

**Encarna Quirós Franco**

**NUEVA REGULACIÓN DE ACCESO AL SUBSIDIO DE DESEMPLEO PARA  
MAYORES 55 AÑOS.**

**¿DISCRIMINATORIA POR RAZÓN DE SEXO?**

**TRABAJO DE FIN DE GRADO**

**Dirigido por el Dr. Antoni Carreras Casanovas**

Grado en Relaciones Laborales y Ocupación



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

**Tarragona**

**2014**



## RESUMEN/ABSTRACT

Mediante la introducción de nuevos requisitos para acceder al subsidio de desempleo para mayores de 55 años, el Estado, de forma indirecta, genera una discriminación en las condiciones de acceso al mismo por razón de sexo. Esta afirmación sustentará el contenido del presente TFG, cuya aspiración es probar que la producción normativa, con apariencia de neutralidad, relega a las mujeres que pierdan el empleo a partir de esa edad, a quedarse fuera del sistema.

L'Estat, mitjançant nous criteris per tal de tenir dret a rebre el subsidi d'atur per majors de 55 anys, de forma indirecta genera una discriminació en les condicions d'accés, per raó de sexe. Aquesta afirmació, sostindrà el contingut del present TFG, que aspira a provar que la producció normativa, sota la aparença de neutralitat, aboca a les dones que perdin el seu treball després d'aquella edat, a quedar fora del sistema.

*Through the introduction of new requirements to get the unemployment benefit for persons more than 55 years old, Government, indirectly, generates a discrimination in the access of this benefit because of sex. This affirmation will uphold this FCW (final course work) contents, whose aspiration is prove that normative production, with neutral appearance, relegates women who loose their job in this age to stay outside the system.*

### **Palabras claves / Keywords**

|                                                                                  |
|----------------------------------------------------------------------------------|
| Subsidio mayores 55 años –Requisitos – Nueva Regulación – Generadora desigualdad |
|----------------------------------------------------------------------------------|



## Sumario

### Abreviaturas

|    |                                                                                                                                                                                 |    |
|----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. | Introducción.....                                                                                                                                                               | 7  |
| 2. | Metodología de la investigación.....                                                                                                                                            | 9  |
| 3. | Marco teórico.....                                                                                                                                                              | 10 |
|    | 3.1.Principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.....                                                                                                  | 10 |
|    | 3.2.Principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación .....                                                                                                  | 13 |
|    | 3.3.Garantía de asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de<br>necesidad, especialmente en caso de desempleo.....                                        | 15 |
| 4. | Estado de la cuestión en la actualidad .....                                                                                                                                    | 19 |
|    | 4.1. Actuales contornos de un sistema de seguridad social evolutivo y cambiante. Del<br>pacto de Toledo y el libro verde europeo sobre pensiones, a la “estrategia 55 y más” .. | 19 |
|    | 4.2.Axiomas o leyes .....                                                                                                                                                       | 25 |
|    | 4.3. Conexiones normativas .....                                                                                                                                                | 27 |
|    | 4.4. Doctrina jurisprudencial.....                                                                                                                                              | 32 |
|    | 4.5. Estudio de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 61/2013 de 14 marzo .....                                                                                         | 41 |
|    | 4.6. Estudios de impacto en cuestión de género .....                                                                                                                            | 44 |
| 5. | Hipótesis. generalizaciones empíricas/ resultados investigación .....                                                                                                           | 48 |
|    | 5.1.La actual regulación de acceso al subsidio de mayores 55 años, vulnera el art.14 de la<br>CE.....                                                                           | 48 |
|    | 5.2. Las mujeres percibirán una pensión de jubilación inferior, como resultado de la nueva<br>regulación del subsidio de mayores de 55 años. ....                               | 53 |
|    | Conclusiones .....                                                                                                                                                              | 55 |
|    | Bibliografía .....                                                                                                                                                              | 57 |

### *Abreviaturas utilizadas*

|                |                                    |
|----------------|------------------------------------|
| Art.           | Artículo                           |
| CE             | Constitución Española              |
| CES            | Consejo Económico y Social         |
| CGPJ           | Consejo General del Poder Judicial |
| Cit.           | Cita                               |
| DF             | Disposición Final                  |
| Ed.            | Edición                            |
| FJ.            | Fundamento Jurídico                |
| <i>Ibidem</i>  | Misma obra, misma página           |
| INE            | Instituto Nacional de Estadística  |
| LGSS           | Ley General de Seguridad Social    |
| <i>Op.cit.</i> | Obra citada                        |
| pp.            | Página                             |
| RAE            | Real Academia de la lengua         |
| RD             | Real Decreto                       |
| RDL            | Real Decreto Ley                   |
| RD Leg         | Real Decreto Legislativo           |
| TC             | Tribunal Constitucional            |

## 1. Introducción

Un pequeño gesto puede ocasionar grandes transformaciones. El efecto mariposa, es curioso constatar como todo tiene que ver con todo y somos todos inter- retro-dependientes.

El primer agradecimiento de este trabajo, se lo debo a una mujer anónima que puso en mis manos su situación personal y a la vez encendió una idea que ha acabado tomando forma de trabajo de fin de carrera.

La disposición final primera del Real Decreto Ley 5/2013 de 15 de marzo de “*Medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo*”, introducía una modificación del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio, en adelante LGSS), añadiendo un tercer párrafo con la siguiente redacción:

*Además , aunque el solicitante carezca de rentas , en los términos establecidos en este artículo , si tiene cónyuge y / o hijos menores de 26 años , o mayores incapacitados o menores acogidos , únicamente se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas cuando la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar así constituida , incluido el solicitante , dividida por el número de miembros que la componen , no supere el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional , excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.*

La introducción de este párrafo tercero, añade un requisito adicional a los históricamente requeridos que, desde octubre de 1999, se demandaban para tener acceso a la cobertura del subsidio por desempleo para mayores de 55 años (mayores de 52 hasta el RDL 5/2013 de 15 de marzo.)

Desde el punto de vista de género, el nuevo requisito a cumplir, va a situar a las mujeres, con necesidad de acceder a la percepción del subsidio, en una posición desigual, que más allá de la percepción económica, asegura la continuación de las cotizaciones que más tarde generarán su pensión de jubilación.

El objeto de estudio de esta investigación, se asentará en la cuestión discriminatoria por razón de sexo que genera la introducción del mencionado tercer párrafo en la regulación del subsidio y en consecuencia, la vulneración de tres preceptos constitucionales, el primero de ellos el art.9.3 en cuanto a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el segundo de ellos el art. 14 en cuanto a la discriminación por razón de sexo, y el tercero el art. 41 en cuanto la ausencia de garantía a la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad.

El primer agradecimiento con nombre y apellidos, para el Dr. Antoni Carreras, es para mí una satisfacción, no sólo por el acompañamiento en el desarrollo de este trabajo, sino por la inspiración que fue para mí en el primer año de carrera. Hay profesores de los que no olvidas sus enseñanzas, que van más allá del contenido académico y que acaban forjando las aspiraciones y la personalidad que van a formar parte de tu vida. El Dr. Carreras es mi maestro.

Debo un especial agradecimiento a la Dra. Esther Guerrero Vizuite, que me encorajó en múltiples ocasiones, a mejorar el rendimiento académico. A través de sus indicaciones y su alta exigencia en el trabajo, ha perfilado en mí una forma de entender el sacrificio encaminado a la consecución de los mejores resultados posibles. De la Dra. Guerrero, me llevo el esfuerzo y la constancia como fundamentos a seguir en mi vida profesional.

El último de los agradecimientos académicos, es para el profesor Elías Franco Linares que, por fortuna, sigue compartiendo conmigo su talento y sus conocimientos, así como el respeto por una rama del derecho, el social laboral y por el trabajo bien hecho como medios para conseguir que mi sueño se haya convertido en mi medio de vida.

Para finalizar, gracias papá, por la vida, por la guía, por tu cariño, por tu ejemplo.

## 2. Metodología de la investigación

La forma en que un estudio empírico es diseñado y ejecutado, se entiende como “estrategia de investigación”<sup>1</sup> que incluirá el enfoque que se va a dar a la investigación y la combinación particular de las técnicas de investigación que se van a emplear.

El planteamiento metodológico de esta investigación se basa en una estrategia de recopilación de datos que combina dos fases, una cuantitativa y la otra cualitativa como perspectiva metodológica fundamental<sup>2</sup>. Nos encontramos ante un planteamiento que no puede sostenerse exclusivamente a través del análisis de datos empíricos u estadísticos, en consecuencia, es preciso combinar la técnica puramente cuantitativa con una metodología de investigación cualitativa, que nos ofrecerá datos que será preciso analizar desde una perspectiva social, con un amplio margen de interpretación.

La recogida de datos se ha acomodado al paradigma cualitativo en cuanto ha sido flexible, marcado por el desarrollo de la investigación y su análisis ha basculado entre ambos paradigmas, siendo que ha sido preciso analizar datos estadísticos para cuantificar la realidad social y causalizarla siendo no obstante preciso también, el análisis interpretacional de los datos así obtenidos.

Una vez expuestos los motivos por los que se han utilizado ambas metodologías, cabe especificar las fuentes utilizadas para cada uno de los paradigmas utilizados.

Para la metodología cualitativa, se han utilizado fuentes primarias y secundarias. En cuanto a la primera de ellas, hemos optado por la observación sistemática no participante.

La idea del trabajo, parte de la observación de varios casos reales que encontramos en el desarrollo de nuestra actividad laboral. Constatamos, que en iguales condiciones, mujeres que hacía unos meses cumplían con los requisitos para acceder al subsidio para mayores de 55 años, tras la entrada en vigor de la nueva regulación dejaban de cumplirlos y en consecuencia quedaban fuera del sistema. A través de la observación

---

<sup>1</sup>BULMER, M. (1992) Distinguiendo entre métodos y técnicas de investigación. McMillan, Londres.

<sup>2</sup>BÖCKER, R. (2009) *Cómo hacer un proyecto de investigación*. Versión revisada y mejorada de la ponencia presentada en el XXVI Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología (ALAS), “Latinoamérica en y desde el Mundo. Sociología y Ciencias Sociales ante el cambio de Época: Legitimidades en Debate”, en el grupo de trabajo “Metodología y Epistemología de las Ciencias Sociales”. Universidad de Guadalajara, México. 13 y 18 de agosto de 2007.

de estos hechos, hemos enfocado el objetivo concreto de certificar si se daban constataciones de discriminación indirecta.

Las fuentes secundarias utilizadas en la metodología cualitativa, han sido la lectura analítica de estudios bibliográficos así como sentencias del Tribunal Constitucional.

En cuanto a la metodología cuantitativa, hemos efectuado la revisión de estadísticas elaboradas por organismos públicos (INE) como fuente secundaria, con la finalidad de acceder al mayor volumen de información y poder construir evidencias empíricas que se acerquen lo máximo posible a la realidad actual.

En referencia al motivo de la elección es la siguiente: En cuanto la parte epistemológica del trabajo, el paradigma cualitativo era el preciso a utilizar en cuanto se requería adecuar los conceptos estudiados a la fenomenología jurídica emanada de nuestros tribunales.

El énfasis, siendo que el estudio trataba sobre una cuestión social, esto es el resultado discriminatorio por razón de sexo de la aplicación de la nueva medida legislativa, precisaba de una medición objetiva y en consecuencia es el paradigma cuantitativo el preciso a utilizar.

### **3. Marco teórico.**

#### *3.1. Principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*

##### *Artículo 9. [Principios constitucionales]*

*1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.*

*2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*

*3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*

Del análisis semántico y con objeto de poder delimitar el concepto constitucional que aquí interesa sobre *la interdicción de la arbitrariedad*, precisaremos el sentido del verbo “interdecir” y del adjetivo “arbitrario” según la definición de la RAE:

INTERDECIR, del latín *interdicĕre*, significa “vedar, prohibir”. A la vez que INTERDICCIÓN, del latín *interdictiō, -ōnis*, es la “acción y efecto de interdecir”. En referencia al derecho civil, es la “privación de derechos civiles definida por la ley”.

ARBITRARIEDAD. (De *arbitrario*).f. Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho.

La definición, nos deja entrever en puridad lo que el principio constitucional contiene, que no es más que un principio puro de prohibición de injusticia en la actuación, se entiende, del que ostente el poder.

La arbitrariedad forma parte de la naturaleza humana y se remonta al comienzo de la vida en sociedad. Desde siempre, el que ostenta el poder puede caer en la tentación de excederse en su uso, esto es, de abusar de él<sup>3</sup> por lo que se ha devuelto necesaria, la regulación normativa que impida los abusos que en materia normativa, puede perpetrar el poderoso.

En derecho comparado, la doctrina alemana, identifica la «*prohibición de la arbitrariedad*» con el «*principio de igualdad ante la ley*»; lo que se prohíbe al legislador, en definitiva, es la arbitrariedad de tratar desigualmente situaciones iguales, o viceversa<sup>4</sup>.

Lo arbitrario es aquello que no se acomoda a la legalidad de tal forma que, frente a una actividad reglada, la arbitrariedad supone una infracción de la norma, y ante una actividad no reglada o discrecional conlleva una desviación de poder.<sup>5</sup>, con ello el precepto recoge un requisito esencial de todo Estado de Derecho que consiste en el sometimiento de los ciudadanos y, sobre todo, de los poderes públicos al Derecho y del mismo se desprende que la Constitución ocupa un lugar preferente en el ordenamiento jurídico.

---

<sup>3</sup>CALAZA, S. (2009). De la arbitrariedad administrativa, con especial referencia al ámbito penal. *Revista de derecho uned*, núm. 4.

<sup>4</sup>SCHNEIDER, H.P. (1979). Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. *Revista de Estudios Políticos*, núm.7 (nueva época), pp.18 y 19.

<sup>5</sup> Sinopsis artículo 9. Tribunal Constitucional.

Debemos a GARCÍA DE ENTERRÍA la inclusión en nuestra Carta Magna, la expresión “*principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*” siendo que tras acuñarla<sup>6</sup> fue consagrada a nuestra Constitución, con referencia al viejo principio «*legem patere quam fecisti*»<sup>7</sup>.

Ello implica la constitucionalización de un principio que, inicialmente elaborado por la doctrina tras haber sido recogido por la jurisprudencia, fue posteriormente incluido en el derecho positivo concretamente en el artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del estado. Actualmente el principio se recoge en el artículo 52.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y procedimiento Administrativo común.<sup>8</sup>

En consecuencia, nos encontramos ante una «*expresión de origen doctrinal*»<sup>9</sup>, como forma personalísima de referirse al control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa.

En el fondo, lo que se pretende es que ningún poder público pueda traicionar con su arbitrariedad la confianza que en él depositaron los particulares. De ahí la evidente interconexión entre el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (que comprende el de interdicción de alteración arbitraria de las leyes, al ser el Parlamento un poder público más, sujeto a la Constitución) y el principio de seguridad jurídica.<sup>10</sup>

Recapitulando, y tras haber discurrido entre la definición inicial de los morfemas que incluyen el principio, la concepción del mismo y su posterior inclusión en nuestra Carta Magna, en definitiva, podemos concluir diciendo que el acto del legislativo se revela arbitrario, aunque respete otros principios del art. 9.3, cuando engendra desigualdad, entendida la desigualdad en este caso, en el respeto a las exigencias previstas en el apartado 2 del art.9 del deber de los poderes públicos de promover la igualdad de los individuos. Así, el deber de los poderes públicos se concreta en ejercitar una política

---

<sup>6</sup>CARMONA, E. (2000). *El estado social de derecho en la constitución*. Madrid. CES pp. 106.

<sup>7</sup>Sufre la regla que tú mismo dictaste

<sup>8</sup>CARMONA, E. (2000). *Ibidem*.

<sup>9</sup>GARCÍA DE ENTERRÍA. E. (1959). La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria. *Revista de Administración Pública*. núm.30, pp.131 y ss.

<sup>10</sup>SÁNCHEZ, L. et alii. (2006) *Comentarios a la Constitución Española: Tomo I - Preámbulo y artículos 1 a 9 de la Constitución Española de 1978* Madrid: Edersa.

legislativa que promueva la igualdad y que en consecuencia no puede reducirse a la pura igualdad ante la Ley.<sup>11</sup>

### 3.2. Principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación

#### Artículo 14. [Principio de igualdad]

*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

De nuevo, iniciamos el análisis del precepto con la significación semántica del adjetivo igualdad y el verbo discriminar, según la RAE, que son el eje del sentido del precepto a analizar:

IGUALDAD.~ ANTE LA LEY.1. f. Principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos.

DISCRIMINAR.(Del lat. *discrimināre*).1.tr. Seleccionar excluyendo.2.tr. Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.

DISCRIMINACIÓN.(Del lat. *discriminatio*, -ōnis).1. f. Acción y efecto de discriminar.POSITIVA.1. f. Protección de carácter extraordinario que se da a un grupo históricamente discriminado, especialmente por razón de sexo, raza, lengua o religión, para lograr su plena integración social.

Con objeto de poder extraer una significación clara del contenido del precepto constitucional, debemos señalar que éste, incluye dos connotaciones diferentes, el de *igualdad* y el de *no discriminación*. La primera de ellas, *igualdad* –ante y en la Ley– conlleva la alegación directa del principio de igualdad, y en consecuencia se trata de un precepto completo.

En cuanto a la segunda, *no discriminación*, se entiende referido claramente a la interdicción absoluta de actos discriminatorios<sup>12</sup>, cualesquiera que sean, siendo en consecuencia directamente ejecutable como límite de la actividad de los poderes públicos. Empero, hay que otorgarle un segundo mandato y es «la obligación – al

<sup>11</sup>GARRIDO, F. (2001). *Comentarios a la Constitución* (3ª ed.) Madrid. Civitas pp.183.

<sup>12</sup>En conexión, por tanto, con el principio contenido en el art. 9.3 de la CE.

Estado- positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos» y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano.<sup>13</sup>

En cualquier caso, deberemos distinguir entre la significación liberal del *principio de igualdad*, entendido como una mera igualdad formal o ante la ley, y la necesaria corrección que el Estado social ha de aplicar al principio, mediante la consideración de la posición real social en que se encuentran los individuos a los que se va aplicar esa ley<sup>14</sup>.

Así, más allá de la pura definición del concepto de igualdad y del tuitivo ejercicio completo que se entiende incluido en el concepto de no discriminación, para poder hablar de igualdad o de desigualdad, en palabras de Heller<sup>15</sup>, es preciso definir un elemento de comparación.

El elemento de comparación al que Heller se refiere, viene avalado por el hecho que para poder exigir un tratamiento jurídico igual es preciso delimitar cuándo dos situaciones son realmente comparables, siendo que de contrario, una regulación jurídica general y abstracta, bajo el “inciso de igualdad”, no es garantía suficiente de la misma, ya que requiere unas exigencias de selección de los criterios de diferenciación.

Es decir, siendo que no debe ser posible otorgar el mismo trato a todos los ciudadanos ya que las circunstancias concretas, en lo que aquí interesa, de género, harán que resulten realidades sociales distintas, hacen necesaria una forma de proceder que establezca distinciones normativas adaptadas a la compleja sociedad actual.<sup>16</sup>

Esta complejidad conceptual de la noción de igualdad, ha tratado de resolverse en los diversos sistemas constitucionales a través de un proceso de reconstrucción de la noción de igualdad. En resumen, se parte de la premisa que no puede entenderse el concepto igualdad como algo absoluto, sino que debe considerarse desde el punto de vista del momento histórico y de la adecuación del concepto a la materia que se trate y como

---

<sup>13</sup>RODRÍGUEZ, M; FERNÁNDEZ, Mª F. (1986). *Igualdad y discriminación. Temas clave de la Constitución española*. Madrid. Tecnos. pp.256 y ss.

<sup>14</sup>CARMONA, E. (2000). *Op.cit.* pp.146.

<sup>15</sup>HELLER, H. (2004) *Las ideas políticas contemporáneas*. Granada. Comares. pp.147.

<sup>16</sup>SERRANO, A. (1985). *El principio de igualdad ante la ley en la jurisprudencia del TC: seminario de profesores de la facultad de derecho de la universidad de Zaragoza*. pp. 55.

límite de la labor legislativa, y su respeto una medida a tener en cuenta para decidir la constitucionalidad de las propias leyes.<sup>17</sup>

En definitiva, la concepción pragmática del principio de igualdad determina que lo igual debe ser tratado igual pero *también lo contrario, que lo que no es igual deber ser tratado desigualmente*<sup>18</sup>

*3.3. Garantía de asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo.*

#### **Artículo 41**

*Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.*

Con la finalidad de continuar con el hilo conductor que inicia cada examen de precepto de este trabajo, abordamos el artículo con el análisis semántico de las palabras destacadas para la comprensión del mismo, siempre dejando a un lado a las prestaciones complementarias a las que se refiere el precepto, y que no son objeto de estudio en esta ocasión.

Para ello, esta vez debemos ir más allá de la definición dada por la RAE, siendo que nos vamos a encontrar con la necesaria adecuación de las palabras, más allá del sentido propio siguiendo el esquema de Savigny<sup>19</sup>, para proceder a la interpretación en relación con el contexto (lógica y sistemática) y la realidad social (interpretación sociológica). En concreto, para poder desentrañar el contenido del precepto, es preciso acotar los términos “*asistencia y prestaciones sociales*” y “*situación de necesidad*”.

ASISTENCIA SOCIAL.-El concepto de *asistencia social* ha sido definido por la jurisprudencia constitucional como un:

---

<sup>17</sup> SCHNEIDER, H.P. (1979). *Op.cit.* pp. 38.

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ, M; FERNÁNDEZ, Mª F. (1986). *Op.cit.* pp. 46.

<sup>19</sup> TRILLO, R. (2004). *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV aniversario de la Constitución de 1978*. Madrid. CGPJ. pp. 453.

*Mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de la población, que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social y que se financia al margen de cualquier obligación contributiva y prescinde de la colaboración económica previa de sus destinatarios.*<sup>20</sup>

Así mismo, se ha establecido que es una *exigencia del estado social y de derecho* que “*las personas que no tienen cubiertas las necesidades mínimas por la modalidad no contributiva del sistema puedan acceder a otros beneficios o ayudas de naturaleza diferente para asegurar el principio de suficiencia al que se refiere el artículo 41 de la Constitución*”.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha definido la *asistencia social* como las prestaciones monetarias que están condicionadas a la comprobación, por la entidad gestora, del estado real de necesidad del individuo protegido.<sup>21</sup>

Como vemos, las interpretaciones varían, siendo que nuestros tribunales realizan una interpretación sociológica del concepto de asistencia social, mientras que los Tribunales Europeos utilizan una interpretación pragmática desvestida del sentido social que debe incluir el término, siendo que de forma fría, se refiere a una compensación monetaria en caso de necesidad comprobada, sin merecer tal asistencia, el calificativo de pretensión de equilibrio en las desigualdades sociales.

SITUACIÓN DE NECESIDAD.- La utilización del término hay que ligarla a la idea de “perjuicio”, ya que la referencia a la “situación de necesidad” obedece a la voluntad de superar la primitiva perspectiva legal, donde era prioritaria la noción del “riesgo” o “contingencia”.<sup>22</sup>

La definición podría incluir un concepto que adujera a la carencia de las condiciones que se han proclamado como las justas y necesarias para vivir dignamente: agua potable, alimentación, vivienda, acceso a la educación formal, acceso a la salud, tener

---

<sup>20</sup> SSTC 239/2002, de 11 de diciembre, F. 5, con cita de la STC 76/1986, de 5 de junio, F. 7; y 178/2011, de 8 de noviembre F. 4, STC 177/2012, de 15 de octubre, FJ. 4.

<sup>21</sup> Cataluña. Ley 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico. (BOE núm.201. 23-08-2006, pág. 30951 – 30958) preámbulo.

<sup>22</sup> STC 103/1983, de 22 de noviembre, FFJJ 4º y 6º.

un trabajo digno, entre otras. Sin alguna de estas necesidades cubiertas, podemos asegurar que se registran carencias sociales importantes.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, ratificado por España el 28 de septiembre de 1976, incluye distintos preceptos a los que España se comprometió cumplir, observar así como hacer que se cumpliera y observara puntualmente en todas sus partes. Entre otros, el contenido del pacto reconoce derechos mínimos de subsistencia digna de la persona, entre los que se destacan los siguientes:

#### **Artículo 11**

*1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso **alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.** Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.*

*2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el **derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre,** adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para:*

*a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;*

*b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.*

#### **Artículo 12**

*1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al **disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.***

*2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:*

- a) *La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;*
- b) *El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;*
- c) *La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;*
- d) *La creación de **condiciones que aseguren a todos asistencia médica** y servicios médicos en caso de enfermedad.*

Para poder llegar al análisis del contenido de la expresión “*garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo*” es necesario precisar que el precepto, en primer lugar prevé el “encargo” a los poderes públicos a “mantener” un régimen de Seguridad Social.

La dificultad, la encontraremos en deducir a qué exactamente se refiere el precepto con la expresión «asistencia y prestaciones sociales suficientes», que utiliza el artículo, para definir la acción protectora del sistema.

La concreción del significado del artículo 41 ha venido dada por nuestra jurisprudencia, que ha acotado el sentido que debe darse al precepto constitucional, en concreto, la STC 37/1994 de 10 de febrero, ha precisado que “ *impone a los poderes públicos la obligación de establecer – o mantener- un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social* “ Y las características concretas de este sistema, deben ser tales que resulte preservado “ *en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar*”<sup>23</sup>

Así, el precepto constitucional, intenta conjugar los dos modelos preexistentes de Seguridad Social: el universal o anglosajón y el profesional o continental.

El primero de ellos fue formulado por Lord Beveridge en sus referidos informes de 1942 y 1944, caracterizándose por la universalidad subjetiva y objetiva del sistema, de modo que proteja a todas las personas de todos los riesgos, por una gestión centralizada y por una financiación eminentemente estatal.

---

<sup>23</sup>CARMONA, E. (2000). *Op.cit.* pp.162.

En cuanto al segundo modelo, el sistema profesional, apareció con Bismarck en Alemania; un sistema de seguros sociales contributivos, que se caracteriza por la existencia de varios seguros, gestionados por un órgano diferente, que protegen únicamente a quienes están dentro de su ámbito de aplicación, normalmente los trabajadores.<sup>24</sup>

En nuestro caso, el sistema de seguridad social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad<sup>25</sup> de tal manera que el Estado, por medio de dicho sistema, garantiza a las personas comprendidas en su campo de aplicación, así como a sus familiares o asimilados a su cargo, «la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta Ley».

#### **4. Estado de la cuestión en la actualidad**

##### *4.1. Actuales contornos de un sistema de seguridad social evolutivo y cambiante. Del pacto de Toledo y el libro verde europeo sobre pensiones, a la “estrategia 55 y más”*

Como señalábamos anteriormente, el artículo 1 de la LGSS en relación con el artículo 2 del mismo cuerpo legal, establece que el derecho de los españoles a la Seguridad Social, contenido en el artículo 41 de la Constitución, debe ajustarse a lo que el contenido de la Ley prevé y que se fundamenta en los principios, de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad.

De igual forma, y en extensión al derecho contenido en el art. 41, se establece en el apartado 2 del mismo precepto legal, un mandato al Estado de *garantizar* a las personas incluidas en el campo de aplicación de la mencionada Ley, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones contempladas en la norma.

Con objeto de dar cumplimiento a los principios de solidaridad y reparto del Sistema de Seguridad Social, nace el denominado “Pacto de Toledo”, suscrito en abril de 1.995 por la práctica totalidad de las distintas representaciones parlamentarias presentes en aquel momento en el Congreso de los Diputados, con la finalidad de recoger recomendaciones

---

<sup>24</sup>Thomson Reuters. Aranzadi Social (2004, 15 abril) *Origen de la Seguridad Social: Concepto y formación histórica de la seguridad social. DOC 2008\562*<http://experto.aranzadidigital.es/maf/app>

<sup>25</sup>A tenor de lo dispuesto en el art. 2 LGSS -en la redacción dada por Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social. (BOE núm. 29611, 11-12- 2003, pág. 44068).

consensuadas entre todos los agentes sociales y la mayoría de sujetos políticos, encaminadas a no dejar al arbitrio o la improvisación las necesarias medidas que deban tomarse para compatibilizar la eficiencia económica y la eficiencia social, con un objetivo básico y primordial: no poner en riesgo la sostenibilidad o la eficacia social de la Seguridad Social.

De entre las quince recomendaciones que finalmente compusieron el contenido originario del Pacto, extraemos las que se adecuan al contenido e interés de este estudio, y que se concretan en:

1. Mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones. —A través de su revalorización anual atendiendo a la subida del IPC.
2. Mejora de las bases de cotización. —Para acercarlas con más exactitud a los salarios realmente percibidos y, consiguientemente, a las cotizaciones efectivamente realizadas.
3. Cotizaciones orientadas al crecimiento del empleo. —Puede ser útil bonificar la cotización de aquellos colectivos de personas con más dificultades para encontrar empleo, puesto que, a mayor número de trabajadores más cotizaciones para la Seguridad Social.
4. Principio de contributividad. —Es necesario que las pensiones a percibir sean proporcionales al esfuerzo contributivo efectuado por el pensionista a lo largo de su vida laboral.

Transcurridos diecinueve años desde que el Congreso de los Diputados aprobara el catálogo de las quince recomendaciones recogidas en el “Pacto de Toledo”, el texto original se ha visto actualizado por primera vez, a finales del año 2003 y por segunda vez en 2011, con objeto de garantizar un seguimiento y actualizar las recomendaciones contenidas.

En la primera ocasión, la Comisión no permanente de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo, introdujo matices en las recomendaciones originarias y añadió otras nuevas que en concreto se referían a: nuevas formas de trabajo, mujer y protección social, dependencia, discapacidad e inmigración.

En lo que aquí interesa, la 16ª recomendación, incluida en las adicionales, bajo el título Mujer y protección social, establecía como puntos básicos y necesarios a desarrollar:

1. Equiparación de salarios realmente percibidos a igual trabajo realizado por hombres y mujeres, en aras a una protección social sin discriminación entre ambos sexos *como factor inequívoco de igualdad real*.
2. La pertinencia de estudiar *mecanismos que incorporen los periodos de atención y cuidado de los hijos* o personas dependientes como *elementos a considerar en las carreras de cotización*, para evitar que las responsabilidades familiares constituyan un obstáculo a la natalidad.
3. El necesario abordaje a las situaciones creadas por las nuevas realidades familiares asociadas a la separación o al divorcio de las parejas que impliquen, entre otras, situaciones de riesgos no cubiertos por nuestro sistema de protección, y que puedan generar situaciones de desprotección con especial incidencia en las mujeres, en particular aquellas de más edad o víctimas de la violencia doméstica.

En cuanto a la segunda revisión del texto originario, en 2011 la Comisión no permanente de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo perfilaba las recomendaciones introducidas en 2003, y siguiendo el objeto de estudio, se definían las concreciones siguientes contenidas en la 17ª recomendación.

#### Mujer y protección social.

La Comisión constata que, en cumplimiento de, las recomendaciones de 2003, se han producido avances significativos en las políticas de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, así como en el ámbito de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en términos de igualdad de género.

La Comisión sostiene que *se deben seguir removiendo aquellos obstáculos que dificulten el logro de una efectiva igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en relación con el empleo y la ocupación*, una adecuada conciliación de la vida personal, familiar y laboral; y una incorporación e integración laboral acorde con las aspiraciones de las mujeres.

*La Comisión respalda la adopción de las medidas oportunas que garanticen la equiparación real de salarios entre hombres y mujeres. A igual desempeño igual retribución. Ello tiene una incidencia directa en los derechos generados, basados en unas cotizaciones que, a su vez, se calculan en proporción al salario percibido. La mejor vía para facilitar una protección social equiparable comienza por la eliminación de cualquier discriminación salarial que pudiera producirse atendiendo, exclusivamente, a consideraciones de género.*

*La Comisión entiende que el sistema debe valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en tanto en cuanto se ha constatado la existencia de retribuciones diferenciadas, de mayores periodos de interrupción por cuidados de hijos o familiares en situación de dependencia, o de mayores limitaciones en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, entre otras discriminaciones que gravan más intensamente a las mujeres que a los hombres.*

*A la vista de las anteriores constataciones, la Comisión está convencida de que ha llegado el momento de que el sistema evolucione y adopte medidas que reconozcan el esfuerzo asociado a esas circunstancias y reclama el impulso de los mecanismos que incorporen los periodos de atención y cuidado de los hijos o personas dependientes como elementos a considerar en las carreras de cotización. Todo esto debe hacerse como expresión de consideración social hacia la maternidad y, también, atendiendo a la importancia de la natalidad para el sostenimiento del sistema de pensiones en el futuro.*

*Además han de adoptarse iniciativas que ayuden a las mujeres a complementar sus aportaciones económicas con otros elementos como ventajas fiscales o situaciones asimiladas al alta (a efectos de mejorar la pensión de jubilación) con el objetivo de configurar derechos de pensión propios.*

*La Comisión defiende que se adopten nuevas medidas para facilitar la adecuación del sistema de pensiones a las realidades personales y familiares, avanzando en la ampliación de coberturas, las ayudas a la adquisición de derechos propios, el acceso a pensiones de grupos especialmente vulnerables y el aumento del apoyo financiero a los pensionistas más desfavorecidos.*

*Una vez perfilada la agenda en materia de pensiones, es necesaria la adecuación de nuestra normativa de Seguridad Social, que va a venir encorsetada a la normativa*

Europea, en concreto, por la Agenda Social Europea y por la denominada «Estrategia de Lisboa».

Fue bajo la Presidencia portuguesa, que el Consejo Europeo de Lisboa de 2000 trazó las líneas maestras y los principales objetivos que debían orientar las políticas sociales de la Unión Europea y de sus Estados miembros durante los 10 años siguientes.

Transcurrido el plazo establecido en aquella ocasión, las orientaciones comunitarias en materia de pensiones parten de lo establecido en la Comunicación «Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», de 3 de marzo de 2010, que la Comisión hizo al Consejo Europeo y que éste ha respaldado posteriormente.

Es dentro del marco diseñado por la Estrategia 2020 para los próximos 10 años, donde debe entenderse el Libro Verde sobre las Pensiones «En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros»

El Libro Verde va a abarcar tres facetas fundamentales:

Primero. Atendiendo al incremento de la esperanza de vida, mejorar el equilibrio entre el número de años que los ciudadanos de la unión pasan como trabajadores en activo y el número de años que pasan como jubilados. El necesario equilibrio, deberá tener en cuenta cambios estructurales en la sociedad como los mercados de trabajo y las nuevas formas de familia.

Segundo. Obligación —con arreglo a la normativa comunitaria— de suprimir los obstáculos a la movilidad de los trabajadores y del capital que puedan derivar de las regulaciones internas de los sistemas de pensiones, incluidos los planes complementarios de pensiones.

Tercero. La necesidad de garantizar la seguridad y adecuación de las pensiones ahora y en el futuro.

En último término, el objetivo principal que persiguen las orientaciones comunitarias en materia de pensiones es el de armonizar la adecuación y sostenibilidad de los sistemas de pensiones

Con estas dos bases, ya tenemos los pilares que deben sujetar la producción normativa del legislativo, la primera de ellas, el respeto al marco diseñado por estancias supranacionales por la Estrategia 2020 y la segunda, la adecuación de esa producción a las recomendaciones del Pacto de Toledo, conformadas por todos los agentes sociales del Estado, y que en consecuencia vienen refrendadas por la mayoría de los ciudadanos.

En aras de esta conjugación, el Gobierno, en consejo de Ministros de fecha 28 de octubre de 2011, aprobó la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más)<sup>26</sup>, por el que se establece el marco general de las políticas que han de dirigirse a favorecer el empleo de las personas de más edad.

Los objetivos generales de la Estrategia 55 y más para el periodo 2012-2014 son los cuatro siguientes:

1. Elevar la tasa de empleo y reducir el desempleo de los trabajadores y las trabajadoras mayores de 55 años.
2. *Favorecer el mantenimiento en el empleo de los trabajadores y las trabajadoras mayores de 55 años para contribuir a la prolongación de la vida laboral y a la existencia de carreras de cotización a la Seguridad Social más largas.*
3. Mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores y las trabajadoras mayores de 55 años, con particular atención a la mejora de su seguridad y salud en el trabajo.
4. Promover la reincorporación al mercado de trabajo de los trabajadores y las trabajadoras de más edad que pierden su empleo, asegurando una adecuada protección social durante la situación de desempleo.

De esta previsión legal, nacerán las modificaciones de más calado en materia de pensiones y que más han modificado la hasta ahora regulación prevista en nuestra norma de Seguridad Social.

---

<sup>26</sup> España. Estrategia Global para el empleo de los trabajadores y trabajadoras de más edad 2012-2014. Resolución de 14 noviembre 2011. (BOE núm.283, 24-11-2011, pág.125319).

Tras las tímidas modificaciones que se introdujeron en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, el grueso de las modificaciones más intensas, fueron las contenidas en el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, que introducía nuevas reformas en materia de cuantía de pensiones de jubilación, en materia de jubilación anticipada, jubilación parcial, etc...

La utilización de la norma de excepción, es consecuencia de la falta de acuerdo de los partidos políticos en el ámbito del Pacto de Toledo para modificar esta materia<sup>27</sup>. No obstante, el legislativo, sustenta la necesidad de acudir a al Real Decreto-ley con objeto de adecuar la producción normativa, a las previsiones europeas en esta materia.

En lo que respecta nuestro objeto de estudio, es la disposición final primera la que modifica el número 3 del apartado 1 del art. 215 LGSS, añadiendo un tercer párrafo al mismo, por el que se impone en el subsidio de desempleo de mayores de 55 años a efectos de cumplir el requisito de carencia de rentas que la suma de las rentas de los integrantes de la unidad familiar, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

#### 4.2. Axiomas o leyes

El BOE de 16 marzo 2013, núm. 65, contiene la publicación del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo de *“Medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo”* que en síntesis pretende, a través de las medidas contenidas, reforzar el sistema de pensiones.

El texto, introduce modificaciones en materia de jubilación parcial y anticipada, encoraja a emprender medidas que favorezcan la compatibilidad entre el trabajo y el cobro de pensión de jubilación y se aventura a la lucha en contra de la discriminación laboral por motivo de la edad.

Ya avanzábamos anteriormente, que la exposición de motivos de la norma objeto de estudio se asentaba sobre la pretensión de acomodar la normativa española en materia de pensiones, a los objetivos planteados en esta materia por la Unión Europea.

---

<sup>27</sup>GONZÁLEZ, C. (2013). La reforma de la jubilación por el RD ley 5/2013, de 15 de marzo. *Revista Aranzadi Doctrinal* num.2,parte Comentario. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA.pp.1.

Así, bajo esa pretensión, el objeto principal de la norma *favorecer el alargamiento de la vida laboral activa*, abre con el Capítulo I la estructura que contiene una nueva regulación que consiente compatibilizar el cobro de la pensión de jubilación con el trabajo por cuenta propia o ajena, que permitirá la reducción en la pensión y en la cotización por la labor desarrollada.

CAPÍTULO I. COMPATIBILIDAD ENTRE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y EL TRABAJO [ARTS. 1 A 4]

Continúa la enumeración abordando la materia sobre jubilación anticipada, y regula una distinción al acceso de la misma, dependiendo si es a resultas de un cese laboral imputable o no a la voluntad del trabajador.

CAPÍTULO II. MODIFICACIONES EN MATERIA DE JUBILACIÓN EN LA SEGURIDAD SOCIAL [ARTS. 5 A 8]

En materia de jubilación parcial, la relación sigue con la nueva regulación que se precisa en los contratos de relevo y a tiempo parcial.

CAPÍTULO III. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL Y CONTRATO DE RELEVO [ART. 9]

La pretendida lucha contra la discriminación por edad descansa sobre la modificación de los requisitos a las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos a trabajadores de 50 años o más, a las que penalizan con un incremento en la aportación económica que éstas deben abonar en estos casos.

CAPÍTULO IV. MEDIDAS PARA EVITAR LA DISCRIMINACIÓN DE LOS TRABAJADORES DE MÁS EDAD EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS [ART. 10]

El texto legal, finaliza su estructura con nueve disposiciones adicionales:

DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. *Mantenimiento del empleo durante la percepción de la pensión de jubilación compatible con el trabajo.*

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA. *Nuevo régimen de compatibilidad de la pensión de jubilación o retiro de Clases Pasivas*

DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA. *Aplicación del nuevo régimen de compatibilidad de la pensión de jubilación o retiro de Clases Pasivas*

DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA. *Colaboración de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con la jubilación anticipada*

DISPOSICIÓN ADICIONAL QUINTA. *Informe sobre la Recomendación 16.ª del Pacto de Toledo*

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEXTA. *Actuación de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en el ámbito de las Comunidades Autónomas*

DISPOSICIÓN ADICIONAL SÉPTIMA. *Informe previo de las entidades, participadas mayoritariamente o apoyadas financieramente por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, y de los entes, organismos y entidades del sector público estatal*

DISPOSICIÓN ADICIONAL OCTAVA. *Políticas activas de empleo para mayores de 55 años*

DISPOSICIÓN ADICIONAL NOVENA. *Creación de un comité de expertos para el estudio del Factor de Sostenibilidad del Sistema de la Seguridad Social*

Una DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA., objeto de este estudio. *Subsidio por desempleo para mayores de 55 años*

Una DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA

Y finaliza la estructura con doce disposiciones finales, ocho de las cuales van a ser objeto de desarrollo en el siguiente punto, al establecerse mediante estas disposiciones, las conexiones normativas que el texto legal conlleva.

En cuanto a tres últimas disposiciones finales, de aspecto formal, se cierra la norma con la entrada en vigor al día siguiente de la fecha de publicación en el BOE, esto es, el 17 de marzo de 2014.

#### *4.3. Conexiones normativas*

El articulado del Real Decreto Ley 5/2013 básicamente modifica la Ley 27/2011 de 1 de agosto de *actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social*.

En concreto, a través de su capítulo II los artículos 5 a 8 van a modificar la Ley 27/2011 de 1 de agosto y en conexión, principalmente la LGSS, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en las siguientes materias:

*Artículo 5. Cuantía de la pensión de jubilación en los supuestos de anticipación en el acceso a la misma.* Modifica el apartado cinco del artículo 4 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, y da una nueva redacción al apartado 3. Además añade un nuevo apartado 4 en el artículo 163 del texto refundido de la LGSS.

*Artículo 6. Modificación de la jubilación anticipada.* Da una nueva redacción al apartado uno del artículo 5 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto modificando el apartado 2 del art. 161 bis de la LGSS, que regula la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador y por voluntad del interesado.

*Artículo 7. Modificación de la jubilación parcial.* Se introducen modificaciones en primer lugar en el apartado 1 de la Ley 27/2011 en que se da nueva redacción a los apartados 1 y 2 del artículo 166 de la LGSS, reguladores de las modalidades de jubilación parcial sin contrato y con contrato de relevo. En segundo lugar, en el apartado 3 del mismo cuerpo legal se modifica el contenido de la disposición transitoria vigésima segunda de la LGSS, que regula las normas transitorias sobre jubilación parcial.

*Artículo 8. Normas transitorias en materia de pensión de jubilación.* Se da una nueva redacción al apartado 2 de la DF duodécima de la Ley 27/2011, regulando cuándo se va a continuar aplicando la normativa en materia de pensiones de jubilación, anterior a 1 de agosto de 2011.

Una vez hemos constatado que la norma modifica el redactado original de la Ley 27/2011, que ya entonces modificaba el redactado que hasta la fecha se venía aplicando en materia de pensiones y que se recogía en la LGSS, debemos avanzar en el análisis para tomar conciencia del calado de la reforma, que alcanza de forma importante a otras normas y que darán cuenta de la sustancial transversalidad<sup>28</sup> de afectación del RD.

Sin ánimo de seguir un esquema que se sustancie en la jerarquía normativa, el RD Ley 3/2013 de 15 de marzo, modifica una gran variedad de normas que esquemáticamente relacionamos:

---

<sup>28</sup>GONZÁLEZ, C. (2013). *Op.cit.pp.3*.

TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. Modificado a través del *Artículo 9. Contrato a tiempo parcial y contrato de relevo*. Modifica el art. 12 del ET en sus apartados 6º y 7º, con la finalidad de adecuar las modalidades contractuales a la reforma de la jubilación parcial.

TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CLASES PASIVAS DEL ESTADO, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril. Modificado a través de la *Disposición adicional segunda*. Se modifica el art. 33 con la finalidad de adaptarlo a la nueva normativa en materia de compatibilización de jubilación y trabajo por cuenta ajena.

REAL DECRETO-LEY 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social. Modificado a través de la *Disposición Final segunda*. Se modifica el apartado 2º del artículo 6 y la letra a) del apartado 1º del artículo 7, con objeto unificar la forma de cómputo de los rendimientos del pensionista para determinar si tiene derecho al complemento por mínimos.

LEY SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto. Modificado a través de la *Disposición Final tercera*. Se añade un nuevo apartado 18º en el artículo 8 con la finalidad de cumplir con el objetivo de reducir la discriminación hacia los trabajadores de más edad.

REAL DECRETO 1493/2011, DE 24 DE OCTUBRE, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación. Modificado a través de la *Disposición Final cuarta*. Se modifican las reglas 2ª y 4ª del apartado 1º de la disposición adicional primera, con objeto de ampliar la cobertura de cotización a la seguridad social, a través de la facilitación de acceso al convenio especial.

REAL DECRETO 1716/2012, DE 28 DE DICIEMBRE, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1 agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social. Modificado a través de la *Disposición Final quinta*. Se modifican los apartados 1º y 3º del artículo 4, sobre el plazo para comunicar al INSS, las empresas que tienen adquiridos compromisos convencionales, en materia de jubilación parcial.

RD 928/1998, DE 14 DE MAYO que regula el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social. Modificado a través de la *Disposición Final sexta*. Nuevo redactado de la letra a) del apartado 1º del artículo 4, con objeto de aclarar el órgano competente en materia de imposición de sanciones.

REAL DECRETO 1484/2012, DE 29 DE OCTUBRE, que regula las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de 50 o más años. Modificado a través de la *Disposición Final séptima*. Nuevo redactado del artículo 2; del apartado 1º del artículo 3; de la letra c) del apartado 2º del artículo 3; del artículo 4; del artículo 5; un nuevo apartado en el artículo 6; nueva redacción del artículo 7 y del apartado 1º del artículo 10, con objeto de regular la cuantía y la forma en que las empresas deberán abonar las aportaciones económicas en caso de despidos colectivos en que se incluyan trabajadores mayores de 50 años.

RD 1483/2012, DE 29 DE OCTUBRE que regula los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Modificado a través de la *Disposición Final octava*. En que se suprime la disposición adicional primera del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada

Ante la cuantía y la diversidad de normas afectas, se devenía necesaria una sucinta enumeración, aunque el objeto de estudio no esté precisamente centrado en la nueva regulación en materia de pensiones siendo que, lo que aquí interesa es pretender si podemos o no conectar esta nueva producción normativa con una posible inconstitucionalidad, que sí abarca la materia de estudio, esto es el Derecho Constitucional. No obstante, la conexión entre ambas materias, además de precisa en nuestro caso, es indudable.

Finalizaremos, en consecuencia, con un mayor detenimiento en el análisis de las modificaciones que en materia de Seguridad Social, se han introducido a través del RD Ley 3/2013 de 15 de marzo.

***Texto refundido de la Ley de Seguridad Social, aprobado por el RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS)***

Anteriormente, ya habíamos apuntado las modificaciones que el texto legal introducía en la LGSS a través del nuevo redactado dado a la Ley 27/2011. Empero, se hace necesario destacar que lo que a continuación se recoge, no es un nuevo redactado sobre el texto original, sino una modificación dada por la introducción de un nuevo párrafo que va a variar de forma sustancial el acceso a la prestación del subsidio para mayores de 55 años.

DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA. *Modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.*

UNO. *Se modifica el número 3 del apartado 1 del artículo 215, añadiendo un tercer párrafo.*

Se impone la condición, para cumplir el requisito de carencia de rentas, que se tengan en cuenta las rentas de los integrantes de la unidad familiar, con la finalidad de objetivar que no se supera el 75% del salario mínimo interprofesional.

DOS. *Se modifica el artículo 229 en los siguientes términos:*

En síntesis se recuerda que dentro de las facultades de la entidad gestora en materia de control y comprobación de fraude en el desempleo, la posibilidad de exigir a los trabajadores que han sido despedidos, que acrediten haber percibido la indemnización legal. Así mismo, se regula la posibilidad de suspender cautelarmente el abono de las prestaciones cuando se esté investigando un posible fraude en esta materia.

Para finalizar con las conexiones normativas, que son de directa aplicación al objeto de estudio, hay que citar la nueva regla prevista en el art. 3 apartado 1 de la Ley 27/2011, modificado por Ley 3/2012 del que se extrae el siguiente literal:

*«4. Si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, las primeras cuarenta y ocho mensualidades se integrarán con la base*

**mínima de entre todas las existentes en cada momento, y el resto de mensualidades con el 50 por 100 de dicha base mínima.**

Es de interés la citada modificación normativa, en lo que se verá más adelante, por cuanto las lagunas de cotización (periodos en los que no existe obligación de cotizar o bien no se hayan podido efectuar cotizaciones a la seguridad social) hasta entonces tenían una regla de relleno más favorable que en la actualidad, lo que producía, a efectos del resultado de la pensión de jubilación, que ésta fuera lo más acorde posible con las cotizaciones realizadas y con la posibilidad de haberlas podido realizar.

#### *4.4. Doctrina jurisprudencial.*

Acomodar la posible inconstitucionalidad de la modificación normativa expuesta anteriormente, precisa centrar cuál es la actual línea jurisprudencial en la materia.

Debemos, en consecuencia, volver a los preceptos constitucionales que suponemos infringidos con objeto de exponer cual es la línea jurisprudencial que se está siguiendo al respecto.

#### *ART. 9.3 CE. EL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD*

Sobre esta primera materia, *el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*, nuestro TC recientemente analiza la imputación de vulneración del precepto legal recordando en primer lugar que **«la calificación de "arbitraria" dada a una Ley a los efectos del art. 9.3 de la Constitución exige una cierta prudencia»**. (...) ***Ese control de la constitucionalidad de las Leyes debe ejercerse, sin embargo, de forma que no imponga constricciones indebidas al Poder Legislativo y respete sus opciones políticas. El cuidado que este Tribunal ha de tener para mantenerse dentro de los límites de ese control ha de extremarse cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados, como es el de la interdicción de la arbitrariedad»*** ( STC 128/2009, de 1 de junio , FJ. 3).

Es decir, en primer lugar, nuestro Tribunal Constitucional en aras de dar la máxima protección a la actividad del legislativo, demanda, previamente a la invocación de la arbitrariedad de una norma, la requerida prudencia que se ajusta a la debida garantía que éste ha de dar a la producción normativa del Estado. En consecuencia, en la

escrupulosa protección de la efectiva división de poderes, que nuestros tribunales han de respetar, entiende nuestro TC que

*no puede tacharse de arbitraria una norma que persigue una finalidad razonable y que no se muestra desprovista de todo fundamento, aunque pueda legítimamente discreparse de la concreta solución adoptada, pues entrar en el enjuiciamiento de cuál haya de ser su medida justa supone debatir una opción tomada por el legislador que, aun cuando pueda ser discutible, no tiene que ser necesariamente arbitraria ni irracional (STC 149/2006, de 11 de mayo 2006 FJ 6).*

Así, el examen que nuestros juzgadores han de emplear para constatar que nuestro legislativo está vulnerando el principio de interdicción de los poderes públicos, debe centrarse en certificar si la producción legal discutida, entraña discriminación,

*pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien si, aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente un análisis de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias ( 90/2009, de 20 de abril, FJ. 6).*

Amplía así mismo nuestro TC la protección a la creación normativa del legislativo, con la precisa apreciación que ha detenerse en cuenta para poder valorar una posible vulneración del principio contenido en el precepto constitucional estudiado determinando que

*es preciso tener en cuenta que si el poder legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o sector del Ordenamiento no es suficiente la mera discrepancia política para tachar a la norma de arbitraria, confundiendo lo que es arbitrio legítimo con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o distorsión en los efectos legales ( 73/2000, de 14 de marzo , FJ. 4).*

En consecuencia, y con la finalidad de marcar si cabe más la necesaria línea que ha de dividir los poderes del estado, y en consecuencia objetivar al máximo la intervención que el poder judicial pueda hacer del poder legislativo, nuestro TC requiere que, quien «alega la arbitrariedad de una ley determinada se halla obligado a razonarla con

*detalle y ofrecer una demostración que en principio sea convincente (STC 239/1992, de 17 de diciembre, FJ. 5)»*

Debemos entender, que las reservas que nuestro TC mantiene con la apreciación de vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad, emanan de las garantías que inequívocamente debe ofrecer nuestro poder judicial al mantenimiento del estado de derecho.

Reforzamos la afirmación anterior de nuevo con la producción doctrinal que se ha derivado al respecto, en cuanto se ha declarado reiteradamente que,

*la noción de arbitrariedad no puede ser utilizada por este Tribunal «sin introducir muchas correcciones y matizaciones en la construcción que de ella ha hecho la doctrina del Derecho administrativo, pues no es la misma la situación en la que el legislador se encuentra respecto de la Constitución, que aquella en la que se halla el Gobierno, como titular del poder reglamentario, en relación con la Ley». Pues si bien el legislador, al igual que el resto de los poderes públicos, «también está sujeto a la Constitución y es misión de este Tribunal velar por que se mantenga esa sujeción, ...ese control de la constitucionalidad de las leyes debe ejercerse, sin embargo, de forma que no se impongan constricciones indebidas al poder legislativo y respete sus opciones»; máxime si en el ejercicio de ese control han de aplicarse «preceptos generales e indeterminados como es el de la interdicción de la arbitrariedad» (STC 108/1986 )*

T. Ramón Fernández, en su monografía *«de la arbitrariedad del legislador»* ahondaba en la jurisprudencia citada anteriormente en lo referente a la cautela en el manejo del principio, y le otorgaba la necesaria validez para no llegar a la implantación de un sistema de justicia material a gusto del interprete, resuelve problemas en los que falta la justificación de la norma, impera el capricho, o se impone la irracionalidad o la perversión de los fines que pretendidamente la norma tenía que satisfacer. Constituye – a decir del autor- arbitrariedad, en efecto, actuar *«sin razones formales, ni materiales»*<sup>29</sup>

Una vez expuesta la doctrina al respecto, es patente que para que nuestro Constitucional aprecie la vulneración del principio estudiado, precisa reforzar tal consideración con la

---

<sup>29</sup>TRILLO, R.(2004). *Op.cit.* pp.48.

vulneración del principio a la igualdad para que pueda advertirse la arbitrariedad de un precepto legal, «no tanto porque contenga una discriminación patente, cuanto porque produce una **discriminación encubierta** en torno a la distinción entre ambos tipos de discriminación, entonces por referencia al art. 14 CE, STC 13/2001, de 29 enero, FJ 8.

Esta última inclusión doctrinal del precepto 9.3 CE, nos da pie al análisis jurisprudencial del artículo 14 CE.

#### ART.14 CE. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Al abordar la doctrina jurisprudencial referida al artículo 14 CE y el contenido del principio de igualdad y no discriminación, será preciso acotar el estudio de la misma, exclusivamente al contenido del principio, al juicio de igualdad y a la prohibición concreta de discriminación por sexo.

Para ello, es necesario que acudamos a la doctrina jurisprudencial que recoge la evolución histórica y la configuración actual del *derecho fundamental a la igualdad ante la Ley* que emana del precepto contenido en el artículo 14 de nuestra Constitución.

El acertado fundamento Jurídico 4 de la STC núm. 68/1991 de 8 abril, resumía perfectamente cómo el sentido originario del principio de igualdad había derivado hacia el derecho de los ciudadanos a la igualdad ante la Ley y como de ahí se había evolucionado acomodándolo al principio de legalidad para devenir en un “*principio de igualdad también como un derecho frente al legislador (o más generalmente, frente al autor de la norma) cuyas decisiones pueden así ser anuladas por la jurisdicción competente cuando establezcan distinciones basadas en criterios específicamente prohibidos (raza, sexo, etc.), o que no guarden una razonable conexión con la finalidad propia de la norma.* Este nuevo significado del principio de igualdad no implica, sin embargo, la eliminación del anterior; no lo sustituye, sino que lo amplía, extendiendo el deber que de él dimana a todos los poderes del Estado y no sólo a los encargados de aplicar las normas. Por eso no cabe en modo alguno negar el **derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley** so pretexto de asegurar, en favor de otros posibles sujetos, el derecho a la igualdad en la Ley, es decir, el derecho frente al autor de la norma.»

Posiblemente holgaría ir más allá sobre el análisis doctrinal del precepto en cuestión ya que el objeto de nuestro estudio finalmente descansa sobre la posible desigualdad en la aplicación de la ley, esto es, de los nuevos requisitos exigidos para acceder al subsidio de mayores de 55 años y las consecuencias que generan su aplicación.

En cualquier caso, la pretensión de este estudio es apuntalar firmemente las afirmaciones que posteriormente se verterán, por lo que sí ampliaremos el estudio doctrinal del principio de igualdad y no discriminación, ajustándolo como no podría ser de otra manera a nuestro objeto de análisis.

La doctrina del Tribunal Constitucional relativo a la igualdad como derecho fundamental, viene recogida en las siguientes sentencias:

1. STC 22/1981, DE 2 DE JULIO (RTC 1981, 22) FJ. 3

*Al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 del [Convenio europeo de derechos humanos \( RCL 1999, 1190, 1572\)](#) (CEDH), el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, careciendo de una justificación objetiva y razonable para ello.*

2. STC 49/1982, DE 14 DE JULIO (RTC 1982, 49) FJ. 2

*El art. 14 CE, al proclamar el principio general de que «los españoles son iguales ante la Ley», establece un **derecho subjetivo a obtener un trato igual**, e impone a los poderes públicos la obligación de llevar a cabo ese trato igual, al mismo tiempo que limita al poder legislativo y a los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas.*

3. STC NÚM. 273/2005 DE 27 OCTUBRE. RTC 2005\273, FJ.3

*Por tanto, como regla general, lo que exige el principio de igualdad es que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por consiguiente, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable.*

*De este modo, lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. Por lo demás, también es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos.*

4. STC 10/2005, DE 20 DE ENERO (RTC 2005, 10) , FJ. 5

*En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también **que supere un juicio de proporcionalidad** desde una óptica constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida*

5. STC 76/1986, DE 9 DE JUNIO [RTC 1986, 76] , FJ. 3

*Así pues, el presupuesto esencial para proceder a un enjuiciamiento desde la perspectiva del art. 14 CE es que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, equiparables*

6. STC 17/2003, DE 30 DE ENERO [RTC 2003, 17] , FJ. 3

*El principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad, y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato.*

7. STC 181/2000, DE 29 DE JUNIO [RTC 2000, 181] FJ. 10

*El juicio de igualdad, por lo demás, es de carácter relacional. Requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas.*

8. STC 1/2001, DE 15 DE ENERO [RTC 2001, 1] FJ. 4

*y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso. Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma.*

Una vez expuesta la doctrina jurisprudencial al respecto del principio de igualdad, podemos extraer la conclusión que nuestro máximo intérprete de la norma fundamental, ha ido acomodando el principio, desvestido en sus inicios y en consecuencia carente de sentido protector, hacia un precepto completo que acoge un amparo ante situaciones desiguales, más allá de la fría acepción inicial que limitaba la igualdad al equilibrio sin más.

En cuanto a la prohibición de discriminación que también contiene el art. 14 CE, la doctrina jurisprudencial estudiada, nos lleva a buscar el contenido en materia de diferencias de trato por razón de sexo. La concreción dada por nuestros tribunales es la siguiente :

1. STC NÚM. 27/2004 DE 4 MARZO. RTC 2004\27 (FJ. 2)

*representa un explícito rechazo de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones, no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE.*

Especialmente, en el ámbito de las relaciones laborales, se existe asentada doctrina al respecto de:

2. STC 198/1996, DE 3 DE DICIEMBRE [RTC 1996, 198] FJ. 2

*la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE **comprende no sólo la discriminación directa** es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, **sino también la indirecta**, esto es, **aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y***

***otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (SSTC145/1991 y 147/1995 )***

Tras lo expuesto, hemos de enlazar el contenido del principio de interdicción de la arbitrariedad con la finalidad pretendida en el principio de seguridad jurídica en lo que atañe al ejercicio de la potestad legislativa. Para ello, siguiendo la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, hay que respetar la debida observancia de tres requisitos que han de cumplirse para acomodar debidamente una norma legal, a la sujeción de los principios estudiados.

Los tres requisitos son: primero, la previsibilidad de la medida que vaya a adoptarse; segundo, el razonamiento que la justifique; tercero el alcance de la medida adoptada.

Estos requisitos ahora referenciados, serán objeto de reflexión más adelante, en cuanto se pretenderá llevar a examen la Disposición adicional 2ª del RDL 5/2013 de 15 de marzo, al objeto de acomodarla al cumplimiento de los requisitos que debe cumplir la norma legal que pretenda ser ajustada a derecho.

*ART. 41 CE. GARANTÍA DE ASISTENCIA Y PRESTACIONES SOCIALES SUFICIENTES ANTE SITUACIONES DE NECESIDAD, ESPECIALMENTE EN CASO DE DESEMPLEO*

Son ya numerosas las ocasiones en que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance de las obligaciones impuestas a los poderes públicos por el art. 41 de la Constitución Española. Desde el punto de vista que ahora interesa, importa destacar lo siguiente:

1. STC 65/1987, DE 21 DE MAYO [ RTC 1987, 65] , F. 17

*...la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad se concibe como **una función del Estado**, rompiéndose en buena parte la correspondencia prestación-cotización propia del seguro privado, superada por la dinámica de la función protectora de titularidad.*

2. STC 32/1981, DE 28 DE JULIO [ RTC 1981, 32] , F. 3

*El art. 41 CE impone a los poderes públicos la obligación de establecer –o mantener– un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social. En otros términos, el referido precepto consagra en forma de garantía institucional un régimen público «cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo... un núcleo o reducto indisponible por el legislador» ( ), de tal suerte que ha de ser preservado «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar»*

3. STC 65/1987, DE 21 DE MAYO [RTC 1987, 65] , FJ. 17,

*El derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél entre otras.*

4. STC 103/1983 DE 22 NOVIEMBRE. (RTC 1983\103) FJ.6

*Es verdad que el artículo 41 de la Constitución dice que «los Poderes Públicos mantendrán un régimen de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad». Sin embargo, no puede ser discutido -como ya anteriormente hemos destacado- que del hecho de que el artículo 41 otorgue una garantía en las situaciones de necesidad haya que deducir que sólo en las situaciones de necesidad la protección se otorga. El derecho del artículo 41 es un mínimo constitucionalmente garantizado. El legislador puede, a impulso de motivaciones de orden de política jurídica o de política social, ampliar el ámbito de la protección. En nuestro Derecho, la idea de la «situación de necesidad» o «estado de necesidad», como determinante de la protección de la Seguridad Social, se produjo con anterioridad a la Ley que ahora estamos examinando, aun cuando subsista todavía, parcialmente, una actuación diferenciada del estado de necesidad en algunos casos.*

Del camino marcado por la actividad doctrinal del tribunal Constitucional, cabe extraer distintas consideraciones que se tendrán en cuenta en el momento de argumentar las hipótesis que plantea nuestro trabajo.

Del contenido de las consideraciones realizadas por nuestro TC, cabe apreciar que del precepto constitucional se extrae un mandato a los poderes públicos a cubrir situaciones de necesidad que, si bien no en todos los casos deben responder a la anterior contribución de los beneficiarios, sí debe responder a una previsión de configuración legal que se acomode al principio básico de estado social que forma parte del espíritu de nuestro Estado. A este respecto, se vislumbra una previsión ceñida al cumplimiento del principio básico que el Estado debe garantizar. No obstante, hay que considerar también que de la interpretación dada por la doctrina expuesta se extrae la idea que la configuración legal, que ha de dar cumplimiento al mandato del precepto constitucional, no tiene por qué ser encorsetada y con extensiva aplicación en todos los casos, en tanto que el mandato constitucional no impide que se regulen las condiciones y requisitos de acceso a la cobertura del sistema, siempre y cuando se dé cumplimiento a la garantía de asistencia en casos de situación de necesidad.

#### *4.5. Estudio de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 61/2013 de 14 marzo*

Tras la recapitulación del contenido de los pronunciamientos de nuestro TC sobre los principios constitucionales objeto de estudio cabe finalizar, el obligado repaso a la base teórica, nos permitirá fundamentar las hipótesis de nuestro trabajo sobre el contenido del principio de la igualdad vinculado a la discriminación por razón de sexo, con exposición de la fundamentación jurídica que contiene la importante STC núm. 61/2013 de 14 marzo, sobre los periodos de cotización de los trabajadores a tiempo parcial y su regulación legislativa en materia de pensiones con el resultado de vulneración de derecho fundamental a la igualdad ante la ley.

En el caso resuelto de la sentencia referenciada, tras la exposición a examen de legalidad de la norma cuestionada, se evidenciaba la diferencia de trato legislativo entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a jornada completa que estaban desprovistas de una justificación razonable que guardara la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

Extraeremos, empero, la argumentación de la fundamentación jurídica al respecto de la discriminación por razón de sexo, que nos servirá para apuntalar la construcción de nuestras hipótesis.

El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, objeto de posterior amparo, se sustentaba en la infracción del principio de igualdad y no discriminación por dos motivos. En lo que aquí interesa, nos referiremos al segundo de ellos, el que cuestiona el efecto de discriminación sexista indirecta de la regulación en materia de cálculo de pensiones de jubilación.

Se ampara en la definición que la doctrina del TC SSTC 145/1991, de 1 de julio ; 22/1994, de 27 de enero ; y 240/1999, de 20 de diciembre.) y la normativa comunitaria (art. 2.2 de la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997, y art. 2.2 de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002 ), apoyada en una consolidada doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *“existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo”* además de la prohibición de discriminación por razón del trabajo a tiempo parcial que inspira la regulación de la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre de 1997.<sup>30</sup>

Argumenta así mismo que los datos estadísticos extraídos de la encuesta de población activa correspondiente al año 2002 en cuanto a varones y mujeres asalariados a tiempo parcial evidencian que los trabajadores a tiempo parcial son mayoritariamente del sexo femenino, lo que permite argumentar la existencia de un «impacto adverso» que, de no aparecer justificado en circunstancias objetivas no relacionadas con el sexo o de no ser los medios empleados para satisfacer esos fines adecuados o necesarios, nos llevaría a considerar la existencia de discriminación sexista indirecta.

Tras ello, se desgranar los supuestos que han de darse para concluir que se está ante una regulación normativa que contiene una discriminación indirecta por cuestión de sexo y en consecuencia se está vulnerando el principio constitucional a la igualdad. Para ello, de nuevo se acude a la definición dada del concepto en cuestión, que como recordamos es *“existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuado y*

---

<sup>30</sup>El objetivo del Acuerdo es garantizar la supresión de las discriminaciones contra los trabajadores a tiempo parcial y mejorar la calidad de este tipo de modalidad laboral

*necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo*”. En primer lugar, encaja el supuesto en la primera condición ya que la disposición en cuestión constituye una norma neutra, y en consecuencia de aplicación a ambos sexos. En segundo lugar, la constatación de los datos estadísticos, arrojan el hecho que el contrato a tiempo parcial es una institución de afectación predominantemente femenina, por lo que la norma en cuestión, produce un mayor impacto en este colectivo.

Una vez constatado el acomodo a los dos presupuestos necesarios que produzcan la evidencia de la discriminación indirecta, es necesario que se dé el tercero de los elementos necesarios para tal apreciación, en igual medida que los dos anteriores. En concreto, se trata que se ha apreciado que una norma puede dar lugar a discriminación indirecta *«a menos que esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objetivo perseguido»*, considerando que *« para estar justificada, la medida de que se trate tiene que ser adecuada para garantizar la realización del objetivo legítimo que persigue y no exceder de lo que es necesario para alcanzarlo»* (STJUE de 13 de abril de 2010, asunto Bressol y otros).

Es decir, el dato central a tener en consideración será la valoración de si la previsión cuestionada resulta justificada y proporcionada. Este será el criterio determinante de la solución a adoptar. (FJ 4)

Pues bien, en el FJ6 de la sentencia se acaba argumentando, que la previsión legal sobre los requisitos de acceso a la jubilación, no superan los parámetros de justificación y proporcionalidad que exigen el art.14, pese a las medidas de corrección que se introdujeron en su día, pero que *no consiguieron evitar los resultados especialmente gravosos y desmesurados a que la norma puede conducir*.

Interesa destacar de la sentencia, que no son tenidas en cuenta las alegaciones del Abogado del Estado y del Fiscal General del Estado, que fundamentaban la justificación del texto legal, básicamente en la viabilidad del Sistema de Seguridad social que ha de corresponder las prestaciones con las anteriores contribuciones.

La base de la desestimación se sustenta en el argumento que aun cuando haya que tenerse en cuenta la libertad del legislador para modular la acción protectora del sistema de Seguridad Social en atención a circunstancias económicas y sociales que son

imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél ( SSTC 128/2009, de 1 de junio , FJ 4; 205/2011, de 15 de diciembre , FJ 7), es evidente que tal libertad queda sometida al necesario respeto a los principios constitucionales y, por ende, a las exigencias del principio de igualdad y no discriminación.

La sentencia finalmente acaba estimando la cuestión de inconstitucionalidad planteada en base a la argumentación extractada anteriormente, en base a la constatada lesión del derecho a la igualdad, como también, a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo.

#### *4.6. Estudios de impacto en cuestión de género*

Una vez se ha expuesto la base teórica y doctrinal que han de sustentar nuestro trabajo, es indispensable la aportación de datos objetivos que den apoyo a la pretensión de considerar discriminatoria por razón de sexo el contenido de los requisitos exigidos en la disposición transitoria del Real Decreto Ley 5/2013 de 15 de marzo

Al efecto, se van a relacionar los estudios más recientes que se han publicado sobre discriminación por razón de sexo y brecha salarial extractando los datos más significativos que los mencionados estudios arrojan.

Con base a estos estudios y siguiendo la misma metodología, se van a ofrecer datos extraídos de la encuesta de población activa realizada por el INE.

En primer lugar, vamos a relacionar la tasa de actividad por sexo de los cuatro trimestres del año 2013 que van a confirmar que las mujeres tienen una menor representación en el mercado laboral que los hombres, lo que incide directamente en la renta que éstas perciben o a la que tienen acceso.

Añadiremos, antes de analizar los datos mostrados, la última tasa de actividad por sexo publicada por el INE, y que corresponde al primer trimestre del año 2014.

**CUADRO 1.****Población de 16 y más años por actividad económica y sexo**

Unidades: Miles de personas

|                   | 2013Q1 | 2013Q2 | 2013Q3 | 2013Q4 | 2014Q1 |
|-------------------|--------|--------|--------|--------|--------|
| <b>Varones</b>    |        |        |        |        |        |
| Tasa de actividad | 66,3   | 66,1   | 66,4   | 65,9   | 65,48  |
| <b>Mujeres</b>    |        |        |        |        |        |
| Tasa de actividad | 53,4   | 53,3   | 53,1   | 53,3   | 52,75  |

Fuente INE. Elaboración propia

La tabla muestra la diferencia sostenida en la tasa de actividad por cuestión de sexo. El dato objetivo, es que las mujeres en una media de 12 puntos, están activamente más bajas que los hombres, lo que indicará que tanto ocupadas como en expectativas de hacerlo, las mujeres (sin tener en cuenta ningún otro condicionamiento social) se ven desfavorecidas en posicionarse en condiciones de igualdad como agentes activos en el mercado de trabajo.

A este dato, habrá que añadir necesariamente el de la proporción de trabajadores a tiempo parcial en función de la edad, que denotará como es realmente una evidencia constatada, que las mujeres mayoritariamente son las que ocupan puestos de trabajo a tiempo parcial.

**CUADRO 2****Ocupados a tiempo parcial según grupos de edad y periodo.**

Unidades: porcentajes respecto del total de ocupados de cada grupo de edad

| EDAD             | 2012    |             |
|------------------|---------|-------------|
|                  | HOMBRES | MUJERES     |
| De 20 a 24 años  | 39,6    | 24,5        |
| De 25 a 29 años  | 25,1    | <b>58,5</b> |
| De 30 a 34 años  | 13,1    | <b>43,8</b> |
| De 35 a 39 años  | 6       | <b>25</b>   |
| De 40 a 44 años  | 5,3     | <b>23</b>   |
| De 45 a 49 años  | 4,6     | <b>25,1</b> |
| De 50 a 54 años  | 3,8     | <b>25,2</b> |
| De 55 a 59 años  | 3,5     | <b>22,7</b> |
| De 60 a 64 años  | 3,1     | <b>20,4</b> |
| De 65 a 69 años  | 7,5     | <b>19,4</b> |
| De 70 y más años | 18,7    | 23,9        |

Fuente: INE. Elaboración propia

En este cuadro, el dato a destacar es que el porcentaje de mujeres empleadas a tiempo parcial, es drásticamente más elevado que el de los hombres, lo que va a significar, enlazándolo con el cuadro 1, que la mujer está doblemente subrepresentada en el mercado de trabajo, siendo que son menos las mujeres incorporadas al mundo laboral y luego, una vez han accedido a él, son ellas las que mayoritariamente ocupan empleos a tiempo parcial.

El resultado, es el que necesariamente arroja el cuadro 3 que a continuación se extracta. Los ingresos obtenidos por las mujeres en general, son inferiores que los de los hombres.

### CUADRO 3.

#### Salario medio anual según grupos de ocupación. 2011.

Unidades: porcentaje de la mujer respecto del hombre

|                       | Hombres  | Mujeres  |
|-----------------------|----------|----------|
| Todas las ocupaciones | 25.667,9 | 19.767,6 |

Fuente: Encuesta Anual de Estructura Salarial 2011. INE. Elaboración propia

Con todo, quedan finalmente expuestos tres datos objetivos: primero, la tasa de actividad es perceptualmente más baja en lo que respecta el sexo femenino; segundo, el porcentaje de trabajo a tiempo parcial, es mucho más acentuado en el sexo femenino y tercero, el salario medio anual es sensiblemente más bajo en las trabajadoras.

Tras ello, no merece discusión el hecho que el mercado de trabajo está claramente constituido bajo unas bases de diferenciación en función del sexo. Éste hecho denota que, pese al desarrollo estatal en materia de Políticas de empleo encaminadas a favorecer la integración laboral – mediante medidas de promoción selectiva- de las mujeres, amparada en la legitimidad de medidas que parten de la idea de corregir situaciones de desigualdad socioeconómica en una línea de igualdad sustancial y de oportunidades<sup>31</sup>, no se han corregido las desigualdades sociales en materia de sexo.

Apoyaremos nuestras conclusiones sobre los datos estadísticos estudiados, con las vertidas en los estudios siguientes:

<sup>31</sup>MORENO, J.L.; et alli (2011). *Manual de política y derecho de empleo*. Madrid. Tecnos. pp.393.

- *Impacto de las pensiones en la mujer. Jubilación y calidad de vida en España*  
Directora: Dra. Nuria Chinchilla Investigadores: Esther Jiménez Marc Grau.  
Abril 2014. Realizado por la BussinessScholl de la Universidad de Navarra para la Caixa.
- *Informe del 8 de marzo de 2013.* Elaborado por la *secretaria de la dona i cohesió social* de CCOO.

El primero de los estudios, tras analizar el impacto de las últimas grandes reformas en el sistema de la Seguridad Social, destaca que el futuro pensionista ha perdido entre un 5% y un 10% de poder adquisitivo, y que ésta afectación es mucho más severa en caso de las mujeres.<sup>32</sup>

La segunda conclusión a la que llega, es que las desigualdades por razón de sexo en el mercado laboral, en que las mujeres perciben un salario inferior con respecto a los hombres, produce al aplicar el actual sistema de pensiones, que éstas perciban una menor prestación por jubilación.

Los datos que maneja al respecto el estudio, son: primero, el salario femenino supone, de media, un 77% del salario masculino. Esta diferencia salarial conlleva desigualdades en las futuras prestaciones de jubilación. Segundo, Los hombres han trabajado una media de 43,4 años, mientras que las mujeres sólo lo han hecho de forma remunerada un promedio de 12,8 años. La mayoría de conflictos de conciliación entre trabajo y familia se resuelven porque la mujer o bien renuncia durante un período de tiempo a un trabajo remunerado o bien reduce su jornada laboral.

En el segundo de los trabajos estudiados, se hace hincapié en las manifestaciones de la diferencia de género y que, según concluyen, denotan que hay elementos para hablar de un retroceso en los derechos sociales y laborales de las mujeres. Las manifestaciones que destacan son<sup>33</sup>:

1. La participación en las actividades productivas es desigual por cuestión de género, producto del aumento en la segregación laboral tanto horizontal (las

---

<sup>32</sup>JIMÉNEZ, E; GRAU, M. (2014)*Impacto de las pensiones en la mujer. Jubilación y calidad de vida en España.* Universidad de Navarra.pp.90.

<sup>33</sup>CATALÀ, C; et alii (2013). *Informe 8 marzo 2013.* Secretaria de la Dona de CC.OO. pp. 29.

mujeres se concentran en actividades específicas) como vertical (las mujeres tienen una presencia escasa en puestos directivos).

2. Las mujeres participan en una proporción menor en la actividad emprendedora.
3. El salario medio de las mujeres en Cataluña, es el 76,24% del de los hombres.
4. Las mujeres perciben unas pensiones más bajas. La gran mayoría de las pensiones percibidas son no contributivas (asistenciales).
5. Las mujeres tienen una tasa de riesgo de pobreza superior al de los hombres.

## **5. Hipótesis. Generalizaciones empíricas/ resultados investigación**

*5.1. La actual regulación de acceso al subsidio de mayores 55 años, vulnera el art.14 de la CE.*

Llegados a este punto, es el momento de calibrar si efectivamente la primera de las hipótesis propuestas puede confirmarse o bien ha de quedar refutada.

Se hace necesario recordar cuál es el contenido del texto objeto de debate, para poder llevarlo a examen y constatar si se acomoda a la constitucionalidad que debe amparar cualquier normativa legal.

*Además , aunque el solicitante carezca de rentas , en los términos establecidos en este artículo , si tiene cónyuge y / o hijos menores de 26 años , o mayores incapacitados o menores acogidos , únicamente se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas cuando la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar así constituida , incluido el solicitante , dividida por el número de miembros que la componen , no supere el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional , excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias .*

La actual regulación, posiblemente vulnera el art.14 CE por dos motivos. El primero de ellos en relación con el principio de igualdad y el segundo en relación con la prohibición de discriminación, en este caso indirecta, por razón de sexo.

En cuanto al primer motivo que es objeto de análisis, el principio de igualdad, entendemos que no se ajusta a los parámetros de justificación y proporcionalidad que exige el precepto legal en cuanto el resultado de la aplicación de la medida conducirá a

reducir considerablemente la proporción de subsidios otorgados a mujeres, comparativamente a los otorgados a los hombres.

La explicación es la siguiente:

Hemos constatado anteriormente que las mujeres perciben un salario más bajo que los hombres, entre otros motivos porque éstas trabajan mayoritariamente a tiempo parcial. De entre las que trabajan a tiempo completo, también resultan unos salarios sensiblemente más bajos que el de los hombres.

Basaremos el desarrollo de nuestra hipótesis en una familia compuesta por una pareja con salarios medios, que por edad ya no cuentan con hijos considerados a cargo.<sup>34</sup> Para ello, hemos confeccionado una tabla que nos da unos salarios calculados mensualmente, para ocupaciones encuadradas en grupos de actividad de media y baja categoría. Tendremos en cuenta que estos salarios mensuales están calculados para jornadas completas de trabajo.

#### Encuesta anual de estructura salarial. Serie 2008-2011

#### Resultados por CCAA: Ganancia media anual por trabajador

#### Sexo y ocupación

Unidades: euros

|                | Mujeres   |          | Varones   |          |
|----------------|-----------|----------|-----------|----------|
| 2011           |           |          |           |          |
| Total Nacional |           | mes      |           | mes      |
| MEDIA          | 15.989,92 | 1.142,14 | 21.330,80 | 1.523,63 |
| BAJA           | 12.593,95 | 899,57   | 19.381,96 | 1.384,43 |

Fuente: INE. Elaboración propia

Siendo así, al vincular el acceso al subsidio a las rentas de la unidad familiar, resultará que si es el hombre el que finaliza el cobro de la prestación contributiva por desempleo, se le va a exigir que su esposa no perciba un salario que supere la cantidad de 1.129,26€<sup>35</sup>.

Con estas condiciones, la gran mayoría de las solicitudes presentadas por hombres, cumplirán con la carencia de rentas exigida siendo que la media de los salarios mensuales de las mujeres, no alcanza el lindar marcado por la medida legislativa. Hay

<sup>34</sup> Menores de 26 años

<sup>35</sup> Que es el resultado de calcular el 75% del SMI por cápita, es decir por dos.

que añadir, que la mayoría de las mujeres (un 25% de media en esa franja de edad) trabajan a tiempo parcial, por lo que sus ingresos mensuales aún son más reducidos y en consecuencia aumenta la posibilidad que los hombres cumplan con la carencia de rentas que se exigida en los requisitos de acceso al subsidio.

Hagamos el análisis a la inversa. En caso que sea la mujer la que va a solicitar la prestación, se le exigirá que su cónyuge no perciba rentas que superen la cantidad de 1.129,26€.

Si tenemos en cuenta que no llega al 4% los varones que trabajan a tiempo parcial y que los salarios medios percibidos por los hombres en los dos grupos de ocupación estudiados superan con creces el lindar previsto para acreditar la carencia de rentas, es plausible concluir con que la medida cuestionada no es proporcional, en cuanto su resultado es una diferencia de trato entre trabajadores masculinos y trabajadoras femeninas, que se van a ver mucho más perjudicadas por la medida.

En definitiva, podemos concluir con que la aplicación de la medida provoca una diferencia de trato entre trabajadores siendo que, como se ha dicho anteriormente, la igualdad no significa aplicar la misma medida a supuestos que no pueden considerarse objetivamente iguales, y no podemos considerar iguales dos situaciones radicalmente distintas, que es el hecho que las mujeres perciben salarios inferiores a los hombres en cómputo general, por cuanto la exigencia prevista para acreditar la carencia de rentas, les supone un plus de dificultad que no se impone a los hombres. En consecuencia, la medida es contraria al contenido del artículo 14 CE en cuanto no cumple con la exigencia de proporcionalidad de la medida al encontrarse ésta desprovista de una justificación razonable que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

El segundo de los motivos que entendemos conduce a concluir con que la medida es contraria a nuestra constitución, es la discriminación indirecta por razón de sexo.

La argumentación anterior nos sirve de introducción al desarrollo de este segundo motivo que consolida nuestra afirmación, siendo que ya apuntábamos la mayor incidencia del trabajo a tiempo parcial ocupado por mujeres, y este hecho conduce a que sean las trabajadoras las que perciban un salario más bajo.

En capítulos anteriores, habíamos introducido la definición que la doctrina del Tribunal Constitucional daba del concepto de discriminación indirecta *«aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo»*<sup>36</sup>.

Vamos a acomodar la definición al análisis del precepto para concluir que efectivamente nos encontramos ante una medida discriminatoria.

El primero de los requisitos se da sin lugar a dudas. Nos encontramos ante una exigencia legal que requiere el cumplimiento de unos requisitos económicos con independencia del sexo de los solicitantes.

En consecuencia, lo determinante será justificar que el impacto de la medida, es mucho más adverso para los solicitantes de un sexo en concreto, el femenino.

Hemos constatado que las mujeres son las que predominantemente ocupan trabajos a tiempo parcial y que, incluso con independencia de la jornada, perciben un salario inferior a los hombres, por lo que en relación con las rentas familiares resultará mucho más difícil para ellas acreditar el requisito de carencia de rentas.

No obstante, es preciso que analicemos si concurre el tercer elemento que requiere la jurisprudencia constitucional para constatar que nos encontramos ante una discriminación indirecta por razón de sexo. Así, se requiere que los poderes públicos *«no puedan probar que la medida responde a una medida de política social que actúe como justificación suficiente»*<sup>37</sup> o que se constate que *«la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resultar idónea para el logro de tal objetivo»*<sup>38</sup>

Pues bien, la exposición de motivos del RDL 5/2013 de 15 de marzo justifica la medida con el literal *«La finalidad de este precepto es homogeneizar la regulación del subsidio para mayores de 55 años en relación con el resto de prestaciones del sistema y reforzar las políticas activas de empleo destinadas a este colectivo.»*

---

<sup>36</sup>STC 3/2007, de 15 de enero, FJ 3.

<sup>37</sup>STC 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 6.

<sup>38</sup>STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 3.

Posiblemente cabría un análisis profundo de las tres líneas con las que despacha la exposición de motivos la justificación de la medida. En cualquier caso, entendemos que una medida que dificulta el acceso a una prestación (que no olvidemos que es el subsidio puente hasta la jubilación y que permite continuar con cotizaciones para el posterior cálculo de ésta) que incide especialmente a un sector de la población, el femenino, no puede constituir una medida efectivamente necesaria para reforzar las políticas activas de empleo.

Recordemos, que el Art. 23 de la Ley de Empleo<sup>39</sup> define las políticas activas de empleo como

*El conjunto de acciones y medidas de orientación, empleo y formación dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social.*

Sobre esta materia, en las políticas activas se incluyen distintos instrumentos de intervención y medidas diversas atendiendo a los objetivos que persigan. Sucintamente, las medidas van dirigidas a garantizar el empleo o la empleabilidad de los trabajadores. Los programas y medidas que integran la política de empleo, deben estar presididos por distintos principios entre los que se encuentran *«la igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al empleo, en particular teniendo en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad de trato entre mujeres y hombres para garantizar la plena igualdad por razón de sexo»*<sup>40</sup>

En definitiva, siendo constatado el perjuicio que el requisito en cuestión sobre las posibles receptoras del subsidio para mayores de 55 años, y no pudiendo admitir una justificación objetiva que nos permita descartar la existencia de discriminación indirecta por razón de sexo, *finalizamos confirmando nuestra primera hipótesis en cuanto* LA ACTUAL REGULACIÓN DE ACCESO AL SUBSIDIO DE MAYORES 55 AÑOS, VULNERA EL ART.14 DE LA CE.

---

<sup>39</sup> España. Ley 56/2003, de 16 de diciembre. (BOE 17/12/2003. Núm.301. pág. 44763).

<sup>40</sup> MORENO, J.L. *et alii*(2011).*Op.cit.* pp. 199.

*5.2. Las mujeres percibirán una pensión de jubilación inferior, como resultado de la nueva regulación del subsidio de mayores de 55 años.*

Nuestra segunda hipótesis, requiere un análisis algo más técnico en materia de seguridad social, que intentaremos clarificar a partir de un ejemplo que permita confirmar o refutar nuestra afirmación.

La pensión de jubilación se calcula a partir de las cotizaciones efectivamente realizadas a la Seguridad Social, teniéndose en cuenta para determinar la cuantía, los años cotizados, así como las cantidades aportadas mensualmente.

El subsidio para mayores de 55 años, además de la prestación económica conlleva la aportación a la seguridad social de las cotizaciones mensuales por la base mínima correspondiente al periodo en cuestión.

El subsidio para mayores de 55 años, si se cumplen los requisitos de acceso, garantiza estas cotizaciones hasta que se cumpla la edad legal que permita el acceso a la jubilación (ya sea ordinaria, o anticipada).

Tras esta mínima exposición de las reglas a tener en cuenta para calcular la pensión de jubilación, se pueden anticipar las consecuencias de la nueva regulación de las condiciones para acreditar la carencia de rentas.

Supongamos una persona que ha trabajado por cuenta ajena durante algo más de 23 años y que posteriormente (tras un despido) accede a la prestación por desempleo durante dos años más. Hasta aquí, podemos tener un supuesto de hecho que nos puede derivar en dos consecuencias distintas.

1. Si cumple con el requisito de carencia de rentas, podrá acceder al subsidio para mayores de 55 años y en consecuencia continuará cotizando para la jubilación hasta que alcance la edad que en cada caso corresponda.
2. Si no cumple con el requisito de carencia de rentas, no podrá acceder al subsidio para mayores de 55 años y en consecuencia NO continuará cotizando para la jubilación.

Los efectos serán dos: primero, no se sumarán años a los ya cotizados, por cuanto el porcentaje de jubilación se calculará conforme a los 23 cotizados de nuestro ejemplo; segundo, se rellenarán las lagunas de cotización conforme a la regla prevista en el art. 3 apartado 1º de la Ley 27/2011 y el efecto es que, durante un periodo que variará dependiendo de los casos, cotizará con el 50% de la base que le hubiera correspondido en caso de haber podido acceder al subsidio.

Y la consecuencia, una y clara, el resultado del importe a percibir por la pensión de jubilación variará sustancialmente.

En el documento nº1 que se anexa, se desarrolla el ejemplo con una ejemplificación más detallada del cálculo y el resultado es que entre las dos posibles derivadas, la diferencia económica asciende a más de 200€ mensuales.

No es más que un pequeño ejemplo que no podemos generalizar ni trasladar a todos y cada uno de los posibles casos que puedan darse. No era más que un apunte indicativo de las consecuencias de fondo que incluyen la medida cuestionada.

La generalización es la que podemos apoyar con los datos estadísticos anteriormente mostrados, y que efectivamente concluyen con la evidencia empírica que las mujeres perciben un salario inferior que conlleva a unas inferiores pensiones de jubilación. Si a este dato contrastado, añadimos que se van a ver doblemente perjudicadas por la medida estudiada, en cuanto en una mayor incidencia van a verse excluidas de la cobertura del subsidio al no acreditar el requisito de carencia de rentas, podemos *afirmar nuestra segunda hipótesis* en cuanto las *MUJERES PERCIBIRÁN UNA PENSIÓN DE JUBILACIÓN INFERIOR, COMO RESULTADO DE LA NUEVA REGULACIÓN DEL SUBSIDIO DE MAYORES DE 55 AÑOS.*

## Conclusiones

Llegados al punto de finalización del presente estudio, los resultados que ofrecen nuestro trabajo, es que siguen produciéndose regulaciones normativas que vulneran el principio de no discriminación que contiene el artículo 14 de la Constitución.

Es fina la línea que separa la consideración de si, efectivamente, nos encontramos ante una regulación discriminatoria o bien nos encontramos ante una regulación que se ajusta al contenido de legalidad que requiere la producción normativa, y en consecuencia, pese a que no se esté de acuerdo con las nuevas reglas contenidas en el acceso al subsidio de mayores de 55 años, debe respetarse la actividad del legislador en la regulación que, extraído del mandato del art. 41 CE, hace de la cobertura de las prestaciones sociales.

Aun así, ahondando en las consecuencias de la previsión legal, es clara que la afectación de la medida es mucho más intensa en un sector de la población, el femenino, y que esta intensidad de afectación no nace sobre la base de unos criterios objetivos, si no que nace de la configuración de la estructura social de nuestro mercado de trabajo, que trata de forma desigual lo que no debería serlo, sólo por el mero hecho de haber nacido con un sexo u otro.

De la desigual distribución de los salarios, fundamentada en el sexo del trabajador, se generan discriminaciones directas. Si el legislador no interviene con firmeza para equilibrar el desigual funcionamiento del mercado de trabajo, que debe ser objeto de su protección, no debería, una vez dada la desigualdad, legislar pretendiendo que todos los trabajadores sean iguales ante la medida, ya que ello es tanto como desentenderse de una realidad social, bajo el paraguas de normalidad.

Los hechos constatados, no son simulaciones, son hechos contrastados de una realidad, y es que las mujeres viven en desiguales condiciones salariales y laborales que los hombres, y este hecho, en lugar de ser corregido por el Estado, trata de ocultarse con regulaciones de aparente igualdad, que no hacen más que perpetuar la discriminación por razón de sexo, contraria a lo que pretende proteger el art. 14 de nuestra Constitución y en consecuencia no pueden considerarse medidas legales amparadas por nuestra Carta Magna.



## Bibliografía

BÖCKER, R. (2009). *Cómo hacer un proyecto de investigación*. “Latinoamérica en y desde el Mundo. Sociología y Ciencias Sociales ante el cambio de Época: Legitimidades en Debate”, en el grupo de trabajo “Metodología y Epistemología de las Ciencias Sociales”. Universidad de Guadalajara, México. 13 y 18 de agosto de 2007.

BULMER, M. (1992). *Distinguiendo entre métodos y técnicas de investigación*. McMillan, Londres.

CALAZA, S. (2009). De la arbitrariedad administrativa, con especial referencia al ámbito penal *Revista de derecho UNED*. núm. 4.

CARMONA, E. (2000). *El Estado Social de Derecho en la Constitución*. Madrid: Consejo Económico y Social.

DÍEZ, L. (2008). El principio de igualdad ante la ley *Sistema de Derechos Fundamentales Estudios y Comentarios Legislativos* (Civitas) Pamplona. Editorial Aranzadi, SA (BIB 2008\3401).

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1959). La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria. *Revista de Administración Publica*. núm.30.

GARRIDO, F. (2001). *Comentarios a la Constitución*. (3ª ed.) Madrid. Civitas.

GONZÁLEZ, C. (2013). La reforma de la jubilación por el RD Ley 5/2013, de 15 de marzo. *Revista Aranzadi Doctrinal num.2*. Pamplona. Editorial Aranzadi, SA (BIB 2013\757).

HELLER, H. . (2004). *Las ideas políticas contemporáneas*. Granada. Comares.

MONEREO, JL. *et allí*. (2013). Pensiones, desempleo y previsión social complementaria. *Revista de Justicia Laboral* .Crónicas de Jurisprudencia. num.53. Valladolid: Editorial Lex Nova SAU (BIB 2013\13031)

MONTROYA, A. (2007). La igualdad como valor, como principio y como derecho fundamental. *Igualdad de Mujeres y Hombres*. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Pamplona. Editorial Aranzadi, SA (BIB 2007\1914).

MORENO, J.L. *et allí* (2011). *Manual de política y derecho de empleo*. Madrid. Tecnos.

RODRÍGUEZ, M; FERNÁNDEZ, Mª F. (1986). *Igualdad y discriminación. Temas clave de la Constitución española*. Madrid. Tecnos.

SÁNCHEZ, L. et alli. (2006). *Comentarios a la Constitución Española: Tomo I - Preámbulo y artículos 1 a 9 de la Constitución Española de 1978*. Madrid: Edersa.

SARMIENTO, J.A. (2008). Interpretación jurídica y técnica legislativa: Una visión jurisprudencial. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* num.17. parte Estudio Pamplona Editorial Aranzadi, SA. BIB 2008\2877.

SCHNEIDER, H.P. (1979). Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. *Revista de Estudios Políticos*, núm.7 .

SERRANO, A. (1985). *El principio de igualdad ante la ley en la jurisprudencia del TC: seminario de profesores de la facultad de derecho de la universidad de Zaragoza*.

TRILLO, A.R. (2014). La reforma continua de la Seguridad Social. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. num.879 parte Comentario. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA (BIB 2014\506).

TRILLO, R.(2004). *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV aniversario de la Constitución de 1978*. Madrid. CGPJ.

## WEBGRAFIA

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado

<http://publicacionesoficiales.boe.es/index>

Congreso de los diputados

<http://www.congreso.es/consti>

Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española

<http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>

Índice sistemático Constitución Española.

<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>

Informe de evaluación del Pacto de Toledo

<http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/128563.pdf>

Instituto Nacional de Estadística

[http://www.ine.es/inebmenu/mnu\\_mercalab.htm](http://www.ine.es/inebmenu/mnu_mercalab.htm)

La Ley. GrupoWolters Kluwer

<http://laleylaboral.laley.es>

Ministerio de trabajo y seguridad social

[http://www.mtin.es/es/publica/pub\\_electronicas/index.htm](http://www.mtin.es/es/publica/pub_electronicas/index.htm)

Resumen del Informe mundial sobre salarios 2012-2013

<http://www.ilo.org/global/research/global-reports/global-wage-report>

Revistas VLex España

[http://app.vlex.com/#ES/browse/by\\_type/analytic/journals](http://app.vlex.com/#ES/browse/by_type/analytic/journals)

Thomson Reuters Aranzadi Bibliotecas

<http://aranzadi.aranzadidigital.es>

Universidad de la Rioja

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=103351>