de cobertura y cuáles serán los sujetos protegidos.

Los caracteres anunciados quieren anticipar afirmaciones a realizar en sede de conclusiones. Esto es, si bien la alteración de la salud va a constituir uno de los objetos principales de la protección que se otorga, no toda alteración será constitutiva de la contingencia de incapacidad temporal, al tiempo que no todos los sujetos protegidos por el sistema de Seguridad Social -o todos los ciudadanos en la universalización de la protección de la salud- van a recibir protección, o, dicho en otros términos, no todos serán titulares de las prestaciones previstas para la situación de incapacidad temporal.

Es preciso ahora hacer algunas aclaraciones terminológicas, con el fin de ir delimitando esta primera característica de la incapacidad temporal: la alteración de la salud.

Con esta finalidad, es necesario partir de la diferenciación de las expresiones “tutela o protección de la salud” y “tutela o protección de la alteración de la salud”, a pesar de que la tendencia expansiva de ambas hacen cada vez más difícil su delimitación.

La tutela de la salud “se postula de todos los sujetos protegidos independientemente y de su estado actual de salud, y tiene como objeto, la general conservación y mejora de la misma”.

La tutela de la alteración de la salud “viene referida exclusivamente en función de la alteración que ya se ha verificado, y que mira tan solo al sujeto que la padece”.

La diferencia es ya suficiente para precisar que queda fuera de análisis toda la gama de medidas que (de distinta índole) van a configurar los elementos de protección que se aglutinan bajo la expresión “tutela o protección de la salud”. Entendida ésta en los amplios términos utilizados en el preámbulo del Acto Constitutivo de la Organización Mundial de la Salud en junio de 1946, en el sentido de “estado completo de bienestar físico, mental y social, que no consiste solamente en la ausencia de enfermedad o dolencia”.

Por tanto, nuestro análisis girará en torno a la delimitación de la alteración de la salud, no tanto desde su caracterización conceptual, sino desde su prisma asegurativo, demarcando aquellos elementos que harán hacer la especial protección otorgada por la contingencia de incapacidad temporal.

De esta forma, podríamos hablar de la alteración de la salud como contingencia genérica, en el sentido de que de ella pueden derivarse, si se dan ciertos requisitos o caracteres, modos específicos de protección que dan origen a otras contingencias. Precisamente esos caracteres son los que van a identificar a la incapacidad temporal, diferenciándola de otras contingencias y, en consecuencia, dándole identidad propia.

Actualizado el riesgo -como ya hemos dicho, a efectos de la caracterización de la contingencia, el origen o la causa es indiferente- y producido un determinado desequilibrio psíquico-físico en el individuo, varios son los elementos que, íntimamente relacionados entre sí, habrán de tenerse en cuenta para que actúe el sistema protector de la incapacidad temporal.

En primer lugar la intensidad del citado desequilibrio del estado de salud, el cual deberá afectar al individuo de tal forma que le incapacite temporal y absolutamente para la realización de su trabajo habitual o que le impida el desarrollo de su actividad productiva. Este primer elemento actuará de forma negativa, de tal manera que todas aquellas alteraciones de la salud que no adquieran tal intensidad, esto es, no incapaciten, están amparadas tan sólo por los mecanismos de protección de la alteración de la salud como contingencia genérica y, por tanto, excluidas de la incapacidad temporal. Así, no es suficiente “una futura intervención quirúrgica” ni “la asistencia sanitaria puntual en momentos de crisis”, tampoco “la asistencia médico-farmacéutica compatible con el trabajo”, o “el simple tratamiento farmacológico”, ni siquiera lo es, por necesidad “la rehabilitación” o el “asistir a consulta” o “la necesidad de observación”, o “la mera revisión médica”, etc.

En segundo lugar y dependiente del anterior, la alteración de la salud con efectos incapacitantes de carácter temporal debe afectar a la actividad productiva activa y no potencial del individuo, de tal forma que produzca no solamente un aumento de gastos tendientes

a la recuperación de la salud, provocados por la alteración misma, sino además, un defecto de ingresos consecuente con los efectos incapacitantes que le impiden la obtención de sus rentas. Este segundo elemento delimita el ámbito subjetivo protegido por la contingencia, quedando así al margen colectivos que, a pesar de ver afectada su capacidad de trabajo potencial, el desequilibrio de su estado de salud no conlleva un defecto de ingresos, bien por no estar realizando ninguna actividad productiva (familiares a cargo del titular, parados, etc.), bien por no poderla realizar por causas diversas (menores, inválidos, jubilados, etc.). Por tanto, si no existe un defecto de ingresos provocado por aquella motivación, carecen de sentido las prestaciones sustitutorias de salarios o rentas profesionales, al menos en la órbita de un sistema profesional-contributivo. Si no hay nada que sustituir, la situación de necesidad es otra y, en consecuencia, carecen de sentido las prestaciones compensatorias o sustitutorias, tal cual están estructuradas.

· La especial interdependencia entre alteración de la salud, efecto incapacitante y sujetos protegidos, o su necesaria correlación, es una constante en la contingencia de incapacidad temporal.

No obstante, el análisis detallado de cada uno de los problemas que plantean los elementos característicos mencionados, será hecho desde la perspectiva del efecto incapacitante. Sin embargo y aunque pudiera parecer obvio, debe insistirse en que la lesión o el padecimiento no solamente debe existir, sino que “debe estar en período activo”, y “debe ser susceptible de determinación objetiva” (no es objetivable, por ejemplo, “la aversión al puesto de trabajo debida a un accidente de trabajo que sufrió en su día”, o “el dolor teórico, una vez agotados los posibles medios de diagnóstico”).

Por último adviértase que conjuntamente con el efecto incapacitante producido por la alteración de la salud, ésta necesita de las prestaciones de asistencia sanitaria.

Como ya se ha dicho, la estructuración actual va a provocar que, justamente en la contingencia de incapacidad temporal, la asistencia sanitaria tenga un papel múltiple.

En primer lugar, se da por supuesto que el desequilibrio en el estado de salud se ha producido, y que además éste es susceptible de curación o mejoría. Justamente para restablecer aquella alteración aparecen las prestaciones sanitarias, como uno de los elementos del mecanismo protector. Esta misión de la asistencia sanitaria conlleva además un efecto excluyente: quedarán fuera de la protección aquellas alteraciones que bien no necesiten de la citada asistencia porque “las lesiones ya tengan carácter definitivo” o dicho en términos positivos, exige que “la dolencia requiera una adecuada asistencia médica para cura o mejora de dichos trastornos”.

Por lo tanto, la asistencia sanitaria no sólo actuará como requisito necesario para la protección y como prestación en especie, sino como elemento vinculado a la transitoriedad de dicha protección, siendo hasta cierto punto su medida, al vincularla a la finalización del proceso patológico ya sea por curación, ya sea porque las lesiones tengan carácter definitivo.

En segundo lugar, la estrecha relación entre la alteración de la salud, la necesaria asistencia sanitaria y el efecto incapacitante, llevará consigo que en la contingencia de incapacidad temporal la citada asistencia sanitaria actúe especialmente como elemento de control, tanto en su momento original como en la evolución de la dolencia, control que además

suele ser querido para sí por el Sistema, al exigir que aquélla deberá ser prestada por la propia Seguridad Social (o por el Servicio de Salud correspondiente).

3.1.2 Incapacidad laboral

3.1.2.1 Intensidad del efecto incapacitante

Como ya se ha visto, mientras la alteración de la salud proyecta sus manifestaciones en el campo de la “existencia física”, la capacidad la proyecta en el ámbito de la “existencia económica”, esto es, en el de la actividad productiva. De ahí que solamente se consideren situaciones constitutivas de incapacidad temporal aquellas alteraciones de la salud que provoquen una incapacidad para el trabajo -de carácter temporal-, quedando las restantes bajo la protección de otras parcelas de la Seguridad Social, como la asistencia sanitaria para los desequilibrios físico-psíquicos no incapacitantes, en el sentido ya visto, y la invalidez permanente para aquellas lesiones que son previsiblemente definitivas.

Para delimitar el alcance de las situaciones constitutivas de esta contingencia debemos comenzar por acotar el espacio de la expresión “capacidad laboral”, como equivalente a estos efectos, a “estar impedido para el trabajo”.

Dos interrogantes surgen de la propia expresión *capacidad laboral*: primero, cuál debe ser la intensidad con que la alteración de la salud deba afectar a la capacidad para el trabajo, y segundo, si ésta además se refiere al trabajo genérico o mira, por el contrario, a una actividad determinada y específica. Como ya vimos, no siempre hay coincidencia entre afección físico-psíquica e incapacidad para trabajar, lo cual no solamente pone de relieve la dificultad de acercamiento al tema, sino que implica un análisis individualizante.

Serían innumerables los ejemplos que pondrían de manifiesto cómo una misma lesión produce efectos distintos según cuál sea la actividad profesional del individuo afectado, por lo que la referencia a la profesión hace que de lesiones idénticas (relativamente) puedan derivarse calificaciones diversas. Hasta el punto de que una misma afección podrá ser impeditiva para un determinado trabajo, no serlo en absoluto para otro, e incluso, ser hasta beneficiosa para la realización de aquella actividad.

Si por *capacidad laboral* se ha venido a entender “como el complejo de requisitos de orden psíquico (intelectuales y volitivos) y físicos (consistencia de tono y capacidad muscular, resistencia al esfuerzo, constitución y caracteres somáticos), que representan la condición en base a la cual un individuo es materialmente capaz de cumplir un determinado trabajo”, es decir, “la concurrencia de la integridad psico-somática y de la actitud para emplearla en una determinada actividad profesional»” Si esto es así, parece acorde que si alguno de estos elementos se ve alterado hasta el punto de hacer al individuo incapaz temporalmente, esta incapacidad deberá ir referida a la actitud para desempeñar las obligaciones inherentes a su trabajo. En definitiva, la incapacidad debe ser entendida para “el trabajo específico al cual se dedicaba el individuo en el momento de producirse la actualización del riesgo causante”.

Por último, la referencia a la actividad concreta en relación con el efecto incapacitante, debe alcanzar no sólo al conjunto de obligaciones a ella inherentes, sino a la forma y a los medios necesarios para llevarse a efecto, elementos que lógicamente se habrán tenido en

cuenta para su calificación, con el fin de evitar disfunciones entre los aspectos puramente clínicos de la lesión y la incidencia de ésta en la prestación de la actividad concreta. Piénsese en aquellos supuestos en que la lesión es compatible con las obligaciones que comporta la actividad en abstracto y, sin embargo, la lesión impide el desplazamiento, realizar determinados movimientos o permanecer en una cierta postura o bien permanecer en un espacio o ambiente determinado... De nada serviría la compatibilidad teórica o abstracta, si el ejercicio de la actividad es imposible o extremadamente dificultoso, e incluso, pudiera acarrear una situación de peligro, un agravamiento de la lesión o una dificultad añadida en la evolución favorable de la misma.

Por tanto, debe exigirse una valoración lo más exacta y precisa posible, lo que impone que el diagnóstico tenga una óptica no meramente clínica sino médico-legal, esto es, refiriendo el cuadro patológico del trabajador al tipo de actividad que realiza. Es aquí donde juega la aproximación individualizante, de la que se habló, pero “con criterios rígidos de la clase médica y no con inclinación indulgente”.

El carácter laboral de la incapacidad, que como vimos delimita el ámbito subjetivo de la protección y la diferencia de la mera alteración de la salud, tuvo sus orígenes en la legislación de accidentes de trabajo y sobre ella, su mayor construcción tanto doctrinal como jurisprudencial. Sin embargo, la extensión paulatina de la acción protectora de la Seguridad Social a diversos colectivos, ha provocado que aquel carácter laboral de íntima vinculación con el trabajo por cuenta ajena haya sido desbordado al afectar hoy a categorías profesionales extramuros del ordenamiento laboral.

Todo ello nos lleva a firmar que la expresión incapacidad laboral tiene un marcado contenido profesional en sentido amplio, dado que el defecto de ingresos que produce va referido no sólo a rentas de trabajo, sino a rentas profesionales, al incluir en el ámbito protector tanto a trabajadores por cuenta ajena, como la actividad de quienes se encuentran en el campo de aplicación de la Seguridad Social y protegidos respecto a la contingencia de incapacidad temporal.

En las situaciones de incapacidad temporal, la expresión *capacidad de ganancia* pierde en gran medida las connotaciones que le son propias si se refiere a las situaciones de invalidez permanente. Aquí no aparece como instrumento de valoración independiente o combinado con el puramente profesional a la hora de determinar la capacidad residual del individuo, sino por el contrario, una vez actualizado el riesgo, *capacidad laboral* y *capacidad de ganancia* quedan vinculadas como consecuencia del efecto incapacitante, que por definición produce una anulación o disminución temporal de los ingresos propios de la actividad que se desarrolla.

Si bien el desequilibrio físico-psíquico determinante de la alteración de la salud debe ser objetivable y “aunque los problemas inherentes a la calificación de la invalidez permanente en gran medida quedan eliminados”, faltan por abordar los relativos al alcance real invalidante de la lesión. Esto nos lleva a uno de los interrogantes ya planteados: cuál debe ser la intensidad de la alteración de la salud para que sea objeto de protección por la contingencia de incapacidad temporal.

Partiendo de que a los efectos que aquí interesan solamente adquieren relevancia aquellas lesiones que tienen como consecuencia un impedimento en la prestación de una

actividad concreta, los problemas que se plantean son tanto de valoración, como de correlación entre ambos elementos: alteración de la salud y efecto incapacitante.

Normalmente los ordenamientos jurídicos no establecen ni exigen criterios valorativos, que puedan determinar el nivel invalidante de las lesiones, lo que de un lado comporta una aproximación individualizante y de otro supone el otorgamiento tácito de un amplio margen de discrecionalidad en la actuación del facultativo o del órgano que determine la existencia y efectos de aquella afección.

3.1.2.2 *Hacia una “necesaria correlación” entre la alteración de la salud y el efecto incapacitante*

Partiendo de la necesaria correlación entre alteración de la salud y su efecto incapacitante para que surja la protección, se plantea de si aquella debe ser interpretada en su sentido más amplio o, por el contrario, de forma restrictiva. El interrogante aparece en ciertas incapacidades, donde la relación causa-efecto no es rigurosa o inmediata.

En otros términos, ¿para que exista el requisito de la incapacidad debe tener “carácter absoluto”?; y además, ¿la incidencia de la afección debe ser real o potencial?

Nos referimos a aquellos supuestos en los que la “imposibilidad de trabajar” tiene su causa más próxima en medidas de carácter terapéutico y no en el desequilibrio físico-psíquico, que por sí mismo no produce efecto incapacitante. En estos casos, el sentido de la medida terapéutica puede ser múltiple: desde la necesidad de reposo como medida curativa, la prevención ante la posibilidad de agravación por el desarrollo de la actividad..., hasta la evitación de posibles contagios en caso de enfermedades infecciosas. En todas ellas la causa desencadenante es común: una determinada alteración de la salud; también es común; el efecto incapacitante, en el sentido de imposibilidad de trabajar, si bien ésta no es producida directamente por aquella, sino por una medida interpuesta de carácter clínico y cuya finalidad varía según el supuesto concreto.

Defender de forma restrictiva el “carácter absoluto” de la incapacidad puede llevar a proteger solamente los casos en que la incidencia de la alteración sea “real” e inmediata, esto es, que afecte directamente en el momento de la actualización, eliminando, en consecuencia, la incapacidad potencial. En este planteamiento, sin embargo, se advierte que la incidencia sobre la incapacidad no debe ser necesariamente directa, sino que también adquiere relevancia la incidencia indirecta, sobre todo cuando afecta a la tutela de la higiene y sanidad pública. En estos casos se afirma que, en vez de incapacidad, debería hablarse de imposibilidad temporal de realizar la prestación por *factum principis* o “imposibilidad objetiva”.

Por último, dado que la variedad de estos supuestos es cada vez más abundante, tanto por la existencia de técnicas de diagnóstico más exacto y eficaz, como por la importancia creciente de una sanidad preventiva, nos inclinamos por que la relación entre alteración de la salud y el efecto incapacitante deba ver disminuida su primitiva rigidez, de ahí, que hayamos preferido referirnos a una “necesaria correlación”.

3.1.3 Limitación temporal de la protección

3.1.3.1 Temporalidad y transitoriedad: caracteres estático y dinámico en la evolución del proceso patológico

Queda por abordar ahora el tercer elemento que anunciábamos como constitutivo de la contingencia: la temporalidad.

A diferencia de los otros caracteres ya estudiados, la temporalidad no actúa como criterio selectivo de situaciones objeto de protección, sino como nota diferenciadora de otra contingencia: la invalidez permanente.

Temporalidad y permanencia son utilizadas legalmente como elementos diferenciadores para una mejor ordenación de la acción protectora.

Es la incapacidad temporal un período más o menos extenso -que varía según cada legislación y según el cual el riesgo causante- con límite rígido o flexible, durante el cual la lesión o la dolencia bien cede en sus efectos y por tanto se produce el restablecimiento del estado de salud del individuo, o bien, se consolida presentando reducciones anatómicas o funcionales previsiblemente definitivas, afectando con distinta intensidad a la capacidad laboral del trabajador.

Por tanto, cuando se habla de temporalidad la referencia queda hecha a la existencia de un plazo máximo de protección que podrá ser agotado o no dependiendo de la evolución del desequilibrio físico-psíquico incapacitante.

Junto a este límite meramente temporal que actúa como característica externa, aparece un segundo elemento de carácter interno que mira a la transitoriedad o provisionalidad del estado incapacitante desde la perspectiva de la evolución de la alteración de la salud padecida.

Actualizado el riesgo, con los efectos ya conocidos, “el carácter transitorio o no definitivo de la incapacidad aparece como una mera presunción que se va debilitando a medida que transcurre el tiempo para dar paso al final, a la presunción contraria, es decir, el carácter definitivo de las lesiones”. Justamente en esta descripción se observan claramente los dos elementos de protección, y la transitoriedad, como medida de la evolución de la lesión incapacitante.

Esta es la razón por la que la temporalidad no actúa como mecanismo de exclusión de aquellas alteraciones de la salud con carácter incapacitante para las que se prevea una duración superior al límite impuesto, “sino que por el contrario, acogiéndolas, también terminarán por escapar de su ámbito de cobertura una vez sobrepasado el límite temporal”.

Por el contrario, la medida de la transitoriedad del estado incapacitante o del carácter no definitivo de las lesiones -ambos íntimamente unidos, como ya hemos visto- viene dada por la necesidad de recibir tratamiento médico, en el entendimiento de que en base a él se prevé la recuperación total o parcial de la alteración de la salud padecida.

Estos dos elementos aparecen también claramente en la jurisprudencia, bien refiriéndose a la caracterización de la contingencia de incapacidad temporal, bien a la de invalidez permanente. Sin embargo, se aprecia con alguna frecuencia que ambos términos, temporalidad y transitoriedad, son utilizados como sinónimos o equivalentes, en definitiva expresivos

de una misma caracterización. El planteamiento, como estamos intentando demostrar, es equívoco, al menos desde la construcción teórica de la contingencia. Pero además, de la prevalencia de uno sobre otro y de su conexión con la invalidez permanente, dependerá la ordenación, con criterios rígidos o flexibles, de la incapacidad como contingencia general.

Podemos concluir afirmando que ambos elementos, temporalidad y transitoriedad, caracterizan la contingencia de incapacidad temporal, si bien desde distintos planos:

En primer lugar es preciso constatar la interrelación de ambos, de forma que la temporalidad va a actuar como límite máximo y mínimo para la evolución de la transitoriedad de la lesión incapacitante, y por ello, las posibilidades de recuperación juegan como nota determinante para que surjan las prórrogas, que analizaremos en su momento.

En segundo lugar, la trascendencia de uno u otro de los caracteres dependerá del sistema de vinculación que se establezca entre las contingencias de incapacidad temporal e invalidez permanente. Desde la perspectiva de nuestro ordenamiento, el tránsito de una situación a otra se produce sin solución de continuidad. Ello convierte a la temporalidad en un carácter estático utilizado más bien como elemento diferenciador de las distintas fases de protección, mientras que la transitoriedad del estado patológico incapacitante susceptible de recuperación a través del correspondiente tratamiento médico, será la nota que determine la permanencia en o el nacimiento de los sucesivos estadios de protección.

3.1.3.2 Temporalidad y permanencia: las prórrogas como elemento desnaturalizador

Ya hemos visto cómo actúan los caracteres de temporalidad y transitoriedad en la caracterización de la incapacidad temporal, e igualmente hemos anunciado los efectos de su ordenación, de forma que la prevalencia de uno sobre otro y la conexión o no entre la capacidad temporal y la invalidez permanente, provocará una ordenación de la incapacidad, como contingencia general; basada en criterios rígidos o flexibles.

En efecto, si se potencia la temporalidad con largos períodos de protección el criterio de la permanencia ha de ser necesariamente rígido, de tal forma que la transitoriedad de las lesiones y su carácter definitivo, se convierten en caracteres contradictorios y excluyentes, que no exigen puentes de conexión entre ambas contingencias, la incapacidad temporal y la invalidez permanente. Por el contrario, si el criterio de temporalidad se reduce, el de la permanencia necesariamente se flexibiliza, pasando a ser la transitoriedad un elemento evolutivo, lo que exige una vinculación flexible entre ambas contingencias y una revitalización de la actividad revisora.

3.2 La incapacidad permanente

3.2.1 Concepto

Definir la invalidez, no sólo es una tarea difícil sino también es una empresa complicada en sí misma por la complejidad de precisar, con carácter genérico, a qué nos estamos refiriendo al hablar de ella y, de forma concreta, por la dificultad que entraña la graduación de las diferentes situaciones que se protegen dentro del concepto genérico, o, dicho en otras

palabras, “la invalidez permanente, como riesgo humano cuya protección entra en el ámbito de cobertura de la Seguridad Social, es de difícil concreción, tanto para dar su concepto central, como para evaluar los grados en que se manifiesta”.

En todo caso, la falta de definición de la invalidez en los Reglamentos no es una opción compartida por todos los textos internacionales de Seguridad Social. Convenios como el 102 de la OIT o el Código Europeo de Seguridad Social intentan delimitarla aunque sea, al menos, desde el punto de vista de su contenido. Así, el Convenio 102, partiendo de una concepción clásica de la invalidez, señala, en su artículo 54, que “la contingencia cubierta deberá comprender la ineptitud para ejercer una actividad profesional en un grado prescrito, cuando sea probable que esta ineptitud será permanente o cuando la misma subsista después de cesar las prestaciones monetarias de enfermedad”. Por su parte, el Código Europeo de Seguridad Social, en línea con el anterior, señala, también en su artículo 54, refiriéndose a la invalidez, que “la contingencia cubierta comprenderá la incapacidad para ejercer una actividad profesional, en un grado prescrito, cuando sea probable que dicha incapacidad tenga carácter permanente o cuando subsista después del cese de la indemnización por enfermedad”.

Ambas definiciones parten de un concepto de invalidez de carácter profesional. Sin embargo, también encontramos textos internacionales que responden al concepto de incapacidad general o de incapacidad de ganancia. El Convenio N° 121 de la OIT, relativo a las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en su artículo 6 c), al delimitar su ámbito protector, se refiere a la invalidez como “pérdida total de la capacidad para ganar o pérdida parcial que exceda de un grado prescrito, cuando es probable que dicha pérdida total o parcial sea permanente, o disminución correspondiente de las facultades físicas”. Concepto éste que también recoge, junto con el de incapacidad profesional, el Código Europeo de Seguridad Social (revisado), de 6 de noviembre de 1990, donde, en su artículo 58, al referirse a la invalidez, se dice que “las contingencias cubiertas deberán incluir:

a) La incapacidad para el trabajo o para la percepción de haberes en un grado prescrito, si se trata de una persona económicamente activa;

b) La incapacidad para dedicarse a sus ocupaciones en una medida prescrita, si no se trata de una persona económicamente activa”.

Por lo que refiere a la normativa de los países de la UE, la primera conclusión que podemos aventurar, que no por simple carece de interés, es que no existe un concepto comunitario de invalidez, pero que, siendo la invalidez una contingencia protegida económicamente por todas las legislaciones comunitarias, es tenida en cuenta, desde esta perspectiva, por las normas de coordinación comunitaria.

3.2.2 Algunos aspectos más destacados sobre las diversas concepciones de la invalidez en los Estados Miembros de la Unión Europea

A pesar de que el concepto de invalidez no implicará, en principio, una distinta coordinación de las legislaciones, consideramos interesante, no obstante, realizar algunas reflexiones lo suficientemente ponderadas sobre los elementos básicos tenidos en cuenta en el

derecho comparado para definir o describir la invalidez. Pero, sobre todo, lo que va a aflorar, en este breviario conceptual, es lo que podríamos denominar como descomposición de los conceptos teóricos para dar paso a las concepciones pragmáticas y particularistas de cada legislación nacional. Esto es, los conceptos de invalidez que se manejan en los Estados de la Unión son conceptos propios y muy particulares de cada país, lo que en buena medida ha dificultado, por un lado, la elaboración de un concepto en los Reglamentos y, por otro, que puedan darse pasos más allá de la coordinación.

Renunciando a un análisis de la evolución histórica del concepto de invalidez, que no obstante su interés desbordaría el cauce trazado al presente estudio, nos vamos a acercar a su configuración a través del análisis de las distintas legislaciones nacionales. Con idéntica metodología, el examen de los diferentes sistemas nacionales ha permitido a la OIT llegar a la conclusión de que podrían distinguirse tres conceptos de invalidez:

“1. Invalidez física. Pérdida total o parcial de cualquier parte del cuerpo o de cualquier facultad física o mental, independientemente de sus consecuencias económicas o laborales.

2. Invalidez profesional. Pérdida de capacidad para ganar que resulta de la imposibilidad de continuar desempeñando la ocupación que se ejercía anteriormente.

3. Invalidez general. Pérdida de la capacidad para ganar que resulta de la imposibilidad de aprovechar cualquiera de las oportunidades que ofrece el mercado del empleo, aunque se esté dispuesto a cambiar de ocupación y a aceptar un nivel profesional o social más bajo.”

Aunque en una abstracción teórica la OIT pudo llegar a estos conceptos, en realidad reconoció que es muy difícil encontrar legislaciones que los acojan en estado puro. Lo más frecuente es encontrar legislaciones que, haciendo hincapié en uno de ellos, sobre todo en cualquiera de los dos últimos, toman elementos de uno y de otros para la configuración del que podríamos nominar concepto nacional; por ejemplo, -como señala la propia OIT en su estudio- la invalidez general puede dar derecho a pensión completa y la invalidez profesional a pensión parcial, o bien la invalidez general puede ser la regla fundamental según la legislación, pero la invalidez profesional debe aplicarse en el caso de una persona ciega mayor de cincuenta y cinco años”.

Hemos dicho que las legislaciones fundamentalmente se apoyan en los dos últimos conceptos porque “son contadas las legislaciones que se fundan en el principio de la invalidez física, ... cuyo origen ... probablemente se remonta a las primeras leyes sobre pensiones, cuyo objeto era indemnizar a los mutilados de guerra”. Apoyándonos en esta premisa, intentaremos simplificar, si es que ello es posible, el pretendido análisis renunciando desde ahora a la consideración de esta concepción.

Tomando, por tanto, como parámetros a seguir las definiciones expuestas en los puntos dos y tres, esto es, las que hemos llamado invalidez profesional e invalidez general, lo primero que nos encontramos, al acercarnos con estos moldes a la normativa de los diferentes estados miembros, es que prácticamente, como apuntábamos con carácter general, todos los sistemas participan de los dos en diversa medida. Las dos categorías o tipos, unidas a otras consideraciones particulares, les sirven a las distintas legislaciones para establecer di-

ferentes grados de protección con prestaciones variadas; grados y consideraciones particulares de cada Estado que contribuyen a una protección tan diseminada que ha hecho, prácticamente, renunciar a la posibilidad de construir unas plantillas que, colocadas sobre cada sistema, permitieran un acertado diagnóstico teórico de su estructura y su coordinación con otros de características similares.

No obstante estas reflexiones, podemos resaltar, como rasgo común a las diferentes legislaciones, que en todas ellas la invalidez supone una merma más o menos acentuada y con carácter permanente de la capacidad de trabajo como consecuencia de una enfermedad, física o mental que tiene como resultado el imposibilitar o disminuir las ganancias del trabajador. Para determinar si existe esa merma de la capacidad de trabajo todos los sistemas tienen en cuenta, fundamentalmente, en primer lugar, el estado de salud del trabajador desde el punto de vista médico, por ello, en la totalidad de los países, se exige "la demostración de una incapacidad laboral por causa de enfermedad, lesión o dolencia", pero a partir de ahí comienzan múltiples variaciones. En definitiva, en todos los Estados, aún partiendo de una de las concepciones de la invalidez señaladas, se van a asumir, en mayor o menor medida, elementos de la otra, además de aquellos que puedan resultar singulares de sus sistemas, elementos que, considerados en su conjunto, van a construir un concepto propio de cada legislación.

Por ejemplo, una legislación que toma en su concepto la idea de la invalidez como pérdida de la capacidad de ganancia es la belga. Sin embargo, evalúa esta circunstancia, durante los seis primeros meses de la invalidez, "en relación con la profesión del interesado", elemento básico del concepto de invalidez profesional. Dinamarca, con su seguro de invalidez que ampara a la población, comprendiendo diferentes situaciones y una protección muy diversificada, podríamos decir que parte, por lo que aquí nos interesa, y a pesar de la dificultad de calificar el sistema danés, de un concepto de invalidez próximo al profesional, pues la considera, básicamente, como pérdida de la capacidad laboral, pero para su evaluación se tienen en cuenta, además de factores médicos, factores económicos y sociales; cuando en esta evaluación se alcanzan determinados grados se tendrá derecho a una prestación periódica, empero, también concede prestaciones, generalmente de pago único, en aquellos supuestos en los que no alcanzando esos porcentajes, existen reducciones anatómicas o funcionales que no dan derecho a esas prestaciones.

Ejemplo de legislación que, en principio, podría recoger en su seno los dos tipos de invalidez reseñados es la alemana, pues sus dos tipos de invalidez parece que podrían responder a los conceptos vistos de invalidez profesional y de invalidez general. Sin embargo, al introducir en la calificación de ambos factores referidos a la situación del mercado de trabajo, como antes sucedía en el sistema italiano, desnaturaliza la diferencia.

En todo caso, y sin tratar de llevar a cabo una visión de cada legislación, podemos afirmar que en todas las demás se producen desviaciones o matizaciones conceptuales parecidas a las reseñadas. Las que parten de una concepción de la invalidez como una incapacidad de ganancia general toman en cuenta para su valoración la profesión y preparación del inválido, por ejemplo, y por citar otra, Francia. Por el contrario las que parten de un concepto más apegado al de invalidez profesional van a tener en cuenta, por lo menos para la calificación de alguno de sus grados, factores como la edad, preparación o posibilidades de trabajo

en relación con el mercado de trabajo, como, por ejemplo, España al calificar la invalidez permanente total cualificada, grado “donde se refugia el criterio socio-económico de calificación, como un cuerpo extraño al criterio profesional imperante”.

Es difícil, por tanto, clasificar las legislaciones de los diferentes Estados de la Unión Europea desde un punto de vista conceptual. Cada uno responde a una historia, a un presente y a unas condicionantes muy diferentes, lo que hace que, aunque puedan tener en su espíritu un concepto de referencia, en la realidad le han ido añadiendo, quitando y modificando piezas con tanta intensidad que han conseguido que su identificación sea normalmente una labor vana.

3.2.3 La Crisis del modelo profesional

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

3.2.3.1 Concepto y grados: el sistema de calificación profesional

De los distintos criterios básicos que los Sistemas de protección Social utilizan para enfrentarse a la evaluación de los daños producidos por la actualización del riesgo, nuestro ordenamiento optó históricamente por el de carácter profesional, que utiliza como parámetro la incidencia de las lesiones sobre la capacidad para el trabajo.

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

Sobre la base del criterio apuntado, se establece un concepto genérico de invalidez permanente, apoyado en dos tipos de caracteres, a saber: unos referidos a las lesiones, que han de ser clínicamente objetivables y previsiblemente definitivas y, otros, referidos a la incidencia de las lesiones sobre la capacidad laboral del individuo, en el sentido de que aquellas “disminuyan o anulen” ésta.

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

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

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

Por lo que se refiere a los efectos de las lesiones sobre la capacidad laboral del trabajador, es necesario destacar, que la distinta y posible intensidad de una sobre otra, forzó a los ordenamientos a estructurar aquella con una ordenación “gradualista” de carácter profesional, donde adquiere especial importancia la referencia a la profesión habitual.

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

3.2.3.2 *La invalidez y la profesión habitual*

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

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

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

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

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

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

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

Desde la perspectiva prestacional la seguridad social compensa, tanto la pérdida de empleo, como la imposibilidad de volver -salvo en los supuestos de mejoría- a ejercitar la profesión a la que habitualmente se dedicaba el trabajador. Aquí, la profesión adquiere necesariamente especial relevancia. La compensación económica de carácter vitalicio, tiene justificación, si la invalidez va referida a la profesión con mayúsculas, esto es, a la actividad a la que el trabajador refirió su formación teórica y práctica. Fuera de esta estructura la pensión vitalicia carece de justificación, si no es en un sistema de calificación distinto. La invalidez referida a cualquier ocupación temporal, esporádica o ajena a la profesión habitual del trabajador, elimina o, al menos, disminuye la *ratio* prestacional.

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

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

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

El resultado final es que se están otorgando pensiones vitalicias (y compatibles con salarios generados por el ejercicio de profesiones compatibles) para profesiones no habitua-

les, para profesiones de contenido no delimitado o para actividades extraordinariamente específicas dentro de profesiones de contenido amplio, en definitiva generando una protección posiblemente inadecuada y excesiva. Por el contrario, el mismo sistema puede provocar y, de hecho provoca, una insuficiencia protectora cuando la capacidad residual del inválido total es más bien teórica y abstracta, negándole con ello el acceso a la invalidez absoluta.

3.2.3.3 *Recapitulación*

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

3.3 **La jubilación**

3.3.1 *Planteamiento General: Elementos de Configuración y su evolución*

De todos los riesgos cubiertos por la seguridad social consistentes en defectos de renta, el más importante, con mucho, es el de *vejez*; mientras que la i.t., aunque frecuente, sólo da lugar a prestaciones por períodos reducidos, la invalidez es comparativamente infrecuente, y la muerte que a la seguridad social importa es la ocurrida al asegurado a cuyo cargo y expensas viven personas con capacidad de trabajo limitada, tampoco de frecuencia extremada, la *vejez* se caracteriza por la frecuencia de su ocurrencia, como “término previsible y normal de la vida profesional”, agravada por el progresivo aumento de la edad media de la población, siendo cada vez más numerosas las personas que sobreviven edades de sesenta, sesenta y cinco o setenta años. En efecto, “el envejecimiento... es el fenómeno más importante de los tiempos modernos, a la vez que el menos conocido”, al tiempo que se nos anuncia ya que “su impacto (como uno de los factores demográficos) será creciente, pero moderado hasta el año 2000, pero se convertirá en importante e incluso aplastante entre el 2015 y 2030”; crece la tendencia a la inversión de la pirámide -pasando por el “cilindro” o “pilar”- de población, si los niveles sanitarios, entre otros, se mantienen o mejoran.

Con las edades promedias y expectativas de vida actuales, y una protección de la *vejez* concebida para que al cumplir una determinada edad -las más generalizadas hoy oscilan alrededor de los sesenta y cinco o sesenta años, quizá anticipándose a los cincuenta y cinco o sesenta para las mujeres o en presencia de una situación persistente de desempleo- se acredite derecho a una pensión vitalicia en los países industrializados, y aún admitiendo variantes de sistemas de cobertura entre ellos, se llega inexorablemente a que en un futuro no muy lejano, entre 1/10 y 1/8 de la población (o porcentajes mucho mayores si referidos a la población activa) será pensionista (el 16 por 100 aproximadamente para España en el año 2000) y vivirá a costa del número comparativamente reducido de los que están en edad de dedicarse a tareas productivas, que a su vez tiende a disminuir por su base, al decrecer la natalidad, aumentar los períodos de escolaridad y retrasar la entrada de jóvenes en la pobla-

ción activa, evidencia que “en el ciclo vital cada vez son más importantes las fases de inactividad (infancia–formación–jubilación) respecto de las de actividad”.

A ello hay que añadir la elevación de la expectativa de vida actual y, por tanto, el creciente disfrute temporal de la pensión (inimaginable cuando se fijaron las edades de jubilación). Se estima que una persona retirada a los sesenta años será pensionista durante quince a diecisiete años (de diez a doce años si se retira a los sesenta y cinco), tiempos que se incrementan si referidos a la mujer, dada su mayor longevidad, lo que a su vez producirá una carga creciente de pensiones derivadas. Ya no se habla de viejos, sino de distintos grupos de viejos, los de edad avanzada (entre 65 y 80 años) y los de edad muy avanzada (mayores de 80 años), o, utilizando el desafortunado eufemismo, se distingue entre una “tercera” y “cuarta” edad.

El problema general -que un grupo minoritario de población (la tasa de actividad en los países de la CE es del 55,4 por 100 y en España del 49,1 en 1997) apto para el trabajo sostenga al grupo no apto, sustancialmente constituido por los niños y los viejos- ha existido siempre; lo característico de la época contemporánea es su agudeza, provocada por el envejecimiento de la población, con lo que “la relación entre las generaciones se modifica y acarrea crecientes gravámenes para los activos”.

Por otro lado, se está produciendo no sólo un alargamiento de la edad media de vida, sino de la edad media de vida activa, lo que debiera retrasar la edad media de retiro de la que tiende a pensarse hoy, por ello, que no debe fijarse inflexiblemente en una determinada en que el retiro sea forzoso, sino dentro de límites amplios que permitan jubilaciones y el tipo de trabajo, evitando además -a través de trabajos más suaves o a tiempo parcial: “la aspiración al descanso por edad) es en muchos casos... una aspiración al cambio de ritmo (del trabajo)”- el tránsito brusco de la actividad a la inactividad, defecto corregible de modo de vida industrial y urbano.

Hacen todas estas circunstancias que la protección de la vejez se halle en continuo cambio y experimentación; se modifica la edad cuyo cumplimiento da derecho a la percepción de prestaciones; se fijan varias edades, con pensiones crecientes a medida que son más avanzadas, para inducir al viejo a que permanezca en la población activa; o, por el contrario, se anticipan las prestaciones para sectores económicos deprimidos o afectados por reconversiones tecnológicas; la compatibilidad de las pensiones con otras percepciones (con el trabajo, es regla general en los países de la CE -en algunos con reducción de la pensión-), se hace jugar en uno u otro sentido. Todo ello a su vez puede venir influido por la situación general de ocupación, señaladamente por el paro juvenil del que se piense que pueda ser -o se decida que sea imponiendo la sustitución del jubilado por un trabajador joven)- paliado con jubilaciones prontas. La edad de jubilación se convierte así en un concepto cíclicamente revisado, sobre el que inciden una multiplicidad de variantes: por un lado, los efectos de la crisis económica y el paro creciente, y por otro, los problemas actuales y futuros -en gran parte por causas de índole demográfica- de financiación de los sistemas de pensiones. Lo que hace oscilar la relación dominante entre política de mercado de trabajo y política de pensiones.

Por otros lados y razones, continuamente se examinan las pensiones; con la misma continuidad se replantea el problema de si su cuantía debe ser uniforme o proporcional a las

retribuciones de activo del pensionista; o si las pensiones causadas deben ser revalorizadas, y cómo, para remediar su erosión por las alzas de precios, etc. Con todo, el sistema de pensiones de vejez es muy resistente a su reforma *in pejus*, por la justificada pretensión a considerar como "derecho adquirido", a través de las cotizaciones, en los sistemas contributivos, el que se tenga a una cierta pensión.

El reflejo sobre la seguridad social de los problemas descritos depende de la importancia relativa que en ella tenga la protección de la vejez. Hay regímenes que parten de la doble base de que el anciano se retira efectivamente y de que la pensión es el único o el fundamental ingreso para atender a su subsistencia porque, se ha dicho, en condiciones sociológicas que tienden a generalizarse, el soporte intergeneracional no opera dentro de cada familia, sino en bloque para las generaciones afectadas a través del sistema de seguridad social; sobre esta idea implícita está montada hoy en general la Seguridad Social, que además tiende a que la pensión del anciano no sea mínima de subsistencia, sino que guarde proporción con sus rentas anteriores a la jubilación, procurando que ésta no cause descensos bruscos en su nivel de vida y, por tanto, en el general de la población anciana.

En otros ordenamientos -los menos hoy, aunque en sus orígenes virtualmente en todos-, en cambio, si se mira la cuantía de las prestaciones, se aprecia que descansan sobre que la pensión de vejez no es sino un complemento de rentas que el viejo obtiene de otras fuentes, o que el viejo va a ser sostenido por otras personas, probablemente por sus familiares, a los que la pensión que aquél reciba va a servir de ayuda.

Sin embargo, con la intensidad relativa que se deriva del modo de estar concebidos, todos los regímenes de seguridad social tienen planteados problemas similares en cuanto a la vejez, y en todos ellos los esenciales derivan del progresivo envejecimiento de la población; y siendo así que el *primer modelo* de los dos expuestos, esto es, el de la pensión como ingreso básico, cuando no único, del anciano, es hoy el dominante, el coste de las pensiones de vejez (primera partida de gastos en la mayoría de los países de la OCDE) -con poblaciones en envejecimiento progresivo, disminución de los cotizantes a causa del paro: pretensión de mantenimiento del jubilado en los niveles anteriores a la jubilación- está en el centro de la *crisis* actual de la seguridad social; anticipo de las edades de retiro a causa de éste o como tendencia general debida a causas múltiples justificadas o no técnica y socialmente; "las promesas hechas en materia de jubilaciones, en diversos países no podrán ser cumplidas sino contando con un desarrollo económico rápido, cuya probabilidad disminuye de día en día" ni parece, aún contando con él, si continúa la presión triple, retiro temprano, longevidad creciente, natalidad decreciente, dado el aumento grande del "índice de dependencia" (pasivos sostenidos por activos) y consiguientemente de carga, sea de impuestos, sea de cotizaciones -impuestos también éstos, a fin de cuentas- sobre la población activa.

Por lo demás, téngase en cuenta que un sistema de pensiones no es sino una aproximación primera al problema de la vejez, que tiene también aspectos sanitarios, asistenciales, comunitarios y culturales de complejidad extremada, por lo general mal reconocidos y deficientemente abordados, y quizá imposibles de abordar si no se motivan y fomentan las iniciativas sociales voluntarias, de encaje no sencillo en estructuras burocráticas de asistencia; o si no se tiene en cuenta el papel esencial que la familia (especialmente la mujer dentro de ella, verdadera protagonista de la asistencia informal) tiene en la asistencia del anciano,

especialmente del anciano inválido -y de los casos en que debe ser completada o suplida con ayudas adicionales, bien manteniendo a aquél en el hogar, bien en establecimientos especializados-, hasta el punto de que en un futuro próximo tendrá la misma incidencia que las responsabilidades por cuidado de hijos. Sin embargo, la continuidad y viabilidad del modelo de "asistencia" referido al rol de la mujer "en solitario", se verá fuertemente condicionado por la "feminización de la población activa".

3.3.2 Reflexiones sobre la edad de jubilación

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

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

Respetando las edades de jubilación anticipada por la realización de trabajos peligrosos o insalubres, cuya justificación interna es del todo razonable, si es ordenada con tal carácter (repárese en que la política de edades reducidas no corresponde con las actuales condicionantes de trabajo peligroso) o se hace necesaria la revisión tanto de la edad general de acceso a la jubilación, como de aquellas otras edades que pivotan sobre razones de política de empleo o que respetan derechos históricos.

3.3.2.1 La edad general de acceso a la jubilación

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

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

De lo dicho se desprende, la necesidad, razonable, de elevar la edad de jubilación (o al menos transitoriamente potenciar la permanencia en situación de activo), buscando una mayor ponderación con la esperanza de vida de la población. Incluso aunque ello pueda significar el sacrificio de una generación en favor de otras, sobre todo si estas "otras generaciones" en que las sociedades occidentales están inmersas. La fijación de la nueva edad (o las nuevas edades) de jubilación debe ir precedida de los estudios actuariales y demográficos correspondientes.

3.3.2.2 La edad de jubilación y las medidas de fomento del empleo

Desde hace tiempo (R.D.-L 14/1981 y especialmente R.D. 1.194/1985), la edad de jubilación ha sido utilizada como punto de referencia para ordenar políticas de fomento del empleo. Estas políticas, aunque extraordinariamente costosas para la Seguridad Social (o para el beneficiario), tenían una finalidad defendible, razonable y sobre todo solidaria, a saber, soportar el coste de la jubilación temprana a cambio de la sustitución del trabajador jubilado por otro en situación de desempleo.

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

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

En nuestro ordenamiento existen tres tipos de medidas, a saber: la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo, la jubilación a los 64 años como medida de fomento del empleo y la jubilación parcial anticipada.

3.3.2.3 La jubilación forzosa

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

De todo ello se deduce que, si no se garantiza la permanencia del volumen de empleo de los jubilados forzosos con contratos de igual naturaleza, desde nuestra perspectiva deben ser **suprimidas** las jubilaciones forzosas pactadas en convenio colectivo. Y ello, porque si no es a cambio del mantenimiento de contratos de igual naturaleza (por ejemplo, si el jubilado es a tiempo completo y por tiempo indefinido, éste es el que debe mantenerse o a lo más transformarse en varios a tiempo parcial e igualmente tiempo indefinido), el Sistema no

puede asumir el doble coste que la medida implica, a saber: el pago de pensiones anticipadas respecto del momento en que voluntariamente se hubiera accedido a ella y la ausencia de las cotizaciones.

3.3.2.4 Jubilaciones anticipadas de corta duración

Existe la posibilidad de rebajar la edad de jubilación de 65 a 64 años, cuando en virtud de convenio o acuerdo, el empresario sustituya simultáneamente al trabajador jubilado por un trabajador desempleado, con un contrato de cualquier naturaleza (excepto tiempo parcial y eventuales y con una duración mínima de un año.

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

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

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

3.3.2.5 La jubilación parcial anticipada

Esta figura posibilita la conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial, que se complementa con una pensión de jubilación parcial (al cubrir sólo la parte de jornada liberada) y anticipada al producirse antes de los 65 años siempre que la ocupación de la jornada liberada se efectúe a través de la contratación a tiempo parcial de un trabajador desempleado. La conversión puede pactarse entre los 62 y 65 años.

La medida tiene una finalidad evidente de fomento del empleo hasta el punto de que el contrato a tiempo parcial del trabajador desempleado se denomina de "relevo". Ello parece indicar que se pretende el relevo del trabajador que se jubila, proporcionando un tiempo prudencial de acoplamiento (hasta cinco años). Sin embargo, nada más lejos de la realidad que posibilitan las normas. En efecto, al alcanzar la edad de 65 años, el jubilado parcial accede a la jubilación plena y con ello se permite la extinción del contrato de relevo. En

definitiva, la medida de fomento del empleo ha sido financiada por la seguridad social a un coste elevadísimo, cifrado con los siguientes parámetros:

- La jubilación pasa de ser voluntaria a ser obligatoria al cumplir los 65 años, con ello se precipita la jubilación.
- Durante la jubilación parcial, el jubilado lo es a efecto de las prestaciones farmacéuticas, lo que significa gratuidad total.
- A efecto de la pensión definitiva, las cotizaciones efectuadas durante el tiempo de contrato a tiempo parcial-jubilación parcial, se incrementan en un 100 por 100.
- Y finalmente, las cotizaciones por el trabajo a tiempo parcial se consideran como efectuadas a tiempo completo a los efectos de la protección por desempleo.

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

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

3.3.2.6 La edad de jubilación y las reconversiones formales e informales

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

Los ordenamientos ofrecen una escasísima regulación de la materia, permitiendo con cierta "ligereza", jubilaciones a edades tempranas, en supuestos de reconversiones formales, informales o en programas de promoción industrial.

La materia exige un tratamiento monográfico, por lo que aquí únicamente pretendemos hacer una llamada de atención con la finalidad de que la materia pueda ser replanteada en la órbita de un programa de racionalización completa de la jubilación. Y ello, porque no es razonable ni socialmente aceptable endurecer -aunque sea mediante la racionalización- las estructuras generales y al tiempo, utilizar la jubilación (o la invalidez) para suavizar reestructuraciones de plantillas.

3.4 La protección de la maternidad

3.4.1 Introducción

Si bien la protección de la maternidad refiere a todas las mujeres y concierne a la sociedad misma, va a revestir una significación especial para las que ejercen una actividad profesional, tratando de garantizar que su papel biológico no constituya un obstáculo en su

actividad profesional. Para ello, en su protección van a confluir medidas de distinta índole: desde las que tienen un claro matiz laboral, cuya finalidad es acomodar la relación jurídica preexistente al proceso biológico para que queden salvaguardados los intereses de la trabajadora; hasta aquellas medidas, generalmente articuladas en normas de seguridad social, que pretenden garantizar no solamente la preservación de la salud de la madre y del hijo -y la relación entre éstos y con el padre-, sino el nivel de recursos, esto es, aminorar la pérdida de ingresos que se produzca.

Es precisamente en el denominado período de descanso por maternidad -al que se asimilan, como veremos las licencias por adopción o acogimiento- donde ambos sectores del ordenamiento -laboral y seguridad social- van a actuar de forma coordinada. De un lado, recogiendo la maternidad como causa de suspensión del contrato de trabajo y fijando su duración máxima, a través de la determinación temporal de aquel período; y de otro articulando el mecanismo protector necesario respecto de las prestaciones sanitarias y económicas que otorgan el Sistema Nacional de Salud y el Sistema de la Seguridad Social.

Los ordenamientos, que partían de una estructura anacrónica, ha experimentado en las últimas décadas cambios espectaculares, aunque suelen carecer de una legislación unitaria y coherente que prevea la totalidad de las medidas conducentes a la tutela efectiva de la maternidad, donde queden delimitadas claramente las que pretenden la protección de la madre desde los distintos aspectos: sanitarios, laborales, económicos, asistenciales, de salud laboral... etc.; y las que persiguen una tutela del hijo.

Los bloques temáticos donde las reformas han tenido mayor calado, serían los siguientes:

- Las reformas han afectado a los dos Sistemas de protección existentes, esto es, al de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia y al de los funcionarios. De ello deriva su especial impacto social.

- Se rompió con una vieja tradición histórica que únicamente dispensaba protección en los supuestos de maternidad natural, sin tener por tanto en consideración los supuestos de adopción. La nueva ordenación arbitra mecanismos de protección en los casos de adopción, asimilándolos a la maternidad natural y previendo la existencia de períodos de suspensión que tienen como finalidad el cuidado e integración familiar del adoptado. Posteriormente y con la misma finalidad se han incorporado los supuestos de acogimiento tanto preadoptivo como permanente.

- También se estructuran los mecanismos para que el padre pueda incorporarse a los cuidados del hijo, mediante la participación en los períodos de descanso por maternidad o en la utilización directa de éstos en supuestos de fallecimiento de la madre o de los períodos de suspensión en los casos de adopción y acogimiento. La participación referida se estructura mediante las denominadas licencias parentales. El tiempo de estas licencias se ha ampliado y se posibilita la utilización simultánea o alternativa de los períodos de descanso y de la licencia parental.

- Siguiendo las directrices de la Organización Mundial de la Salud en orden a una mejor adecuación de la atención de la salud de la madre y de la relación de ésta con su hijo, se procedió a ampliar el período de descanso por maternidad, especialmente en los supuestos

de parto múltiple. Igualmente, adquieren relevancia a estos efectos, las dificultades de integración familiar del menor adoptado o acogido, bien por sus circunstancias personales, por su condición de minusválido o discapacitado, bien por tratarse de adopciones internacionales.

- La maternidad se ha convertido en una contingencia independiente, rompiendo con la tradición que la incardinaba en el espacio protector de la incapacidad temporal. Sin embargo su autonomía no es totalmente plena.

- Finalmente, la separación de la incapacidad temporal permitió la racionalización de los requisitos de acceso a la protección y mejorar el nivel de la protección económica, que en algunos países alcanza el 100 por 100 de los salarios.

De lo anterior se desprende que los ordenamientos han comenzado a dar los primeros pasos para tener en consideración los diferentes intereses jurídicos que en los supuestos de maternidad deben ser objeto de protección, a saber, la salud de la madre y el cuidado del hijo. Esta diferenciación, con relevancia jurídica, ha permitido incorporar los supuestos de adopción y auspiciar que el padre participe expresamente en los cuidados del hijo.

Con ser importantísimo lo anterior, la reforma operada tiene otra significación que debe destacarse. La nueva regulación pretende ofertar los cauces necesarios, al menos en un principio, para evitar que la atención de las situaciones derivadas del nacimiento de hijos incida negativamente sobre la vida laboral de los trabajadores. De esta forma y en la medida en que el padre se incorpore a los cuidados del hijo, natural o adoptado, las conductas discriminatorias en el empleo referidas a la mujer por causa de la maternidad irán disminuyendo. En definitiva el éxito o el fracaso de la iniciativa legislativa y por tanto la lucha contra las conductas discriminatorias, pasa por un cambio importante en las conductas sociales frente al cuidado de los hijos. En esta ocasión el derecho se ha anticipado al cambio social habilitando los cauces legales necesarios para que este se produzca.

Lamentablemente, los poderes públicos no han puesto demasiado entusiasmo en que el mensaje llegue a los ciudadanos, ni mucho menos han desarrollado una legislación promocional que incentive la participación del padre. Parece que los poderes públicos confían en que el cambio social se producirá solo o confían en que sea la mujer la forzadora del cambio presionando en la unidad familiar de convivencia.

También debemos resaltar, aunque sea conocido, el efecto negativo o al menos, poco positivo, que el tradicional reparto de papeles en la familia tiene en un mercado laboral con incorporación masiva de la mujer. En este orden la profesionalidad de la mujer ha devenido incompatible con la maternidad, desde luego con la maternidad tradicional. El resultado de éste y otros cambios sociales es conocido, la disminución alarmante del nivel de crecimiento.

3.4.2 La función de los ordenamientos laboral y de Seguridad Social

Ante un entramado legislativo complejo como es el ordenador del régimen jurídico de la maternidad, propiciado por un extenso abanico de efectos e interrelaciones, conviene comenzar por detectar cuál es el contenido y justificación de cada bloque normativo.

La protección de la maternidad (natural, por adopción o acogimiento), en sentido estricto, es materia propia de la ordenación de la seguridad social. Sin perjuicio del importante entramado sanitario, la seguridad social cubre mediante prestaciones económicas, el estado de necesidad presunto que se produce como consecuencia de la pérdida temporal de los ingresos.

El estado de salud de la madre, el cuidado y atención del hijo exigen el establecimiento de un tiempo necesario para dar cumplimiento y hacer efectivo los intereses jurídicos tutelados. En este orden el tiempo necesario deviene incompatible con la prestación de una actividad profesional. Es precisamente esta combinación de elementos, interés tutelado o protegido e incompatibilidad con la actividad, la que provoca la ordenación protectora y su estructura. Primero fijando un tiempo de inactividad orientado a dar cumplimiento al interés protegido y segundo, fijando prestaciones económicas que compensen la pérdida de ingresos durante aquel tiempo de inactividad.

Tradicionalmente la ordenación de los dos parámetros que estructuran la protección, han sido ubicados sin razón suficiente, en normas distintas, a saber, el tiempo en las de carácter estrictamente laboral y, la protección en las de seguridad social. Sin embargo ambas deben confluír para dar cuerpo a un régimen jurídico único. En esta confluencia requerida, el conjunto normativo que imprime carácter es sin duda el de la seguridad social, relegando a elementos instrumentales, no carentes de importancia, los contenidos de la ordenación laboral.

Materiales básicos utilizados

ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, JL. *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Edit. Civitas, edic. 10 a 17, 1985–2000.

FUENTES QUINTANA, E; BAREA TEJEIRO, J y otros. *Estrategia para un tratamiento de los problemas de la Seguridad Social*, en AAVV, Papeles de Economía Española, núms 12–13, 1982, Madrid, Edit. Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social.

FERRERAS ALONSO, F. *La evolución de los mecanismos de Protección Social*, en AAVV, *Mujer y protección social*, Madrid 2000.

TORTUERO PLAZA, JL. *La incapacidad temporal para el trabajo en la Seguridad Social*. Madrid 1987 (Tesis Doctoral).

TORTUERO PLAZA, JL. *La incapacidad laboral temporal: contingencias y situaciones protegidas*. Rev. Tribuna Social, núms 44–45, 1994.

TORTUERO PLAZA, JL. *Aspectos jurídicos de las prestaciones: el desempleo y las pensiones*. Bilbao, Centro de Estudios de Economía. Fundación BBV, 1996.

TORTUERO PLAZA, JL. *La Seguridad Social y su reforma*. Rev. Tribuna Social, núm. 107, 2000.

TORTUERO PLAZA, JL. *La evolución de la Seguridad Social Española en el período posconstitucional: la conformación del Sistema mixto en un tiempo de reformas y crisis*. En AVV, I Centenario de la Seguridad Social Española, Madrid, MTS, 2000.