

**JORNADAS Y ACTOS INSTITUCIONALES DEL ILMO. COLEGIO DE
GRADUADOS SOCIALES DE ZARAGOZA 2014.**

**LUCES, SOMBRAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS ÚLTIMAS
REFORMAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.**

JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA

**Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Director del
Título de Experto en Seguridad Social de la UCM.**

INTRODUCCIÓN

La ponencia se centra en las prestaciones de incapacidad temporal y jubilación, con especial mención al Factor de Sostenibilidad,

La finalidad es seleccionar y aislar, para su análisis y valoración, los aspectos más críticos de las reformas operadas en ambas prestaciones.

En este orden, no se pretende realizar un análisis jurídico general de cada una de las materias, sino centrarnos en aquellos aspectos concretos que pueden tener una mayor relevancia en la práctica forense. Para un mejor entendimiento, el estudio irá precedido de una breve exposición de la ubicación de cada materia.

Como veremos, el rosario de valoraciones es amplísimo, desde preceptos claramente inconstitucionales, hasta normas reglamentarias que contravienen abierta y claramente lo dispuesto en la Ley habilitadora

I.- LA INCAPACIDAD TEMPORAL.

1.- La ubicación y los espacios del RD 625/2014 de 18 de julio.

Las normas sobre gestión y control de la incapacidad temporal contempladas en el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril y sus normas de desarrollo habían quedado obsoletas. Desde aquellos años las reformas operadas en la Ley General de la Seguridad Social, han sido múltiples y han ido poco a poco cambiando el modelo de gestión de la incapacidad temporal. Era necesario por tanto proceder a su actualización e incluso a la armonización de toda la normativa reglamentaria referida a la contingencia.

En este espacio se sitúa el RD 625/2014, que deroga el viejo RD 575/1997. La sustitución significa actualización /modernización con respecto a las reformas de la LGSS, pero como veremos no significa armonización de la normas reglamentarias. Lamentablemente se ha perdido la oportunidad de afrontar la ordenación de todas las materias vinculadas a la gestión y control, tanto durante los primeros trescientos sesenta y cinco días – periodo éste en el que se sitúa el RD- como de los tiempos posteriores hasta alcanzar su duración máxima de setecientos treinta días.

Las materias objeto de reforma son múltiples y de distinto alcance. A modo de resumen afectan a las siguientes materias:

- La nueva ordenación es aplicable a los primeros 365 día, cualquiera que sea la contingencia determinante – accidente de trabajo, enfermedad profesional, enfermedad común y accidente no laboral- y cualquiera que sea en régimen – general o especiales-, reflejando su vocación universal.
- Deja fuera como suele ser habitual a los denominados los regímenes especiales de las Fuerzas Armadas, de los Funcionarios Civiles de la Administración del Estado y del personal al servicio de la Administración de Justicia.

- Se moderniza la gestión formal (partes de baja, confirmación y alta) diferenciando los procesos según su duración estimada – inferior a cinco días, entre 5 y 30 días naturales; entre 31 y 60 y entre 61 y más días- en base a protocolos técnico-sanitarios, con identificación de los sujetos responsables en función de la contingencia y de los contenidos de los nuevos partes.
- Se apuesta por la gestión telemática en todas las fases y respecto de todos los intervinientes.
- Ordena el procedimiento para las propuestas de alta médica formuladas por las mutuas en los procesos derivados de contingencias comunes.
- Ordena en desarrollo del artículo 132.2 de la LGSS los requerimientos para reconocimientos médicos de control y la suspensión cautelar de la prestación ante la falta de comparecencia del trabajador.
- Incorpora un nuevo artículo 6 al RD 1430/2009, donde se regula el procedimiento administrativo de determinación de la contingencia causante en los procesos de incapacidad temporal.
- Igualmente, incorpora un nuevo artículo 7 al RD 1430/2009, donde se regula la prolongación de efectos de la incapacidad temporal y agotamiento de la misma.
- Finalmente el RD procede a incorporar reformas puntuales en diversas normas reglamentarias:

2.-Aspectos críticos de RD 625/2014

2.1 Seguimiento y control de la prestación económica y de las situaciones de incapacidad temporal.

2.1.1 Facultades de carácter general.

Una de las finalidades del RD es convertir al Instituto Nacional de la Seguridad Social en el controlador de todos los procesos de incapacidad temporal, para lo cual no solo recaba toda la información desde el mismo momento de la baja médica, sino que facilita a sus inspectores médicos el acceso a toda la información clínica del trabajador.

Sin perjuicio de las múltiples referencias contenidas en su articulado, el precepto central sobre esta materia es el artículo 8. En este orden el precepto establece que:

“El Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Instituto Social de la Marina, en su caso, y las mutuas, a través de su personal médico y personal no sanitario, ejercerán el control y seguimiento de la prestación económica de la incapacidad temporal objeto de gestión, pudiendo realizar a tal efecto aquellas actividades que tengan por objeto comprobar el mantenimiento de los hechos y de la situación que originaron el derecho al subsidio, a partir del momento en que se expida el parte médico de baja, sin perjuicio de las competencias que corresponden a los servicios públicos de salud en materia sanitaria.

Los actos de comprobación de la incapacidad temporal que lleven a cabo los médicos del respectivo servicio público de salud, los inspectores médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, del Instituto Social de la Marina, así como los médicos dependientes de las mutuas deberán basarse tanto en los datos que fundamenten los partes médicos de baja y de confirmación de la baja, como en los derivados de los reconocimientos médicos e informes realizados en el proceso. A tal efecto, aquellos podrán acceder a los informes médicos, pruebas y diagnósticos relativos a las situaciones de incapacidad temporal, a fin de ejercitar sus respectivas funciones.

Como no podía ser de otra forma, el artículo 8.3 incorpora los preceptivos mecanismos de garantía sobre la utilización de los datos del trabajador, así se establece que

“El tratamiento de los datos de los trabajadores afectados así como el acceso a los mismos quedará sujeto a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en sus disposiciones de desarrollo.

2.1.2 Exceso de competencias y su posible inconstitucionalidad

A.- Competencias y norma reglamentaria

Con insuficiente rango legal, el artículo 8 del RD incorpora una competencia abusiva, a saber, que:

“Los inspectores médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, del Instituto Social de la Marina, para el ejercicio de sus competencias, tendrán acceso, preferentemente por vía telemática, a la documentación clínica de atención primaria y especializada de los trabajadores del sistema de la Seguridad Social , incluida la documentación clínica de los trabajadores protegidos frente a las contingencias profesionales con las mutuas, en los términos establecidos en la disposición adicional cuadragésima de la Ley General de la Seguridad Social. ”.

Sin perjuicio de la ubicación del precepto y del contenido del RD, la competencia no restringe su espacio a cada proceso singular de incapacidad temporal. En la protección de los derechos fundamentales, como veremos, la norma es tajante no admite silencios interpretativos.

De esta forma la carencia de rango legal y el carácter abusivo de la competencia no se soluciona con la coletilla habitual que advierte que “el tratamiento de los datos de los trabajadores afectados así como el acceso a los mismos quedará sujeto a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y en sus disposiciones de desarrollo” (art.8.3).

Repárese en que los apartados 1 y 2 del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dictada en desarrollo del artículo 18.1 CE, establecen que “ la protección civil de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes...”, “ no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando *estuviere expresamente autorizada por Ley ...*”.

El RD busca apoyo en la disposición adicional cuadragésima de la LGSS, sin embargo, ésta refiere a “...datos médicos estrictamente relacionados con las lesiones y dolencias padecidas por el interesado que resulten relevantes para la resolución del procedimiento...”.

El diferente ámbito es notable y, por tanto, la autorización legal resulta insuficiente.

B. La doctrina del Tribunal Constitucional

Con la finalidad de ubicar las previsiones legales y reglamentarias referidas, conviene traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance y contenido del art.18 CE, al hilo de la Sentencias 70/2009, de 23 de marzo de 2009.

Comienza la Sentencia haciendo alusión a lo que constituye doctrina consolidada del Tribunal, afirmando que el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE, estrechamente vinculado con el respeto a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. Además el art. 18.1 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares (STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 21), el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, y de ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5, por todas). De lo que se deriva que se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida (STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2, y jurisprudencia allí citada).

El derecho a la intimidad contenido en el art. 18.1 CE no sólo preserva al individuo de la obtención ilegítima de datos de su esfera íntima por parte de terceros, sino también de la revelación, divulgación o publicidad no consentida de esos datos, y del uso o explotación de los mismos sin autorización de su titular. Lo que el art. 18.1 CE garantiza es, por tanto, el secreto sobre la propia esfera de vida personal y, por tanto, veda a los terceros, particulares o poderes públicos, decidir sobre los contornos de la vida privada (STC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5).

Ubicado el alcance, contenido y delimitación del derecho a la intimidad, conviene determinar sí la información relativa a la salud de una persona, forma parte de su contenido. En este orden el Tribunal afirma que, dentro de ese ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás que preserva el derecho a la intimidad contenido en el art. 18.1 CE, se comprende, sin duda, la información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en la medida en que los datos que a la salud se refieren constituyen un elemento importante de su vida privada (en este sentido STEDH de 10 de octubre de 2006, caso L.L. c. Francia, § 32). A esta afirmación se añade la monición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que establece que, teniendo en cuenta que el respeto al carácter confidencial de la información sobre la salud constituye un principio esencial del sistema jurídico de todos los Estados parte en la Convención, la legislación interna debe prever las garantías apropiadas para impedir toda comunicación o divulgación de datos de carácter personal relativos a la salud contraria a las garantías previstas en el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (SSTEDH caso Z. c. Finlandia de 25 de febrero de 1997, § 95, y caso L.L. c. Francia, de 10 de octubre de 2006, § 44).

La información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en suma, es no sólo una información íntima (SSTC 202/1994, de 4 de julio, FJ 2; y 62/2008, de 26 de mayo, FJ 2), sino además especialmente sensible desde este punto de vista y por tanto digna de especial protección desde la garantía del derecho a la intimidad (art. 6 del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, así como el art. 8 de la Directiva

95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos). El derecho a la intimidad queda así relevantemente afectado cuando, sin consentimiento del paciente, se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma.

Con la finalidad de cerrar los espacios de delimitación del derecho a la intimidad, el Tribunal trae a colación, tanto su doctrina, como la de TEDH, sobre los límites de los derechos fundamentales. En este orden, es doctrina consolidada que los derechos fundamentales no son ni ilimitados ni absolutos (por todas STC 198/2004, de 15 de noviembre, FJ 8), por lo que pueden ser sometidos a restricciones. Llevando esta afirmación al derecho a la intimidad, y como ya afirmamos en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, aunque la Constitución, en su artículo 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de tal derecho (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones proclamados en los arts. 18.2 y 3 CE), ello no significa que sea un derecho absoluto (FJ 2). Y es que el derecho fundamental a la intimidad personal puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin legítimo previsto y sea proporcionada para alcanzarlo, y sea además respetuosa con el contenido esencial del derecho (por todas, SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6, y 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6).

Las exigencias referidas se han cristalizado en una delimitación de los elementos exigibles acuñados por la doctrina del TEDH. En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido en cuenta estas exigencias, reconociendo que si bien la garantía de la intimidad individual y familiar del art. 8 CEDH puede tener límites como la seguridad del Estado (STEDH de 26 de marzo de 1987, caso Leander), o la persecución de infracciones penales (mutatis mutandis casos Funke, de 25 de febrero de 1993, y Z. contra Finlandia, de 25 de febrero de 1997), tales limitaciones han de estar *previstas*

legalmente y ser las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos *límites sea accesible al individuo* concernido por ella, que *resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación*, y que *los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados* para el logro de su propósito (SSTEDH caso X. e Y., de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; mutatis mutandis, caso Funke, de 25 de febrero de 1993; caso Z., de 25 de febrero de 1997). También el Tribunal de Justicia de las Unión Europea, en la Sentencia de 5 de octubre de 1994 (asunto X. contra Comisión, C-404/92 P), referida a la protección de la intimidad y al tratamiento de datos relativos a la salud, afirma que “los derechos fundamentales pueden ser sometidos a restricciones, siempre y cuando éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general y no constituyan, en lo que respecta al fin perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos garantizados”.

El TCO da un paso más he incorpora a su razonamiento las exigencias impuestas a los órganos administrativos y judiciales. En efecto, a los criterios de legalidad y proporcionalidad para la restricción legítima del derecho a la intimidad debe sumarse el control judicial y la motivación de la decisión restrictiva administrativa o judicial. El órgano administrativo y el órgano judicial deben plasmar tanto la previsión legal que ampara la afectación de la intimidad del administrado como el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la adopción de la medida. Advirtiendo el Tribunal que es doctrina reiterada que “su ausencia ocasiona, por sí sola, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo” (STC 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6 y jurisprudencia allí citada).

Para observar la exigencia de previsión legal que requiere su constitucionalidad, el acceso por las Administraciones públicas a datos relativos a la salud de una persona y la evaluación y toma en consideración de los mismos precisan no sólo de una mera habilitación legislativa. Según jurisprudencia constitucional consolidada, la ley deberá concretar las restricciones, alejándose de criterios de delimitación imprecisos o extensivos,

pues vulnera el derecho fundamental a la intimidad personal el establecimiento de límites de forma tal que hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11). Como señalábamos en la STC 49/1999, en relación justamente con la protección del derecho fundamental a la intimidad, la injerencia en la misma exige de un modo “inexcusable” una previsión legal que “ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención” (FJ 4); ha de poseer lo que en otras ocasiones hemos denominado cierta “calidad de ley” (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5; 169/2001, de 16 de julio, FJ 6; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 2).

C.- Valoración final

Como conclusión podemos afirmar que, la habilitación reconocida a los inspectores médicos del Instituto Nacional de la Seguridad, carece de rango suficiente al sobrepasar los límites de la disposición adicional cuadragésima de la LGSS, contraviniendo la protección otorgada por el artículo 18.1 CE .

Igualmente, podemos afirmar que tanto la disposición legal, como la norma reglamentaria se alejan de las exigencias impuestas por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2.2 Requerimiento a los trabajadores para reconocimiento médico y la suspensión cautelar de la prestación.

Rompiendo una tradicional regla extremadamente severa, incomparecencia/extinción de la prestación, el apartado cuatro de la disposición final cuarta de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, incorporo un nuevo núm. 3 al artículo 132 de la LGSS. El precepto establece que:

“La incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social

y a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social para examen y reconocimiento médico producirá la suspensión cautelar del derecho, al objeto de comprobar si aquella fue o no justificada. Reglamentariamente se regulará el procedimiento de suspensión del derecho y sus efectos”.

El artículo 9 del RD 625/2014, de 18 de julio, procede a regular el procedimiento referido en la LGSS.

2.2.1 Armonización normativa

El establecimiento del procedimiento regulado en el RD y ordenado por el artículo 132.2 de la LGSS, exige una interpretación armonizadora de los preceptos vinculados.

La reforma del artículo 132.3 de la LGSS por la LPE.2104 *-La incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social para examen y reconocimiento médico producirá la suspensión cautelar del derecho, al objeto de comprobar si aquella fue o no justificada-* debe ponerse en relación con lo previsto en el artículo 131.bis también reformado por la LPE.2014 – *“El derecho al subsidio se extinguirá por ... la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social...-* y finalmente con la previsión contenida en el artículo 128.1.a), incorporada por la disposición final tercera, números cuatro de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010¹, que da nueva redacción al primer párrafo del artículo

¹ La Memoria que acompaña a la Ley de Presupuestos, justifica la reforma en los siguientes términos: *“...se pretende subsanar la laguna legal existente para aquellos supuestos de IT con duración superior a 12 meses en los que se produzca la incomparecencia al reconocimiento médico del INSS en el ejercicio de la competencia del artículo 128.a a), permitiendo la emisión del alta médica en estos supuestos.”.* Igualmente, se da noticia justificativa de las situaciones que se pretenden subsanar con la reforma, afirmando que *“actualmente se están produciendo casos de trabajadores sin derecho a subsidio y en situación de IT, por diferentes causas, que al no estar percibiendo la prestación económica no acuden a*

128.1.a) de la LGSS, para incorporar que el INSS podrá emitir “*el alta médica por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social*”. Para que todos los preceptos tengan lógica, deben quedar armonizados. Así, la incomparecencia dará lugar al procedimiento referido en el artículo 132.3 y ordenado en el artículo 9 del RD 625/2014; y una vez constatado su carácter injustificado, podrá procederse a la extinción de la prestación, última fase del procedimiento que trae su habilitación (aunque el RD no diga nada) del artículo 131.bis de la LGSS.

2.2.2 La norma sorprendente y contraria a las previsiones de la LGSS.

Fuera de contexto y con una habilitación más que dudosa, el artículo 9.6 del RD 625/2014, incorpora el siguiente párrafo:

“El inspector médico del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina podrá expedir el alta médica por incomparecencia en el ejercicio de las competencias previstas en la disposición adicional quincuagésima segunda de la Ley General de la Seguridad Social.”

¿Estas son las competencias previstas en la DA 52?. Veamos, la referida norma fue incorporada por el apartado cinco de la disposición adicional decimonovena de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y supuso un cambio radical en el control de la incapacidad temporal. Su previsión es la siguiente:

“Hasta el cumplimiento de la duración máxima de trescientos sesenta y cinco días de los procesos de incapacidad temporal del Sistema de la Seguridad

los reconocimientos al cumplimiento del duodécimo mes. Además, como los SPS ya no son competentes para expedir partes de confirmación una vez agotado el duodécimo mes de duración del proceso, el trabajador puede quedar en una situación de indefensión respecto de su situación laboral y, además, al no comparecer a los reconocimientos médicos establecidos por la Entidad Gestora para poder ejercer la competencia del artículo 128.1.a) permanecen en una “prórroga tácita de IT” hasta el cumplimiento de los 18 meses”.

Social, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y, en su caso, el Instituto Social de la Marina, a través de los Inspectores Médicos adscritos a dichas entidades, ejercerán las mismas competencias que la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud, para emitir un alta médica a todos los efecto...”.

Evidentemente, la reforma tiene una función competencial clara y lógicamente, en su momento -2010-, el alta médica podía darse tanto por entender que las dolencias habían dejado de ser incapacitantes, como por falta de comparecencia del trabajador. Hoy, en el 2014 y tras las reformas operadas por la LPE.2014, la falta de comparecencia no provoca sin más el “alta médica”, que es tanto como decir la “extinción”, sino la apertura del procedimiento analizado y regulado en el propio RD.

De todo lo anterior, se deduce que el párrafo analizado es inoportuno y carece de habilitación legal, contraviniendo lo dispuesto en los artículos 132.3 y 131 bis de la LGSS, preceptos a los que -por su modernidad (2014)- debe adaptarse la previsión contenida en la DA 52, de mayor antigüedad, 2010.

2.3 La impugnación del alta médica emitida por la Mutua y la calificación de la prestación como indebidamente percibida: sobre la ilegalidad del reglamento

2.3.1 La ubicación y alcance del procedimiento de revisión

La singularidad del procedimiento consiste en que según establece el artículo 4.8 del RD 1430/2009, “cuando la entidad gestora competente confirme el alta médica emitida por la entidad colaboradora o establezca una nueva fecha de extinción de la situación de incapacidad temporal, *se considerarán indebidamente percibidas las prestaciones económicas de la incapacidad temporal*, derivada de contingencias profesionales, que se hubieran abonado al interesado a partir de la fecha establecida en la resolución”.

La regla es singular y única, salvo error, en la selva del ordenamiento de la seguridad de la seguridad social, carece de precedentes y penaliza el ejercicio del derecho que se reconoce.

Resulta evidente la justificación de la severa regla, a saber, evitar el abuso en las impugnaciones del alta médica conducentes a ampliar el tiempo de prestación. Posiblemente su origen esté en la experiencia tenida en los procesos de discrepancias ejercitados contra las altas emitidas por las entidades gestoras a partir de los 365 días.

Ninguna de las justificaciones apuntadas adquieren relevancia jurídica, a mi juicio. La revisión del alta médica necesariamente implica la suspensión de sus efectos y ésta, como vimos, el mantenimiento de la prestación, sin ulteriores consecuencias.

La penalización impuesta al trabajador que no obtiene la anulación del alta médica, al margen de desproporcionada como veremos seguidamente, carece de base legal suficiente. La disposición adicional decimonovena de la Ley 40/2007 establece que *“reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de revisión, por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y a instancia del interesado, de las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal”*. En efecto, la norma referida tan solo habilita para regular el procedimiento administrativo correspondiente y no para penalizar su utilización. Dicho de otra forma, la prestación de incapacidad temporal es ordenada y reconocida en la LGSS, de tal manera que para normar *in peius* lo reconocido en la Ley, el instrumento debe ser la Ley, como única garantía de que la *“ reformatio in peius”* venga avalada por el necesario debate y aprobación parlamentaria, por tanto, ni siquiera cabe la delegación.

Como hemos visto, la delegación fija sus parámetros, como no podía ser de otra forma. Por un lado, refiere única y exclusivamente a la regulación de un procedimiento administrativo de revisión, por otro, acota el contenido material objeto de revisión, a saber, las altas médicas expedidas por las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal, y finalmente, reconoce la titularidad del derecho y determina la institución competente para conocer y

resolver el procedimiento. Estos elementos son los que conforman la delegación y en ellos comienza y finaliza la misma.

A lo anterior habría que añadir los efectos sobre el contrato de trabajo. En efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 45. 1.c) del Estatuto de los Trabajadores, la incapacidad temporal es causa de suspensión del contrato de trabajo, quedando vinculado el espacio suspensivo a las reglas sobre nacimiento, duración y extinción de la incapacidad temporal establecidas en la normativa de la seguridad social, singularmente en la LGSS. Por tanto, la coordinación de ambas instituciones, contrato de trabajo e incapacidad temporal, está reservada a sus respectivas normas reguladoras con rango de Ley, la LGSS y el ET, sin que una norma reglamentaria pueda alterar sus contenidos.

De todo ello se deduce, que la previsión contenida en el artículo 4.8 del RD 1430/2009 carece de legalidad suficiente.

2.3.2 El impacto sobre el contrato de trabajo: obligación de imposible cumplimiento.

Como hemos visto, a tenor de lo establecido en el artículo 45. 1.c) del Estatuto de los Trabajadores, la incapacidad temporal es causa de suspensión del contrato de trabajo, quedando vinculado el espacio suspensivo a las reglas sobre nacimiento, duración y extinción de la incapacidad temporal establecidas en la normativa de la seguridad social, singularmente en la LGSS.

En este orden, el artículo 4.8 del RD 1430/2009, incorpora un efecto anómalo en las relaciones coordinadas entre el ET y la LGSS. En efecto, el alta médica expedida por la entidad colaboradora implica el fin de la incapacidad temporal y de la suspensión del contrato de trabajo, surgiendo la obligación del trabajador de incorporarse a su puesto de trabajo. Por su parte, la solicitud de revisión del alta médica provoca la suspensión de la misma, la reapertura del proceso de incapacidad temporal y la continuidad en la suspensión del contrato de trabajo. Finalmente, la resolución de la entidad gestora confirmadora del alta médica,

provoca efectos retroactivos, en el sentido de declarar la extinción de la incapacidad temporal desde la fecha de expedición del alta médica, calificando la prestación como indebidamente percibida y exigiendo su devolución.

De esta ordenación se deduce que la suspensión del contrato de trabajo finalizó en la fecha del alta médica expedida por la entidad colaboradora, lo que implicaría la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo. El dislate es claro, se trata de una condición imposible en los términos del 1116 del CC, en la medida en que el trabajador *¡no puede incorporarse a trabajar con efectos retroactivos!*.

Parece claro que el legislador se dejó llevar por la justificación de la medida buscando una utilización no abusiva del procedimiento de revisión, sin meditar sobre los múltiples y variados efectos de la técnica penalizadora. Todo ello, sin perjuicio de las dudas más que razonables sobre la legalidad de la norma reglamentaria en esta materia; sus efectos son, en unos casos, de una complejidad extrema, y en otros, de imposible cumplimiento.

Finalmente, el legislador suele olvidarse con cierta frecuencia de los efectos que las normas de seguridad social tienen sobre el contrato de trabajo, olvido que adquiere especial relevancia cuando la norma laboral delega tácitamente su ordenación en las de seguridad social, como es el caso de la incapacidad temporal.

En estas ocasiones la pelota queda en el tejado del empresario. ¿Qué hacer?. Parece ser que algunas grandes empresas – ante la situación absurda- han optado por buscar la solución menos comprometida, a saber, imputar el tiempo de retroactividad a “las vacaciones”. El equilibrio es complejo, el trabajador mantiene el salario –con devolución de la prestación calificada como indebida- y la cotización, pero pierde tiempo de vacaciones. Aunque posiblemente existirá acuerdo, la solución es poco ortodoxa en términos legales y posiblemente contraria a la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia del Tribunal Supremo de 03/10/12 (rec. 249/2009) que trae su doctrina de STJUE de 21 de junio de 2012 (C-78/11).

II.-JUBILACIÓN

1.- Jubilación anticipada por extinción de la relación laboral consecuencia de la violencia de género: la posible inconstitucionalidad de la exclusión de las trabajadoras por cuenta propia.

Novedad importante de la Ley 40/2011, fue la incorporación de los supuestos de extinción del contrato por violencia de género. La incorporación se realiza aprovechando la figura y su régimen jurídico, por tanto, el acceso a la jubilación anticipada en estos supuestos exige – y así debe entenderse aunque nada dice expresamente el precepto-, el cumplimiento de los requisitos generales – afiliación y alta o situación asimilada- y particulares recogidos en los apartados a),b) y c) de la letra A) del artículo 161 bis.2.

Junto a la novedad la exclusión que, por cierto, no es debida a una imperfección técnica. El precepto refiere a la “extinción de la relación laboral”, dejando fuera de la protección a la trabajadora autónoma que cesa definitivamente en la actividad como consecuencia de la violencia de género, situación prevista como “*Situación legal de cese de actividad*” por el artículo 5 de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

El supuesto de violencia de género queda incorporado en las causas de extinción del contrato de trabajo que podrán dar derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada, pero no queda integrado en la numeración de las mismas, al incorporarse con un párrafo independiente y un reconocimiento expreso de la causa habilitante. No se adivina la razón de la técnica utilizada, ya que el supuesto extintivo está incorporado al artículo 49.1.m) del Estatuto de los Trabajadores y, además, se ordena sin singularidades. La única justificación hubiera sido la incorporación de las trabajadoras por cuenta propia o autónomas, lo que exigiría un párrafo

independiente al quedar el supuesto extramuros del ET pero como he destacado, las trabajadoras por cuenta propia quedan excluidas.

La exclusión, por tanto, carece de causa objetiva y razonable, lo que nos conduce a entender que vulnera el artículo 14 CE.

2.- Los beneficios por cuidado de hijos o menores acogidos y los límites impuestos por el RD 1716/2012.

Una materia extremadamente importante para facilitar el acceso a las prestaciones del sistema, consiste en los beneficios otorgados por el tiempo dedicado de mujeres y hombre, al cuidado de hijos o menores acogidos.

El beneficio está regulado en la Disposición adicional sexagésima de la LGSS, introducida por el apartado uno del artículo 9 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. La referida disposición fue desarrollada por el artículo 5 del Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

Para apreciar de forma gráfica las diferencias entre los derechos reconocidos en la disposición adicional 60 y el artículo 6 del RD 1716/2012, procederemos a su reproducción parcial, destacando las diferencias.

La disposición adicional 60 de la LGSS establece que:

*“Sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional cuadragésima cuarta, **en cualquier régimen de Seguridad Social y a todos los efectos salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido, se computará como periodo cotizado***

Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, a los exclusivos efectos de determinar la edad de acceso a la jubilación prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 161, y a partir de la entrada en vigor de esta ley, la duración del cómputo como periodo cotizado será de un máximo de 270 días cotizados por cada hijo o menor adoptado o acogido.”

El artículo 6. 4 del RD 1716/2012, establece que:

*“4. Los períodos computables en concepto de beneficios por cuidado de hijos o menores acogidos se aplicarán a todas las prestaciones, **excepto a las prestaciones y subsidios por desempleo**, y a todos los efectos, salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido. **Dichos períodos tampoco tendrán la consideración de asimilación al alta, a los efectos de poder causar otras prestaciones de la Seguridad Social.**”*

*Los períodos computados como cotizados en concepto de beneficios por cuidado de hijos o menores acogidos se aplicarán a las jubilaciones anticipadas, previstas en el artículo 161 bis.1 de la Ley General de la Seguridad Social, a todos los efectos, **excepto para reducir la edad de jubilación que corresponda y para el cumplimiento del período mínimo de cotización.**”*

Como puede apreciarse, el artículo 6.4 del RD 1716/2012, incorpora limitaciones a la validez y eficacia del reconocimiento del beneficio, no amparados por la disposición adicional 60, que desarrolla. En efecto, la referida disposición establece con carácter taxativo que el beneficio se reconoce “a todos los efectos”, lo que significa sin limitación alguna.

Qué puede significar “a todos los efectos” tiene una contestación clara, para todas las materias –excepto la acreditación de periodos mínimos de cotización– en que las cotizaciones deban ser computadas en todas las prestaciones que abarcan la acción protectora del sistema en los términos del artículo 38.1 de la LGSS.

La conclusión, por tanto, es que el artículo 6. 4 del RD vulnera lo establecido en la disposición adicional 60 de la LGSS.

3.- La Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social.

La Ley diseña un Factor de sostenibilidad vinculado a la esperanza de vida, que se tendrá en cuenta en el cálculo de la pensión de jubilación, una vez aplicada la fórmula general. Igualmente, fija un denominado Índice de revalorización de las pensiones que rompe con la tradicional vinculación al IPC, fijando un porcentaje “suelo” y “techo”, de forma que la revalorización de las pensiones se mueva en un margen determinado.

La Ley 23/2013 es una norma general y, por tanto, con justificación y vocación universal. En efecto, utiliza elementos con vocación universal, así el factor de sostenibilidad pretende asegurar el riesgo asociado al incremento de la longevidad y ajusta la equidad intergeneracional. Igualmente, se generalizan las razones que justifican cambiar el sistema de revalorización de las pensiones y asociarlo a magnitudes diferentes del IPC.

Sin embargo, en su estructura, se pasa de lo general a lo particular, reconduciendo su ámbito de aplicación. Por un lado, el Factor de Sostenibilidad se aplicará a las nuevas pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social, (que se reconozcan a partir de su entrada en vigor, el 1-I-2019) para lo cual se modifica el apartado 1 del artículo 163 de la LGS. Por el contrario, el Índice de Revalorización será aplicable a partir de su entrada en vigor y será efectivo a partir del 1-I-2014, tanto a los incorporados a la LGS, como a Clases Pasivas del Estado, para lo cual se modifican las normas reguladoras para los referidos sistemas, esto es, el apartado 1 del artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril y el artículo 48 de la LGS.

El planteamiento descrito provoca una pluralidad normativa, por un lado, los criterios conceptuales y las reglas de cálculo quedan en la Ley 23/2013; por otro, los elementos de aplicación en cada cuerpo normativo específico, la LGS o la LGS y la LCPE ; y finalmente, las reglas que se incorporen a la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Si bien la técnica jurídica utilizada cumple con el efecto mediático pretendido y da relevancia al

elemento novedoso, no es coherente con la delimitación de su ámbito de aplicación especialmente, como veremos, en lo que refiere al Factor de Sostenibilidad, así como rompe con el criterio de la unidad normativa, por lo demás habitual en materia de seguridad social.

3.1 El Factor de Sostenibilidad.

En el capítulo I se incluyen los artículos 1 a 6, en los que se regulan las cuestiones generales que afectan al factor de sostenibilidad para una mejor delimitación del alcance del mismo, procediéndose a ordenar su definición, fórmula y elementos de cálculo, ámbito de aplicación y revisión. Preceptos que deben ponerse en relación con la disposición final segunda, que da nueva redacción al artículo 163.1 de la LGS.

El factor de sostenibilidad se define “como un instrumento que con carácter automático permite vincular el importe de las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas, a través de la fórmula que se regula en esta norma, ajustando las cuantías que percibirán aquellos que se jubilen en similares condiciones en momentos temporales diferentes”.

Más que una aproximación conceptual, la definición utilizada, integra todo un conjunto de elementos de variado alcance que serán reiterados o completados en preceptos sucesivos. Así, se anticipan los ámbitos de aplicación, se fija el elemento de referencia o vinculación, se determina su carácter automático y se explicita su finalidad, la equidad intergeneracional, así como el instrumento a utilizar, un coeficiente de “ajuste de la pensión”.

Conviene destacar la novedad de la figura en su ordenación singular y diferenciada. Su regulación supone una medida de naturaleza diferente a las medidas reformadoras llevadas a cabo con anterioridad, en el sentido de que se implanta un instrumento de reequilibrio o de ajuste automático de las pensiones de jubilación, en función de la esperanza de vida, hasta ahora inexistente, y no un cambio concreto de los distintos elementos que conforman el régimen jurídico de la pensión de jubilación.

El objetivo de este mecanismo – como explica detenidamente el Informe del Comité de Expertos y recoge la Exposición de Motivos de la Ley- es ajustar la pensión inicial de jubilación a la variación de la esperanza de vida, de manera que el valor de la pensión que recibirá a lo largo de su vida un pensionista que acceda al sistema a partir de la aplicación del factor, sea equivalente al del valor de la pensión que recibirá quien se jubile con anterioridad. Este factor neutraliza el riesgo asociado al incremento de la longevidad y ajusta la equidad intergeneracional de las pensiones de jubilación. Con distinta tipología, este factor es el más utilizado en las reformas más recientes habidas en los sistemas de pensiones de los países de la UE.

3.1.1 Técnica utilizada y valor universal

Mediante la disposición final segunda de la Ley, se modifica el apartado 1 del artículo 163 de la LGS, en el que se determina la cuantía de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, en el Régimen General de la Seguridad Social, añadiéndose un último inciso al final de dicho apartado en el que se establece la aplicación del Factor de Sostenibilidad que corresponda en cada momento para la determinación de dicha cuantía. No obstante, debe tenerse en cuenta que según dispone la disposición adicional octava de la LGS, en su apartado 1, el artículo 163 será de aplicación a todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social. La regla es, por tanto, de aplicación universal a todos los regímenes del Sistema.

A.- Selección de los ámbitos: la jubilación

Como ya hemos anunciado, el ámbito de aplicación del factor de sostenibilidad es restrictivo. Por un lado, tan solo afecta a las pensiones de jubilación y, por otro, tan solo afecta al Sistema de la Seguridad Social. Y ello, a pesar de que la variable de referencia (esperanza de vida) es una magnitud de impacto universal.

Por lo que refiere a la selección de la jubilación, con exclusión por tanto del respeto de las pensiones, caben algunas consideraciones.

Respecto a las pensiones de incapacidad permanente, la razón de la exclusión viene dada por el impacto individualizado de las lesiones que, a su vez, incide sobre la esperanza de vida, lo que dificulta en exceso, e incluso impide, el cálculo y la aplicación de un factor general.

Sin perjuicio de la incuestionable justificación apuntada, cabe realizar algunas matizaciones técnicas o interpretativas, por muy obvias que pudieran parecer.

- El artículo 140.1 de la LGS establece que la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común se determinará de conformidad con las siguientes normas:
 - a) Se hallará el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.
 - b) Al resultado obtenido en razón a lo establecido en la norma anterior se le aplicará el porcentaje que corresponda en función de los años (meses) de cotización, según la escala prevista en el apartado 1 del artículo 163, considerándose a tal efecto como cotizados los años que le resten al interesado, en la fecha del hecho causante, para cumplir la edad ordinaria de jubilación vigente en cada momento. En el caso de no alcanzarse 15 años de cotización, el porcentaje aplicable será del 50 por 100...

Conforme a la fórmula descrita, la referencia contenida en el apartado b) a la escala del artículo 163.1, debe entenderse con exclusión del factor de sostenibilidad, en la medida en que el artículo 140.1 está conformando la base reguladora de la pensión y no determinando su cuantificación.

- Por otra parte, el artículo 143.4 de la LGS establece que las pensiones de incapacidad permanente, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de sesenta y cinco años, pasarán a denominarse pensiones de

jubilación. La nueva denominación no implicará modificación alguna respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo.

Se trata, como se sabe, de un cambio de denominación que no afecta a su régimen jurídico. En este orden, cuando el pensionista de incapacidad permanente cumple la edad general de jubilación, no le es aplicable a su pensión el factor de sostenibilidad.

B.- Algo más que imperfecciones en los criterios de selección: su posible inconstitucionalidad.

Como hemos visto, la metodología utilizada por la Ley tiene como finalidad que el Factor de Sostenibilidad sea de aplicación a todas las pensiones de jubilación de todos los regímenes del Sistema.

En su vocación universal, la Ley silencia cualquier referencia a la tipología de jubilaciones existentes. Esta imperfección debió tener un variado alcance. Posiblemente, los silencios de la Ley vengán determinados por su postergada entrada en vigor (2019) y la necesidad de un desarrollo reglamentario. No obstante, su vocación universal dificulta la incorporación de exclusiones en su aplicación por vía reglamentaria, para ello hubiera sido necesario incorporar el “matiz” en la propia Ley. En definitiva, si las imperfecciones que apuntaré seguidamente justifican la exclusión, habrá que modificar la Ley para evitar la ilegalidad de la futura norma reglamentaria.

Veamos las singularidades o imperfecciones.

➤ Jubilaciones ordinarias a edades reducidas

El artículo 161 bis de la LGS establece en su número 1 que la edad mínima de jubilación podrá ser rebajada por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca.

Parece razonable entender que la tipología del trabajo realizado no solo impide la continuidad de la actividad en términos generales, sino que -de forma desigual según el colectivo y el tipo singular de trabajo- impactan sobre la esperanza de vida. De esta forma, sería contrario a su propia ordenación singular, la aplicación de un factor vinculado a la evolución general de la esperanza de vida. Incluso, podríamos decir que estos colectivos tendrían una doble penalización, por un lado, la aplicación del factor en sí mismo y por otro, su aplicación a una edad inferior a la general, a la que se accede como consecuencia del trabajo desarrollado.

En base a lo anterior, parece justificado entender que el factor de sostenibilidad no es aplicable en términos generales a estos colectivos, sin perjuicio de que se pudieran identificar las actividades que no impactan sobre la esperanza de vida, por ejemplo el personal de vuelo de trabajos aéreos.

➤ Jubilaciones ordinarias reducidas para las personas con discapacidad

De igual modo, el propio artículo 161 bis establece que la edad mínima de jubilación podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad en un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento en los términos contenidos en el correspondiente Real Decreto acordado a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en los que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas. Para ambos colectivos, la regulación está contenida en el RD 1539/2003, de 5 de diciembre y en el RD 1851/2009, de 4 de diciembre.

El supuesto de las jubilaciones a edad anticipada de las personas con discapacidad ofrece la misma justificación de exclusión que planteamos al referirnos a las pensiones de incapacidad permanente.

No parece discutible que la condición de estar afectado por un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100 afecte a la esperanza de vida de

cada persona. Cuestión ésta – el impacto sobre la esperanza de vida- que además forma parte de la identificación de las discapacidades en grado igual o superior al 45 por 100.

Resulta pues indiscutible que estos colectivos deben quedar excluidos de la aplicación de factor de sostenibilidad.

Sin perjuicio de lo anterior, habría que añadir en términos generales que la discapacidad en grado determinado, similar o aproximado a los grados de incapacidad permanente, esto es, a partir del 33 por 100, debería quedar igualmente excluida, tanto por el elemento diferencial de su impacto individualizado, como por la ilógica aplicación de un factor referido a la esperanza de vida general.

➤ Jubilación parcial

Los artículos 166 de la LGS y 12.7 del ET regulan la jubilación parcial, diferenciándose si el trabajador tiene una edad inferior a la general de jubilación –en cuyo caso deberá celebrarse con carácter simultáneo un contrato de relevo en los términos del ET- o cuando tenga cumplida dicha edad y reúna los requisitos generales y específicos.

En estos supuestos, la cuantía de la pensión es el resultado de aplicar el porcentaje de reducción de jornada al importe de la pensión que le correspondería, de acuerdo con los meses de cotización que acredite el trabajador en la fecha del hecho causante, calculada de conformidad con las normas generales del Régimen de la Seguridad Social de que se trate, pero sin la aplicación del coeficiente adicional que corresponda. A efectos de determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación parcial, cuando se acceda a la misma antes del cumplimiento de la edad ordinaria exigida en cada caso, no se aplicarán coeficientes reductores en función de la edad.

Lo anterior quiere decir que la pensión de jubilación se cuantifica aplicando las reglas generales del artículo 163.1. El interrogante está en determinar si a los

jubilados parciales a edad inferior a la ordinaria, se les aplica en el cálculo de la pensión el factor de sostenibilidad. La respuesta razonable es la negativa. La justificación estaría tanto en la funcionalidad de la jubilación parcial –que no debe ser penalizada-, como en la situación dual del jubilado parcial. En efecto, la jubilación parcial es una pensión provisional y no plena, compatible con el trabajo a tiempo parcial a una edad previa a la general. El factor será aplicable en el momento en que el pensionista de jubilación parcial acceda a la jubilación plena, sea a la edad ordinaria o a una edad anticipada con coeficientes reductores.

Los dos elementos referidos diferencian la jubilación parcial anticipada de otras figuras próximas, donde sí debe operar el factor de sostenibilidad. Así la jubilación anticipada con coeficientes reductores, es una jubilación a una edad inferior a la general, pero es una jubilación plena, con los matices que más adelante se dirán. En similares términos, en la jubilación parcial a la edad general, prima la edad. E igualmente en el retorno del ya jubilado plenamente a la combinación pensión parcial-trabajo a tiempo parcial, el elemento que prima es que la pensión reconocida en su momento fue plena y por tanto, con aplicación del factor de sostenibilidad que ya no puede desaparecer. Por último y por similares razones, el factor se mantiene integrado en el cálculo de la pensión, en los supuestos de compatibilidad entre pensión y trabajo.

3.1.2 A modo de conclusión

La técnica utilizada por la Ley –integración del factor en la fórmula de cálculo de la pensión- provoca un efecto universal que en ocasiones, como hemos visto, impacta directamente sobre las garantías impuestas por el artículo 14 CE, en la medida en que no existen, a mi juicio, justificaciones objetivas, razonables y proporcionales que permitan avalar el tratamiento igualitario absoluto de todos los colectivos afectados.

