



La individualización de los derechos a la pensión de vejez en Alemania y en España

POR JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA.
Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

La Ley para Complementar los Ingresos en la Vejez de 20 de marzo de 2001 –entró en vigor el 1-1-2002– constituye una parte de la cuestionada reforma de las pensiones acometida en Alemania por el Gobierno Schroeder, y, entre las cuestiones en ella reguladas –un aspecto además no polémico–, se profundiza en la individualización de los derechos de las mujeres en cuanto a las pensiones de vejez¹. De este modo, se presenta la oportunidad de verificar comparativamente cuál es la situación del derecho español en cuanto a esa individualización, que, desde hace tiempo –el fomento de la individualización de derechos fiscales y de protección social era uno de los objetivos contenidos en el IV Programa Comunitario para la Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres (1996-2000)–, se considera, en el ámbito comunitario, un aspecto importante tendente a conseguir la igualdad real entre ambos sexos.

Con la profundización en la individualización de los derechos de las mujeres en cuanto a las pensiones de vejez, la ley alemana intenta compensar el perjuicio sobre el colectivo femenino producido por la forma de cálculo de las pensiones de vejez –se atiende a unos puntos personales dependientes del tiempo trabajado y del importe de los ingresos efectivos: las mujeres, consecuencia de su dedicación a la familia, no trabajan tanto tiempo y ganan menos dinero respecto a los hombres–, y, para alcanzar esa finalidad, se regulan dos figuras diferentes, a saber:

- la mejora en la valoración de los puntos personales por la crianza de niños, y
- la introducción del llamado “*splitting*” de pensiones, figuras que, de manera bastante sucinta, pasaremos a exponer.

Respecto a la mejora en la valoración de los puntos personales por la crianza de hijos e hijas, debemos considerar que, desde 1991, se atribuyen

puntos personales durante la crianza de los hijos/as hasta los 3 años y, si son dependientes, hasta los 18 años.

Tras la reforma legislativa, la atribución de puntos personales por la crianza de hijos/as hasta los 3 años representa un incremento mensual de la pensión de vejez de 138 euros y, si es hasta los 18 años, de 386 euros. Además, si se crían a la vez varios hijos/as, se atribuyen puntos personales adicionales y se computan aún no existiendo ninguna cotización efectiva al seguro de pensiones —en supuestos de crianza múltiple simultánea la mujer está imposibilitada incluso de trabajar a tiempo parcial—.

Respecto a la introducción del llamado “*splitting*” de pensiones, se trata de un reparto de los puntos personales atribuidos a cada cónyuge durante el matrimonio, un reparto de ejercicio voluntario —salvo en caso de divorcio, entonces es obligatorio— y sometido a determinados requisitos, permitiendo a los cónyuges calcular sus derechos a pensión y adoptar la decisión más conveniente en atención a las expectativas generadas durante el matrimonio.

1

Un análisis de esta reforma lo aborda Hans-Joachim Reinhard en “La reforma de las pensiones en Alemania”, *Relaciones Laborales*, n.º 17, 2003. Ahí el lector podrá ampliar más las referencias al derecho alemán.

2

“¿Se considera o no, como periodo de ocupación cotizada, el primer año del periodo de excedencia para cuidado de hijo, a los efectos del reconocimiento de prestaciones de desempleo?”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Tomo X, 1996, y “Permiso parental y Seguridad Social”, *REDT*, n.º 83, 1997.

3

Por todos, véanse los estudios de Quintanilla Navarro, B. “La excedencia para cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995”, *Actualidad Laboral*, n.º 20, 1995; de Gorelli Hernández, J. *La protección por maternidad*, Ed. Tirant lo Blanch, 1997; y de Tarancón Pérez, E. “Cómputo como ocupación cotizada del primer año de excedencia por cuidado de hijos”, *Revista de Derecho Social*, n.º 2, 1998.

4

Lo dije en *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, Instituto de la Mujer, 2002, pp. 191-193.

Mediante el “*splitting*” se suman los puntos personales atribuidos a cada cónyuge durante el matrimonio —tanto los de cotizaciones efectivas como los de periodos de crianza de hijos/as—, se dividen entre dos y se transfieren, del cónyuge con más puntos al cónyuge con menos puntos, los necesarios para la igualación.

Nuestra realidad social demuestra que, como en la realidad social alemana, las mujeres, consecuencia de su dedicación a la familia, no trabajan tanto tiempo y ganan menos dinero respecto a los hombres. También nuestra normativa sobre pensiones de vejez, como la normativa alemana sobre pensiones de vejez, vincula su existencia y su cuantía al tiempo trabajado y al importe de los ingresos efectivos —aunque no se utiliza el sistema técnico de puntos personales—. Sin embargo, la individualización de derechos se encuentra, en nuestro derecho positivo vigente, en estadios jurídicos muy poco avanzados, como vamos a comprobar al hilo de las dos figuras reguladas en la ley alemana.

Desde la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de Prestaciones no Contributivas, se incluyó, dentro de las prestaciones por hijo/a a cargo, “*la consideración, como periodo de cotización efectiva, del primer año, con reserva del puesto de trabajo del periodo de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con la legislación laboral, disfruten en razón del cuidado de cada hijo*”. Tal redacción originaria de la norma determinó bastantes problemas de interpretación jurídica, en particular a raíz de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, del Permiso Parental. No entraré ahora en el análisis de dichos problemas, que he abordado en estudios anteriores², y no he sido, además, el único³. Pero sí apuntaré algunas notas sobre la última reforma de la reciente Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.

Tras esta reciente Ley, el artículo 180 de la Ley General de la Seguridad

Social establece, en su párrafo primero, que “*el primer año de excedencia con reserva de puesto de trabajo del periodo de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con la legislación aplicable, disfruten en razón del cuidado de cada hijo, natural o adoptado, o de menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, o por cuidado de otros familiares, tendrá la consideración de periodo de ocupación efectiva, a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia y maternidad*”.

En su párrafo segundo, se establece que “*el periodo considerado como de cotización efectiva a que se refiere el párrafo anterior tendrá una duración de 15 meses si la unidad familiar de la que forma parte el menor en razón de cuyo cuidado se solicita la excedencia tiene la consideración de familia numerosa categoría general, o de 18 meses si tiene la categoría especial*”.

Frente a las redacciones normativas anteriores, la norma supone ciertos avances. En primer lugar, la consideración como periodo de ocupación cotizada se anuda, no sólo a la excedencia para cuidado de hijos/as, sino, además, a la excedencia para cuidado de familiares. Y, en segundo lugar, se amplía el periodo a considerar cuando el “*menor*” —no el familiar, o eso se deduce en una interpretación literal que una lectura finalista obligaría a corregir— se integra en una familia numerosa, ampliándolo a 15 ó 18 meses según sea su categoría.

Sin embargo, se mantiene un criterio bastante restrictivo en orden a las prestaciones a las cuales ese periodo de ocupación cotizada puede aprovechar al no aludirse al desempleo ni a la incapacidad temporal. Sí se alude a la maternidad, que, en la Disposición Adicional 3^a del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, había sido excluida en clara ilegalidad, al no tener amparo legal expreso⁴. También esta norma reglamentaria excluía la incapaci-



dad temporal, aunque, como ocurría con la maternidad, era clara ilegalidad, al no tener amparo legal expreso. La Ley 52/2003, de 10 de diciembre, se lo ha dado.

Pero donde la crítica aflora más diáfana es si entramos en comparación con la legislación alemana. De un lado, nuestra legislación contempla periodos muy inferiores –de 12, 15 ó 18 meses frente a los 3 ó 18 años de la legislación alemana, con posibilidad, si se crían a la vez varios hijos/as, de ampliaciones adicionales y de acceder a la pensión de vejez sin otras cotizaciones–. Y, de otro lado, nuestra legislación vincula el beneficio a la situación de excedencia laboral –artículo 46.3 del ET–, de ahí que, por el sólo hecho de cuidar hijas e hijos o familiares, no se concede el beneficio. Más lógico sería concederlo a quien cuide hijas e hijos o familiares, aunque no haya trabajado antes, o trabaje a la vez a tiempo parcial, o utilice una reducción de jornada –artículo 37.5 del ET–.

Abundando en estas últimas opciones, es bastante irrazonable que, si un trabajador –o, más habitualmente, una trabajadora– se ve obligado, por motivos de cuidado de hijos/as o de familiares, a trabajar a tiempo parcial o a reducir su jornada de trabajo, el mantenimiento de sus derechos de protección social le exija la suscripción de un convenio especial –véanse los artículos 21 y 22 de la OMTAS/2865/2003, de 13 de octubre–, mientras si acude a la excedencia laboral –artículo 46.3 del ET– mantenga sus derechos durante 12, 15 ó 18 meses, y es bastante irrazonable porque, frente a quien abandona totalmente la actividad laboral, se penaliza a quien la mantiene, fomentando, desde esta óptica, el indeseable efecto de retorno al hogar de las mujeres trabajadoras.

Más irrazonable es incluso la privación del beneficio a quien, retrasando su entrada en el mercado de trabajo –el supuesto típico sería el de madres adolescentes–, se dedica al cuidado de hijos, hijas o familiares,

por el simple hecho de no haber trabajado antes –única posibilidad de acceder a la excedencia laboral–, lo cual además le impide optar a la suscripción de un convenio especial.

Todo lo expuesto nos lleva a concluir, como ocurre en el derecho alemán, la necesidad de conceder el beneficio a cualesquiera personas dedicadas al cuidado de sus hijos e hijas o familiares, trabajasen o no antes o durante ese cuidado.

Si nuestra legislación conoce algunos beneficios a favor de quienes cuidan a hijas, hijos o familiares, sin embargo no regula ningún mecanismo técnico de reparto de las cotizaciones realizadas constante matrimonio en el ámbito de la Seguridad Social, como el “*splitting*” del derecho alemán, u otro semejante más ajustado a la estructura de nuestra Seguridad Social. Tal ausencia de un mecanismo técnico de reparto de las cotizaciones realizadas constante matrimonio en el ámbito de la Seguridad Social ha determinado la aparición de la cuestión en el ámbito del Derecho de Familia. Las líneas argumentales usadas judicialmente con la finalidad de repartir a través de los mecanismos propios del Derecho de Familia lo no repartible en el ámbito de la Seguridad Social han sido dos diferentes, y que, con una simple aproximación al hilo de nuestra doctrina judicial –sólo un especialista en Derecho de Familia estaría en condiciones de realizar un estudio acabado de la cuestión–, analizamos.

1

Una primera línea argumental usada judicialmente es la calificación de bien ganancial de las cotizaciones realizadas constante matrimonio o de las prestaciones obtenidas con relación a esas cotizaciones, determinando la integración, de las cotizaciones o de las prestaciones, en el activo de la sociedad de gananciales en el supuesto de su disolución y liquidación –artículo 1397 del CC–. La Sentencia de la AP/Oviedo de 16-5-1995 –de la que trae causa la de 29-6-2000, Recurso 2199/1995, de la Sala de lo Civil del

Tribunal Supremo– desestimó la pretensión principal de la esposa de integrar la pensión de jubilación del esposo y estimó la subsidiaria de integrar el crédito de la sociedad de gananciales contra el esposo por las cotizaciones pagadas. Aunque se insistió en la petición principal en el recurso de casación, la misma se rechazó, e igualmente se rechazó la actualización de las cotizaciones pagadas porque se trataba de cuestión nueva y ello impidió procesalmente su análisis.

Como no se discutió en el recurso de casación la petición subsidiaria de integrar el crédito de la sociedad de gananciales contra el esposo por las cotizaciones pagadas, cuestión no combatida, la Sentencia de 29-6-2000, Recurso 2199/1995, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, no la resuelve, sino simplemente la da por supuesta, lo cual ha impedido el sentar doctrina de casación al respecto. A otros efectos diferentes, la Sentencia de 3-7-1999, Recurso 3526/1994, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo no dudó de la ganancialidad de la deuda de un cónyuge por cotizaciones impagadas a la Tesorería General de la Seguridad Social –en buena lógica, si la deuda es ganancial y se debe abonar con dinero ganancial, la cotización será ganancial–.

Supuestos diferentes a los expuestos de seguridad social pública, aunque con ciertos paralelismos, son el de la Sentencia de 25-3-1988 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que consideró de conquistas –semejante a ganancial en el derecho foral navarro– una indemnización de incapacidad permanente absoluta instrumentada como mejora colectiva porque es un derecho económico no confundible con el derecho al trabajo, éste sí personal, y el de la Sentencia de 22-12-1999, Recurso 2905/1995, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que no consideró ganancial la indemnización derivada de jubilación anticipada porque es un derecho patrimonial inherente a la persona, al adquirirse en compensación a salarios futuros. Ambas sentencias, con solu-

ciones divergentes en supuestos de cierta –si bien no total– similitud, son citadas en la Sentencia de 29-6-2000, Recurso 2199/1995, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, no aplicando la primera citada porque “*se refiere a una póliza de seguro privado*”, y aplicando el criterio de la segunda citada.

La jurisprudencia menor tampoco ofrece soluciones totalmente uniformes. De entrada, recordemos la Sentencia de la AP/Oviedo de 16-5-1995 –de la que trae causa la de 29-6-2000, Recurso 2199/1995, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo–. A otros efectos diferentes, la Sentencia de la AP/Burgos, Sección 2ª, de 10-1-2000, Recurso 619/1999, considera ganancial la deuda de un cónyuge por cotizaciones impagadas a la Tesorería General de la Seguridad Social –y, como se dijo al citar la Sentencia de 3-7-1999, Recurso 3526/1994, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, si la deuda es ganancial y se debe abonar con dinero ganancial, la cotización será ganancial–.

En cuanto a la seguridad social privada, mientras la Sentencia de la AP/Madrid, Sección 22ª, de 1-6-2001, Recurso 588/2000, considera privativa –después de citar la Sentencia de 22-12-1999, Recurso 2905/1995, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, acogiéndose además a doctrina anterior, que cita, de la AP/Madrid– una indemnización de incapacidad permanente absoluta configurada como mejora de prestaciones de seguridad social, la Sentencia de la AP/Las Palmas, Sección 5ª, de 21-6-2001, Recurso 489/2001, considera gananciales –después de excluir la aplicación de la Sentencia de 22-12-1999, Recurso 2905/1995, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, acogiéndose a la Sentencia de 25-3-1988 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo– los derechos consolidados del plan de pensiones del sistema de empleo y del seguro de vida de la empresa del esposo –se trataba de Telefónica S.A.–.

2

Una segunda línea argumental usada judicialmente es la utilización de la existencia de cotizaciones o de la ausencia de cotizaciones en uno y en otro cónyuge a los efectos de valorar si concurre el “desequilibrio económico” determinante de una pensión compensatoria –art. 97 del CC–.

Algunas sentencias de la jurisprudencia menor utilizan estos argumentos. Por ejemplo, la Sentencia de la AP/ Barcelona de 17-12-2001, Sección 18ª, Recurso 1313/2000, valora la ausencia de cotizaciones de la esposa, impidiéndole acceder a la jubilación, o la de 7-10-2002, Sección 12ª, Recurso 306/2002, valora las escasas cotizaciones de la esposa. La de 10-10-2000, Sección 18ª, Recurso 681/1999, no considera desvirtuado el desequilibrio económico si la esposa puede acceder a una pensión del seguro obligatorio de vejez e invalidez.

También las Sentencias de la AP/A Coruña, Sección 2ª, de 7-3-2002, Recurso 1268/2001, y de 30-4-2002, Recurso 220/2002, se refieren a las escasas o nulas cotizaciones de la esposa –en ambos casos empleada de hogar a tiempo parcial, lo cual, como dichas sentencias con razón afirman, supone la ausencia de cobertura social o, como mucho, una cobertura social deprimida–. Más incisivas, las Sentencias de la AP/A Coruña, Sección 2ª, de 25-9-2003, Recurso 254/2003, y de 30-9-2003, Recurso 724/2003, consideran la existencia de cotizaciones en el esposo a los efectos de cuantificar la pensión compensatoria, al deberse a la dedicación de la esposa a la familia. La Sentencia de la AP/A Coruña, Sección 2ª, de 19-4-2002, Recurso 2029/2000, referida a un supuesto donde el esposo es beneficiario de una pensión de vejez, razona que “*es lógico que quien ha contribuido a que el otro cónyuge reúna una dilatada vida laboral que le haga acreedor de una pensión... se vea compensado*”.

Por lo tanto y en resumen, el cónyuge no ostenta derecho al reparto, a través de la liquidación de los bienes gananciales, de las prestaciones consecuentes, aunque sí se ha reconocido –no con total uniformidad y no en todos los tribunales– respecto a las cotizaciones sociales. Las dificultades interpretativas se extienden, además, al ámbito de la Seguridad Social Privada. También se utiliza la existencia de cotizaciones o la ausencia de cotizaciones en uno y en otro cónyuge a los efectos de cuantificar una pensión compensatoria.

Ahora bien, se trata de jurisprudencia menor, no de doctrina de casación, y, si entramos en comparación con el derecho alemán, se echa en falta una regulación legal que, además de ofrecer seguridad jurídica, resuelva la cuestión no sólo caso de crisis matrimonial y siempre en su ámbito natural, la Seguridad Social: sólo entonces sería posible utilizar las cotizaciones transferidas para acceder el cónyuge beneficiado, sumándole las suyas propias, a una pensión.

Concluyendo, la individualización de los derechos de protección social, como presupuesto necesario para alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres, es una cuestión aún pendiente en nuestro Derecho de la Seguridad Social, sin haberse satisfecho, de manera adecuada, esa laguna a través del Derecho de Familia, y la comparación con la nueva legislación alemana convierte esa carencia en mucho más evidente.

No se pretende que, en nuestro derecho, se acojan miméticamente soluciones foráneas, sino se pretende que, a la vista de esas soluciones foráneas, se debata la necesidad de solucionar de la manera más acorde a nuestro sistema jurídico un problema que se plantea aquí y fuera. Planteándose además, aunque con matices diferentes, tanto en el ámbito de la Seguridad Social Pública como en el ámbito de la Seguridad Social Privada.