Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Extraordinaria nº 7, 2024

Dirección: José Luis Monereo Pérez, Salvador Perán Quesada y Francisco Vila Tierno
Coordinación: Belén del Mar López Insua y Rodrigo Monteiro Pessoa

Sumario:

"Retos para Garantizar la Protección Social Adecuada y Suficiente. El Prisma de la Sostenibilidad Económica de los Sistemas de Seguridad Social desde el Derecho Comparado"

- Retos de la Sostenibilidad de las Pensiones de Seguridad Social Latinoamericanas en el Resto del Siglo XXI
  Carmelo Mesa-Lago
- Migraciones y Derechos: Teoría e Ideología
  José Luis Monereo Pérez
- La garantía de no discriminación por razón de edad en el marco de la protección social adecuada
  Salvador Perán Quesada
- Las últimas reformas en materia de jubilación en favor de la sostenibilidad del Sistema Público de Pensiones Español
  Francisco Vila Tierno y Cristina Ramírez Bandera
- Retos para garantizar el sistema de pensiones en España
  Guillermo Rodríguez Iniesta
- La Protección social de trabajadores migrantes y su proyección en el marco de los Derechos de Libre Circulación
  Belén del Mar López Insua
- Concurrencia de sistemas de Seguridad Social en el ámbito Iberoamericano. Reglas de determinación del instrumento jurídico de coordinación de sistemas de Seguridad Social adecuado
  Andrés Ramón Trillo García
- Los ingresos del sistema de Seguridad Social en el espacio de una reforma global y su concreción en el RD-Ley 2/2023
  Francisca Moreno Romero
- El impacto tecnológico en el ámbito socio-laboral: ¿obstáculo u oportunidad para la sostenibilidad del sistema de pensiones?
  Isabel María Villar Cañada
- Tributación de las concesiones públicas y financiación de las pensiones no contributivas
  Miguel Gutiérrez Bengoechea
- Análisis de las propuestas existentes en el ámbito tributario para afrontar los retos planteados por la digitalizacion, robótica e inteligencia articifial en el sotenimiento del sistema de pensiones púbicas
  Belén Bahía Almansa
- Apuntes sobre la sostenibilidad económica del sistema de pensiones en España
  Francisco Sánchez-Del Cubo
  José Luis Sánchez-Ollero
- Sostenibilidad financiera y suficiencia económica de los sistemas de Seguridad Social: una visión global
  Nuria Benítez Llamazares
- Las pensiones en América: 100 años entre Bismarck y Beveridge
  Jorge García Rapp
- ¿Hasta qué punto es sostenible el sistema de pensiones de la mayor economía de América Latina - Brasil?
  Poema Isis Andrade De Souza y Javier Sánchez-Rivas
- Los distintos criterios para la verificación de la condición de persona con discapacidad entre países acordantes en materia de Seguridad Social y las barreras de acceso al beneficio programado: la necesidad de armonización y/o convergencia para la garantía de la protección social en Brasil y Portugal
  Rodrigo Monteiro Pessoa, Jair Aparecido Cardoso y Sebastião Sérgio Da Silveira
- La desjudicialización como estrategia necesaria para garantizar la sostenibilidad del sistema brasileño de protección social
  Adriane Bramante de Castro Ladenthin
- El decrecimiento de las relaciones laborales formales y los efectos en la sostenibilidad del sistema de seguridad social brasileño
  Jane Lúcia Wilhelm Berwanger, Ellen Tamara Silveira Weber y Oton de Albuquerque Vasconcelos Filho
- Estabilidad, mercado laboral, tercera edad y capacitación: propuestas y luces desde las necesidades de la empresa en Chile, la sostenibilidad de las Pensiones y las Recomendaciones de la OIT
  Sebastián Andrés Pizarro Contreras
- Derecho a la Seguridad Social y nacionalidad: evaluando la igualdad de trato en prestaciones asistenciales en los países iberoamericanos basado en el convenio 102 de la OIT
  Alexandre Schumacher Triches
- Los desafíos de la sostenibilidad del Sistema Jubilatorio uruguayo
  Álvaro Rodríguez Azcúe
- Regulación constitucional del Sistema de Pensiones del Perú: la búsqueda del equilibrio entre la protección y la (in) sostenibilidad financiera
  César Abanto Revilla
- Dudas y certezas sobre la solidaridad intergeneracional en el sistema de pensiones en Italia
  Giuseppe Ludovico
- La Seguridad Social como derecho humano subjetivo y el derecho a unas rentas suficientes como parte de su contenido mínimo
  Cristina Ramírez Bandera

Laborum EDICIONES

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

Extraordinaria nº 7, 2024

"Retos para Garantizar la Protección Social Adecuada y Suficiente. El Prisma de la Sostenibilidad Económica de los Sistemas de Seguridad Social desde el Derecho Comparado"

Dirección:
José Luis Monereo Pérez
Salvador Perán Quesada
Francisco Vila Tierno

Coordinadores:
Belén del Mar López Insua
Rodrigo Monteiro Pessoa

Contacto Revista:
www.laborum.es/revsegsoc
facebook.com/revistaseguridadsocial
@RevSegSoc
revsegsoc@laborum.es

© Ediciones Laborum, S.L.

Avda. Gutiérrez Mellado, nº 9
Planta 3ª - Oficina 21
30008 - Murcia

Telf.: 968 88 21 81
Web: www.laborum.es
email: laborum@laborum.es

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Depósito Legal: MU 1085-2014
Publicación Impresa: ISSN 2386-7191
Publicación Digital: ISSN 2387-0370

Impreso en España - Printed in Spain

OPEN ACCESS

Esta obra está bajo una licencia creative commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0). Usted es libre de copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, pero debe de reconocer la autoría de manera adecuada. Usted no puede hacer uso del material con propósitos comerciales. Si mezcla, transforma o crea a partir del material, no podrá distribuir el material modificado. Más información en: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es

Destinatarios

Con esta orientación y enfoque metodológico que se busca los destinatarios de esta Revista son todas las personas, instituciones y organismos -públicos y privados- en el campo de la Seguridad Social sin excepción, como Abogados, Graduados Sociales, Profesorado Universitario y en general todo el personal del ámbito académico científico, Responsables de dirección de personal o de "recursos humanos", asesores sindicales o empresariales, trabajadores sociales, directores y empleados públicos, y sus respectivas asociaciones u organizaciones profesionales, entre otros.

Esta obra ha sido Desarrollada, Financiada y Patrocinada por:

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo. Junta de Andalucía

Proyecto Estatal de I+D+i PID2022-140298NB-I00 *"La Sostenibilidad del Sistema de Pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica"*

Proyecto Estatal de I+D+i PID2020-115701RB-I00, *"Los Sistemas de Protección Social ante la incidencia de la disrupción digital"*, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033.

Grupo PAIDI SEJ-347 "*Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social*"

Proyecto Autonómico de I+D+i PPRO-SEJ-347-G-2023 "*Medidas de apoyo al empleo de las personas mayores en la negociación colectiva*"

Grupo PAIDI SEJ 184 "*Derecho del Trabajo, Relaciones Laborales y Seguridad Social*"

Proyecto Autonómico C-SEJ-088-UGR23 "*Empleo de los Jóvenes ante las transformaciones del mercado de trabajo: Un reto para las políticas sociales en Andalucía*"

Asociación Española de Salud y Seguridad Social

II Plan Propio de Investigación y Transferencia. Vicerrectorado de Investigación y Transferencia

Red Iberoamericana de Investigación en Seguridad Social y Entidades Colaboradoras del VI Congreso Internacional de la RIISS

DIRECCIÓN:

José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

SUBDIRECCIÓN:

Guillermo Rodríguez Iniesta, *Catedrático (acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*

COORDINACIÓN:

Belén del Mar López Insua, *Catedrática (acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada*

CONSEJO DE REDACCIÓN:

José Luis Monereo Pérez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Guillermo Rodríguez Iniesta, *Catedrático (acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia*

Belén del Mar López Insua, *Catedrática (acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada*

Inmaculada Ballester Pastor, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat Jaume I de Castellón*

Paola Bozzao, *Profesora Titular -acreditada a Catedrática- de Derecho del Trabajo. Universidad La Sapienza de Roma. Italia*

Faustino Cavas Martínez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*

Lourdes López Cumbre, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria*

Juan Antonio Maldonado Molina, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Antonio Márquez Prieto, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

José Luis Tortuero Plaza, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense*

Cristina Sánchez-Rodas Navarro, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

CONSEJO ASESOR:

Belén Alonso-Olea García, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Miguel A. Almendros González, *Catedrático de Derecho de la empresa. Universidad de Granada*

Icíar Alzaga Ruíz, *Catedrática de Filosofía del Derecho. Universidad Nacional de Educación a Distancia*

María José Añón Roig, *Catedrática de Filosofía del Derecho. Universidad de Valencia*

Joaquín Aparicio Tovar, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Castilla La Mancha*

Cristina Aragón Gómez, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Ángel Arias Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*

Alberto Arufe Varela, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*

Gian Guido Balandi, *Catedrático Derecho del Trabajo. Universidad de Ferrara. Italia*

Susana Barcelón Cobedo, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*

Ángel Blasco Pellicer, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*

Jo Carby-Hall, *Abogado. Director de Investigaciones Jurídicas Internacionales. Universidad de Hull. Yorkshire. Inglaterra*

María Emilia Casas Baamonde, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*

María Antonia Castro Argüelles, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*

Wolfgang Däubler, *Catedrático de Derecho Laboral Alemán y Europeo, Derecho Civil y Mercantil. Universidad de Bremen. Alemania*

Susana de la Casa Quesada, *Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*

Luis Enrique de la Villa Gil, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*

Ángel Luis de Val Tena, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

Elena Desdentado Daroca, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia*

María Teresa Díaz Aznarte, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Elisabet Errandonea Ulazia, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad del País Vasco*

Gemma Fabregat Monfort, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

Juan José Fernández Domínguez, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

Maximilian Fuchs, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Católica Eichstätt-Ingolstadt. Alemania*

Carlos García de Cortázar, *Técnico de la Administración de la Seguridad Social*

Joaquín García Murcia, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

Ignacio García Ninet, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*

María García Valverde, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Alessandro Garilli, *Catedrático de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho Universidad de Palermo*

Mario Garmedia Arigón, *Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad de la República de Uruguay*

Rosa González de Patto, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Santiago González Ortega, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo Olavide*

Esperanza Macarena Hernández Bejarano, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*

Juan López Gandía, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*

José Luján Alcaraz, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*

Jesús Martínez Girón, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de A Coruña*

Carolina Martínez Moreno, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo*

Jesús Mercader Uguina, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III*
Cristina Monereo Atienza, *Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Universidad de Málaga*
Ana Murcia Clavería, *Profesora Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valladolid*
María Nieves Moreno Vida, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Antonio Ojeda Avilés, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Sofía Olarte Encabo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*
Mari Carmen Ortiz Lallana, *Magistrada del TSJ de La Rioja. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Manuel Carlos Palomeque López, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*
Susana Rodríguez Escanciano, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Gloria Rojas Rivero, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*
Eduardo Rojo Torrecilla, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona*
Santos Miguel Ruesga Benito, *Catedrático de Economía Aplicada. Universidad Autónoma de Madrid*
Carolina San Martin Mazzuconi, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos*
Yolanda Sánchez-Urán Azaña, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*
Antonio Vicente Sempere Navarro, *Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)*
Elisa Sierra Hernaiz, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Navarra*
Elena Signorini, *Profesora agregada de Derecho Laboral y de Seguridad Social. Universidad de Bérgamo. Italia*
Andrés Trillo García, *Letrado Jefe de los Servicios Centrales del Instituto Nacional de la Seguridad Social*
Daniel Toscani Giménez, *Profesor Titular -acreditado a Catedrático- de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
María Dolores Valdueza Blanco, *Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*
Raquel Vela Díaz, *Profesora ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Universidad de Jaén*
Raquel Vida Fernández, *Profesora Colaboradora del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Granada*
Francisco Vila Tierno, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga*

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO:
Carlos Alfonso Mellado, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia*
Jaime Cabeza Pereiro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*
Javier Fernández-Costales Muñiz, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*
Juan Gorelli Hernández, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva*
Carlos Hugo Preciado, *Magistrado de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña*
María del Mar Pérez Hernández, *Profesora Doctora Asociada de la Universidad de Almería y Jefa de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Almería*
Pilar Rivas Vallejo, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*
María José Romero Ródenas, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Castilla-La Mancha*
Borja Suárez Corujo, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*
Arántzazu Vicente Palacio, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón*
Carmen Viqueira Pérez, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alicante*
Elena Lasaosa Irigoyen, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos*
Juan Carlos Álvarez Cortes, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga*
María del Rosario Cristóbal Roncero, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*
David Montoya Medina, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante*
Magdalena Llompart Bennàssar, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Baleares*
María José Cervilla Garzón, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Cádiz*
María del Carmen Grau Pineda, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de las Palmas*
Francisco Javier Fernández Orrico, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Miguel Hernández*
Francisco Javier Garate Castro, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Santiago de Compostela*
Inmaculada Benavente Torres, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba*
Jordi García Viña, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona*
María José Rodríguez Ramos, *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla*
Margarita Arenas Viruez, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pablo de Olavide*
Jesús Baz Rodríguez, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca*
Noemí Serrano Argüello, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valladolid*
María Elisa Cuadros Garrido, *Profesora Contratado Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*
Julen Llorens Espada, *Profesor Contratado Doctor Interino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pública de Navarra*
Ferrán Camas Roda, *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Girona*
Carmen Solís Prieto, *Profesora Contratada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura*
Juan Miguel Díaz Rodríguez, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna*
Isabel Villar Cañada, *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*
Juan Romero Coronado, *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

EDITOR:
Ediciones Laborum

RESPONSABLE DE TAREAS DE INDEXACIÓN Y REDES SOCIALES:
Alejandro Muros Polo

RED EUROPEA DE REVISTAS DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
(Red Europea de RDSS)

Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum (ISSN: 2386-7191)
Editorial Laborum, España. Director, Prof. Jose Luis Monereo Pérez.
http://laborum.es/revsegsoc/

EJSS European Journal of Social Security (ISSN: 1388-2627)
Editorial Intersentia, Países Bajos. Editores, Profs. Frans Pennings, Universidad de Utrecht, y Michael Adler, Universidad de Edimburgo
http://www.ejss.eu/

JSSL Journal of Social Security Law (ISSN: 1354-7747)
Publisher Sweet and Maxwell, Reino Unido Editor, Prof. Neville Harris, Universidad de Manchester
http://www.sweetandmaxwell.co.uk/

ERIPS e-Revista Internacional de la Proteccion Social (ISSN: 2445-3269)
Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Directora, Prof. Cristina Sánchez-Rodas
http://institucional.us.es/revistapsocial/

RDSS Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale (ISSN: 1720-562X)
Editorial il Mulino, Italia. Director responsable, Prof. Maurizio Cinelli, Universidad de Macerata
http://www.mulino.it/riviste/issn/1720-562X

REVISTA EN ACUERDO DE COLABORACIÓN CON:
Revista Derecho del Trabajo. Revista especializada en Derecho del Trabajo y Seguridad Social (ISSN: 2301-1009)
Director Responsable, Mario Garmendia Arigón, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad de la República/Montevideo-Uruguay y Universidad CLAEH/Punta del Este-Uruguay)
https://opac.um.edu.uy/index.php?lvl=notice_display&id=81710

REVISTA INCLUIDA EN LA CLASIFICACIÓN BIBLIOGRÁFICA DE LAS SIGUIENTES BASES DE DATOS Y ORGANISMOS:



Orientación y enfoque metodológico

Su título refleja la reivindicación del amplio espacio propio e identificable de lo que es la Seguridad Social, frente a esas tendencias de emergentes de encuadrarla dentro de un sistema general de protección social pública.

Es una revista teórico-práctica que reivindica un conocimiento pleno del "Derecho vivo" tal y como se verifica en la experiencia jurídica y en la praxis judicial. Por ello al tiempo de prestar atención a las normas vigentes y a las técnicas legislativas y de protección del Derecho, se contextualiza dentro del marco político, socio-económico y ético en el que se insertan.

Los contenidos incluyen:

- Editorial
- Estudios Doctrinales
- Estudios de Doctrina Judicial
- Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social
- Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas
- Crónica Administrativa en materia de Seguridad Social
- Crónica de Actualidad de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social
- Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social
- Clásicos de la Seguridad Social

Contenido

RETOS DE LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL LATINOAMERICANAS EN EL RESTO DEL SIGLO XXI 15
Carmelo Mesa-Lago
1. Introducción 15
1.1. Evolución de la naturaleza de los sistemas de pensiones latinoamericanas 16
1.1.1. Resumen de la comparación de las características sociales de los sistemas públicos y privados 21
2. Sostenibilidad de los sistemas de pensiones públicos y privados 22
2.1. Sostenibilidad de los Sistemas de Pensiones Públicos 25
2.1.1. Argentina 25
2.1.2. Brasil 26
2.1.3. Ecuador 27
2.1.4. Guatemala 29
2.1.5. Honduras 29
2.2. Sostenibilidad de los Sistemas de Pensiones Privados 30
2.2.1. Refutación del argumento que las pensiones privadas no confrontan problemas de sostenibilidad 30
2.2.2. La Sostenibilidad del Pilar/Componente Público de los Sistemas Privados 33
2.2.3. Chile 34
2.2.4. Costa Rica 36
2.2.5. México 37
2.2.6. Uruguay 39
3. Conclusiones 40
4. Bibliografía 44

MIGRACIONES Y DERECHOS: TEORÍA E IDEOLOGÍA 51
José Luis Monereo Pérez
1. Las políticas migratorias defensivas y su lógica interna: entre liberalización y control instrumental de los flujos migratorios 52
2. Los derechos de la persona migrante extranjera en España: el estatuto jurídico garantista de derechos y sus limitaciones 80
3. Bibliografía 112

LA GARANTÍA DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD EN EL MARCO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL ADECUADA 117
Salvador Perán Quesada
1. El derecho social al envejecimiento activo 117
1.1. El derecho social al envejecimiento activo como eje de la protección social adecuada 117
1.2. El marco Constitucional de la protección de las personas de edad avanzada y su integración social 120
2. La protección de las personas de edad avanzada como garantía del principio de igualdad de oportunidades y no discriminación 121
2.1. La prohibición de discriminación por razón de edad en el las normas Internacionales 121
2.2. La prohibición de discriminación por razón de edad en el marco europeo y español 122
3. Cuestiones críticas sobre la discriminación por razón de edad 124
3.1. La extinción forzosa de los contratos de trabajo por razón de edad 124
3.2. La edad como criterio para la selección de trabajadores afectados por despido colectivo 126
3.3. La edad como criterio para indemnizaciones diferenciadas en los despidos colectivos 128
4. A modo de recapitulación 132
5. Bibliografía 134

LAS ÚLTIMAS REFORMAS EN MATERIA DE JUBILACIÓN EN FAVOR DE LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES ESPAÑOL 137
Francisco Vila Tierno
Cristina Ramírez Bandera
1. Introducción.....137
2. El Acuerdo Social de 31 de julio de 2024: novedades en el régimen de la jubilación demorada, la jubilación activa y la jubilación parcial.....140
2.1. La jubilación demorada como mecanismo para aumentar la edad efectiva de jubilación.....140
2.1.1. Breve reseña de su evolución normativa y regulación actual.....140
2.1.2. Las novedades respecto a la jubilación demorada que plantea el Acuerdo Social de 31 de julio de 2024.....144
2.2. Compatibilidad entre trabajo y pensión: novedades planteadas por el Acuerdo Social de 31 de julio de 2024 en relación a la jubilación activa y la jubilación parcial.....145
2.2.1. La jubilación activa.....146
2.2.2. La jubilación parcial.....149
3. A modo de conclusión: breve referencia a la incidencia de las reformas contenidas en el Acuerdo Social de 31 de julio de 2024 en materia de jubilación en la sostenibilidad del sistema público de pensiones.....154
4. Referencias bibliográficas.....157

RETOS PARA GARANTIZAR EL SISTEMA DE PENSIONES EN ESPAÑA.....161
Guillermo Rodríguez Iniesta
1. Introducción.....161
2. Ganarse la confianza de los jóvenes en la Seguridad Social.....167
3. La generación *baby boomer* no es el problema sino un reto.....173
4. Transparencia y simplificación del marco normativo de la Seguridad Social. dos prestaciones especialmente complejas: la Pensión de Jubilación contributiva y el Ingreso Mínimo Vital.....173
5. La racionalización de las compatibilidades de las prestaciones económicas con el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia.....175
6. Eliminar anacronías, dispendios, incongruencias, privilegios y desigualdades en el sistema de Seguridad Social.....182
7. La realidad de la previsión social privada que se formenta como complementaria o se autoriza como alternativa a la Seguridad Social.....183
8. Conclusiones.....186
9. Bibliografía.....187

LA PROTECCIÓN SOCIAL DE TRABAJADORES MIGRANTES Y SU PROYECCIÓN EN EL MARCO DE LOS DERECHOS DE LIBRE CIRCULACIÓN.189
Belén del Mar López Insua
1. La libre circulación como pilar fundamental en la Unión Europea: planteamiento general y controversias en torno al mantenimiento de los derechos de protección social.....190
1.1. El derecho de residencia como condición "sine qua non" para el control de flujos migratorios y el acceso a los derechos de protección social.....191
1.2. Ámbito personal y contenido esencial del derecho a la libre circulación y residencia.....192
2. Asistencia social y Seguridad Social a la luz de los reglamentos de coordinación y la Directiva 2004/38/CE.....193
3. Los últimos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: reglamentos de coordinación en materia de seguridad social versus libre circulación de trabajadores.....194
4. Limitaciones a la libre circulación de trabajadores ante un contexto de encrucijada europea: la salida del Reino Unido de la UE (Brexit).....199
4.1. Panorámica general: puntos conflictivos.....200
4.2. Las prestaciones del sistema de Seguridad Social a la luz del Brexit.....200
5. Bibliografía.....203

CONCURRENCIA DE SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL ÁMBITO IBEROAMERICANO. REGLAS DE DETERMINACIÓN DEL INSTRUMENTO JURÍDICO DE COORDINACIÓN DE SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL ADECUADO 205
Andrés Ramón Trillo García
1. Introducción 205
2. Primera regla. Norma que establece la exclusión de otras 207
3. Segunda regla. Inclusión en el ámbito subjetivo 208
4. Tercera regla. Inclusión de la protección en el ámbito objetivo 209
5. Cuarta regla. Aplicación del criterio de aplicación subsidiaria y de aplicación del instrumento más favorable 212
5.1. Determinación de las prestaciones mediante la totalización de periodos 212
5.2. Determinación de la ley aplicable en los casos de desplazamiento 215

LOS INGRESOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL ESPACIO DE UNA REFORMA GLOBAL Y SU CONCRECIÓN EN EL RD-LEY 2/2023 217
Francisca Moreno Romero
1. Introducción 217
2. El principio de solidaridad intergeneracional como base del sistema de reparto y la necesidad de su preservación 221
3. Sobre el estado de la cuestión: la mirada puesta en el retorno de riqueza que aportan las pensiones y prestaciones a la economía de un país 223
4. El RD-LEY 2/2023, de 16 de marzo: sostenibilidad financiera, una mirada más allá del corto plazo 227
4.1. Incremento gradual de la base máxima de cotización 229
4.2. El mecanismo de equidad intergeneracional 232
4.3. La cotización adicional por solidaridad 235
5. Una breve reflexión final 236
6. Bibliografía 237

EL IMPACTO TECNOLÓGICO EN EL ÁMBITO SOCIO-LABORAL: ¿OBSTÁCULO U OPORTUNIDAD PARA LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE PENSIONES? 241
Isabel María Villar Cañada
1. Introducción 241
2. La incorporación de las nuevas tecnologías en el sistema de Seguridad Social 243
3. El proceso de digitalización desde la perspectiva de la sostenibilidad integral del sistema de Seguridad Social 248
3.1. El principio de suficiencia protectora como objetivo de las últimas reformas del sistema de pensiones 248
3.2. Principales retos derivados de la implantación de las nuevas tecnologías para la garantía de una protección suficiente y adecuada 251
3.2.1. La adaptación del sistema de financiación 252
3.2.2. La brecha digital y sus consecuencias para la garantía de una protección suficiente. Particular trascendencia de la dimensión de género 254
4. A modo de conclusión. La necesaria adaptación del sistema de seguridad social a la nueva realidad digital 256
5. Bibliografía 259

TRIBUTACIÓN DE LAS CONCESIONES PÚBLICAS Y FINANCIACIÓN DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS 263
Miguel Gutiérrez Bengoechea
1. Introducción 263

2. Concepto jurídico de concesión administrativa....264
3. Aspectos tributarios sobre las concesiones administrativas....267
4. Base imponible en el gravamen de las concesiones públicas por transmisiones onerosas....272
4.1. Reglas subsidiarias en la determinación de la base imponible de las concesiones administrativas en transmisiones patrimoniales onerosas....278
5. Tipo impositivo en las concesiones administrativas....279
6. Transmisión de las concesiones administrativas....280
7. Conclusiones....283
8. Bibliografía....283

ANÁLISIS DE LAS PROPUESTAS EXISTENTES EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO PARA AFRONTAR LOS RETOS PLANTEADOS POR LA DIGITALIZACION, ROBÓTICA E INTELIGENCIA ARTICIFIAL EN EL SOTENIMIENTO DEL SISTEMA DE PENSIONES PÚBICAS....287

Belén Bahía Almansa

1. Breve introducción....287
2. Papel que puede jugar el derecho financiero ante esta nueva realidad....289
3. La necesidad de afrontar la financiación del actual sistema de pensiones a través de medidas de carácter tributario....291
4. Algunas propuestas de gravamen formuladas desde la doctrina: creación de un impuesto sobre los robots o una especie de cotización para los robots....293
4.1. Primera posibilidad: el establecimiento de una especie de cotización sobre los robots....294
4.2. Segunda posibilidad: la creación de un impuesto sobre los robots como objeto específicamente gravable....296
4.3. Tercera posibilidad: un impuesto sobre el robot considerando a este como sujeto pasivo contribuyente del impuesto....299
5. Implementacion de medidas nacionales dirigidas a fomentar el empleo y la digitalización....300
5.1. Medidas dirigidas a fomentar el empleo....300
5.1.1. Regímenes especiales más ventajosos para evitar o incentivar el desplazamiento de trabajadores hacia sus territorios....300
5.1.2. Incentivos fiscales a la creación de empleo en forma de deducciones....302
5.2. INCENTIVOS FISCALES AL DESARROLLO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS....303
6. Conclusiones finales....304
7. Bibliografía....306

APUNTES SOBRE LA SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA DEL SISTEMA DE PENSIONES EN ESPAÑA....309

Francisco Sánchez-Del Cubo

José Luis Sánchez-Ollero

1. Introducción....309
2. Antecedentes históricos del sistema de pensiones en España....311
3. El estado actual del sistema de pensiones español....312
3.1. Constitución y principios del sistema....312
3.2. Soporte financiero y gasto en pensiones contributivas en España....313
3.3. Problemática actual para la sostenibilidad del sistema....318
4. Perspectivas demográficas y proyección del gasto público en pensiones....321
5. Referencias bibliográficas....325

SOSTENIBILIDAD FINANCIERA Y SUFICIENCIA ECONÓMICA DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL: UNA VISIÓN GLOBAL....327

Nuria Benítez Llamazares

1. Los sistemas de pensiones: una visión global....327
1.1. Sistemas Universales o Nacionales de Pensiones basados en el sistema de reparto....328

1.2. Sistemas Mixtos de Pensiones 331
1.3. Sistemas Selectivos o Residuales de Pensiones 333
1.4. Sistemas Emergentes de pensiones 334
2. Retos de los sistemas de pensiones en un contexto mundial polarizado 336
3. Opciones de reforma de los modelos de Seguridad Social 338
4. Los sistemas de pensiones en un contexto de incertidumbre: una aplicación práctica de reformas 341
5. Conclusiones 347
6. Bibliografía 348

LAS PENSIONES EN AMÉRICA: 100 AÑOS ENTRE BISMARCK Y BEVERIDGE..349
Jorge García Rapp
1. Introducción 349
1.1. Objetivos de los sistemas previsionales 349
1.2. Clasificación de los sistemas de pensiones 350
1.2.1. Público y Privado 351
1.3. Los cambios en los sistemas en América 352
2. De la capitalización colectiva a la capitalización individual 352
2.1. La capitalización individual en la región 354
2.1.1. Los modelos 354
3. Los resultados en tres décadas de vigencia de las AFP 356
3.1. La cobertura 356
3.2. El monto de las prestaciones 357
3.3. Los elevados costos fiscales 358
3.4. Las comisiones y costos administrativos 359
4. Capitalización: reformas y reversiones en la región 360
5. Del modelo contributivo a la universalidad 361
6. Tendencias relevadas en las recientes reformas 364
7. Bibliografía 365

¿HASTA QUÉ PUNTO ES SOSTENIBLE EL SISTEMA DE PENSIONES DE LA MAYOR ECONOMÍA DE AMÉRICA LATINA - BRASIL? 369
Poema Isis Andrade De Souza
Javier Sánchez-Rivas
1. Introducción 369
2. Revisión de la literatura del sistema de pensiones de Brasil 370
3. Metodología 372
4. Resultados y discusión 372
4.1. Indicadores socioeconómicos de Brasil 372
4.2. El análisis del sistema de seguridad social brasileño 376
5. Conclusiones 377
6. Referencias 378

LOS DISTINTOS CRITERIOS PARA LA VERIFICACIÓN DE LA CONDICIÓN DE PERSONA CON DISCAPACIDAD ENTRE PAÍSES ACORDANTES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL Y LAS BARRERAS DE ACCESO AL BENEFICIO PROGRAMADO: LA NECESIDAD DE ARMONIZACIÓN Y/O CONVERGENCIA PARA LA GARANTÍA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN BRASIL Y PORTUGAL.381
Rodrigo Monteiro Pessoa
Jair Aparecido Cardoso
Sebastião Sérgio Da Silveira
1. Introducción 382

2. Criterios de acceso a la pensión por vejez para las personas con discapacidad en Brasil y Portugal....383
3. Necesidad de uniformización/convergencia para evitar condiciones de desprotección de las personas con discapacidad en el acceso a beneficios de Seguridad Social....387
4. Conclusiones....392
5. Bibliografía....393

LA DESJUDICIALIZACIÓN COMO ESTRATEGIA NECESARIA PARA GARANTIZAR LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA BRASILEÑO DE PROTECCIÓN SOCIAL....395
Adriane Bramante de Castro Ladenthin
1. Introducción....396
2. Breves consideraciones sobre el Sistema Brasileño de Protección Social....399
3. Judicializacióny el derecho fundamental al acceso a la justicia....401
4. Las razones de la excesiva judicialización en Brasil en materia de seguridad social....402
4.1. Falta de adecuación de precedentes cualificados a la normativa administrativa interna....404
4.2. Inversión en Tecnología e Inteligencia Artificial para la modernización y reducción de la judicialización....405
5. La sostenibilidad de la protección social está amenazada....406
6. Medidas adoptadas por Brasil para contener la hiperjudicialización....408
7. Conclusión....410
8. REFERENCIAS....410

EL DECRECIMIENTO DE LAS RELACIONES LABORALES FORMALES Y LOS EFECTOS EN LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL BRASILEÑO....413
Jane Lúcia Wilhelm Berwanger
Ellen Tamara Silveira Weber
Oton de Albuquerque Vasconcelos Filho
1. Introduction....414
2. Sustainability, esg and sustainable local development....415
3. The new morphology of the working environment due to the improvement of ict and labor legislation....416
4. The impact of social security on the sustainability of the social security system in Brazil....421
5. Results and discussions....425
6. Conclusion....426
7. References....427

ESTABILIDAD, MERCADO LABORAL, TERCERA EDAD Y CAPACITACIÓN: PROPUESTAS Y LUCES DESDE LAS NECESIDADES DE LA EMPRESA EN CHILE, LA SOSTENIBILIDAD DE LAS PENSIONES Y LAS RECOMENDACIONES DE LA OIT....431
Sebastián Andrés Pizarro Contreras
1. Introducción: Demografía, hipótesis y tutela del trabajador adulto mayor....432
2. Las Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo y marcos expuestos en el IV Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2013: breves lecturas....434
3. Capacitación, estabilidad, pensiones y reforma. Factores de revisión de la realidad laboral del adulto mayor....439
3.1. Capacitación, Libertad y Derecho del Trabajo en Chile: coherencia y demografía tecnológica.439
3.2. La falsa estabilidad laboral chilena: necesidades de la empresa, adecuación y capacitación técnica del adulto mayor....443
3.3. Trabajador de edad y sostenibilidad de las pensiones en Chile (o bases para una intervención situacional gerontológica y planificación de las áreas de producción)....448

3.4. La Reforma actual del régimen laboral del trabajador de edad en Chile: lo esperable del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social....452
4. Conclusiones....458
5. Bibliografía....460

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y NACIONALIDAD: EVALUANDO LA IGUALDAD DE TRATO EN PRESTACIONES ASISTENCIALES EN LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS BASADO EN EL CONVENIO 102 DE LA OIT 463
Alexandre Schumacher Triches
1. Introducción....463
2. Beneficio de prestación continuada de la Ley Orgánica de Asistencia Social de Brasil....464
3. Migraciones y nacionalid em el contexto del siglo XXI....469
4. La igualdade de tratamiento de los residentes nacionales y no nacionales: el caso de los Países Iberoamericanos que ratificaron la convención nº 102 de la OIT....471
4.1. Reino de España....473
4.2. República Argentina....474
4.3. República Oriental del Uruguay....475
5. Conclusión....475
6. Referéncias bibliográficas....477

LOS DESAFÍOS DE LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA JUBILATORIO URUGUAYO 479
Álvaro Rodríguez Azcúe
1. Introducción....479
2. Presentación general: la sostenibilidad del sistema de pensiones....480
3. La experiencia de Uruguay: de los seguros sociales a la Seguridad Social....482
4. Las reformas previsionales anteriores y la sostenibilidad....484
5. La reforma de 2023 (Ley N° 20.130)....485
6. El movimiento sindical: de la preocupación por la sostenibilidad a la promoción de una reforma constitucional insostenible....489
7. Nuestra mirada sobre los desafíos de la sostenibilidad....492
8. Reflexiones finales....495
9. Referencias bibliográficas....495

REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA DE PENSIONES DEL PERÚ: LA BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO ENTRE LA PROTECCIÓN Y LA (IN)SOSTENIBILIDAD FINANCIERA....499
César Abanto Revilla
1. Notas introductorias....499
2. Artículo 10: la universalidad de la Seguridad Social....500
2.1. Primera: el derecho universal y progresivo a la seguridad social....501
2.2. Segunda: protección frente a las contingencias que precise la ley....502
2.3. Tercera: el derecho a la elevación de la calidad de vida....503
3. Artículo 11: gestión pública, privada o mixta....504
3.1. Las prestaciones de la seguridad social....504
3.1.1. Prestaciones de salud....504
3.1.2. Prestaciones pensionarias....505
3.2. La habilitación de la gestión privada o mixta....506
3.3. La supervisión estatal de su eficaz funcionamiento....507
4. Artículo 12: la intangibilidad de los fondos y reservas....507
4.1. Financiamiento previsional....508
4.2. Sobre los conceptos “fondos” y “reservas”....510
4.3. La aplicación “en la forma establecida”....511

4.4. La responsabilidad "señalada por ley" 512
4.5. Cuestionamientos a los retiros de fondos de las AFPs 512
5. Primera disposición: reforma y sostenibilidad 514
5.1. El cierre definitivo del régimen de los servidores públicos....515
5.2. El interés social y la aplicación inmediata de las nuevas reglas....516
5.3. Los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación....517
5.4. La aplicación progresiva de topes y el destino del ahorro....518
6. Segunda disposición: pago oportuno y reajuste 518
6.1. El pago oportuno y el reajuste periódico 519
6.2. Previsión presupuestaria y posibilidades de la economía nacional 520
7. Referencias bibliográficas....521

DUDAS Y CERTEZAS SOBRE LA SOLIDARIDAD INTERGENERACIONAL EN EL SISTEMA DE PENSIONES EN ITALIA....523
Giuseppe Ludovico
1. La solidaridad social como principio rector del sistema de pensiones....523
2. El carácter ontológicamente intergeneracional de los derechos fundamentales....524
3. La delimitación de las generaciones futuras según el criterio de financiamiento a repartición 526
4. El principio de financiación por reparaticón como expresión de la solidaridad entre generaciones 529
5. Equilibrio intergeneracional y variables demográficas y económicas....530
6. A la búsqueda de un criterio de equidad intergeneracional en el sistema de pensiones 532
7. Los desequilibrios intergeneracionales del sistema de pensiones italiano 534
8. La equidad intergeneracional según el tribunal constitucional y el tribunal europeo de derechos humanos....537
9. Sostenibilidad y adecuación futura de las pensiones en el método abierto de coordinación europeo 540
10. Bibliografía....541

Premio Carmelo Mesa-Lago de estudios iberoamericanos de Seguridad social, para la mejor comunicación del VI Congreso Internacional de la Red Iberoamericana de Investigación en Seguridad Social: *Retos para Garantizar la Protección Social Adecuada y Suficiente. Sostenibilidad, Mejoras Voluntarias en la Negociación Colectiva y Procesos Migratorios en el Marco Iberoamericano*

LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO HUMANO SUBJETIVO Y EL DERECHO A UNAS RENTAS SUFICIENTES COMO PARTE DE SU CONTENIDO MÍNIMO....549
Cristina Ramírez Bandera
1. Introducción: la Seguridad Social como derecho subjetivo y su vinculación teleológica a la suficiencia . 549
2. Revisión normativa de ámbito internacional y europeo: la consagración jurídica de la Seguridad Social como un derecho subjetivo que requiere necesariamente la suficiencia 552
2.1. Ámbito internacional 552
2.1.1. Organización de Naciones Unidas....552
2.1.2. Organización Internacional del Trabajo....556
2.1.3. Organización de Estados Americanos 559
2.1.4. Tratados multilaterales y bilaterales 560
2.2. Ámbito europeo 561
2.2.1. Consejo de Europa....561
2.2.2. Unión Europea....566
3. Características del derecho subjetivo a la Seguridad Social derivadas del análisis normativo efectuado.. 568
4. A modo de conclusión: la suficiencia como una exigencia jurídica insoslayable de los sistemas de Seguridad Social 570
5. Referencias bibliográficas....570

ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Retos de la Sostenibilidad de las Pensiones de Seguridad Social Latinoamericanas en el Resto del Siglo XXI

Sustainability challenges of Social Security pensions in Latin America in the rest of the 21th century

Carmelo Mesa-Lago *Catedrático Emérito de Economía y Estudios Latinoamericanos Universidad de Pittsburgh*
https://orcid.org/0000-0002-7676-6016

Cita Sugerida: MESA-LAGO, C.: «Retos de la Sostenibilidad de las Pensiones de Seguridad Social Latinoamericanas en el Resto del Siglo XXI». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 15-50.

Resumen

Este artículo define las pensiones "públicas" y "privadas" y traza su evolución en los últimos 100 años. Describe las reformas estructurales ("privatización") entre 1980 y 2008 y sus tres diversos tipos, así como su reversión ("re-reformas) a partir de 2008, la situación actual en los 20 países y las tendencias. Contrasta brevemente las promesas de la privatización respecto a los seis principios primordiales de la seguridad social de la OIT frente a la realidad demostrada por la evidencia contraria. Resalta la importancia del sexto principio de sostenibilidad financiera-actuarial que sustenta los otros seis. Identifica los factores clave que inciden en la sostenibilidad de los sistemas públicos (dando cinco ejemplos) así como en el componente público de los privados (ofreciendo cuatro ejemplos). Refuta el argumento de que las pensiones privadas no confrontan problemas de sostenibilidad. Compara de forma sistemática el desempeño en indicadores de sostenibilidad en los 20 países. Deriva conclusiones del análisis central del artículo.

Palabras clave

Pensiones públicas y privadas; Latinoamérica; sostenibilidad financiera-actuarial

Abstract

This article defines "public" and "private" pensions and traces their evolution over the last 100 years. It describes the structural reforms ("privatization") between 1980 and 2008 and their three different types, as well as their reversal ("re-reforms") from 2008 onwards, the current situation in the 20 countries and trends. It contrasts the promises of privatization concerning the ILO's six fundamental principles of social security against the reality demonstrated by contrary evidence. It highlights the importance of the sixth principle of financial-actuarial sustainability that underpins the other four. It identifies the key factors that affect the sustainability of public systems (giving five examples) as well as the public component of private systems (offering four examples). It refutes the argument that private pensions do not face sustainability problems. It systematically compares performance on sustainability indicators across the 20 countries. And it extracts conclusions from the central analysis of the article.

Keywords

Public and private pensions; Latin America; financial-actuarial sustainability

1. INTRODUCCIÓN

En América Latina en 2024 existe una división en los sistemas de pensiones entre "públicos" y "privados."[1] En diez países, la mitad de la región, hay sistemas públicos: Argentina, Brasil, Cuba, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Venezuela. Estos sistemas generalmente se caracterizan por: prestación definida (establecida por la ley), contribución indefinida (porque a medida que la población envejece y el sistema madura, hay que incrementar la contribución), reparto o capitalización parcial colectiva (CPC: reserva parcial), y administración por entidades autónomas

[1] Estos términos se utilizan para simplificar el análisis, pero en la práctica son más complejos, especialmente los "privados."

o por el Estado. En algunos, la reserva colectiva se ha erosionado o agotado y en tres no existe dicha reserva.

En la otra mitad de la región hay diez sistemas privados: Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, México, Panamá, Perú, República Dominicana y Uruguay. Estos sistemas se caracterizan generalmente por contribución definida (porque teóricamente es fija y no hay que aumentarla, aunque en la práctica no ocurre así), prestación indefinida (o incierta porque se basa en lo acumulado en las cuentas individuales y en su rentabilidad variable), capitalización plena individual ("fully funded"), y administración por entidades privadas con fines de lucro (AFPs y otros nombres). No obstante, los diez sistemas exhiben grados diversos de privatización y todos, menos uno, tienen un sistema, pilar o componente público ("solidario"), por lo que no son totalmente privados.

He descrito ambos sistemas y evaluado su desempeño en los 20 países asentándome en seis principios de seguridad social desarrollados por la OIT en los últimos 105 años: unidad e igualdad de trato; universalidad en la cobertura; suficiencia de las prestaciones; solidaridad social y equidad de género; eficiencia administrativa y administración tripartita; y sostenibilidad financiera y actuarial (Mesa-Lago, 2020, 2022b, en preparación). Los seis principios están interrelacionados y son importantes, pero el de sostenibilidad es crucial, porque si este no existe o se ha erosionado substancialmente, los otros cuatro principios no pueden sostenerse y por ello este artículo se concentra en el mismo.

1.1. Evolución de la naturaleza de los sistemas de pensiones latinoamericanas

La historia de la evolución en la naturaleza de los sistemas de pensiones latinoamericanas se resume como sigue. Desde 1924, cuando se creó el primer sistema (público) de pensiones en Chile, hasta 1980 se establecieron sistemas públicos en los 20 países de la región. Por la fecha de incepción del sistema, he clasificado a dichos países en tres grupos sucesivos: a) Pioneros que comprendió a Chile (1924), Uruguay, Cuba y Brasil (1930s) y Argentina (1940s) que eran los países más socialmente desarrollados; b) Intermedios incluyendo (por orden) a Costa Rica, Panamá, México, Perú, Colombia, Bolivia, Ecuador y Venezuela que lograron su cobertura en los años 40s y 50s; y c) Tardíos que fueron los países menos desarrollados y los últimos en establecer sus programas como Paraguay, República Dominicana, Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Honduras y Haití fundados en las décadas de los 60s y los 70s (Mesa-Lago, 1985). Cada uno de los tres grupos compartía características similares, así los pioneros tenían la cobertura mayor y las mejores prestaciones, pero eran los más envejecidos, a más de que el programa de pensiones era ya maduro o estaba cerca de serlo y su costo respecto al PIB era el más alto, por lo que enfrentaban problemas de financiamiento y algunos de ellos desequilibrio actuarial. Por el contrario, los países tardíos tenían la cobertura menor y las prestaciones más bajas, pero eran los países más jóvenes, por lo cual el programa de pensiones distaba mucho de ser maduro y su costo respecto al PIB era el menor, de ahí que a mediano plazo gozaban de mayor estabilidad financiera y actuarial. Los países intermedios se colocaban entre los otros dos. Con el paso del tiempo han ocurrido cambios importantes en el ordenamiento de los tres grupos como se explicará después.

Entre 1981 y 2008, once países latinoamericanos la mayoría con patrocino del Banco Mundial (BM), implementaron reformas estructurales que transformaron la naturaleza de los sistemas públicos, cerrándolos por completo o reduciéndolos substancialmente. Por otra parte, reformas paramétricas han mantenido el sistema público, pero con cambios para hacerlo más sostenible financiera y actuarialmente, por ejemplo, aumentando la edad de retiro, cambiando la fórmula de cálculo de la pensión, ajustando las prestaciones o una combinación de esas medidas. Las reformas estructurales reemplazaron total o parcialmente los sistemas públicos por sistemas "privados" que son obligatorios

(aunque pueden tener un pilar o componente público), estos no fueron iguales porque adoptaron tres modelos (Cuadro 1):

a) Substitutivo, que cerró el sistema público y lo reemplazó por completo por el privado (Chile, Bolivia, México, El Salvador y República Dominicana), con las características ya explicadas de esos sistemas.

b) Mixto, que mantuvo el sistema público como un pilar y agregó el privado como un segundo pilar (Argentina, Costa Rica, Uruguay y Panamá). El pilar privado tiene las mismas características ya explicadas del sistema privado (con algunas excepciones), mientras que el pilar público tiene las características de los sistemas públicos. En este modelo, el pilar público usualmente sufraga la pensión principal mientras que el pilar privado paga una pensión complementaria basada en lo acumulado en las cuentas individuales.

c) Paralelo que conservó el sistema público y agregó el sistema privado, los dos compitiendo entre sí, aunque con restricciones (Colombia y Perú). Ambos sistemas tienen las características ya explicadas. A mi mejor saber y entender, este modelo solo existe en el mundo en estos dos países (para detalles de los países y fuentes véanse Mesa-Lago, 2020; Arenas de Mesa y Robles, 2024, y serie de la CEPAL)

Otros cuatro países promulgaron leyes de privatización con cuentas obligatorias: Ecuador, Honduras, Nicaragua y Venezuela. La primera y la tercera fueron declaradas inconstitucionales y no se implementaron; y la cuarta fue abrogada por la Constitución promulgada bajo la revolución bolivariana que ratificó el sistema público en vigor hasta hoy. En Honduras se estableció un régimen mixto con cuentas individuales que fue más tarde declarado inconstitucional (Ortiz, Durán, Urban y Wodsak, 2018; OIT, 2022b). Desde 2008 hasta el presente no se ha implantado otra reforma estructural con cuentas individuales obligatorias en la región (Cuadro 1).

Cuadro 1. Reformas Estructurales (Privatización) y Re-reformas o Reformas Paramétricas en los Sistemas Privados de Pensiones, 1981-2024

Países	Año de implementación[a]	Reformas estructurales (modelo)	Reversión de la privatización	
			Año de implementación	Cambio: re-reforma (RR) o reforma paramétrica (RP)
Chile	1981	Substitutivo	2008	RR: Cambia de substitutivo a mixto
Perú	1993	Paralelo		No ha habido, proyecto ley cambia a mixto
Argentina	1994	Mixto	2010	RR: Cambia de mixto a público
Colombia	1994	Paralelo	2024	RR: Cambia de paralelo a mixto
Uruguay	1996	Mixto	2023	RP: No cambio, continúa mixto
Bolivia	1997	Substitutivo	2010	RR: Cambia de substitutivo a mixto
México	1997	Substitutivo	2019-20	RR: Cambia de substitutivo a mixto
El Salvador	1998	Substitutivo	2017	RR: Cambia de substitutivo a mixto
Costa Rica	2001	Mixto	2023	RP: No cambio, continua mixto
R. Dominicana	2003	Substitutivo	[c]	No ha habido, reforma en estudio
Panamá	2008	Mixto[b]		No ha habido, sigue mixto

[a] En Ecuador, Honduras, Nicaragua y Venezuela se dictaron reformas estructurales que luego fueron declaradas inconstitucionales o anuladas. [b] Hay dos subsistemas: el antiguo sistema de BD que se cerró a nuevos afiliados y el nuevo subsistema mixto compuesto de un pilar de BD y otro de CD. [c] La Superintendencia y algunos expertos argumentan que hay un sistema mixto, ver más adelante.

Fuente: Mesa-Lago, en preparación.

A partir de 2008 comenzó un proceso, que aún continua, de reversión de la privatización de pensiones en América Latina, mediante lo que he llamado "re-reformas" que han retornado el sistema privado por completo al sistema público o, con más frecuencia, transformado el sistema substitutivo en mixto (Cuadro 1). La re-reforma más radical fue la de Argentina (2008) porque cerró las cuentas individuales, liquidó a las AFP y pasó a todos sus asegurados a lo que era el pilar público de reparto, por lo que este se transformó en un sistema público general; el Estado se convirtió en el administrador del sistema a través del ANSES. En Bolivia (2010), la re-reforma transformó el sistema substitutivo en tres regímenes: contributivo con cuentas individuales, semi-contributivo con un subsidio estatal solidario para mejorar las pensiones, y no contributivo de carácter universal ("Renta Dignidad" que ya existía antes, pero fue ampliado); en 2023 una Gestora Pública se hizo cargo de

las cuentas individuales que gestionaban las AFP por lo cual estas ya no existen; por todo ello esta es la segunda re-reforma más profunda y convirtió el sistema en mixto. En México (2019-2020) la re-reforma estableció el derecho a la pensión no contributiva a todos los que cumplan 65 años, por lo cual es universal como en Bolivia y se administra por el Estado; aunque se considera ahora un sistema mixto, no es igual a los de Costa Rica, Panamá y Uruguay, porque estrictamente no hay dos pilares sino un componente público y otro privado basado en las cuentas individuales. La re-reforma en Chile (2008) mantuvo el sistema de cuentas individuales, pero le infundió solidaridad a través de un componente público solidario financiado por el Estado que incluye una pensión no contributiva focalizada en los pobres y un aporte solidario estatal para mejorar las pensiones más bajas; este sistema ha sido llamado "cuasi-mixto." El Salvador hizo una re-reforma (2017) que estableció una pensión no contributiva focalizada en los pobres y agregó un componente público de reparto a través de tres nuevas prestaciones para ayudar a los asegurados que no tienen derecho a una pensión regular por no alcanzar los años de cotización requeridos; estas prestaciones se financian a través de una Cuenta de Garantía Solidaria que es pública y de reparto, por lo que convirtió el sistema en mixto; no obstante, el objetivo principal de esta re-reforma fue reducir la carga fiscal. Costa Rica y Uruguay llevaron a cabo reformas paramétricas en 2023 que reforzaron el sistema mixto. Colombia aprobó la re-reforma de su sistema paralelo en junio de 2024 y entrará en vigor en julio de 2025, unifica e integra los dos sistemas anteriores en uno solo con cuatro pilares, por lo que se convierte en mixto: a) pilar solidario que otorga una transferencia monetaria con recursos fiscales a adultos mayores que no lograron cotizar y están en situación de pobreza; b) pilar semi-contributivo para los trabajadores informales que han hecho algunas contribuciones pero no reúnen los requisitos para acceder a la pensión contributiva, se les otorga una renta vitalicia que se basa en la suma que han ahorrado más un subsidio estatal de 20% para los hombres y 30% para las mujeres; c) pilar contributivo cubre a los trabajadores dependientes formales que han contribuido de forma estable; sus aportes sobre ingresos de hasta 2,3 salarios mínimos irán a sistema público existente (Colpensiones o RPM) y lo que exceda se destinará al fondo privado que elijan; al retirarse recibirán la pensión del sistema público con un subsidio estatal por el primer tramo, más otras bajo las normas del sistema privado de cuentas individuales. d) pilar voluntario, los que tengan capacidad de pago podrán hacer un aporte adicional que irá a su cuenta individual e incrementará su pensión (Lora, 2024, basado en la Ley de re-reforma, 2024). El sistema substitutivo de México ha pasado a ser mixto: debido a las normas de la nueva pensión mínima garantizada, parcialmente financiada por el fisco, el modelo de CD se transforma en BD, en parte financiado por las cuentas individuales y en parte por el Estado. Los restantes cuatro sistemas privados no han llevado a cabo re-reformas aunque todos están estudiándola: Perú continúa con su sistema paralelo aunque algunos proyectos aún no aprobados están considerando un sistema mixto. Panamá está estudiando una reforma paramétrica para fortalecer el pilar público de su sistema mixto. El Congreso del Perú está considerando un proyecto de ley que cambia el sistema paralelo en mixto. Por último, la República Dominicana es el único país que continúa con un sistema privado puro (substitutivo); no hay un pilar o componente público porque se ha incumplido con la norma de la reforma estructural que ordenaba crear un programa semi-contributivo y otro no contributivo.[2] Varias veces se ha anunciado una reforma, pero no ha sido iniciada hasta el presente.

[2] La Superintendencia de Pensiones considera mixto al sistema dominicano porque incluye varios regímenes separados de pensiones de reparto y un "fondo solidario." Las pensiones solidarias no contributivas (como parte del régimen subsidiado introducido en la ley re-reforma estructural de 2001 pero no implementada), fueron reguladas en 2013 y comenzó un plan piloto en 2019, pero un estimado de la cobertura en 2023 de las personas de 60 años y más es sólo de 2,8% y las prestaciones "se encuentran en proceso de consolidación." Estos autores agregan que la República Dominicana tiene un sistema mixto debido al Fondo de Solidaridad Social de reparto que aporta la suma necesaria para completar la pensión mínima a trabajadores de menores ingresos que hayan cotizado 300 meses y su cuenta individual es insuficiente para financiar la pensión mínima (Delgado, Figueroa y Vila (2024). Por su parte, Arenas de Mesa y Robles (2024), consideran que este país tiene pensiones no contributivas. De aceptar estos argumentos, no quedaría sistema substitutivo puro en la región.

Se concluye que las ocho re-reformas y reformas paramétricas implementadas han resultado en un cambio del sistema substitutivo o paralelo a uno mixto en cinco países y han mantenido este sistema en tres países (por lo que es el modelo predominante hoy), mientras que otro pasó del sistema substitutivo a uno totalmente público, y otro mantiene un sistema paralelo. Un análisis detallado de todas las re-reformas (salvo la de Colombia que se aprobó en 2024) y las reformas paramétricas demuestra que su impacto en cada uno de los principios de seguridad social ha tenido resultados beneficiosos en la gran mayoría de los principios, aunque tres países enfrentan posibles problemas de sostenibilidad financiera. Además de detectar una tendencia general hacia el sistema mixto, se constata un incremento del papel del Estado en el sistema de pensiones, por lo que se ha reforzado el sistema público de pensiones (Mesa-Lago, 2022b).

Por otra parte, reformas paramétricas de los sistemas públicos se han llevado a cabo en los siguientes países: Argentina en 2028 en la fórmula de cálculo de las pensiones; Brasil en 1998 en el régimen general de trabajadores privados (RGPS), en 2003 en el régimen general de funcionarios públicos (RPPS) y en 2019 en ambos; Cuba en 2008 en el sistema general de pensiones y en 2024 en el cálculo de las pensiones más altas; Guatemala en 2011 aumentando los años de edad y de cotización; y Nicaragua en 2019 en todo el sistema (FIAP, 2024a, 2024b).

Con el paso del tiempo, ha habido cambios en la naturaleza de los sistemas de pensiones. De igual manera, el ordenamiento de los países en los tres grupos se ha alterado, por ejemplo, Costa Rica ascendió del grupo intermedio por la fecha de incepción, al grupo pionero debido a la intervención del Estado y una Constitución que rápidamente expandieron la cobertura y las prestaciones, pero aumentó su gasto respecto al PIB y comenzó a tener algunos problemas de financiamiento. En varios ordenamientos Panamá se coloca entre los países pioneros y la República Dominicana ha ascendido de tardío a intermedio. Por el contrario, Cuba ha descendido en varios indicadores debido a dos severas crisis económicas, por ejemplo, en la suficiencia, la hiperinflación y la falta de ajuste de las pensiones han provocado una caída de su poder adquisitivo a la mitad, y las crisis económicas han agravado la insostenibilidad financiera-actuarial.

Respecto a la naturaleza del sistema de pensiones, el Cuadro 2 presenta una tipología en 2024 que ordena a los 20 países por dos polos: el sistema substitutivo puro de la República Dominicana (que también es considerado mixto) y el sistema de reparto puro, totalmente estatal, sin reserva de Cuba; los otros 18 países se colocan entre los dos polos.

Cuadro 2. Tipología Actual de las Pensiones entre dos Polos en los Sistemas Privados y Públicos, 2024

Ordenamiento por dos Polos: Privado Total y Público Total
Privado (con capitalización individual: CI)
Substitutivo Puro
República Dominicana[a]
Mixto (Pilar de CI y Pilar Público con reserva)
Bolivia, Chile,[b] Colombia, Costa Rica, El Salvador, México, Panamá[c]
Pilar público sin reserva
Uruguay
Paralelo (Sistemas Privado y Público compiten entre si)
Perú[c]
Público
Con capitalización parcial colectiva (hay reservas)
Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Paraguay
Reparto puro (sin reservas)
Argentina y Brasil
Reparto puro totalmente administrado por el Estado sin separación de fondos[d]
Cuba
Situación desconocida[e]
Haití y Venezuela

[a] Ver nota de pie 3. [b] Calificado como "cuasi-mixto"; reforma en estudio. [c] Reforma paramétrica o re-reforma en estudio. [d] El Estado recibe las contribuciones y paga las pensiones, financiando el déficit resultante, no hay siquiera una reserva de contingencia [e] No se tiene información sobre si existe reserva.

Fuente: Elaboración propia basada en el texto.

1.1.1. Resumen de la comparación de las características sociales de los sistemas públicos y privados

En trabajos anteriores (Mesa-Lago, 2020, 2022b) he contrastado las promesas de los sistemas privados respecto a los principios de la seguridad social, con la realidad validada por series estadísticas de los diez sistemas privados, probando que dichas promesas, salvo una, no se han cumplido. En mi monografía en proceso (Mesa-Lago, en preparación) hago comparaciones sistemáticas de dichos principios entre los 10 sistemas de pensiones públicos y los 10 privados, con los resultados (aun preliminares) que se resumen a continuación.

Unidad e igualdad de trato: Basado en el número de programas de pensiones (entre "casi unificados" y "muy segmentados," se encontró que los sistemas públicos son algo más segmentados que los privados.

Cobertura de la PEA y de la población adulta mayor: No se encontró diferencia entre ambos sistemas en este principio. La mayor causa común es el grado de informalidad de la fuerza laboral (a menor la informalidad mayor la cobertura de la PEA y viceversa). La promesa de los reformadores estructurales que la privatización expandiría la cobertura no se cumplió (creció poco en los países más desarrollados y se estancó en los países menos desarrollados y con mayor informalidad). Debido a

ello se instauraron programas de pensiones no contributivas focalizados en los más pobres, los cuales se extendieron por toda la región y más tarde se convirtieron en universales en un par de países, Tampoco se encontró diferencia alguna respecto a esta cobertura entre los dos tipos de sistemas.

Suficiencia de las prestaciones: Las tasas de reemplazo (TR) estimadas para la región por el BID y la OCDE demuestran que son más altas en los sistemas públicos que en los privados. Respecto a las condiciones de adquisición de derechos (edades de retiro, años de contribución y ajuste de la pensión) no se encontró diferencia entre ambos sistemas.

Solidaridad social e igualdad de género. Se aporta abundante evidencia que la solidaridad social es más fuerte en los sistemas públicos que en los privados, porque en los últimos la propiedad de las cuentas individuales impide cualquier transferencia entre generaciones, grupos de ingreso y género. Por la misma razón, los sistemas privados acentúan la desigualdad de género especialmente por las tablas de mortalidad diferenciadas por sexo, un par de países las han eliminado y reemplazado por tablas unisexo.

Administración con costos razonables y participación tripartita: La promesa de que los sistemas privados reducirían los costos administrativos no se cumplió: la competencia no funciona en la mayoría de los mismos, las comisiones de las AFP toman un alto porcentaje del depósito en las cuentas, las utilidades son jugosas y se mantienen incluso durante recesiones, y los gastos de publicidad y mercadeo son altos. Teóricamente, los gastos administrativos en los sistemas públicos deben ser más bajos, puesto que no tienen ganancias ni gastan en publicidad y mercadeo; sin embargo, fue imposible comparar ambos costos porque los métodos de cálculo son diferentes. En los sistemas públicos existe la participación tripartita (trabajadores, empleadores y Estado) en la administración de las pensiones, lo cual no ocurre en los sistemas privados.

Como ya he dicho antes, la sostenibilidad financiera-actuarial es esencial para mantener los otros cinco principios, y a ello dedicamos el resto de esta ponencia.

2. SOSTENIBILIDAD DE LOS SISTEMAS DE PENSIONES PÚBLICOS Y PRIVADOS

Esta sección analiza el sostenimiento financiero-actuarial de los sistemas de pensiones públicos (subsección 2.1) y los sistemas privados (subsección 3.1). Para evaluar la sostenibilidad se utilizará la metodología iniciada para los sistemas privados por Arenas de Mesa (2020), ver la subsección 3.1.2, ampliada con variables adicionales elaboradas por mí y también aplicada a los sistemas públicos (Cuadro 3).

Cuadro 3. Factores que Inciden en el Equilibrio Financiero-Actuarial de los Sistemas Públicos y Privados de Pensiones en América Latina, 2017-2024

Grado de Maduración	Países[a]	Cotización (%)	Envejecimiento[b]	Programas separados	Edades de retiro		Años aportes	Tasa reemplazo	Ajuste Pensión	Cobertura pasivos (65+)	Gasto pensión/ PIB (%)
					Hombre	Mujer					
Sistemas más maduros, países más desarrollados	Chile	10,0	2	4	65	60	20	63[h]	IPC	88,9	3,1
	Argentina	21,2	2	15	65	60	30	44	Variable [j]	84,2	12,8
	Uruguay	22,5[c]	1	7	60	60	30	72	Salario	86,8	10,7
	Costa Rica	13,2	3	3	65	65	25	90	Costo vida	65,5	7,3
	Cuba	17,5/27	1	6	65	60	20	37	Discrecional	68,5	9,0
	Brasil	28/34	2	7	65	62	20-15	80	Salario mínimo	89,0	8,7/9,5
Sistemas intermedios de madurez y desarrollo	México	15,2	4	8	65	65	14,4	40	IPC	75,0[l]	3,1
	Panamá	13,5	4	2	62	57	20	88	[k]	80,8	3,1
	Dominicana	8,4	4	9	60	60	30	23	Salario mínimo	18,9	0,3
	Ecuador	11,06	4	7	Diversas combinaciones[e]			91	IPC	69,1	4,9
	Perú	13,0	4	4	65	65	20	30/39[i]	Discrecional	49,2	1,6
	Colombia	15,0	3	5	62[f]	57[f]	25[f]	73	IPC	54,0	4,5
	Paraguay	12,5	4	11	60	60	25	98	IPC	50,8	1,8
Sistemas menos maduros y países menos desarrollados	Venezuela	28/30[d]	4	17	60	55	14,4	30	Recursos	59,4	
	Bolivia	15,7	5	2	58	58	10	31	IPC	96,8	3,8
	El Salvador	16,0	4	3	60	55	25	48	Discrecional	14,0	2,7
	Nicaragua	17,2/18,2	4	4	60	60	14,4	86	US$	24,1	4,0
	Guatemala	5,5	5	3	62[g]	62[g]	20	52	Discrecional	12,2	1,2/0,6
	Honduras	3,5	4	6	65	60	15	68	Discrecional	5,8	1,3
	Haití	12,0	5	5	55	55	20	31	Discrecional	0,4	

[a] Países ordenados de mejor a peor por el IDH (data de 2022); a más baja la marca ("score") mejor y viceversa; el primer grupo se califica como de "muy alto desarrollo económico, el segundo de "alto desarrollo económico" y el tercero de "desarrollo económico medio." Otros indicadores para hacer el ordenamiento son la cotización, el grado de envejecimiento, la segmentación del programa de pensiones, las condiciones de acceso, la cobertura de pasivos y el gasto de pensiones relativo al PIB. [b] 1= Muy avanzado; 2=Avanzado; 3=Moderado-avanzado; 4= Moderado; 5= Incipiente. [c] Tasa del sistema general (BPS), otros regímenes tienen tasas diferentes. [d] Este porcentaje comprende a otros programas y combina bases impositivas diversas así que no es comparable con el resto (ver el texto). [e] Cualquier edad y 40 años; 60 y 30, 65 y 15, 70 y 10. [f] En el sistema privado no se requieren edades y años de aportes sino cierta acumulación en la cuenta individual. [g] En 2011 se aumentó la edad de 60 a 62 años para nuevos ingresantes en el sistema. [h] Esta TR procede de un estudio hecho en 2023 (SP, 2024), no de la fuente general del resto. [i] Sistema público y sistema privado. [j] Parte del tiempo fue discrecional, también basado en el salario y en 2024 al IPC debido a la hiperinflación. [k] El ajuste se hace cada cinco años concediendo una pequeña suma en efectivo. [l] Con las re-reformas de 2019-2020 la cobertura es de 100% (OIT, 2022b).

Fuente: Elaboración propia basado en Índice de Desarrollo Humano de PNUD, 2024; envejecimiento y gasto del programa de pensiones respecto al PIB de Arenas de Mesa, 2020; Argentina de Cetrángolo y Grushka, 2020, Cetrángolo, 2024; Bolivia de Bonadona, 2024; Brasil de Mesa-Lago, 2020, Ansiliero y otros, 2023, Secretaria, 2023, Servidores, 2023, Faz, 2024; Chile de Bentancor, 2020; Colombia de Azuero, 2020, Clavijo, 2024, Lora, 2024; Costa Rica de Pacheco, Elizondo y Pacheco, 2020, Durán, 2024; Cuba de Colina, 2021, Mesa-Lago, Moreno y Kay, 2022; Ecuador de OIT, 2020a, 2020b, IESS, 2020a, 2020b; 2024, Casalí, 2021, Constante, 2024; El Salvador de Mesa-Lago y Rivera, 2020, Mesa-Lago y Delgado, 2023, Riviera, 2014; Guatemala de IGSS, 2023, 2024a, Arevalo, 2024; Honduras de OIT, 2023, Robles, 2024; México de Villareal y Macías, 2020, Mesa-Lago, 2022a, Ramírez, 2024; Nicaragua de Mesa-Lago, Ruiz, Acevedo y Santamaría, 2020, BCN, 2023, INSS, 2023; Panamá de OIT, 2022b; Paraguay de IPS, 2021, 2024; Perú de Bernal Lobato, 2020, Cruz-Saco, 2024; República Dominicana de Guerrero, 2022, 2024, Pérez Montas, 2022, Pichardo; 2024; Uruguay de Lorenzo, 2020, Saldaín, 2024; Venezuela de Díaz, 2018, 2019, 2024, Villasmil, 2021, Aponte, 2023; costo de pensiones como porcentaje del PIB de Arenas de Mesa, 2020, OIT, 2021, con excepciones en varios países; otros indicadores de Mesa-Lago, en preparación y legislación actualizada.

El Cuadro 3, primero clasifica en tres grupos y ordena a los 20 países de acuerdo con su desarrollo económico-social alrededor de 2022; esto se hace basado en el Índice de Desarrollo Humano (IDH), el grado de envejecimiento, y el costo del programa de pensiones relativo al PIB. El primer grupo es calificado por el IDH como de "muy alto desarrollo humano", el segundo como de "alto desarrollo humano" y el tercero como de "desarrollo humano medio." En el grupo pionero (primeros seis países) ahora está Costa Rica que por la incepción de su sistema de pensiones estaba antes en el grupo intermedio; también se incluye en el grupo pionero a Cuba y Brasil por el tiempo de incepción de sus programas de pensiones, así como la madurez de los mismos, alto nivel de envejecimiento y alto costo de las pensiones respecto al PIB, aunque ambos países han descendido en el IDH al segundo grupo; en el caso de Cuba el descenso se debe en gran medida a su grave crisis económica. En el segundo grupo se incluye a la República Dominicana y Paraguay que ascendieron del tercer grupo (tardío"). En este grupo se coloca Venezuela, que antes estaba en el grupo intermedio, debido a la severa crisis económica que sufre, la cual ha provocado una drástica caída en el valor real de las pensiones y esto a su vez ha reducido a casi cero su costo respecto al PIB, aunque continúa con envejecimiento moderado y madurez media de su sistema de pensiones.[3] Los otros seis países del grupo "tardío" continúan en el mismo, por el tiempo de incepción de sus programas, además de tener las poblaciones más jóvenes y el gasto de pensiones/PIB más bajo (salvo Bolivia).

El nivel de envejecimiento (porcentaje de la cohorte de 65 y más años sobre la cohorte de menos de 15 años) ha sido medido por Arenas de Mesa (2020), que clasifica en cinco grupos a los países de la región: 1) muy avanzados: Cuba y Uruguay (el primero agregado por mí); 2) avanzados: Argentina, Brasil y Chile; 3) moderado-avanzados: Costa Rica y Colombia; 4) moderados: Ecuador, Panamá, México, El Salvador, Paraguay, Perú, Nicaragua, Honduras, República Dominicana y Venezuela (el último agregado por mí); y 5) incipientes: Bolivia, Guatemala y Haití (el último agregado por mí). En el primer grupo se colocan los sistemas de pensiones pioneros en la región y que han alcanzado la madurez, por lo que ocurre una caída en la relación de trabajadores activos por un pasivo o pensionado; esto crea problemas de sostenibilidad financiera-actuarial especialmente en los sistemas públicos de BD porque la cohorte productiva (edad 15-65) está disminuyendo mientras que la cohorte anciana (65 y más años) se expande con rapidez. Para resolver el problema es necesario elevar la edad de retiro o los años de aporte requeridos, aumentar la cotización, reducir las pensiones o una combinación de dichas medidas. Dicho problema es menor en el grupo dos (intermedio), porque tienen un envejecimiento generalmente moderado y sistemas menos maduros, la cohorte en edad productiva (15-64) está en expansión y la cohorte anciana (65 y más) crece poco, así que la relación de activo por un pasivo es más alta que en el primer grupo, por tanto estos países tienen algún tiempo para tomar medidas que aseguren el equilibrio financiero-actuarial en el futuro, pero mientras más esperen para hacer una reforma paramétrica, más duras serán las medidas. El grupo tres comprende a los países tardíos, de envejecimiento moderado o incipiente, los sistemas menos maduros y con mayor tiempo para acometer reformas.

Otros indicadores utilizados en el Cuadro 3 son: a) la tasa de cotización para el programa de pensiones impuesta sobre el salario (para contrarrestarla con el gasto correspondiente); b) el grado de segmentación del programa (a más regímenes separados, con condiciones de acceso y prestaciones generosas, mayor el gasto de pensiones); c) las condiciones de acceso y prestaciones tales como edades de retiro, años de aportes, tasa de reemplazo—TR—y ajuste de la pensión (a mayor laxitud mayor el gasto y viceversa); d) la cobertura de la población adulta mayor (65 años y más) por pensiones no contributivas financiadas por el fisco (a más extendido este programa, mayor el gasto); y c) el gasto de pensiones relativo al PIB.

[3] Cuba cayó 26 puestos en el IDH entre 2012 y 2022, mientras que Venezuela cayó 39 puestos entre 2015 y 2022; por el contrario, Uruguay y Costa Rica ascendieron 12 puestos entre 2015-2022 (PNUD, 2014, 2024).

Los apéndices 1 y 2, muestran los indicadores de la sostenibilidad financiera-actuarial comparados en los 20 países: balance financiero (ingresos, menos egresos), reserva/PIB, relación activos por un pasivo, gasto de pensiones/PIB, proyección déficit/PIB, año en que se agosta la reserva y último estudio actuarial realizado

2.1. Sostenibilidad de los Sistemas de Pensiones Públicos

Debido a limitaciones de espacio, no podemos evaluar aquí la sostenibilidad en los 20 países, por lo cual hacemos una selección de ocho representativos en cuanto a su ordenamiento (de menos sostenibles a mas sostenibles). En los sistemas públicos trataremos a Argentina, Brasil, Ecuador, Guatemala y Honduras, mientras que en el componente/pilar público de los sistemas privados examinaremos a Chile, Costa Rica, México y Uruguay El análisis se basa sistemáticamente en los indicadores del Cuadro 3, y otra data del sostenimiento financiero-actuarial resumida en los apéndices 1 y 2. Una importante advertencia: no hay duda que la generosidad en el acceso y las prestaciones son socialmente positivas para los asegurados (por ejemplo, menores edades de retiro y de años de aporte, TR más altas, ajuste de la pensión al IPC o al salario), pero si estos beneficios no llevan aparejados los recursos necesarios, el aumento del gasto inducirá un deterioro en el sostenimiento financiero-actuarial que hará difícil mantenerlos, al menos que se introduzcan reformas paramétricas para reforzarlo, aunque esto confronta problemas políticos y fiscales (ver más adelante).

2.1.1. Argentina

Se coloca en segundo lugar en el grupo pionero por la madurez de su sistema de pensiones y desarrollo humano. Predominan los factores que afectan al sostenimiento: envejecimiento avanzado; el segundo sistema más fragmentado en la región con al menos 15 regímenes separados—sin contar los municipios y provincias—que disfrutan de prestaciones mejores a las del sistema general y generalmente sufren déficit financiero y/o actuarial; edades de retiro bajas respecto a la alta expectativa de vida (la edad de la mujer es menor a la de cinco países e igual a las de Nicaragua y Honduras); y la quinta mayor cobertura de pasivos. Ayudan al sostenimiento una TR de 44%, la sexta más baja; y un ajuste de la pensión discrecional en parte del tiempo con poder adquisitivo declinante especialmente en años recientes.

El gasto de pensiones del sistema público de reparto (SIPA) unido al de otros regímenes respecto al PIB ascendió de 6,6% a 11% del PIB en 2007-2017 este último se ordenaba el segundo más alto entre 18 países de la región (después de Brasil y empatado con Uruguay). En 2020, el gasto de pensiones subió a 12,8% del PIB, del cual 5,8% era del régimen general y 7% de los regímenes separados (Rofman, 2021). La tasa de crecimiento real anual del gasto pensional promedió 5% entre 2000 y 2017, mientras que el PIB promedió 3,4%, resultando en un crecimiento del gasto pensional 2,5 puntos superior al del PIB, lo cual colocaba a la Argentina en el tercer lugar por dicho gasto entre ocho países de la región. Respecto al grado de compromiso del gasto público en pensiones, se ordenaba en segundo lugar calificado como "superior" entre ocho países y respecto a la presión sobre la sostenibilidad financiera se colocaba en primer lugar calificado como "alto" entre 17 países (Arenas de Mesa, 2020).

Antes de la re-reforma, el sistema público sufría un importante déficit anual financiado por el Estado, pero teóricamente fue atenuado por el desplazamiento de US$25.500 millones (11,5% del PIB) desde los fondos privados hacia el Fondo de Garantía Solidaria (FGS), pero gran parte de estos fondos eran títulos de difícil liquidación y no podían garantizar el déficit por lo que el Tesoro cubrió el desequilibrio (Cetrángolo, 2024). De manera que el FGS es incapaz de sufragar las onerosas obligaciones y déficit potencial por los 3,7 millones de asegurados transferidos del sistema privado,

a más de los asegurados que estaban previamente en el sistema público y los regímenes separados, lo tiene que financiar el fisco (Mesa-Lago, 2022b; Cetrángolo, 2024). Dicho riesgo es agravado por varios factores: envejecimiento de la población, aumento de la esperanza de vida, madurez del sistema de pensiones, etc. El balance financiero del SIPA en relación al PIB, excluyendo las transferencias fiscales, arrojó un déficit sistemático en 2000-2017, que más que se duplicó después de la re-reforma, de -1,45% en 2007 a -3,28% en 2017 (Centrángolo y Grushka, 2020).

En 2020 la tasa de cotización en el sistema general era 17,5% (el equivalente de 21,2% con las transferencias fiscales), y se necesitaba 30,5% (13 o 9 puntos más respectivamente) para poder cubrir los egresos del sistema. En dicho año, la tasa de activos por un pasivo en el sistema general, incluyendo los beneficiarios de la moratoria (que permite a los que alcanzan la edad legal retirarse sin tener los años de aportes requeridos) era de 1,38 por uno con tendencia declinante. Los regímenes separados están actuarialmente desequilibrados, debido a mejores prestaciones y cotizaciones insuficientes (Mesa-Lago, 2022b).[4] Una proyección indica que el déficit financiero (ingresos menos egresos, sin subsidios fiscales) alcanzaría el 2% del PIB en 2030 y el 3% en 2050 (Cetrángolo y Grushka, 2020).

En 2023 se condujo un estudio actuarial, siguiendo el método de la OIT, con proyecciones para 2022-2100, con los siguientes resultados (Bertín y Belliard, 2023):[5] a) En 2022, el "resultado previsional total" (incluyendo el sistema general y otros regímenes) fue un déficit de 3,7% del PIB, ANSES arrojó un resultado positivo porque recibe ingresos tributarios de asignación específica y aportes del Tesoro, y los regímenes provinciales mostraron déficit con tendencia creciente. b) Las proyecciones para 2022-2100 estiman que el sistema previsional total requiere una tasa de cotización de equilibrio de 33% hasta finales de 2040 (50% mayor a la vigente de 21,2%), que se incrementa a 63% en 2100; ocurre un déficit en todo el período con un máximo de 6% en 2081 y una ligera disminución en 2100. El resultado positivo de ANSES en 2022 se torna en déficit a partir de 2039 y este alcanza un máximo de -4,6% en 2083 y -4% en 2100, dicho déficit debe ser financiado por el presupuesto nacional, si no hay reforma. c) El déficit actuarial en 2022 equivale a 48,5% del gasto y 3,3% del PIB. Si se suman los activos del FGS, el déficit se reduce a 45,7% del gasto y 3,1% del PIB. Por el contrario, al sumar la moratoria el déficit aumenta a 51,3% del gasto y 3,9% del PIB. El estudio hace recomendaciones para mejorar la solvencia del sistema bajo cuatro escenarios alternativos: aumento de las edades mínimas de retiro, incremento de la contribución del empleador, cambio en el ajuste, y cambio en la fórmula de cálculo; en todos los supuestos se reduce el déficit, aunque en grados diferentes.

2.1.2. Brasil

Se ordena al final del grupo de pioneros por la madurez de su sistema, aunque en términos de desarrollo humano está en el grupo segundo. Los dos principales regímenes son el del sector privado (RGPS) y el de funcionarios públicos (RPPS). Las condiciones de acceso y prestaciones eran excesivamente generosas y costosas, pero fueron restringidas por tres reformas paramétricas: bajo el presidente Fernando Enrique Cardoso (1998) se reformó el RGPS y bajo el primer mandato presidencial de Luis Ignacio Lula de Silva (2003) se reformó el RPPS; en la presidencia de Jair Bolsonaro (2019) hubo otra reforma de los dos regímenes; las tres han intentado reducir las desigualdades en los dos regímenes principales pero todavía son generosos y hay muchas diferencias entre ellos y con otros regímenes separados (Mesa-Lago, 2020). Virtualmente todos los factores afectan al sostenimiento: envejecimiento "avanzado" (la tasa de dependencia era de 13,7% en 2021 y ya terminó el bono demográfico); el sistema es muy segmentado con más de siete regímenes separados (RGPS con

[4] Aun así, varios regímenes separados superaban a la cotización del sistema general, por ejemplo, en 24% los diplomáticos, en 30% los policías y en 39% los docentes universitarios.

[5] Para el estudio, un sistema es insolvente actuarialmente cuando el valor de las prestaciones presentes y futuras es superior al valor de las cotizaciones presentes y futuras, y constituye una deuda implícita del Estado.

normas distintas para trabajadores urbanos y rurales, RPPS para funcionarios de la Unión, los estados, y municipios, además hay regímenes para militares—SPSM, policías, bomberos), todos con condiciones de acceso y prestaciones diversas, más fondos de ahorro complementarios voluntarios; edad de retiro de 62 años para la mujer (igual a Guatemala; Costa Rica, México y Perú fijan 65), que tiene una expectativa de vida mayor que en esos países salvo en Costa Rica; 15 años de aportes para la mujer, la cuarta inferior, y 20 años para el hombre al nivel medio; TR variable según los regímenes (89% en la Unión y más de 100% para militares y empleados municipales; el promedio general parece ser 80%); cobertura de pasivos de 89%, la segunda mayor; y pensiones iguales al salario mínimo que desde 2023 se ajusta a la inflación del año anterior más el promedio del crecimiento del PIB en los dos años anteriores. La tasa de cotización en el RGPS oscila entre 28% y 34%, la mayor junto a Venezuela, pero hay cotizaciones diversas en los otros regímenes, imposible de resumir aquí. El gasto de las pensiones (RGPS, RPPS y SPSM) fue 14% del PIB en 2020 pero bajó a 12,4% en 2022, sin contar 0,8% para las pensiones no contributivas (Ansiliero y otros, 2023; IPEA, 2024); en el año 2017 la CEPAL estimó dicho gasto como el mayor de la región y lo calificó como "superior" (Arenas de Mesa, 2020; Apéndice 1).

El balance financiero (ingresos menos egresos) combinando RGPS, RPPS y SPSM arrojó un déficit que creció sostenidamente de -5,5% del PIB en 2017 a -6,4% del PIB en 2020, pero descendió a -4,9% en 2022. En el último año, el déficit fue de 497.200 millones de reales (US$ 94,167 millones); las cotizaciones sólo cubrían 60,4% del gasto, pero lo hacían en 67% en el RGPS, 55,4% en el RPPS y 15,4% en el SPSM (IPEA, 2024). No hay reservas pues se trata de un régimen de reparto puro (Faz, 2024).

En 2023 se hicieron los últimos estudios actuariales en los dos regímenes.[6] El del RGPS proyectó para 2060 un déficit en el balance financiero de 25.228 millones de reales equivalentes a 10,41% del PIB de ese año y 2,4 veces el PIB de 2023 ("Secretaría de Regime…," 2023). Por su parte, el RPPS estimó un déficit actuarial (valor presente de prestaciones concedidas y por conceder respecto al valor presente de las contribuciones) de 1.745.255 millones de reales ("Servidores, Aposentados…,"2023). No hay un estimado combinado del déficit actuarial de ambos regímenes. La relación de contribuyentes cotizantes por un pasivo (sumando RGPS, RPPS y SPSM) era de 1,81 en 2022, pero variaba según el régimen: 1,91 en el RGPS, 0,84 en el RPPS de la Unión y 0,87 en el SPSM (IPEA, 2024).

En 2003, el presidente Lula en su segundo mandato pasó una ley estableciendo que el salario mínimo debía ajustarse de acuerdo con el IPS en el año anterior más la tasa de crecimiento promedio del PIB en los dos años anteriores, debido al ajuste de las pensiones al salario mínimo esto implica un ajuste similar. En mayo de 2024, los ministros de Hacienda, Tesoro y Planificación advirtieron que, solo durante el primer trimestre, el gasto de pensiones (combinando RGPS, RPPS y SPSM) había ascendido a 4% del PIB y que era necesario ajustarlo para reducir el gasto fiscal y hacerlo compatible con el plan y la capacidad económica del país, por lo que propusieron desligar el valor de la pensión del salario mínimo, este último debe ajustarse, pero la pensión solo mantener su poder adquisitivo. El presidente se resiste a la medida y hay que esperar como se resuelve el conflicto (PPI, 2024).

2.1.3. Ecuador

Se ubica en la mitad del grupo intermedio, basado en la madurez de su sistema e índice de desarrollo humano. Predominan los factores que afligen al sostenimiento: un sistema segmentado con siete regímenes separados que otorgan prestaciones generosas y costosas; combinaciones laxas de edad de retiro y años de aportes (cualquier edad con 40 años de aportes, 60 con 30, 65 con 15, y 70 con

[6] No se pueden comparar estas cifras con las citadas antes del balance financiero (Faz, 2024).

10); TR de 91%, la segunda más alta en la región; ajuste de la pensión al IPC; deuda del Estado por incumplir parcialmente el pago de 40% del costo de las pensiones, y una desinversión del fondo debido al impago estatal que acumulaba US$6.545 millones en 2015-2020. Hay dos factores favorables al sostenimiento son: envejecimiento "moderado" y cobertura de pasivos la novena inferior en la región. La tasa de cotización de 11% es la quinta más baja; dicha tasa se redujo en 2015 de 9,84% a 5,96% y el recorte se pasó al programa de enfermedad-maternidad para solventar su desequilibrio financiero; después la cotización para pensiones debía gradualmente incrementarse a 10,56% en 2021 y se hizo, pero fue declarada inconstitucional, finalmente se fijó en 11%. El gasto de las pensiones respecto al PIB fue de 4,9% en 2023, el sexto más alto, superando al de todos los países tardíos e intermedios y también al de Chile. La CEPAL (Arenas de Mesa, 2020) califica el sostenimiento como "medio" (las fuentes de esta sección son Casalí, 2021; Constante, 2024; IESS, 2024).

El balance financiero (ingresos menos egresos) fue positivo hasta 2019, pero generó un déficit en 2020 por valor de US$156,6 millones (0,2% del PIB) y empeoró en el primer trimestre de 2021 con tendencia creciente. Una causa fundamental del déficit fue que el Estado dejó de pagar su contribución de 40% del costo de las pensiones en 2015-2018 y pagó solo el 31,3% en 2020 (esto redujo significativamente la transferencia fiscal para apuntalar el sistema desde casi su creación). La reserva de pensiones decreció en 30% entre 2015 y 2020, no obstante, en el último año era de US$9.146 millones y equivalía al 9,2% del PIB. La tasa de activos por un pasivo era de 6,4 a uno en 2020 con una tendencia declinante.

En 2020 se realizó una valuación actuarial por el IESS con proyecciones a 2060 (todos los estudios actuariales, además del IESS, incluyen a los regímenes especiales (Constante, 2024). El déficit actuarial teniendo en cuenta el pago legal del Estado de 40% alcanza US$7.323 millones; el aporte estatal supera al aporte de los afiliados y la reserva se agota en 2055. Si se tiene en cuenta el aporte real de 31,3% por el Estado, el déficit actuarial es tres veces mayor (US$21.104 millones) y la reserva se agota 10 años antes, en 2045. Si no se considera el aporte del Estado (escenario pesimista), el déficit actuarial es 3,3 veces mayor que en el segundo escenario y la reserva se agota 20 años antes, en 2025. De manera que el escenario que más prolonga los resultados negativos en ambas variables es el de la restitución del 40% del aporte estatal, pero lograr esto es dudoso, parece ser más factible el escenario de que pague 31,3% o menos. La valuación actuarial hizo recomendaciones factibles para equilibrar el sistema: aumento de las edades de retiro, incremento de la cotización a 13,5%, mejora del rendimiento en la inversión, revertir las desinversiones y fijación de un aporte estatal en 35% (IESS, 2020a, 2020b; Constante, 2024).

En 2020 la OIT (2020a) hizo una valuación actuarial y efectuó otra en medio de la pandemia (OIT, 2020b) con una proyección actuarial del programa de pensiones donde estimó que en un escenario de recuperación rápida y si el gobierno paga el 40%, la reserva se agotará en 2040, mientras que si hay una recuperación lenta y el Estado no paga el 40% se agotará en 2027.

A mediados de 2023, una comisión nombrada por el presidente Guillermo Lasso propuso una reforma del sistema de pensiones que no aumentaba los aportes ni mermaba los derechos pero incrementaba los años de edad de manera gradual; también introducía un sistema de dos pilares: una pensión básica ajustada a la inflación, y una pensión variable proporcional al tiempo de aporte y al tiempo de beneficio; sin privatización ("Propuestas de la Comisión…," 2023). Hasta el momento de cerrar este artículo no había información sobre la propuesta.

2.1.4. Guatemala

Se ubica en antepenúltimo lugar del grupo tardío, con una baja madurez (los primeros jubilados fueron en 1978) y el tercer lugar regional inferior en el índice de desarrollo humano. Predominan los factores que favorecen la sostenibilidad: envejecimiento incipiente (junto solo a otro país) beneficiándose del bono demográfico con tiempo para introducir reformas necesarias; sistema relativamente unificado con solo tres regímenes separados; TR de 52%, la novena más baja en la región; ajuste discrecional de la pensión, y cobertura de pasivos de 12,2% la tercera más baja (el Estado financia una pensión no contributiva focalizada en la pobreza extrema con un monto de US$65 mensuales). Las edades de retiro se ordenan en un punto medio: la del hombre en 60 es la tercera menor (hay solo dos países con edades menores), pero empatada con otros seis y la edad de la mujer, también 60, es la séptima menor (hay seis países con edades menores), pero empatada con otros ocho países; ambas son moderadas relativas a una expectativa de vida baja al tiempo de retiro.[7] Se exigen 20 años de aportes y hay seis países con años de aportes menores, pero empatados con otros cinco países. El factor que más aflige al sostenimiento es una deuda del Estado por impago de su aporte para financiar las pensiones. Todo lo anterior se refleja en una tasa de cotización de 5,5% la segunda inferior en la región, pero el Estado debe financiar un quinto del valor de las pensiones, aunque paga solo una fracción. El gasto de las pensiones se estimó en 1,2% del PIB en 2017, tercero menor en la región y se calificó de "bajo" (Arenas de Mesa, 2020); mi estimado en 2020 fue la mitad (0,6% del PIB) posiblemente el inferior (basado en IGSS, 2024a, 2024b; Arévalo, 2024).

El balance financiero del programa de pensiones (ingresos menos egresos) generó superávit entre 2000 a 2023, salvo en 2020 debido a COVID-19; en 2022 el superávit fue de 346 millones de quetzales (US$44 millones) equivalentes a 0,1% del PIB; en 2023 también se generó un superávit, pero en todos los programas (no se da desglosado el de pensiones); la tendencia parece ser creciente. Por otra parte, en el período 1956-2022, la deuda del Estado al programa de pensiones acumulada por incumplimiento de su aporte como empleador unido el 25% del gasto de pensiones, ascendió a 10.486 millones de quetzales (US$1.335,8 millones), equivalentes a 1,5% del PIB de 2022 (la mayoría de la deuda fue al programa de enfermedad-maternidad). Esto implica que la transferencia fiscal establecida en la ley no se ha cumplido (por ejemplo, sólo pagó 8% de la deuda en 2022), un factor negativo crucial en el sostenimiento del programa de pensiones. En 2022, la reserva fue de 29.214 millones de quetzales (US$3.722 millones), equivalentes a 31% del PIB, ¿pero esto incluye deuda del Estado como ingresos? (mis cálculos basados en cifras financieras del IGSS, 2023, 2024a, 2024b, PIB y tasa de cambio del Banco Central). La tasa de activos por un pasivo en 2023 fue 7,5 a uno, con una tendencia decreciente (IGSS, 2024a).

La valuación actuarial debe hacerse anualmente por el Departamento Actuarial y Estadístico del IGSS, pero no pudieron conseguirse, aunque se solicitaron al IGSS. Aparentemente la OIT hizo un estudio actuarial del programa de pensiones en 2023, pero tampoco pudo obtenerse.

2.1.5. Honduras

Se sitúa en el grupo tardío por la muy baja madurez de su sistema de pensiones y penúltimo lugar en la región respecto al índice de desarrollo humano (solo el de Haití es inferior). Predominan los factores que favorecen el sostenimiento: envejecimiento "moderado" por lo que aún goza del bono demográfico, pero está en proceso de maduración; edades de retiro altas (65 el hombre y 60 la mujer, similares a los de cuatro países del grupo pionero), especialmente teniendo en cuenta su bajo nivel de desarrollo humano y esperanza de vida; décima TR más baja (68%) justo en el medio de la

[7] En 2011, la edad de retiro para ambos sexos se aumentó de 60 a 62 años para los nuevos ingresantes en la fuerza laboral, reforzando la sostenibilidad a largo plazo.

región; ajuste discrecional de las pensiones, y la penúltima cobertura menor de pasivos (5,8%, solo es inferior en Haití) debido a la falta de pensiones no contributivas (Delgado, 2024).[8] Los factores que afligen al sostenimiento son: un sistema relativamente segmentado (con seis programas separados); el 15to período menor en años de aporte (13 países tienen un período mayor, incluyendo tres en el grupo tardío); y deuda estatal al IHSS no saldada. La tasa de cotización de 3,5% es la más baja en la región; el Estado debe contribuir con 0,5% pero no lo hace siempre y ha generado deuda; por otra parte, la cotización en los regímenes especiales es cercana a 20% (IHSS, 2021; OIT, 2022a, 2023). El gasto de las pensiones es 1,3% del PIB, el segundo inferior (Guatemala es la menor). La CEPAL califica dicho gasto como "bajo" (Arenas de Mesa, 2020).

La ley ordena la separación de los tres programas del IHSS (pensiones, enfermedad-maternidad y riesgos profesionales) y no puede haber transferencia entre ellos (IHSS, 2021). El balance financiero (ingresos menos egresos) del programa de pensiones mostró un superávit creciente en 2013-2020, con una disminución en 2021, el superávit ese año ascendió a 2.354 millones lempiras (US$95 millones), 0,5% del PIB. La reserva para el programa de pensiones acumulada en 2013-2021 se duplicó, llegando a 34.265,4 millones de lempiras (US$1.389 millones) equivalentes a 4,9% del PIB en 2021. La tasa de cotización efectiva ha sido superior a la tasa de reparto promediando alrededor de un punto porcentual. La relación activos por un pasivo en el IHSS descendió de 20 a uno en 2016 a 14,1 en 2020 y es la más alta en la región (OIT, 2023), por el contrario, dicha relación era de 2,8 a uno en régimen de funcionarios públicos, 3,7 a uno en el de maestros y de 4,4 a uno en el de la universidad (Delgado, 2024).

Deben hacerse estudios actuariales cada cinco años, pero de hecho se han efectuado diez en los últimos 20 años. El último realizado por la OIT (2023), con cifras de 2021 y proyecciones hasta 2095, contempla varios escenarios: en el de base (status quo) el balance financiero arroja déficit a partir de 2050 y la reserva se agota en 2054; el escenario 5 que combina eliminación del tope salarial, ampliación de la cobertura e incremento de la cotización a 6% pospone el balance negativo por 30 años (2075) y el agotamiento de la reserva por 36 años (2090); por último un escenario que establece de manera gradual una prima media escalonada creciente asegura el equilibrio en todo el período. Las recomendaciones de la OIT son moderadas y flexibles por lo que pueden implantarse sin mucho problema y equilibrar el sistema al menos hasta 2095. Por otra parte, un estudio actuarial de los programas separados de funcionarios públicos y maestros en 2009 mostró déficit actuarial de 12% y 27% del PIB, respectivamente; reformas paramétricas en ambos sistemas endurecieron las condiciones de acceso y prestaciones (Delgado, 2024), pero no se conoce el impacto de las mismas en el equilibrio; no hay información sobre esto en los otros cuatro regímenes separados.

2.2. Sostenibilidad de los Sistemas de Pensiones Privados

2.2.1. Refutación del argumento que las pensiones privadas no confrontan problemas de sostenibilidad

Las reformas estructurales asumieron que el costo fiscal de la transición[9] sería substancialmente reducido y eventualmente eliminado en el largo plazo. Si bien dichas reformas revelan la deuda

[8] Además, hay un techo a la cotización que es muy bajo; 65% de los cotizantes tiene un salario mayor que el techo,

[9] El costo fiscal de la transición ocurre porque, al cerrarse el sistema público, todos sus asegurados dejan de contribuir al mismo y pasan sus aportes al sistema privado, mientras que la mayoría de las pensiones en curso de pago y las futuras (hasta que madura el sistema privado) resultan del sistema público. Además, generalmente, hay que reconocer las contribuciones hechas al sistema cerrado por los asegurados en el sistema privado (bono de reconocimiento). Lo anterior provoca un déficit financiado por el Estado que dura entre 35 y 60 años.

implícita de la pensión oculta en sistemas públicos,[10] la aseveración de que los costos fiscales de la transición eventualmente desaparecerán es cuestionable. Un equipo del BM advirtió que "la sostenibilidad fiscal está lejos de ser cierta" y que "el impacto de una reforma de pensiones sobre las percepciones de solvencia no es tan obvia como los modelos teóricos pretenden" (Gill, Packard y Yermo, 2005: 7, 44, 54). En los modelos substitutivos, la deuda implícita se hace totalmente visible porque se cierra el sistema, pero en los modelos mixto y paralelo no ocurre esto, porque queda un pilar público en el primero y un sistema público en competencia con el privado en el segundo. Los llamados "costos fiscales de la transición" al pasar del sistema público al privado, todos sufragados por el Estado, son: el "déficit operativo" que es el valor de las pensiones en curso de pago y obligaciones futuras del sistema público cerrado (que se queda con la mayoría de las pensiones, pero con pocos o no cotizantes); el reembolso de las cotizaciones aportadas al sistema público por los asegurados que se pasaron al privado ("bono de reconocimiento" en Chile, "certificado de traspaso" en El Salvador, etc.); el financiamiento de las pensiones mínimas y de las pensiones no contributivas, y el déficit del régimen de las fuerzas armadas. La desaparición de los dos primeros costos fiscales debe tomar 40-70 años, mientras que los tres últimos costos se proyectan que aumentarán.[11] Además, los costos fiscales reales han sido considerablemente mayores que los proyectados inicialmente, han tomado más tiempo que el anticipado y crecerán en los próximos años en la mayoría de los países. Contrario a las proyecciones originales del BM, el costo fiscal en ocho sistemas privados promedió 2,7% del PIB en 2001 (Mesa-Lago, 2007). Los costos de transición han tenido usualmente un impacto regresivo porque son financiados por la población mediante impuestos (especialmente el impuesto al consumo—IVA), que incluye a los pobres y otros no cubiertos por el sistema.[12] Las reformas estructurales de El Salvador, Perú y República Dominicana intentaron reducir los costos fiscales sacrificando ciertos derechos y prestaciones de asegurados y pensionistas. Los altos costos fiscales de la transición fueron determinantes en la anulación de la ley de reforma de Nicaragua, y en la posposición de los regímenes subsidiado y contributivo-subsidiado y el no otorgamiento del bono de reconocimiento en la República Dominicana (Mesa-Lago, 2007; Mesa-Lago y Bertranou, 2016).

Es importante una nota metodológica respecto a la deuda implícita en los sistemas públicos de reparto o de capitalización parcial colectiva (CPC). El concepto de la deuda implícita (una obligación creada cuando las prestaciones de pensiones son prometidas, pero no fondeadas) fue desarrollado por el BM en la década de los 90 y es una adaptación de los conceptos utilizados en el sector de seguros privados. El término puede definirse de dos maneras, según la primera, la deuda implícita de las pensiones equivale al valor presente de todas las futuras prestaciones de los pensionados presentes más los derechos adquiridos de los actuales asegurados, menos el monto de la reserva inicial del sistema de pensiones; esta definición es usada estrictamente en el seguro privado y fue adoptada por el BM (1994) como una justificación para reemplazar los sistemas públicos de pensiones por sistemas privados de capitalización individual como la única forma de equilibrar dichos sistemas a largo plazo. Según la segunda definición, la deuda implícita de las pensiones de seguridad social equivale al valor presente de todas las prestaciones de los pensionados actuales y futuros, menos el monto de la reserva inicial del sistema, *menos el valor de todas las contribuciones de los asegurados actuales y futuros a una tasa inicial de contribución constante*; esta definición sigue el enfoque de finanzas públicas y refleja los principios de solidaridad y financiamiento colectivo comprendidos en varias convenciones

[10] La deuda implícita es el valor presente de todas las obligaciones a largo plazo del sistema de reparto incluyendo el pago de las pensiones actuales y futuras.

[11] Los tres funcionarios del BM reconocieron que las reformas estructurales priorizaron el ahorro obligatorio en el régimen privado y descuidaron las pensiones asistenciales públicas para los pobres, por lo que recomendaron una reversión de sus políticas previas (Gill, Packard y Yermo, 2005).

[12] En países con cobertura baja, la mayoría de la población no asegurada financia en parte la cobertura de la minoría asegurada usualmente mediante impuestos al consumo que predominan en la región.

y recomendaciones de la OIT en el campo de la seguridad social (Guillion y otros, 2000). En este caso la deuda implícita sólo ocurre cuando el valor presente de todas las prestaciones futuras es mayor que el valor presente de todas las futuras contribuciones y sus intereses; si la tasa de contribución se incrementa de acuerdo con el gasto, o si dicho gasto se reduce a través de reformas paramétricas, la deuda implícita desaparece. El enfoque de la primera definición y del BM implica que no se harán ajustes paramétricos al sistema de pensiones por muchas décadas, lo cual es contrario a la experiencia histórica; en la práctica, todos los sistemas de pensiones de reparto o CPC son desarrollados sobre la premisa de que las tasas de contribuciones serán incrementadas en el futuro para emparejar el proceso gradual de maduración de dichos sistemas (Cichon, 2004). Los seguros privados de pensiones normalmente están fondeados ("fully funded") porque deben tener suficientes recursos para honrar sus obligaciones en caso de que la compañía de seguro o el plan ocupacional se disuelva. Los sistemas públicos de seguridad social son respaldados por una promesa de la sociedad que garantiza su liquidez y no requieren el mismo nivel de reservas que el seguro privado. De acuerdo con las guías actuariales de la AISS-OIT para seguridad social y las guías de la Asociación Internacional de Actuarios, el método de evaluación debe ser consistente con el modelo adoptado por el sistema, ya sea de reparto, CPC o fondeo completo (OIT, 2017). Una última observación, los sistemas de capitalización individual son conocidos como de "contribución definida" (CD) porque, teóricamente, su contribución no tiene que incrementarse en el tiempo, como en el caso de los sistemas de "beneficio definido (BD), pero luego veremos, que actualmente los sistemas de CD argumentan que para poder mantenerse tendrán que incrementar su contribución, como hacen los sistemas de BD.

Los reformadores estructurales y la FIAP han sostenido por muchos años que los sistemas públicos (no solo de reparto—como ellos generalizan—sino también de capitalización parcial colectiva), son insostenibles o inviables. Además, asumieron que los sistemas privados no serían afectados por el proceso del envejecimiento porque eliminaron las transferencias entre las generaciones, tienen cotización definida, y cada asegurado financia su propia pensión. Barr (2000) fue el primero en refutar que "los sistemas de capitalización individual aíslan a los pensionados de los cambios demográficos… no es un argumento fuerte para un cambio [de reparto] a capitalización". Este punto lo desarrollé hace 17 años sosteniendo que la esperanza de vida creciente (particularmente en los dos grupos más envejecidos) expandirá el período de longevidad de los jubilados por lo cual el fondo acumulado en la cuenta individual no será suficiente para financiar sus pensiones por un tiempo más prolongado y las tablas de mortalidad determinarán una reducción en el monto de las pensiones; además con la madurez del sistema privado, el número de retirados crecerá y extraerán sus fondos, a par de que los trabajadores contribuyentes disminuirán resultando en una merma del fondo acumulado. Para enfrentar estos problemas, será necesario incrementar la cotización de los sistemas privados o aumentar la edad de retiro o una combinación de ambos, al igual que en los sistemas públicos (Mesa-Lago, 2007: 131-132). La FIAP (2020: 8), acepta este último argumento: "el aumento de las expectativas de vida al jubilar, que no han sido acompañadas de incrementos en las edades legales de pensión… afectan negativamente tanto a los sistemas de capitalización individual como a los esquemas de reparto".

La FIAP (2017) insiste que "los sistemas basados en la capitalización individual …son los únicos mecanismos financieramente sostenibles para mejorar las pensiones de los trabajadores" opuesto a "los sistemas de reparto que *aún existen en algunos países del mundo*, que por razones demográficas [envejecimiento], no son sostenibles, como lo demuestran los cambios paramétricos que han debido efectuar [incremento en la edad de retiro y de las contribuciones] y los que todavía están en proceso de implementación, como así mismo los niveles de endeudamiento público…". Pero en la misma declaración, la FIAP admite mi argumento anterior:

> "[N]o obstante la sostenibilidad de los sistemas de capitalización individual, estos enfrentan el desafío del envejecimiento de la población, al tener que financiar a un número creciente de pensionados, por períodos cada vez más largos de tiempo. Para hacer frente a tal desafío es urgente aumentar las tasas de contribución y la edad de jubilación, a fin de ajustarlas a los mencionados cambios demográficos que se ha producido desde la creación de estos sistemas… con los cambios mencionados [ya citados en esta monografía], el sistema de cuentas individuales podrá brindar una efectiva protección a los trabajadores…" (FIAP, 2017).

Las dos citas anteriores merecen cuatro comentarios: a) La afirmación de que "los sistemas de reparto aún existen *en algunos países del mundo"* es refutada por la data sobre pensiones de vejez (también invalidez y sobrevivientes) de 183 países: 151 (82,5% del total) tienen sistemas de pensiones públicos de seguro social con reparto o CPC (incluyendo 34 en las Américas), mientras que sólo 32 (17,5%) tienen sistemas de capitalización individual, pero entre los últimos hay 23 que combinan los dos sistemas (modelos mixtos o paralelos), lo que deja 9 (4,9%) con sistemas puros de capitalización individual (modelo substitutivo) (AISS/US-SSA, 2020; OIT, 2020a). b) El sistema de capitalización individual ha tenido como característica fundamental "la contribución definida", es decir que es fija y no cambia en el tiempo, opuesta al sistema público de beneficio definido cuya contribución debe aumentarse en el tiempo debido al envejecimiento demográfico y la madurez del sistema previsional; después de casi 40 años de mantener dicha característica definitoria, FIAP ahora propone para salvar al sistema privado, aumentar la contribución que ya no será definida sino creciente como en el sistema público; esto además refuta la promesa de que el sistema privado reducirá las tasas contributivas. c) El argumento que el sistema privado protege mejor que el público respecto al envejecimiento es impugnado puesto que se necesita un incremento urgente de la contribución para compensar dicho envejecimiento. d) El sistema privado ofrecerá una efectiva protección a los trabajadores siempre que se hagan esos cambios cruciales, lo cual contradice la declaración de FIAP que dicho sistema es el "único sostenible financieramente", ya que debe hacer cambios similares en los parámetros como en el sistema público.

Por último, en 2008-2024 ocurrió un cambio fundamental: los sistemas privados puros (substitutivos) han sido reemplazados por sistemas mixtos (en cuatro o cinco países) o continúan siendo mixtos (en tres); estos sistemas en 2024 operaban en ocho países (de un total de diez), además de continuar el sistema paralelo público en otro país que estudia una reforma que podría convertirlo en mixto. Por todo ello, en virtualmente todos los países no existe sólo un sistema privado de capitalización individual porque hay un pilar o componente público. Esto implica que el argumento de que los sistemas privados no enfrentan problemas de sostenibilidad ya no funciona porque el pilar/componente público en los mismos—siguiendo el argumento del FIAP—confrontaría problemas financieros.

2.2.2. La Sostenibilidad del Pilar/Componente Público de los Sistemas Privados

La CEPAL ha publicado un estudio sobre siete de los diez sistemas privados (más Argentina) sobre el gasto del componente público de las pensiones relativo al PIB, los ritmos de crecimiento del gasto y del PIB, y algunas proyecciones del déficit financiero-actuarial (Cuadro 4).

Cuadro 4. Indicadores de Sostenibilidad Financiera del Componente Público en los Sistemas de Pensiones Privados en Siete Países, 2000-2017 y Proyecciones

Países	Gasto de Pensiones Públicas (% PIB)					Proyección gasto pensiones/ PIB (%)[a]	Grado de sosteni-bilidad financiera
	2000	2017	% de crecimiento real anual				
			Gasto Pensión	PIB	Pensión-PIB		
Costa Rica	4,9	7,3	6,6	4,1	2,5	Δ	Alta
Uruguay	11,4	10,7	2,8	3,3	-0,5	[c]	Moderada[e]
Colombia	1,9	4,5	9,2	4,0	5,2	4,5	Moderada
México	1,4	3,1	6,8	2,0	4,8	5,0	Moderada
El Salvador	2,1	2,7	3,7	2,2	1,5	[d]	Moderada
Chile	5,7	3,1	0,1	3,8	-3,7	2,2	Baja[f]
Perú	4,0	1,6	-0,5	5,1	-4,6	1,4	Baja
Promedio [b]	4,5	4,7	4,1	3,5	1,3		

[a] Entre 2025 y 2030. [b] Promedio simple (no ponderado) de los siete países. [c] No hay proyecciones. [d] El último estudio actuarial no hizo proyecciones. [e] También se clasifica como "superior" que parece más adecuado que "moderada." [f] También se clasifica como "media" que parece más adecuada que "baja."

Fuente: Basado en Arenas de Mesa, 2020.

El Cuadro 4 excluye los sistemas privados mixtos de Bolivia (que entonces era subsidiado) y Panamá, así como el sistema subsidiado de la República Dominicana que se considera ahora mixto por algunos expertos. La penúltima columna del Cuadro es incompleta porque no existe una proyección para 2025 o 2030 sobre el gasto de pensiones públicas/PIB en Costa Rica, El Salvador y Uruguay, así que no pudo obtenerse un promedio para los siete países; además, es casi imposible conseguir proyecciones sobre el déficit de las pensiones públicas. El Cuadro reproduce el orden de los países hecho por Arenas de Mesa (2020); en mi opinión este es un ejercicio pionero e importante, pero se necesita incluir a tres sistemas privados y a todos los sistemas públicos (salvo Argentina que está en el cuadro original), así como proyecciones sobre el gasto de pensiones en la mayoría de los países, a más del déficit actual y proyectado y una mayor precisión sobre cómo los indicadores determinan dicho ordenamiento. En el Cuadro 3 agregué otros indicadores clave que se usarán en el análisis de los países, mientras que en el Apéndice 2 se compila información adicional sobre el equilibrio financiero, resultados de estudios actuariales, relación de activos por un pasivo, año en que la reserva se agota, etc.

2.2.3. Chile

Chile fue el país pionero en la incepción del sistema de pensiones y se coloca entre los sistemas más maduros y entre los países más desarrollados. Ayuda al sostenimiento que sus edades de retiro son relativamente altas pero la de la mujer es menor que las de cuatro países—tres de ellos menos desarrollados—y los años de aportes son inferiores a los de siete países la mayoría de ellos menos desarrollados, la TR es inferior a la de los otros países en el grupo pionero y a tres en el grupo intermedio.[13] Por el contrario, su envejecimiento es avanzado, hay cuatro programas separados (entre ellos las fuerzas armadas que ofrece prestaciones generosas con un alto costo), todas las pensiones contributivas se ajustan mensualmente al IPC (anualmente las no contributivas) y tiene la segunda

[13] La TR calculada por el BID para toda la región en 2015 era de 38% (Altamirano y otros, 2018); la OECD (2023) la revisó a 38% en 2022, y la Superintendencia de Chile (SP, 2024) la calculó en 63% combinando la cuenta individual y la pensión garantizada universal (PGU), esta última es la que se utiliza en el texto.

cobertura de pasivos superior en la región. Esto explica que la tasa de contribución de 10% no solo es la más baja en el grupo pionero (la mitad del promedio de cotización en dicho grupo) sino también inferior a la tasa de todos los países del grupo intermedio, así como que su gasto de pensiones sea de 3,1% del PIB, el más bajo entre los países pioneros así como inferior a los de dos países intermedios y uno tardío. Sin embargo los costos de transición de la reforma estructural (financiamiento estatal de las pensiones del sistema cerrado, así como del bono de reconocimiento y pensión básica no contributiva) fueron muy altos al principio, cercanos al 6% del PIB, pero después de casi 40 años de la reforma, entre 2000 y 2017, dicho costo mermó a 3,1% del PIB, bajó a 2,8% en 2022 y se proyecta que disminuirá a 2,2% en 2030 (Arenas de Mesa, 2020; OECD, 2023). No obstante, se estima que dicho costo no desaparecerá hasta 2050, o sea, 70 años desde la reforma; el costo de la transición ha sido financiado por superávit fiscales anuales substanciales, lo que no ha ocurrido en otros países de la región. El costo de la re-reforma de 2008 fue de solo 0,7% y apuntaló la sostenibilidad financiera con la creación de un fondo de reserva para financiar las nuevas prestaciones, sometido a revisiones actuariales cada tres años (la primera revisión mostró que el sistema cumpliría sus obligaciones por lo menos hasta el año 2030), así como cada cinco años para evaluar los efectos de variables clave sobre las tasas de remplazo y necesidades financieras; un consejo consultivo supervisa la sostenibilidad fiscal de la re-reforma y estudia posibles modificaciones requeridas (Mesa-Lago y Bertranou, 2016; Mesa-Lago, 2020).

La Comisión Presidencial de Pensiones, establecida en 2014-2015 por Michele Bachelet en su segundo mandato, aprobó 56 recomendaciones por mayoría de votos, varias para aliviar problemas financieros: desarrollar nuevos instrumentos productivos de inversión nacional; elevar o suprimir el tope en el ingreso imponible para la cotización a fin de incrementar el ingreso y reducir el efecto regresivo; imponer a los empleadores una contribución del 4%; y aumentar las actuales sanciones bajas para empleadores que retienen las cotizaciones de sus trabajadores y no las transfieren a las AFP (El ministerio de hacienda estimó que el costo de implementar todas las recomendaciones sería 0,4% del PIB, bajo para todas las mejoras propuestas). También se crearía un Consejo Consultivo Previsional que revisaría periódicamente los parámetros del sistema y las tablas de mortalidad con la asistencia de una Unidad Técnica Actuarial en la Superintendencia de Pensiones, la Unidad tendría que hacer un estudio actuarial cada tres años para evaluar la sostenibilidad del componente público del nuevo sistema (Mesa-Lago y Bertranou, 2016). Infortunadamente, la ley no fue aprobada y otro proyecto (con solo unas pocas de las recomendaciones de la Comisión) durante la siguiente presidencia de Sebastián Piñera (incluyendo un aumento de 6 puntos en la cotización que pagaría el empleador) tampoco cuajó. El ministerio de hacienda (2020) estimó el costo de ese proyecto (incluyendo un aumento de las nuevas prestaciones solidarias en 2019, ver abajo) en 1% de PIB para 2032 (US$3.700 millones anuales). La inercia legislativa provocó demostraciones de un millón de personas en las ciudades de Chile en 2016 que rechazaban a las AFP y reclamaban la reforma; otra ola de demostraciones alcanzó tres millones de personas en 2019 y una de las principales demandas era la eliminación del sistema privado y de las AFP "No AFP" (Mesa-Lago, 2022b).

En 2019 se aprobaron varias modificaciones al Sistema de Pensiones Solidario que mejoran la suficiencia de las prestaciones (tanto de la pensión básica no contributiva como de la contributiva: aporte previsional solidario) todas ellas financiadas por el fisco. A comienzos de 2022, el parlamento aprobó el proyecto de ley que crea la Pensión Garantizada Universal (PGU), la cual reemplazó al Sistema de Pensiones Solidario y aumentó la cobertura al 90% de las personas mayores vulnerables de 65 años. Estas medidas convirtieron el antiguo sistema substitutivo en mixto, triplicaron la cobertura del sistema solidario, redujeron substancialmente la pobreza, mejoraron las pensiones contributivas, y reforzaron la solidaridad social y la equidad de género, pero subsisten problemas importantes. Bajo la actual presidencia de Gabriel Boric, una convención constituyente elaboró un proyecto de Constitución que reformaba profundamente el sistema de pensiones, eliminando las AFP por lo que el

sistema se convertía en quasi público, pero fue derrotado. Después el presidente sometió al parlamento un proyecto de re-reforma que agregaba una contribución de 6%, pagada por los empleadores, la mitad iría al componente solidario de reparto para expandir y mejorar las pensiones no contributivas y la otra mitad para mejorar las pensiones basadas en la capitalización. El proyecto fue aprobado por la Cámara; en julio de 2024, una comisión técnica del Senado llegó a algunos acuerdos sobre el proyecto, como el aumento de la cotización pero sin decidir su distribución, e incrementar el tope salarial imponible de manera gradual, pero rechazó hacer la cobertura de la PGU universal por lo que sigue focalizada en la pobreza (Molina, 2024).

El ministerio de hacienda hizo un estudio actuarial del proyecto de ley, estimando sus ingresos y egresos por un período de 75 años (de 2024 a 2100). Para apuntalar el equilibrio se incluyó un fondo basado en un préstamo al sistema integrado de pensiones (sistema contributivo), la PGU y otros programas, por la suma de US$8.000 millones, deuda que se iría pagando durante el período con los ingresos del sistema y sus intereses hasta saldarla. El informe concluye que el flujo de ingresos (más intereses) y egresos en todo el período es sustentable: en los primeros 20 años (2024-2044) los ingresos son muy superiores a los egresos, a esto seguiría un período de 11 años (2045-2056) en que los ingresos son mayores a los ingresos más intereses (generados por la acumulación de capital en 32 años y su rentabilidad) y finalmente en los últimos 43 años (2057-2100) los ingresos básicamente compensarían a los egresos (DIPRES, 2024).

2.2.4. Costa Rica

Ha ascendido del grupo intermedio al pionero que tiene los sistemas de pensiones más maduros y con mayor desarrollo humano, solo superada en el orden por tres países. Predominan los factores favorables al sostenimiento: el nivel de envejecimiento es "moderado-avanzado," por debajo de los cinco países más envejecidos de la región; la madurez del pilar de pensiones público es menor que la de esos cinco países; el sistema es relativamente unificado (no hay fuerzas armadas, pero subsiste el régimen especial del poder judicial, otros regímenes separados fueron cerrados); la combinación de la edad normal de retiro de 65 años para ambos sexos con 25 años de cotizaciones es la más estricta en la región (pero había retiro anticipado, ver abajo), y la cobertura de la población adulta mayor es inferior a la de ocho países. Por otra parte, la TR combinando los dos pilares es de 90% sobre los cuatro años de salarios más altos, la tercera mayor en la región; el régimen separado del poder judicial gozaba de prestaciones muy generosas (por ejemplo, una TR de 100% sobre los dos últimos años de salario) y es muy costoso; y la pensión se ajusta anualmente al costo de la vida. El predominio de factores positivos explica que la cotización sobre los salarios (13,2%) sea inferior a la de once países, incluso siete de los grupos intermedio y bajo. Los dos factores negativos eran: el retiro anticipado a los hombres con 62 años y a las mujeres con casi 60 años, con solo nueve años de cotizaciones, que generó muchas jubilaciones y un incremento substancial del gasto, así como el alto costo del régimen judicial.

El gasto de pensiones públicas relativo al PIB era 7,3% en 2017, el cuarto mayor después de Uruguay, Brasil y Argentina. Dicho gasto aumentó respecto a 2000; además, el crecimiento real anual del gasto superó al crecimiento del PIB en el período, mientras mermó en otros tres países. En 2022, el gasto aumentó a 7,7% del PIB (OCDE, 2023). La relación activos cotizantes por un pasivo era de 5 a uno en 2022, pero de 2,6 a uno en el poder judicial (CCSS, 2023). Por todo ello la CEPAL califica como "alta" la presión en la sostenibilidad del sistema costarricense, por encima de Uruguay y Chile (Arenas de Mesa, 2020).

Varios estudios actuariales (la mayoría siguiendo el enfoque estricto del Banco Mundial que no tiene en cuenta la posibilidad de ajustes en los parámetros (Durán, 2021) han proyectado desequilibrio y agotamiento de la reserva a corto plazo. Para hacerle frente se han implantado

reformas paramétricas: incremento de la cotización y desvío de ingresos de otra entidad, así como una propuesta para eliminar o reducir substancialmente el retiro anticipado (que tiene un alto costo), las que extenderían el equilibrio hasta 2035 (antes de ello hay que hacer otra reforma paramétrica).

En 2021, después de más de un año de estudios y consultas a los sectores involucrados con el objetivo de fomentar un consenso, la Junta Directiva del Seguro Social (CCSS) aprobó una Resolución para enfrentar el problema del retiro anticipado, así como otras medidas que apuntalan el fortalecimiento y sostenibilidad del pilar público del sistema mixto: a) eliminó el retiro anticipado para los hombres; b) lo mantuvo para las mujeres, pero aumentó la edad para obtenerlo de la actual que es 59 años y once meses a 63 años, así como 33,8 años de cotización, por lo que solo una pequeña proporción de mujeres con carreras salariales estables calificará; c) modificó el salario promedio de referencia (la base para aplicar la TR y calcular la pensión), del promedio salarial de los últimos 20 años (indexados a la inflación) al promedio de los 25 mejores años de salario (también indexados a la inflación) en toda la carrera contributiva; d) modificó el cálculo de la cuantía adicional de la pensión que se hace actualmente cuando se han aportado 20 años, agregando un 1% anual al salario de referencia, incrementándolo a 25 años, con lo cual reduce el incremento adicional, y e) las medidas anteriores comenzaron a aplicarse en 2023 (CCSS, 2021b). En julio de 2024 la CCSS tenía en proceso un nuevo estudio actuarial (Durán, 2024). El único régimen separado, el poder judicial, proyectaba su insolvencia para 2027, pero fue reformado en 2017: incrementando la edad de jubilación, reduciendo la TR, estableciendo un tope a las pensiones y aumentando la cotización de los empleados (CCSS, 2021a).

2.2.5. México

Se coloca en el tope superior del grupo intermedio respecto a la madurez del sistema y el desarrollo humano, pero es probable que con las re-reformas implementadas por el presidente Andrés Manuel López Obrador en 2019-2020 haya ascendido al primer grupo. Dichas reformas relajaron las condiciones de acceso y aumentaron considerablemente las prestaciones por lo que tuvieron un fuerte efecto social positivo y progresivo en la distribución, pero también aumentaron substancialmente el gasto y se debate su efecto en la sostenibilidad financiera-actuarial. Predominan los factores que afectan a la sostenibilidad: reducción de los años de aporte de 24 a 14,4 años, el tercero inferior en la región (solo 5% de los asegurados no recibirá una pensión); uno de los seis sistemas más segmentados y la mayoría de los regímenes separados probablemente son insostenibles;[14] uno de dos países con una pensión no contributiva universal (a todos los mayores de 68 años o 65 si son indígenas o afro-mexicanos), lo cual subirá la cobertura de 75% a cerca del 100% (superando a Bolivia); aumento en un promedio de 32% de la pensión mínima garantizada por el Estado; cambio del ajuste de las pensiones de discrecional al IPC; incremento del aporte estatal solidario ("cuota social") para mejorar las pensiones bajas, dicho aporte disminuye según aumenta el salario mínimo y después cesa (efecto progresivo); adición de un seguro de sobrevivencia financiado por el Estado que permite continuar el pago de la pensión mínima garantizada cuando se agota la cuenta individual del pensionado, además el Estado paga la diferencia para comprar una renta vitalicia, cuando la referida pensión sea menor a un salario mínimo y el beneficiario tenga 60 años de edad; y el derecho a los asegurados que estaban en el IMSS o en el ISSSTE al tiempo del retiro, a escoger entre la pensión que hubiesen recibido según la antigua fórmula de BD y la que le les tocaría con lo acumulado en la cuenta individual, la gran mayoría ha elegido la primera opción porque es más beneficiosa pero insostenible. Por el contrario,

[14] Existen más de 1,000 programas de pensiones contributivos y no contributivos incluyendo regímenes especiales para las fuerzas armadas, estados, múltiples organismos autónomos (petróleo, bancos estales, ministerio de hacienda, universidades públicas, etc.)—esto sin contar los regímenes municipales--muchos de estos programas gozan de prestaciones generosas, reciben subsidios fiscales, y probablemente la mayoría enfrenta déficit actuarial (véase, CONSAR, 2017; Azuara y otros, 2019; Ramírez López, 2019; Arenas de Mesa, 2020; Mesa-Lago 2020).

el envejecimiento es "moderado";[15] la edad de retiro (65 para ambos sexos) está entre las tres más altas; aunque la re-reforma proyecta aumentar la TR de 28% a 40% del salario, esta se coloca entre las tres más bajas en la región e inferior al mínimo de 45% estipulado por la OIT. La re-reforma aumentó gradualmente la contribución del empleador de 5.15% al 13,875%, según el salario base de cotización; no cambió la contribución del trabajador de 1,125%, y derogó la contribución del Estado Federal de 0,225%. Por tanto, la cotización total crece en 8,52 puntos porcentuales: de 6,5% a 15,2%, la novena superior en la región.

El gasto de pensiones (excluyendo parte de los regímenes especiales) creció de 1,4% a 3,1% del PIB entre 2000 y 2017, a una tasa real anual de 6,8% en el período, mientras que el PIB aumentó a una tasa real de 2%, o sea, un resultado de 4,8 puntos porcentuales más (el excedente promedio en siete países de la región fue de 1,3 puntos); se proyecta que el 90% de las pensiones se financiará con recursos públicos. El costo de la transición originalmente estimado en 0,4% del PIB subió a 1,5% en 2017, se proyectó que crecería a 3% en 2035 y tomaría 85% del gasto total en pensiones. El déficit actuarial como porcentaje del PIB, después de las reducciones que lograron las reformas de pensiones en el IMSS y en el ISSSTE (en 1997 y 2007, respectivamente) aun era considerable en el primero (44.1%) pero inferior en el segundo (23%). Estas proyecciones fueron hechas antes del aumento del gasto por la re-reforma y, por tanto, deberían ser mayores. Así, el Centro de Investigación Económica y Presupuestaria (CIEP), proyecta el costo total de pensiones a 6,5% en 2024 (Pérez Pacheco, 2021); los programas separados que afilian a una minoría de los jubilados tienen un costo fiscal de 2% del PIB y son financieramente insostenibles (Zaragoza, 2021). Antes de la re-reforma, la CEPAL clasificó la sostenibilidad financiera como "moderada" (Arenas de Mesa, 2020), pero después de aquella podría subir a "alta".

> Los resultados de la re-reforma serán monitoreados mediante una evaluación anual por CONSAR, así como una evaluación que deberá enviar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público después de diez años de aprobada la reforma (Secretaría de Hacienda y Crédito Público, 2020; Secretaría de Gobernación, 2020). Por otra parte, se ignora si se hizo un estudio actuarial previo o posterior a la re-reforma para validar el equilibrio entre las nuevas prestaciones y el incremento de la contribución de los empleadores y de la cuota social del Estado, combinados con la eliminación del aporte del último, así como para el pago de la pensión universal.

Hay predicciones diversas sobre el efecto de la reforma de 2021 en el gasto fiscal y la sostenibilidad financiera-actuarial. Según el Banco de México (2021): a) la eliminación de la contribución del Estado Federal del 0,225% compensará el aumento de la cuota social y generará un excedente fiscal de 5,2% del PIB entre 2023 y 2030; b) el costo del aumento en la pensión mínima garantizada inducirá un gasto fiscal de 9,1% del PIB entre 2021 y 2100, pero hasta 2045 será de 1,3%; c) en la opción que tienen los asegurados para escoger la pensión resultante entre el beneficio definido del sistema cerrado y las cuentas individuales, harán la primera pero el gobierno capturará el fondo acumulado en sus cuentas y el resultado neto será beneficioso para el Estado; y d) el impacto total de la reforma representará un costo fiscal de 0,3% del PIB de 2020 durante el período 2021-2100, pero un excedente de 4,6% del PIB para 2023 a 2045 y un costo fiscal de 5% del PIB para 2046 a 2100. Por el contrario, el CIEP considera que la re-reforma tendrá un costo fiscal más alto en el mediano y largo plazo debido al aumento del número de asegurados que accederá a la pensión mínima garantizada y al nuevo seguro de sobrevivencia (Pérez Pacheco, 2021). Por su parte, la OCDE

[15] A pesar de la calificación de envejecimiento "moderado" (Arenas de Mesa, 2020), el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024 proyecta que la esperanza de vida a los 65 años aumentará de 18,2 a 24 años entre 2020-2025 y 2090-2095, mientras que el segmento de mayor crecimiento será el de 65 y más años; por último, la relación del segmento productivo de 20 a 64 años respecto al segmento de 65 años y más se reducirá de 7,8 en 2019 a 3,5 en 2095 (Secretaría de Gobernación, 2020).

(2021: 42) denota dos impactos importantes en el sostenimiento, financiero derivado del alto nivel de la pensión mínima garantizada: Primero, a menores los retornos financieros futuros, mayor será el costo fiscal, el cual se hará visible sólo a lo largo del tiempo, porque el Estado financia la pensión mínima una vez que las cuentas individuales se agotan. Segundo, "las sanciones de alrededor de 1,3% por cada año de solicitar la pensión mínima antes de la edad legal de retiro, están lejos de tener neutralidad actuarial; ellas pueden incentivar el éxito temprano del mercado laboral y crear un costo neto para las finanzas públicas." Tercero, se alega por Escobar (2021) que los supuestos del estudio del Banco de México no son razonables porque: en el período de 80 años proyectado no hay certidumbre sobre el comportamiento de los salarios, el empleo y el crecimiento, a más de que 73% de los trabajadores se ubica en los salarios más bajos, y porque el supuesto beneficio de ahorro por la absorción de las cuentas individuales del Estado supondría que desaparecería el costo de transición del sistema cerrado.

2.2.6. Uruguay

El país con el sistema de pensiones más antiguo en la región; ordenado en el primer grupo con la mayor madurez de su sistema. Predominan los factores que afectan al sostenimiento: la segunda población más envejecida en la región; un sistema segmentado con seis programas separados con prestaciones generosas y costosas; a pesar de tener una de las expectativas de vida más altas de la región, la edad de retiro es de 60 años para ambos sexos, entre las más bajas, a niveles típicos de los países tardíos (Guatemala y Honduras tienen edades superiores); la octava TR más alta; ajuste automático de las pensiones al IPC; y la cuarta cobertura mayor de los pasivos. Solo un factor favorece el sostenimiento: se requieren 30 años de aportes, los mayores, iguales en otros dos países.

Debido a lo anterior, se estima que el gasto público de pensiones es el segundo superior en la región: alcanzó un cénit de 11,4% del PIB en 2000, supuestamente bajó a 10,7% en 2017 (por un cambio en el cálculo); y continuará creciendo en las próximas décadas. El pilar público históricamente ha experimentado un déficit que se calcula mermó de 6,1% del PIB en 1982 a 2,5% en 2004 y 0,9% en 2016, pero después creció a 2,2% en 2025 y 5,1% en 2070 (BPS, 2018, 2020; CESS, 2021a). La CEPAL clasifica el sostenimiento como "moderado" pero también como "superior" (Arenas de Mesa, 2020). Los estimados sobre el déficit relativo al PIB excluyen los aportes fiscales. El último estudio actuarial con cifras de 2020 y una proyección a 2100, nota que el sistema general del Banco de Previsión Social (BPS; excluye los regímenes militar y policial) tiene la "particularidad" que "la variable de ajuste en el sistema es la asistencia financiera del Estado. Por lo tanto, podemos considerar que las generaciones futuras estarán financiadas, es decir existirá un equilibrio entre los ingresos y las prestaciones …" (AEA, 2021: 9). Según dicho estudio, en 2020, el costo de las prestaciones en curso de pago más las prestaciones futuras fue de US$265.363 millones, mientras que los ingresos presentes y futuros para cubrir dicho costo proceden: 21% de las cotizaciones, 36% de parte del IVA (considerados "recursos propios") y 43% de las transferencias fiscales ("variable de ajuste"); el aporte fiscal total asciende a 79% de los ingresos y es de US$210.024 millones. El déficit actuarial en 2020 ascendería a 421,6% del PIB. Las conclusiones notan la "falta de transparencia del sistema" y una "redistribución de ingreso regresiva" ya que no todos los grabados por el IVA tienen acceso a los beneficios y ocurre "una transferencia de la sociedad en su conjunto, porque las cotizaciones que inicialmente estaban a cargo de los empresarios y trabajadores se sustituyeron por impuestos generales" y trasferencias fiscales (AEA, 2021: 17). Según Saldaín (2024) el sistema carece de reservas desde fines de la década de los 70s.

En 2020 se creó una comisión de expertos para reformar el sistema de pensiones, tanto el pilar público como el privado; el estudio confirmó los problemas de sostenimiento citados y emitió recomendaciones (CESS, 2021a), la mayoría aprobada por el parlamento (Ley No. 20130, 2023):

Mantiene el sistema mixto, aunque modificándolo para intentar reforzar el sostenimiento a par de universalizar la cobertura no contributiva y contributiva haciéndolas universales, y protege las prestaciones esenciales. Establece el "Sistema Previsional Común" que abarca a todos los que ingresan en el mercado laboral desde 2023 en los seis regímenes separados (excluyendo temporalmente al notarial que es muy pequeño); a partir de 2023 inicia un proceso de convergencia que acaba en 2043, cuando todos los regímenes tendrán las mismas normas. Crea una nueva combinación de cuatro pilares: a) pilar "cero" de ingreso mínimo garantizado ("suplemento solidario"), focalizado en los grupos de menor ingreso y financiado por el Estado; el suplemento disminuye según crece el monto jubilatorio y desaparece cuando llega a un tope; mantiene la pensión no contributiva con prueba de ingresos para los pobres y aquellos no cubiertos por el pilar cero; b) pilar 1 de reparto basado en transferencias inter-generacionales y aportes fiscales; este pilar se corresponde con el actual pilar público del sistema mixto, pero procura mejorar la relación entre contribución y monto de la prestación mediante una "tasa de adquisición de derechos" que aumenta en un rango porcentual por cada año de aporte; c) pilar 2 complementario de ahorro individual obligatorio, bajo regulación legal y supervisión estatal (este pilar se corresponde con el actual pilar privado, con modificaciones); d) pilar 3 de capitalización individual de carácter voluntario. A partir de 2041, aumenta gradualmente la edad de retiro de 60 a 65 años, mientras que reduce los años de aporte de 30 a 15, ambos basados en la edad del asegurado. Calcula la TR basada en el pilar 1, más el ahorro acumulado en el pilar 2. Ajusta todas las pensiones por el índice medio de salarios. Crea una Unidad Reguladora y de Supervisión autónoma y monitoreo de todo el sistema incluyendo a los seis regímenes separados. Mantiene la alta cotización actual, pero la aumenta en los regímenes separados que tienen aportes más bajos (Saldaín y Martínez, 2023).

Previa a la ley de reforma se hizo un estudio actuarial que incluyó al BPS y otros regímenes separados: la bancaria y la de profesionales agotan sus reservas en 2024 (Saldaín, 2024). La Comisión proyectó el impacto potencial de la reforma sobre el gasto de pensiones y el equilibrio en 2030-2090 con tres escenarios que varían según los parámetros usados: en el escenario base (sin reforma) el déficit crece de 1,13% a 4,26% del PIB, mientras que en los dos escenarios con reforma el déficit también sube, pero se reduce substancialmente de 0,99% a 2,92% y de 0,82% a 1,06% (CESS, 2021b). Se asume que los cálculos del déficit excluyen los aportes fiscales.

Está previsto que en octubre de 2024 se someta a la población un plebiscito de reforma constitucional que reemplace el sistema mixto recién reformado por un sistema público, cierre el pilar de capitalización individual obligatorio, pase a todos sus afiliados al sistema público, prohíba la capitalización individual y las AFP (como en Argentina), y restablezca la edad de retiro de 60 años para ambos sexos, todo lo cual aumentará el costo (Saldaín y Martínez, 2024). Al tiempo de terminar este artículo no se había efectuado la votación.

3. CONCLUSIONES

Hace más de tres décadas, en mi segundo libro sobre la seguridad social en América Latina, cuando la enorme mayoría de la región tenía sistemas públicos de pensiones de beneficio definido (BD), demostré que estos seguían una trayectoria común: a más desarrollado el país, mayor madurez de su sistema pensional y mejores prestaciones, más difícil se hacía su sostenimiento financiero (Mesa-Lago, 1989). El presente artículo muestra con abundante evidencia y pocas excepciones, que los países con el menor índice de desarrollo humano, tienen actualmente sistemas públicos en el grupo tercero de los "tardíos" (los últimos en establecer sus sistemas y, por tanto, la madurez menor), también son los menos envejecidos (la menor proporción de la población adulta mayor sobre la población total), otorgan las prestaciones más magras en el sistema contributivo y ostentan la cobertura inferior de los pasivos por pensiones no contributivas (o carecen de ella), por lo cual exhiben un gasto de

pensiones relativo al PIB "bajo," su cotización tiende a ser menor, gozan de un superávit en el balance financiero (ingresos menos egresos), reservas crecientes y la tasa inferior de activos por un pasivo, por todo lo cual su sostenimiento financiero es más fuerte (por ejemplo, Honduras, Guatemala, Ecuador y Paraguay—los dos últimos en el grupo intermedio). Por el contrario, los países con el mayor índice de desarrollo humano tienen sus sistemas de pensiones en el grupo "pionero" (los primeros en implantar sus sistemas y, por tanto, la madurez mayor), son los más envejecidos (la mayor proporción de la población adulta mayor relativa a la población total), otorgan las prestaciones contributivas más generosas y ostentan la mayor cobertura de los pasivos por pensiones no contributivas, pero también las condiciones de acceso más estrictas (mayores edades de retiro y período de aportaciones), por lo cual su cotización es más alta y el gasto de pensiones relativo al PIB es el mayor ("alto"), sus gastos pensionales tienden a ser mayores que sus ingresos y enfrentan un déficit actuarial a largo plazo que en la mayoría de ellos demanda transferencias fiscales crecientes, carecen de reserva o esta es exigua, y la tasa de activos por un pasivo es la menor; por todo ello, enfrentan un nivel de sostenimiento más débil (por ejemplo, Argentina, Uruguay, Cuba y Brasil). Los países de grupo intermedio se encuentran a mitad del camino entre los grupos tardío y pionero. Parece haber una disyuntiva entre mejores prestaciones y menor sostenimiento o viceversa; el nudo gordiano es cómo escapar a dicha trampa.

En las décadas de los 80s, 90s y comienzo del siglo XXI, se sostuvo que la privatización de las pensiones (el cambio a sistemas de contribución definida—CD) resolvería la disyuntiva planteada y se hicieron una serie de promesas doradas para incitar a dicha reforma estructural con el apoyo técnico y financiero del Banco Mundial y otros organismos financieros internacionales y regionales. Mis trabajos anteriores (Mesa-Lago, 2020, 2022b) y este han probado con amplia evidencia (y ha sido admitido por FIAP) que las referidas promesas no se han cumplido, y que estos sistemas no son inmunes al envejecimiento, porque el alza de la expectativa de vida expande los años que las pensiones privadas deben pagarse a los asegurados, lo cual requiere un incremento en la cotización o en la edad de retiro o ambas. Más aún, al pretendido sostenimiento superior de los sistemas de CD sobre los de BD (porque se aduce que los asegurados financian su propia pensión, pero a su vez transforma el riesgo colectivo en individual), se contraponen prestaciones magras, o sea, que no han logrado desatar el nudo gordiano. En 2018-2019, demostraciones millonarias en Chile, el país pionero en la reforma privatizadora, demandaron el cierre del sistema de capitalización e incitaron el movimiento "No AFP" que dio al traste con el gobierno conservador, pero el cambio a un gobierno de izquierda que está ahora en el poder, no ha logrado pasar la re-reforma prometida.

Los intentos en países de América Latina y de Europa, independiente de su ideología y desarrollo económico, de hacer más estrictas las condiciones de acceso y las prestaciones (por ejemplo, aumento de la edad o de la cotización, reducción del monto de las pensiones) para apuntalar la sostenibilidad, han provocado manifestaciones millonarias de protesta que han logrado desplazar o debilitar a los gobiernos que proponen las reformas. El caso más reciente es el de Francia, donde en 2022-2023 el gobierno conservador-moderado de Emmanuel Macron intentó incrementar la edad de retiro de 62 años—excesivamente baja respecto a la expectativa de vida—a 64 años, provocando uno de los movimientos sociales más fuertes en la historia política reciente de dicho país. Iguales motines ocurrieron en Grecia en 2016 cuando el gobierno de izquierda del primer ministro Alexis Tsipras trató de incrementar las cotizaciones y reducir las pensiones, lo que le costó su puesto. Por otra parte, en 2018 el gobierno marxista de Daniel Ortega en Nicaragua, uno de los países menos desarrollados en América Latina, intentó aumentar la cotización (que ya era una de las más altas en la región) y reducir las pensiones, lo cual indujo demostraciones masivas (las más nutridas bajo su régimen) que luego intentaron derrocar al gobierno y este las reprimió sangrientamente; el gobierno retiró el decreto para apaciguar la situación, pero luego lo reintrodujo en 2019, de manera aún más estricta (Mesa-Lago, 2023). Por último, incitada por la pandemia y las fallas del sistema privado, en varios países (especialmente en Perú y en Chile) se aprobaron sucesivas extracciones de la cuenta individual

para hacer frente a necesidades emergentes, que fueron usadas para el consumo, y debilitaron el sostenimiento y el monto de las pensiones futuras.

Entre las soluciones propuestas a la disyuntiva planteada, está la expansión en virtualmente toda América Latina, de las pensiones no contributivas, la cual ha sido respaldada por organismos de diversa orientación, como la OIT y la CEPAL de una parte y el Banco Mundial y el BID de la otra. Esta propuesta resultó del hecho que la cobertura de la PEA por las pensiones contributivas (ya sean de BD o CD) no logró, como se había prometido, extender la cobertura en los países menos desarrollados, en buena medida debido a la informalidad. Estas pensiones han reducido la indigencia y en algunos casos la pobreza, pero el nivel de las pensiones suele ser muy bajo; además han ampliado la brecha entre los grupos de ingreso en la población: la clase media (en el sector formal) cubierta por las pensiones contributivas y los pobres por la pensión no contributiva.

Este artículo también demuestra el movimiento en la región del sistema de capitalización individual puro (sustitutivo) al sistema mixto, ahora predominante, que combina un pilar público solidario y un pilar de capitalización individual, con diversos grados de importancia según los países, complementado por un pilar "cero" de pensiones no contributivas. A medida que el componente/pilar público se ha incorporado a virtualmente todos los sistemas privados, los principios de cobertura, suficiencia, solidaridad social y equidad de género han mejorado, pero el sostenimiento puede ser un problema. Por otra parte, el pilar/componente de capitalización y las administradoras del mismo han sido sometidas a reformas de los gobiernos a fin de promover la competencia (incluyendo una AFP estatal), así como reducir las comisiones y ganancias de aquellas. La necesidad de un diálogo social y de estudios actuariales previos a cualquier reforma deben ser condiciones esenciales para garantizar la estabilidad política y financiera de los cambios que mejoran los principios de la seguridad social (Mesa-Lago, 2022b). Este enfoque multipilar, ajustado a las peculiaridades y necesidades de cada país, podría ser una respuesta a la disyuntiva y parece estar apoyado por la OIT y la CEPAL, así como el Banco Mundial y el BID, quizás indicando una cierta convergencia entre puntos de vista diversos.

Termino con un planteamiento personal: los académicos en los EE.UU. (incluyéndome) están protegidos por un sistema de CD que complementa con creces a la prestación básica del sistema público federal de pensiones de BD. Por otra parte, los funcionarios de organismos internaciones tienen planes de BD o CD que pagan pensiones muy generosas. De estos dos tipos de entidades surgen las ideas que apoyan/critican los dos modelos de pensiones opuestos, pero tanto unos como otros reciben pensiones muy superiores al resto de la población. Desde un punto de vista moral, debemos reconocer esa desigualdad y atemperar nuestras posiciones con mayor objetividad y equidad, en beneficio de los menos favorecidos en nuestras sociedades.

Apéndice 1. Resumen de la Situación Financiera-Actuarial de los Sistemas Públicos 2020-2022

Países	Balance Financiero (I-E) /PIB (%)	Reserva/ PIB (%)	Tasa activo/ pasivo	Gasto pen- sión/ PIB (%)	Proyección déficit/PIB (%)	Año reserva se agota	Ultimo estu- dio actuarial
Argentina	-3,7% 2022	No hay cifras	1,3	12,8	3,1/3,9% 2022	-3,3% 2022 No hay reserva	2023
Brasil	-4,9% 2022 todo el sistema	No hay reserva	1,8	12,4	10,4% 2100 Solo RGPS	No hay reserva	2023
Cuba	-8,4% 2020↑[a]	No hay reserva	2,7	9,0[a]	3% en 2020	No hay reserva	1973[f]
Ecuador	+0,2% 2020	+9,2% 2020↓	6,4	4,9	121% en 2056	2025 a 2055[c]	2020
Guatemala	+0,1% 2022↑	+31% 2022	7,5	0,6 a 1,2	No disponible	2033	2020
Honduras	+0,5% 2022↑	+4,9% 2021	14,1	1,3	2045 a ninguno[d]	2054 a 2090[d]	2022
Nicaragua	-0.4% 2022↑	-0,1% 2022	9,7	4,0	No hay cifras	202032	2017[g]
Paraguay	-0,4% 2020↓	5,6% 2020	10,7	1,8	-1,5% 2100	2038 a 2058[e]	2021
Venezuela	Déficit 99% 2024	No hay reserva	3,4[b]	No hay cifras	No hay cifras	Se agotó circa 2018	Se desconoce

[a] La altísima inflación a partir de 2021 distorsiona los cálculos del PIB después, pero el déficit crece. [b] Relación de dependencia, proyección de la ONU a 2020. [c] De acuerdo con diversos estudios actuariales (IESS, 2020a,2020b; OIT, 2020b). [d] Escenario base (sin cambio) y cinco escenarios con reformas. [e] De acuerdo a diversos escenarios. [f] En 1999 se hicieron proyecciones por la OIT, no un estudio actuarial y se necesita uno. [g] No se ha logrado obtener estudios actuariales desde 2017.

Fuente: Argentina de Cetrángolo y Grushka, 2020, Bertin y Belliard, 2023; Brasil de Ansiliero y otros, 2023, Secretaria, 2023, Servidores, 2023, IPEA, 2024; Cuba de Mesa-Lago, Moreno y Kay, 2022, ONEI, 2023; Ecuador de OIT, 2020a; Casali, 2021, Constante, 2024, IESS, 2024; Guatemala de IGSS, 2023, 2024a; Honduras de IHSS 2021, OIT 2023, Robles, 2024; Nicaragua de Mesa-Lago, Ruiz, Acevedo y Santamaría, 2020, INSS 2023; Paraguay de IPS, 2021, 2024; Venezuela de Díaz, 2018, 2019, 2024, Villasmil, 2021, Aponte, 2023; costo de pensiones como porcentaje del PIB de Arenas, 2020, OIT, 2021, con excepciones en varios países.

Apéndice 2. Resumen de la Situación Financiera-Actuarial del Pilar/Componente Público de los Sistemas Privados Reformados, 2021-2022

Países	Público	Situación financiero-actuarial					Fecha último estudio actuarial; necesidad de otro
		Déficit financiero	Tasa A/P	Gasto pension % PIB[a]	Proyección deficit	Año reserva se agota	
Bolivia	Pilar	0,4% PIB	3,7↓	3,8	2031		Se hizo 2015. Sí
Chile	Componente	[e]		3,1	[e]	No hay reserva	Balances periódicos cada 3 años
Colombia	Sistema paralelo[b]	Probable	Lora	4,5	Se ignora	Se ignora	No se ha hecho. Sí
Costa Rica	Pilar	No	5,0↓	7,3	Balance hasta 2035		Reforma paramétrica 2021. Sí antes de 2035
El Salvador	Componente	Sí	Rivera	2,7	CGS 2027	2000-2022	Se hizo 2018. Sí
México	Componente	Se ignora		3,1	Debate	Se ignora	No se hizo. Si
Panamá	Subsistema público[c]	1,5% PIB	1,5↓	3,1	Se ignora	2024-2025	OIT 2022 con cifras de 2019
Perú	Sistema paralelo	Probable		1,6	Se ignora	Se ignora	Si
R. Dominicana	Pequeño componente[d]	Probable		0,3	Se ignora	Se ignora	No hay. Si
Uruguay	Pilar	79% del gasto	1,8↓	10,7	422% PIB 2020-90	No hay reserva	Periódico, último 2020

[a] Gasto total de pensiones, no hay información homóloga desagregada del gasto del pilar/componente/ sistema público. [b] Se convirtió en mixto en 2024 pero se carece de cifras. [c] El subsistema cerrado de BD es muy superior aunque declinante en el componente público del sistema mixto. [d] Un pequeño componente público de pensión no contributiva comenzó en 2019 con un plan piloto. [e] El componente solidario se financia totalmente por el Estado; una propuesta del gobierno actual que expande substancialmente el componente público se encontró actuarialmente que era financiable en el largo plazo..

Fuentes: Mesa-Lago, 2020; Bolivia de Bonadona, 2024; Chile de Bentacor, 2020; Colombia de Azuero, 2020, Clavijo, 2024, Lora, 2024; Costa Rica de Pacheco, Elizondo y Pacheco, 2020, CCSS, 2020, Durán, 2024; El Salvador de Mesa-Lago y Rivera, 2020, Mesa-Lago y Delgado, 2023, Riviera, 2014; México de Villareal y Macías, 2020, Mesa-Lago, 2022a, Ramírez, 2024; Panamá de OIT, 2022b; Perú de Bernal Lobato, 2020, Cruz-Saco, 2024; República Dominicana de Guerrero, 2022, 2024, Pérez Montas, 2022, Pichardo; 2024; Uruguay de Lorenzo, 2020, Saldaín, 2024.

4. BIBLIOGRAFÍA

Altamirano Á. y otros: *Presente y futuro de las pensiones en América Latina y el Caribe,* Washington D.C., BID, 2018

Ansiliero, G. y otros: *Beneficiômetro de seguridade social: Um panorama da previdência social brasileira a partir de indicadores clásicos,* Río de Janeiro, No. 2941, 2023.

Aponte, C.: "Las pensiones de vejez en emergencia: Venezuela 2015-2020," *Convite AC,* Caracas, julio 2020.

Arenas de Mesa, A.: *Los sistemas de pensiones en América Latina: Institucionalidad, gasto p*úblico y *sostenibilidad financiera en tiempos del COVID-19,* Santiago, CEPAL LC/TS.2020/99, 2020).

Arenas de Mesa, A. y Robles, C. [eds], *Sistemas de pensiones no contributivos en América Latina y el Caribe: Avanzar en solidaridad con sostenibilidad,* Santiago, CEPAL LC/PUB.2024/6-P, No 164, 2024.

Arévalo, L. F. : Información proporcionada al autor, Ciudad Guatemala, IGSS Departamento Actuarial y de Estadísticas, abril y junio 2024.

Asesoría Económica y Actuarial—AEA: "Balance Actuarial del Sistema Contributivo Administrado por el Banco de Previsión Social," *Comentarios de Seguridad Social*, No. 71, enero 2021.

Asociación Internacional de la Seguridad Social/U.S. Social Security Administration—AISS/US-SSA: *Social security programs throughout the world 2019,* Washington D.C., 2020.

Azuara, O. y otros: *Diagnóstico del sistema de pensiones mexicano y opciones para reformarlo,* Washington D.C., BID, 2019.

Azuero, F.: *El sistema de pensiones en Colombia: Institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera,* Santiago, CEPAL, LC/TS.2020/66, 2020.

Banco Central de Nicaragua—BCN: *Informe Anual 2022,* Managua, 2023.

Banco de México: "La reforma del sistema de pensiones en México: Posibles efectos sobre las jubilaciones, la dinámica del ahorro obligatorio y las finanzas públicas," *Informe Trimestral*, Ciudad México, octubre-diciembre 2020, 2021

Banco de Previsión Social—BPS: *Banco de Previsión Social: Pasado, presente y futuro*, Montevideo, 2018.

_____: *Boletín Estadístico*, Montevideo, 2020.

Banco Mundial—BM: *Envejecimiento sin crisis,* Washington D.C., 1994.

Barr, N.: *Reforming pensions: Myths, truths, and policy choices,* Washington D.C., FMI Working Paper 139, 2002.

Bentancor, A.: *El sistema de pensiones en Chile: Institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera,* Santiago, CEPAL: LC/TS.2020/61, 2020.

Bernal Lobato, N.: *El sistema de pensiones en Perú: Institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera,* Santiago, CEPAL: LC/TS.2020/64, 2020.

Bertin, H. y Belliard, M.: *Proyecciones actuariales y financieras del SIPA, 2022-2010: Escenario base y escenario de reformas, diciembre 2023,* Buenos Aires, ASAP, 2023.

Bonadona, A.: Información actualizada al autor sobre indicadores del sistema de pensiones de Bolivia, La Paz, 21 abril, 3 mayo y 11 julio, 2024.

Caja Costarricense de Seguro Social—CCSS: Propuesta de fortalecimiento y sostenibilidad del seguro de IVM, San José, Equipo Interno Especializado, 2021a.

_____: Resolución SJD-1572-2021, San José, 13 agosto, 2021b.

Caja Costarricense de Seguro Social—CCSS: "Relación Fuerza de trabajo cotizante por beneficiario, 2022," San José: Dirección Actuarial y Estadística, 2023.

Caja de Seguro Social—CSS: Info*rme actuarial del régimen de invalidez, vejez y muerte de la Caja de Seguro Social*, *2019,* Ciudad Panamá, junio, 2020.

Casalí, P.: Información al autor sobre el sistema de pensiones de Ecuador, Quito, 2021.

Centrángolo, O.: Información al autor sobre el sistema argentino de pensiones, Buenos Aires, 30 julio, 30 agosto, 2024.

Centrángolo, O. y Grushka, C.: "El sistema de pensiones en Argentina: Institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera," Santiago, CEPAL, Serie Macroeconomía del Desarrollo, No. 208 LC/TS.2020/65, C. 2020.

Cichon, M.: *Approaching a common denominator? An interim assessment of World Bank and ILO positions on pensions,* Ginebra, OIT, 2004.

Clavijo, S.: "Fiscal and Labor Effects of the Pension Reform in Colombia (2024-2100)", Bogotá, W Paper del SSRN. 2024. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4873391.

Colina, H.: Cálculo de la tasa bruta de remplazo de Cuba, 2000-2020, La Habana, 19 julio, 2021.

Comisión de Expertos en Seguridad Social—CESS: *Insumo para el informe de recomendaciones para la reforma del sistema previsional,* Montevideo, Documento de Trabajo, octubre, 2021a.

_____: *Informe de recomendaciones aprobado por la Comisión de Expertos en Seguridad Social designada por el gobierno,* Montevideo, 15 de noviembre, 2021b.

Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro—CONSAR: *Información Estadística,* Ciudad México, 2017, 2020, 2021. htpps://www.consar.gob.mx/

Constante, F.: Información al autor del sistema de pensiones de Ecuador, Quito, 31 julio, 2024.

Cruz-Saco, M. A.: Información al autor sobre el sistema de pensiones de Perú, Lima, 5 mayo, 2024.

Delgado, M.: "Oportunidades y opciones para la creación de un sistema no contributivo en Honduras," Santiago, CEPAL, 2024.

Delgado, M., Figueroa, N. y Vila, J. I. y: "República Dominicana: Avances y desafíos en la implementación del sistema de pensiones no contributivo," en Arenas de Mesa, A. y Robles, C. [eds.] 2024, pp. 265-297.

Díaz, L. E.: *El derecho a la protección social en Venezuela,* Caracas, 2018.

_____: "Transformaciones de la seguridad social en Venezuela en las dos últimas décadas y su actual situación," *XLIV Jornadas José Domingo Escovar derecho del trabajo y crisis económica,* Caracas, 4-6 abril, 2019.

_____: Información al autor sobre el sistema de pensiones de Venezuela, Caracas, 13 junio y 1-2 julio, 2024.

Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda—DIPRES: *Estudio sobre tasas de reemplazo en el sistema de pensiones chileno y sus proyecciones bajo distintos escenarios*, Santiago, 22 enero, 2024.

Durán, F.: "Tendencias mundiales en las reformas de pensiones y el modelo multipilar de pensiones de la OIT," Foro Virtual de la CSS, Evaluación de 40 años de privatización de las pensiones en América Latina y las tendencias de las nuevas reformas, OIT, marzo 2021.

Durán, F.: Información al autor sobre sistemas públicos, especialmente de Honduras (San José), 13 mayo y 17 julio, 2024.

Escobar, S.: "Los sistemas privados de pensiones y el modelo multipilar de pensiones de la OIT," Seminario de la Fundación Friedrich Ebert, Ciudad México, 9 octubre, 2021.

Faz, F.: Información al autor de los regímenes de pensiones de Brasil, Brasilia, IPEA, 14 agosto, 2024.

Federación Internacional de Administradoras de Fondos de Pensiones [Privadas]—FIAP: "Declaración de la FIAP- XXI Asamblea Anual, Ciudad de México," *Informativo FIAP*, No. 50, noviembre, 2017.

_____: *Reversiones: Mientras Europa avanza hacia la capitalización individual, en América Latina algunos proponen volver al reparto,* Santiago, septiembre, 2020.

_____: *Reformas paramétricas en los programas de pensiones p*úblicos de *reparto: 1995-diciembre 2023,* Santiago, 2024a.

_____ : *Marcha de los sistemas de pensiones: febrero 2024-marzo 2024,* Santiago, 2024b.

Gill, I., Packard, T. y Yermo, J.: *Keeping the promise of social security in Latin America,*Washington D.C., Banco Mundial, 2005.

Guerrero, J. A.: "Fondo de solidaridad (FSS) en República Dominicana: Entre la suficiencia y la sostenibilidad de la prestación por vejez del régimen contributivo," Santo Domingo, OISS, 2022.

_____: Información proporcionada al autor sobre Fondo de Solidaridad Social, Santo Domingo, 19 julio, 2024.

Guillion, C., y otros, *Social security pensions: Development and reform,* Ginebra, OIT, 2000.

Instituto de Pesquisa Económica Aplicada—IPEA: Coordenção de Previdência, Brasilia, 2024 www. Beneficiometro-Brazil-Social-Security.xlsx

Instituto de Previsión Social—IPS: "IPS Ingresos y egresos 2017," Asunción, IPS, 2017.

_____ : *Studies and actuarial projection of the Instituto de Prevision Social pension scheme 2018-2100 executive summary,* Asunción, 2018.

_____: *Estudios y proyecciones actuariales del régimen de jubilaciones y pensiones 2021-2100 del Instituto de Previsión Social,* Asunción, Asesoría Actuarial-año 2021, 2021.

_____: *Boletín Informativo*, Asunción, No. 158, 2024.

Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social—IESS: *Evaluación actuarial del fondo de seguro de invalidez, vejez y muerte,* Quito, Dirección Actuarial y de Investigación Estadística, 2020a.

_____: *Evaluación, análisis, revisión y aprobación de la valuación actuarial del seguro general de invalidez, vejez y muerte del Seguro Social Obligatorio. Informe final,* Quito: Risko Actuarios, 2020b.

_____: Información al autor sobre el sistema de pensiones de Ecuador, Quito, Departamento Actuarial, 2024.

Instituto Guatemalteco de Seguridad Social—IGSS: *Informe anual de labores 2022, 2023,* Ciudad Guatemala, IGSS, 2023, 2024a.

_____: *IGSS en cifras 2023,* Ciudad Guatemala, Departamento Actuarial y Estadístico, 2024b.

_____: *Portafolio de inversiones,* Ciudad Guatemala, Departamento de Inversiones, 2024c.

Instituto Hondureño de Seguridad Social—IHSS: Información al autor, Tegucigalpa, IHSS, 2021.

Instituto Nicaragüense de Seguridad Social—INSS: *Anuario estadístico 2006 a 2022,* Managua, División Nacional de Estudios Económicos, 2007 a 2023.

Lora, E.: Información al autor sobre el sistema de pensiones de Colombia, Bogotá, 13 mayo y 1 julio, 2024.

Lorenzo, F.: *El sistema de pensiones en Uruguay: Institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera,* Santiago, CEPAL: LC/TS.2020/60, 2020.

Melinsky, E.: *Informe Valuación Actuarial Decreto 787-2017*, San Salvador, 16 febrero, 2018.

Mesa-Lago, C.: *El desarrollo de la seguridad social en América Latina,* Santiago, Estudios e Informes de la CEPAL, LC/G.1334, 1985.

_____: *Ascent to bankruptcy: Social security financing and development in Latin America*, University of Pittsburgh Press, 1989.

_____: *Reassembling social security: A survey of pensions and healthcare reforms in Latin America,* Oxford University Press, 2007.

_____*: Evaluación de cuatro décadas de privatización de pensiones en América Latina (1980-2020): Promesas y realidades,* Ciudad México: Fundación Friedrich Ebert, 2020.

_____: "Desempeño de pensiones privatizadas en América Latina, 1980-2020: El caso de México," *El Trimestre Económico*, No. 355, julio-septiembre, 2022a, pp. 755-794.

_____: *Pensiones de capitalización individual en América Latina: Efectos, reformas, impacto del Covid-19 y propuestas de políticas,* Santiago, CEPAL, Políticas Sociales No. 242, LC/TS.2022/99, 2022b.

_____: "¿Es justificada la insurrección por las pensiones en Francia?," *Letras Libres,* Ciudad México, 17 enero, 2023.

_____: "Un siglo de pensiones públicas en América Latina," Ciudad México, Friedrich Ebert Stiftung, en preparación.

Mesa-Lago, C. y Bertranou, F.: "Pension reforms in Chile and social security principles, 1981-2015," *International Social Security Review,* 69: 1, 2016, pp. 25-45.

Mesa-Lago, C. y Rivera, M. E.: *Sistema de pensiones de El Salvador: Institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera,* Santiago, CEPAL No. 2009 LC/TS.2020/66, 2020.

Mesa-Lago, C., Ruiz, M. I., Acevedo, A. y Santamaría, S.: *La seguridad social en Nicaragua: Diagnóstico y recomendaciones para su reforma,* Managua, Instituto Nicaragüense de Investigaciones y Estudios Tributarios, 2020.

Mesa-Lago, C., Moreno, C. y Kay, S.: "The financial sustainability of public pensions in Cuba: The impact of ageing, structural reforms and the economic crisis," *International Social Security Review,* 75, No. 2, 2022,pp. 25-46.

Mesa-Lago, C. y Delgado, M.: *La reforma del sistema de pensiones de El Salvador en 2022: Análisis y recomendaciones,* San Salvador, Fundaungo, 2023.

Ministerio de Hacienda de Chile: "Informe financiero sustitutivo: Indicación al proyecto de ley que mejora el sistema de pensiones solidarias y de capitalización individual", *Boletín,* Santiago, No. 12.212-13, 2020.

Molina, T.: "Subir cotización en 6%...," *El Mercurio*, 9 julio, 2024.

Oficina Nacional de Estadísticas e Información—ONEI: *Anuario estadístico de Cuba 2022. Edición de 2023,*La Habana, 2023.

Organización Internacional del Trabajo—OIT: *Valuación financiera y actuarial de la Caja de Seguro Social,* San José, ILO/Panamá/R2, 2003.

_____: *World social protection report 2017-19,* Ginebra, OIT, 2017.

_____: *Valuación actuarial del régimen de invalidez, vejez y muerte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social-2018,* Ginebra: Departamento de Protección Social, 2020a.

_____: *La pandemia COVID-19 y sus efectos en la sostenibilidad del seguro de invalidez, vejez y muerte del IESS*," Quito, Países Andinos, 2020b.

_____: *World social protection report 2020-2022,* Ginebra, OIT, 2021.

_____: *Análisis de la gestión de los regímenes de seguro social del Instituto Hondureño de Seguridad Social (IHSS),* Ginebra: Oficina para América Central, Haití, R. Dominicana y Panamá y Departamento de Protección Social, 2022a.

_____: *Valuación actuarial del sistema panameño de pensiones al 31 de diciembre de 2019,* San José, Oficina de la OIT para América Central y Departamento de Protección Social, Ginebra, 2022b.

_____: *Valuación actuarial del régimen de invalidez, vejez y muerte del Instituto Hondureño de Seguridad Social (IHSS),* Ginebra, Oficina para América Central, Haití, R. Dominicana y Panamá y Departamento de Protección Social, 2023.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico—OCDE: *Pensions at a glance 2021* y *2023,* Paris, 2021, 2023.

Ortiz, I., Durán, F., Urban, S. y Wodsak, V. [eds]: *Reversing pension privatizations: Rebuilding public pension systems in Eastern Europe and Latin America,* Ginebra, OIT, 2018.

Ortiz, J. F. : Información al autor sobre pensiones públicas, México, OIT, 2024.

Pacheco, J. F., Elizondo, H. y Pacheco, J. C.: *El sistema de pensiones en Costa Rica: Institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera,* Santiago, CEPAL: LC/TS.2020/81, 2020.

Pension Policy International—PPI: "Brazil officials eye curbes on pension spending, but Lula may resist," 7 de mayo, 2024.

Pérez Montas, H.: "El sistema de pensiones de República Dominicana: Objetivos y opciones de reforma," Santo Domingo, *Diario Libre,* septiembre, 2022. *https://www.diariolibre.com/opinion/mas-firmas/2022/09/04/objetivos-y-opciones-de-reforma-a-sistema-de-pensiones-en-rd/2044503*

Pérez Pacheco, F. A.: "Reforma al sistema de pensiones: Impacto presupuestario," Ciudad México, CIEP, 2021. https://ciep.mx/author/alberto/

Pichardo, A.: Información al autor sobre el sistema de pensiones de la República Dominicana, Santo Domingo, 13 mayo y 6 de julio, 2024.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo—PNUD: *Human development report 2013, 2023/2024,* New York, 2014, 2024.

"Propuestas de la Comisión para la Reforma al Sistema de Pensiones" (2023), Quito, *Jubilación Segura*, 5 julio.

Ramírez López, B.: "La necesaria construcción de un sistema público de pensiones para la sociedad mexicana, *El Trimestre Economico*, Vol. 86, No 344, 2019, 967-1001.

_____: Información al autor sobre el sistema de pensiones mexicano, Ciudad México, 12 junio, 2024.

Rivera, M. E.: Información al autor sobre el sistema de pensiones de El Salvador, San Salvador, 14 mayo y 8 julio, 2024.

Robles, E.: Información al autor sobre el sistema de pensiones de Honduras, Madrid, 13 mayo, 2024.

Rofman, R.: *Los regímenes previsionales de excepción en Argentina,* Buenos Aires, CIPPEP Documento de Políticas Públicas, No. 230, 2021.

Saldaín, R: Información al autor sobre el sistema de pensiones de Uruguay, Montevideo, 13 y 14 mayo, 30 agosto, 2024.

Saldaín, R. y Martínez, G.: *Sistema previsional común,* Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2023.

_____: *Plebiscito constitucional de la seguridad social: Análisis crítico*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, junio, 2024.

Secretaría de Gobernación: "Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman… diversas disposiciones de la Ley de Seguro Social y la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, Ciudad México, 25 septiembre, 2020.

Secretaría de Hacienda y Crédito Público:"Comunicado No. 061, Gobierno anuncia reforma al sistema de pensiones," Ciudad México, 22 de julio, 2020.

Secretaria de Regime Geral de Previdência Social-RGPS: *Projeções financeiras e atuariais para o regime geral de previdência social-RGPS,* Brasilia, Secretaria de Regime Geral de Previdência Social, 2023.

Servidores, Aposentados e Pensionistas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: Relatório da avaliação aturial do regime própio de previdência social-RPPS da União, Brasilia D.F., 2023.

Superintendencia de Pensiones—SP: "Estudio sobre la tasa de reemplazo en el sistema de pensiones chileno y sus proyecciones bajo distintos escenarios," Santiago, 21 enero, 2024.

U.S. Social Security Administration—US-SSA: "Venezuela sets contribution rate for new public pension fund," Washington D.C., 16 julio, 2024.

Vaz, F.: Información al autor sobre regímenes de pensiones en Brasil (Brasilia: IPEA), 14 agosto, 2024.

Villareal, H. y Macías, A.: *El sistema de pensiones en México: Institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera,* Santiago, CEPAL: LC/TS.2020/70, 2020.

Villasmil, R.: "Venezuela: Lineamientos de Política para el Sistema de Pensiones", 2021.

Zaragoza, Y.: "México: Urge topar pensiones…," *El Financiero*, Ciudad México, 9 agosto, 2021.

Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Migraciones y Derechos: Teoría e Ideología

Migration and Rights: Theory and Ideology

José Luis Monereo Pérez *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.Universidad de Granada*
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
Director de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L.: «Migraciones y Derechos: Teoría e Ideología». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 51-116.

Resumen

El fenómeno migratorio es una realidad compleja y proteiforme: constituye un "hecho social total". Inevitablemente, las políticas del Derecho también lo son, pues han de atender a la complejidad de la realidad social sin ser un mero reflejo de ella: políticas de inmigración y de emigración (oscilantes o cíclicas en su variabilidad y desenvolvimiento); migraciones por razones de persecución o por causas principalmente económicas; políticas de integración/inclusión en las diversas vertientes socio-laborales, económicas, culturales, políticas y jurídicas en el enfoque y "lenguaje de los derechos", lo que nos lleva no sólo a grandes declaraciones ideales y morales de justificación, sino también, y ante todo, a normas internacionales y constitucionales que los garantizan e imponen (y no solo legitiman) deberes de acción positivas de actuación de los poderes públicos internacionales y estatales. Las migraciones constituyen un exponente privilegiado para captar la entidad las transformaciones sociales, culturales e institucionales que se están produciendo en las sociedades fragmentadas del capitalismo tardío en un contexto transnacionalizado.

Palabras clave

Migraciones; derechos de las personas migrantes; refugiados y exiliados; políticas de integración; políticas defensivas; "criminalización de los más débiles"; expulsiones; "derecho a tener derechos"; derecho humano al desarrollo

Abstract

The migratory phenomenon is a complex and proteiform reality: it constitutes a "total social fact". Inevitably, the policies of the Law are also so, since they have to attend to the complexity of the social reality without being a mere reflection of it: immigration and emigration policies (oscillating or cyclical in their variability and development); migration for reasons of persecution or mainly economic causes; integration/inclusion policies in the various socio-labor, economic, cultural, political and legal aspects in the approach and "language of rights", which leads us not only to great ideal and moral declarations of justification, but also, and above all, to international and constitutional norms that guarantee them and impose (and not only legitimize) positive duties of action on the part of international and state public authorities. Migrations constitute a privileged exponent to capture the entity of the social, cultural and institutional transformations that are taking place in the fragmented societies of late capitalism in a transnationalized context.

Keywords

Migrations; migrants' rights; refugees and exiles; integration policies; defensive policies; "criminalization of the weakest"; expulsions; "right to have rights"; human right to development

"Rechazar las exigencias de derechos humanos por su factibilidad incompleta significa ignorar que un derecho no realizado del todo es todavía un derecho que exige reparación. La no realización no hace por sí misma que un derecho reclamado sea un no derecho. En su lugar, mueve a la acción social".

Amartya Sen[1]

[1] Sen, A.: La idea de justicia (2009), Madrid, Taurus/Santillana, 2010, pág. 417. Sobre las ideas de libertad y de justicia, véase también Honneth, A.: El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática, Madrid, Katz/Capital intelectual, 2014.

1. LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS DEFENSIVAS Y SU LÓGICA INTERNA: ENTRE LIBERALIZACIÓN Y CONTROL INSTRUMENTAL DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS

El fenómeno migratorio es una realidad compleja y proteiforme: constituye un "hecho social total". Inevitablemente, las políticas del Derecho también lo son, pues han de atender a la complejidad de la realidad social sin ser un mero reflejo de ella: políticas de inmigración y de emigración (oscilantes o cíclicas en su variabilidad y desenvolvimiento); migraciones por razones de persecución o por causas principalmente económicas; políticas de integración/inclusión en las diversas vertientes socio-laborales, económicas, culturales, políticas y jurídicas en el enfoque y "lenguaje de los derechos", lo que nos lleva no sólo a grandes declaraciones ideales y morales de justificación, sino también, y ante todo, a normas internacionales y constitucionales que los garantizan e imponen (y no solo legitiman) *deberes* de acción positivas de actuación de los poderes públicos internacionales y estatales. Las migraciones son un fenómeno connatural a las comunidades y sociedades humanas[2]. Por ello mismo, constituyen un exponente privilegiado para captar la entidad las transformaciones sociales, culturales e institucionales que se están produciendo en las sociedades fragmentadas del capitalismo tardío en un contexto transnacionalizado, donde entran en tensión permanente las lógicas y enfoques nacionales y transnacionales ante los dilemas que plantea el fenómeno migratorio.

Las migraciones constituyen un elemento consustancial a la historia de la humanidad, y en particular ha sido y es un elemento esencial de la "identidad europea" y, en general, de los países desarrollados. Europa es un continente de inmigración[3]. En la crisis mundial ecológica y del empleo, los trabajadores migrantes son una *población de riesgo,* especialmente vulnerable en términos de conjunto. Los trabajadores inmigrantes se enfrentan a una disminución de las oportunidades de empleo y migración, empeoramiento de las condiciones de vida y de trabajo, y aumento de la xenofobia, el racismo y la discriminación racial. También ante situaciones de retorno y de expulsión a los países de origen. Por tanto, la crisis está teniendo repercusiones importantes sobre las personas inmigrantes y puede determinar la tentación de convertir a la Unión Europea en una suerte de "Europa fortaleza". La elaboración de las políticas migratorias de la Unión Europea y de los países que forman parte de la misma se orienta decididamente hacia un enfoque selectivo y jerarquizado respecto del reconocimiento de los derechos de ciudadanía; y especialmente en la coyuntura de crisis económica se impulsan y promueven medidas más restrictivas de admisión y de expulsión y retorno incentivado de las personas inmigrantes (migraciones frustradas y de retorno desde los países de destino a los países de origen). Una Europa que utiliza una racionalidad económica instrumental respecto de las personas migrantes en su conjunto y que no ha sabido impedir la expansión de un mercado de trabajo informal donde se explota a ciudadanos de terceros países en situación irregular. Todos los años varios cientos de miles de personas son objeto de tráfico ilegal hacia el interior de la Unión Europea (en adelante, UE). Sería una catástrofe apartar el pensar de esa realidad y ponerlo fuera del mundo y de la historia. Ante esa realidad no se debe poner un "velo de ignorancia".

En la actual coyuntura global tras la pandemia Covid-19, no cabe la menor duda que se han restringido los movimientos migratorios[4], por un lado, y por otro, se ha criminalizado y precarizado

[2] Véase Castles, S. y Miller, M.J.: La era de la migración, México, Universidad Autónoma de Zacatecas-Ed. Porrúa, 2004; BADE, K.J.: Europa en movimiento. Las migraciones desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días, trad. Mercedes García Garmilla, Barcelona, Crítica, 2003.

[3] Sassen, S.: Inmigrantes y ciudadanos. De las migraciones masivas a la Europa Fortaleza, Madrid, Siglo XXI de España editores, 2013, poniendo de relieve el papel extraordinario de los flujos migratorios en la construcción de las sociedades europeas contemporáneas. Igualmente, Sassen, S.: Expulsiones. Brutalidad y complejidad en la economía global, Madrid, Katz, 2015.

[4] Los Estados para hacer frente a la extensión de la pandemia Covid-19 han decidido en la mayoría de los países un cierre o restricción severa de sus fronteras exteriores, que ha hecho prácticamente imposible o dificultado enormemente la migración internacional. Por otra parte, la crisis económica ocasionado por la paralización o cierre de actividades y el confinamiento masivo han provocado el desempleo y colocado en situaciones de extrema

a las personas migrantes en todos los ámbitos: restringiendo los derechos de refugio y asilo, precarizándolos en el mercado de trabajo (secundario y en la economía sumergida o irregular), creación de gestos en la periferia urbana, discriminaciones en el acceso real a los bienes culturales, etcétera. En otras palabras, los efectos globales de la pandemia Covid-19 han facilitado (y pretendidamente "justificado") la materialización de políticas regresivas que convierte a las personas migrantes en víctimas de las medidas de expulsión y segregación contrarias a las políticas de integración e inclusión social que serían las más coherentes con la tradición del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho. El trato digno a las personas migrantes forma parte del llamado -no sin imprecisión- el "modelo social europeo"; un modelo que exige una verdadera plena constitución social europea que sea capaz de establecer un sistema de equilibrios de garantizas y de fuerzas con la ya potente constitución económica de la Unión. Por momento el sistema de los Tratados opera en términos jurídico-políticos como una "constitución material" de la Unión que se impone con fuerza jurídica bilateral sobre las constituciones económicas y sociales de las Estados miembros. Esto hace primar la racionalidad económica sobre la racionalidad social[5].

La estela secuencial de acontecimientos, siempre presentes, en los países del sur del Mediterráneo implican para millones de personas que viven en países vecinos de la UE la esperanza de una vida mejor, así como de un mayor respeto de los derechos humanos, el pluralismo, el Estado de Derecho y la justicia social. Estas transformaciones históricas refuerzan la necesidad de que la Unión Europea disponga de una política común en materia de inmigración y asilo, al mismo tiempo que intensificar la cooperación de la UE con los terceros países[6]. Se trata de una cooperación para el desarrollo y no sólo para la regulación instrumental de los flujos migratorios. En un mundo globalizado (con plena liberalización de capitales, finanzas y mercancías) y con gran capacidad de generar riqueza y recursos de todo tipo, es inadmisible que millones de seres humanos estén sumidos en la miseria y en permanente riesgo de morir de hambre o de enfermedad curables. Esas personas se ven obligadas a emigrar de su país de origen y a menudo ser objeto de un trato degradante en los países de destino (que cada vez menos de "acogida" en sentido humanista), mercantilizados, o incluso al extremo de ser degradados a una situación de esclavitud por mafias dedicadas al tráfico ilegal de personas. Es en este contexto donde adquiere de nuevo sentido la reflexión de Hannah Arendt sobre *el derecho a tener derechos*[7], por parte de aquellas personas que en encuentra injustamente privados de ellos o de su ejercicio efectivo. Esta realidad crítica es la que subyace cuando hablamos de la "cuestión social" de las migraciones, porque lo que une a los individuos no es la existencia de vínculos naturales sino el tener los mismos derechos, es decir, ese derecho a tener derechos como atributo fundamental de la persona.

---

precariedad a miles de personas migrantes a nivel mundial. Es una situación que va a dominar a corto plazo, pero que puede ser reversible a medio plazo atendiendo a la superación del impacto de la pandemia.

5 En este sentido, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: "El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea", en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 160 (2013), págs.17-62; Monereo Pérez, J.L.: La metamorfosis del Derecho del Trabajo, Albacete, Bomarzo, 2017, especialmente, págs. 103-109, y Cap. IV, págs. 213 y sigs.

6 COMISIÓN EUROPEA: "Comunicación sobre migración", de 4 de mayo 2011, COM (2011) 248 final, pág. 2. Mientras tanto, para España, Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

7 Arendt, H.: Los orígenes del totalitarismo, 2 vols., trad. Guillermo Solana, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1994, cap. IX, págs. 343 y sigs. Para Hannah Arendt existe un "derecho a tener derechos": "Llegamos -afirma- a ser conscientes de la existencia de un derecho a tener derechos (y esto significa vivir dentro de un marco donde uno es juzgado por las acciones y las opiniones propias) y de un derecho a pertenecer a algún tipo de comunidad organizada, sólo cuando emergiendo millones de personas que habían perdido y que no podían recobrar estos derechos por obra de la nueva política global" (ibid., vol. I, pág. 375). En este sentido con referencia a Hannah Arendt, Monereo Pérez, J.L.: Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 2016, págs. 166 y sigs.

Es bien sabido que la inmigración internacional y el proceso de globalización de la economía mundial son fenómenos visiblemente conexos e interrelacionados. La globalización es una realidad multidimensional; un hecho económico-social y cultural que determina el movimiento de capitales, de culturas y de personas. Ahora bien, mientras la libertad de circulación de capitales, bienes y servicios se ha ampliado, impulsado y acelerado con la globalización neoliberal, la libertad de circulación de las personas -señaladamente la circulación por motivos laborales- es sometida a numerosas restricciones tantos a nivel estatal como a escala supranacional, como es el caso de la Unión Europea respecto a los ciudadanos de terceros países. Por otra parte, el desplazamiento de personas conduce a hacia un flujo migratorio en dirección a los países donde existe un crecimiento económico y un mercado de trabajo expansivo. Pero hay más: mientras se incrementan los flujos migratorios hacia países en expansión, los países de acogida o destino de las personas migrantes no garantizan -en términos generales- el disfrute efectivo de sus derechos fundamentales, entre los cuales se encuentran los *derechos laborales de Seguridad Social y más ampliamente los derechos de protección social pública.*

La globalización es una fase de intensificada del proceso de internacionalización y mundialización de la "economía-mundo" que convierte de las migraciones de personas en un fenómeno estructural y persistente -aunque pueden apreciarse fases diacrónicas y oscilantes-. Ya no se trata sólo de "oleadas" -que también las hay o se producen-, sino de flujos permanentes de desplazamientos transnacionales de personas trabajadoras.

Esta reconfiguración del proceso de mundialización ha determinado más que en otras fases del desarrollo histórico una manifiesta falta de adaptación entre los *mercados internacionalizados y las migraciones internacionales* y las formas políticas y jurídicas de regulación de los mismos y del desplazamiento de personas, la cual continúa estando ubicada principalmente bajo el orden político clásico del "Estado nacional" (que a partir de la segunda postguerra mundial se configuró en los países más desarrollados como "Estado nacional social"). Las aporías son apreciables porque el fenómeno de la globalización agudiza las tensiones latentes entre la forma Estado-nación y la gestión de los flujos migratorios y tratamiento y estatuto de los derechos de las personas migrantes fuertemente residenciado, sobre todo en cuanto a su eficacia real, en los Estados nacionales. No es de extrañar que la respuesta de los Estados haya sido impotente y decididamente inadecuada respecto al control de los flujos migratorios (la ya en sí significativa, "presión migratoria"[8]), y se asista a un escenario de desbordamiento político-institucional. En este sentido los Estados se mueven entre dos lógicas en tensión -porque no son siempre conciliables o armonizables-: la derivada del juego del principio de soberanía y la vinculada a los principios de cooperación y solidaridad internacional o transnacional. Dado que la intensificación del proceso de globalización -en cualquiera de sus formas- tendrá como consecuencia el incremento de la movilidad transnacional de personas, resulta obvio que las políticas de control de los flujos migratorios y las políticas encaminadas a la garantía efectiva de sus derechos han de tener un marco regulador -en el plano político, institucional y estrictamente jurídico- que vaya más allá (que sobrepase) la forma política del Estado nacional social. De este modo "lo político" en la migración de personas tal como se nos ofrece a escala transnacional hace aconsejable que niveles de decisión política y jurídica sean no sólo nacionales sino principalmente transnacionales. Sería, pues, necesario crear instituciones internacionales eficientes para el buen gobierno democrático de las

[8] Véase OCDE (2024), Perspectives des migrations internationales 2024, Éditions OCDE, Paris, https://doi.org/10.1787/4fa9de98-fr. Consúltese, asimismo, INFORME SOBRE LAS MIGRACIONES EN EL MUNDO 2024. https://worldmigrationreport.iom.int/es
https://webmail.ugr.es/c/?_task=mail&_frame=1&_mbox=INBOX&_uid=157341&_part=1&_action=get&_extwin=1
FORO PARA LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES: Situación de las personas migrantes y refugiadas en España informe anual 2023.
https://webmail.ugr.es/c/?_task=mail&_frame=1&_mbox=INBOX&_uid=157341&_part=2&_action=get&_extwin=1

migraciones internacionales para afrontar la nueva cuestión social de las migraciones internacionales. Una cuestión social, desde luego, distinta a la "obrera" pero situada en el problema de la exclusión, marginación y explotación del ser humano.

Por lo demás, la coyuntura actual de crisis económica (en el ciclo corto que comprende el crack de 2008 y la actual pandemia covid-19, la cual, como "crisis social total", abarca todas las dimensiones de la existencia humana) ha incidido decisivamente sobre la inmigración económica. En realidad, la crisis económica se traduce en una crisis de empleo, con la destrucción sistemática de puestos de trabajo en todos los niveles y ámbitos productivos y de servicios. En este contexto es manifiesta la complejidad y elevada conflictividad del fenómeno de los flujos migratorios y de los posibles modelos de regulación, afectando potencialmente al sistema democrático. Y es que en el marco de la Unión Europea se vislumbra una reorientación de las políticas migratorias nuevamente restrictivo no sólo de los umbrales migratorios sino ante todo de los derechos sociolaborales señaladamente, los de Seguridad Social y protección social pública). Por lo demás, para la población inmigrante que logra entrar -o evitar la salida forzada del país de acogida a través de las "políticas de retorno" voluntario (Directiva de retorno de 2008, que apuesta por la expulsión de los inmigrantes "excedentes")[9]-, solo queda ubicarse en los mercados secundarios de trabajo, donde domina la precarización laboral y el subempleo de los inmigrantes; una discriminación objetivamente negativa que se traduce derivativa y correlativamente en un detrimento de los derechos de protección social. No cabe duda de que existe el riesgo de "involución" en los tímidos y modestos pasos alcanzados hacia las políticas de "normalización" y de "integración" social y jurídica (es decir, a través de los derechos fundamentales) puestas en práctica en las dos últimas décadas. Hay motivos de preocupación cuando se están reformando los marcos reguladores (y replanteando la regulación legal, a menudo sin respetar los condicionamientos establecidos en los textos constitucionales e internacionales que garantizan los derechos humanos de las personas inmigrantes), se restringen derechos de protección social de las personas inmigrantes y se tiende a "criminalizar" la inmigración irregular (reubicada mayormente en la economía sumergida o informal, cuyo espacio se ha acrecentado aprovechando la cobertura que ofrece el relajamiento en la exigibilidad de las reglas de orden público laboral en el contexto de la crisis económica).

En este sentido, en la tradición del constitucionalismo democrático-social (y su forma política del Estado Social de Derecho) debería superarse el enfoque de las políticas migratorias de control de los flujos centrado en la dimensión económica (lógica mercantil) y transitar hacia las políticas de integración socio-económica, jurídica y cultural, dando lugar la configuración de un estatuto jurídico social encaminado a garantizar la integración plena de la población migrante que reside en los países de acogida. Y atendiendo a que estamos ante desplazamientos transnacionales de personas ello debe conducir a una intensificación de los procesos de "*comunitarización*" o "europeización" de las políticas migratorias, como condición para que sean realmente puestas en práctica de modo eficiente. De lo contrario será inevitable la progresión hacía una suerte de "eclipse de Europa"[10].

---

[9] Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.
Mahía, R. y Medina, E. (2024). Análisis del impacto económico de la discriminación y la desigualdad entre la población autóctona y la extranjera residente en España. Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia - OBERAXE

[10] Monereo Pérez, J.L.: La protección de los derechos fundamentales. El Modelo Europeo, Albacete, Bomarzo, 2009, págs. 228-232; Monereo Pérez, J.L.: "Derecho de los extranjeros y crisis económica", en Revista universitaria de ciencias del trabajo, núm. 15 (2014) (Ejemplar dedicado a: Derecho del trabajo, constitución y crisis económica: Estudios en homenaje al Profesor Fernando Valdés Da-Ré), págs. 165-200.

En este orden de ideas, tiene que establecerse una nueva relación entre inmigración y ciudadanía transitando desde la ciudadanía tradicional a la de persona residente, esto es, una "ciudadanía inclusiva", que pasa por la garantía de los derechos fundamentales y en particular, por lo que ahora más interesa, por la garantía de los derechos de Seguridad Social de la persona inmigrante[11]. Y esa garantía debe partir del respeto al principio de igualdad real de trato en la atribución de tales derechos, y, lógicamente, contrarrestando las tendencias recientes a la reducción de los estándares que trabajosamente han venido alcanzándose. Una "ciudadanía inclusiva" tiene que sustentarse en la plena reconocimiento de todos los derechos fundamentales. Y en esta lógica inclusiva, los derechos sociales son el pilar básico de la ciudadanía social[12]. Es más, su garantía es condición indispensable de la democracia constitucional. Es así que la inmigración transforma la ciudadanía y los derechos de ciudadanía desvinculándola de la condición de nacionalidad como requisito de la titularidad de los derechos fundamentales. La inmigración internacional plantea una fuerte tensión entre territorio y ciudadanía (la cual no debería reservarse ni equipararse a la "nacionalidad"), en otras palabras, la inmigración internacional como realidad permanente supone una ruptura con la concepción liberal de la ciudadanía y su percepción del fenómeno migratorio. Las personas -y por tanto los inmigrantes- debe ser sujetos universales de los derechos fundamentales; y deben de serlo más allá de la regularidad de su situación administrativa en el país receptor o de acogida. En tal sentido, para que la noción no tenga una dimensión excluyente es preciso que sea replanteada como ciudadanía plural y multicultural, realzando su dimensión positiva incluyente frente a su dimensión negativa excluyente[13]. En todo caso, hay que tener mucho cuidado cuando se pretende unidireccionalmente "liquidar" sin más una noción político-jurídica central de la modernidad ilustrada y democrática como ha sido la ciudadanía.

Por otra parte, cada vez resulta más visible que hay diversos títulos de atribución de la ciudadanía, como es la condición de residente extranjero o la de trabajador inmigrante en particular. Un ejemplo significativo de ello es la misma Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, que establece un estatuto de derechos con independencia de la nacionalidad de un país miembro de la Unión. Esto ya en sí es una "forma de ciudadanía" (o si se quiere una forma de atribución de derechos distinta a la clásica ciudadanía liberal acotada en el marco del Estado-nación; y por consiguiente reservada a los ciudadanos de una Estado miembros) no vinculada a la nacionalidad sino a la condición de residencia (residente de larga duración). Precisamente, ese estatuto de residente de larga duración supone la garantía expresa de la igualdad de trato (art. 1), y en particular los residentes de larga duración gozarán del mismo trato que los nacionales en lo que respecta a las "prestaciones de Seguridad Social, de la asistencia social y de la protección social tal como se definen en la legislación nacional"[art. 1.d)]. Esto pone de manifiesto que, en un sentido amplio, la ciudadanía como dotación estrictamente vinculada a la ciudadanía como pertenencia a un Estado ya no es viable políticamente, ni se corresponde con la realidad de una ciudadanía más plural. De ahí la apertura hacia una concepción más personalistas, universalista e inclusiva de la ciudadanía, pues se vincula persona y derechos humanos respecto a todos los Estados en su conjunto. Los derechos humanos son derechos de inclusión. En este sentido, las grandes declaraciones y textos internacionales de derechos humanos vinculan los derechos a la

[11] Monereo Pérez, J.L.: "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados", en Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, núm. 41 (2016) (BIB 2016, 760).

[12] Para delimitación y tecnificación de este concepto de los derechos sociales de la ciudadanía, su sentido político-jurídico y la distinción entre "ciudadanía de los derechos" y "ciudadanía de los poderes colectivos", profundizando y ampliando la concepción de T.H. Marshall, véase Monereo Pérez, J.L.: Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral, Madrid, Consejo Económico de España, 1996, págs. 27 y sigs., y Capítulo III ("Estado del Bienestar y ciudadanía social: los derechos sociales como derechos de la ciudadanía"), págs. 159 y sigs.: Monereo Pérez, J.L.: "La política social en el Estado del Bienestar. Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de "desmercantilización", en Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 19 (1995), págs. 7-46. Para la concepción tradicional de Marshall, T.H. y Bottomore, T.: Ciudadanía y clase social, Madrid, Alianza, 1998.

[13] En general, Kymlicka, W.: Ciudadanía Multicultural, Barcelona, Paidós, 1996; Kymlicka, W.: Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad (2007), Barcelona, Paidós, 2007.

persona para hacerlos más fuertes y eficaces. Por eso es necesario transferir el vínculo de la ciudadanía desde el ámbito tradicional de la nacionalidad hacia la persona del inmigrante (aunque, transitoria o provisionalmente, se reclame la noción de residencia para contribuir a alcanzar esa transición). La igualdad de derechos es la condición previa -o presupuesta- de una democracia constitucional. Ahora bien: un modelo de auténtica integración social exige la defensa de los derechos fundamentales (civiles, políticos y sociales), no siendo suficiente el reconocimiento meramente formal. Se hace necesaria una actitud "proactiva" de los poderes públicos para propiciar una efectiva y plena integración de las personas inmigrantes, favoreciendo la convivencia multicultural y la cohesión social entre los inmigrantes y la población autóctona.

En el actual "momento político", corren tiempos difíciles para las personas inmigrantes -las cuales en su inmensa mayoría lo son por razones económicas vinculadas a los mercados de trabajo-[14]. Prácticamente todos los países europeos de referencia han endurecido sus políticas migratorias. También el problema de los refugiados y asilados por las guerras y por la violencia ejercida por los Estados totalitarios. E incluso en la Unión Europea todavía predomina un enfoque defensivo basado en una lógica de seguridad respecto de la ordenación de los flujos migratorios. La crisis económica está influyendo en el tratamiento de los flujos migratorios y en las condiciones de vida de las personas inmigrantes, pues la lógica imperante en la política migratoria viene siendo su sometimiento a las exigencias del mercado interior (dominado por la racionalidad económica mercantilizadora). No se dispone de una auténtica política común europea e internacional sobre la inmigración, y los Gobiernos de los países europeos responden al fenómeno migratorio con medidas cada vez más defensivas y de carácter principalmente represivo; y al mismo tiempo restringiendo las medidas de integración. Ponen en práctica la lógica de la seguridad interior frente a la entrada y permanencia de personas extracomunitarias en situación irregular y endureciendo la política de protección social. De ahí que se haga visible la centralidad de un debate centrado ahora en cómo "proteger mejor las fronteras" del gran espacio europeo y de los respectivos espacios nacionales. Más que nunca se hace necesario instrumentar una política común europea de inmigración no basada exclusiva ni principalmente en una estrategia defensiva. Y ello ha de ser así tanto por razones de coherencia con el Estado Social y Democrático de Derecho (que en la tradición del constitucionalismo democrático-social incorpora los derechos fundamentales de la persona) como por razones pragmáticas, porque el enfoque basado exclusivamente en la seguridad no funcionará al tiempo al menos en condiciones propias de un sistema democrático.

Resulta manifiesto que afrontar el problema de la inmigración exige la predisposición de políticas del Derecho encaminadas a implantar garantías sociopolíticas y jurídicas que no pueden confiarse nunca al mercado (incapaz de articularlas por su propia lógica interna -mercantilizadora- y por estar dominado por los poderes económicos), pero tampoco a cada Estado singular miembro del espacio político de la Unión Europea. Ello implica abordar de manera más decidida políticas de planificación pública de las migraciones y la protección sociolaboral de las personas migrantes. De suyo, supondría elaborar un estatuto europeo de derechos básicos para las personas extranjeras.

Las personas inmigrantes integran uno de los colectivos que más están padeciendo la elevada tasa de desempleo en gran parte de los países europeos, y, entre ellos, señaladamente nuestro país. Una expresión actual de ese enfoque instrumental viene constituida por el endurecimiento de las políticas de expulsión y el énfasis en la exigencia del retorno de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular (la llamada migración de retorno)[15]. Ese retorno puede ser voluntario (aunque, de ordinario,

[14] Monereo Pérez, J.L: "Políticas de inmigración y mercados de trabajo inclusivos", en Porras Ramírez, J.M. (Dir.): La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2021, págs. 179-258.

[15] Véase COMISIÓN EUROPEA: "Comunicación sobre una política común de emigración para Europa: principios, medidas e instrumentos", de 17 de junio de 2008. COM (2008) 359 final; COMISIÓN EUROPEA: "Comunicación

compelido por la necesidad de hacerlo), asistido o forzoso, retorno que se inscribe señaladamente en los programas de lucha contra la inmigración ilegal[16], aunque debería contemplarse como un derecho fundamental de la persona cuya efectividad debe ser garantizado por los poderes públicos (que es como se reconoce en la normativa internacional de los derechos humanos). Pero, en realidad, la garantía efectiva de este derecho exige una política de cooperación entre los países de origen y los países de acogida, teniendo en cuenta que este es un ámbito relativamente comunitarizado.

Los programas de organización de los flujos migratorios en la Unión Europea más allá de sus retóricas expresiones tienen una orientación marcadamente defensiva y de racionalidad económica instrumental. En este sentido se sitúan las Comunicaciones de la Comisión Europea por la que se establecen Programas marco de Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios. Por lo pronto es de realzar que la "solidaridad" que se incorpora al título y a los programas de acción no es precisamente la de carácter "social", sino la que atiende a los costes económicos que han de soportar los Estados. Por otra parte, se trata de programas marco que engloban diversos programas específicos (Fondo Europeo de Retorno; Fondo para las Fronteras Exteriores; Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de Terceros Países; y Fondo Europeo para los Refugiados). Se desarrolla su objeto reforzando la solidaridad -esencialmente de apoyo económico e institucional- entre los Estados miembros. Presenta varias líneas de actuación: la gestión integrada de las fronteras exteriores, con la creación de un Fondo para las Fronteras Exteriores; la política de asilo, con la prolongación del Fondo Europeo para los Refugiados; la integración social, cívica y cultural de los nacionales de terceros países, con la creación de un Fondo Europeo para la Integración; y la lucha contra la inmigración ilegal y el retorno de los nacionales de terceros países que residen ilegalmente en el territorio de la UE, con la creación de un Fondo Europeo de Retorno. Esta dirección de política del Derecho migratorio se continúa y refuerza a través de instrumentos normativos europeos. Así, la importante Decisión núm. 575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo, por la que se estableció el Fondo Europeo para el Retorno para el período 2008-2013 como parte del Programa general "Solidaridad y Gestión de

sobre migración", de 4 de mayo 2011, COM (2011) 248 final, aparte de reiterar la gobernanza de Schengen y de prevenir la inmigración irregular, aunque bien es cierto que esta última realza un enfoque global de la migración (págs. 15 y sigs.) y la idea de construir una sociedad inclusiva integrando a los inmigrantes (págs. 13 y sigs.). Pero también subraya los mecanismos de control de los flujos de "emigrantes irregulares" (emigrantes económicos que intenta atravesar ilegalmente las fronteras de la UE), respecto de los cuales es preciso "prever los instrumentos adecuados para evitar que un gran número de inmigrantes por razones económicas atraviesen las fronteras de manera irregular. Persiguiendo estos objetivos, la gestión eficaz de sus fronteras es una condición necesaria para su credibilidad tanto en el interior como en el exterior de la Unión" (págs. 2 y 4). Esta última Comunicación insiste en que hay que mejorar el equilibrio entre los tres ámbitos principales de la intervención estratégica: a) Organizar la inmigración legal; b) reforzar la lucha contra la inmigración irregular; y c) potenciar al máximo los beneficios mutuos de la inmigración para el desarrollo. Pero también se destaca la necesidad de reforzar la dimensión humana de las políticas de migración y desarrollo mediante la adopción de un planteamiento centrado en el emigrante (pág. 16). Véase también la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 8 de octubre de 2008 - Reforzar el planteamiento global de la migración: aumentar la coordinación, la coherencia y las sinergias [COM(2008) 611 final).

16 Véase la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (es la conocida como "Directiva de retorno"), y los diversos "Programas de retorno" instrumentados por las políticas comunitarias. Puede consultarse, Pérez Campos, A.I.: "El retorno de inmigrantes en la Unión Europea: estado de la cuestión y propuestas de reforma", en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 105), 2013, págs. 47 y sigs.; Charro Baena, P., y Sánchez Trigueros, C.: "Las políticas públicas a favor del retorno voluntario de inmigrantes", Revista General de Derecho del Trabajo, núm. 28 (2012); Charro Baena, P.: "El retorno voluntario de extranjeros extracomunitarios: Configuración general y medidas adoptadas en el contexto de crisis económica: La capitalización del desempleo", en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 105 (2013), págs. 69 y sigs.; Monereo Pérez, J.L. y Triguero Martínez, L.A.: "El modelo de política jurídica de inmigración y mercado de trabajo en España", en Revista de Derecho Migratorio, núm. 29 (2012); íd.: "Las personas extranjeras inmigrantes y sus derechos sociales ante las transversales novedades jurídicas nacionales y comunitarias de 2011 y 2012: Sentido y alcance desde el constitucionalismo democrático-social", en Civitas. Revista de derecho del trabajo, núm. 157 (2013).

los Flujos Migratorios. Nuevamente, se trata de facilitar los medios necesarios para el "retorno" de las personas inmigrantes[17]. En el art. 2 de la Decisión el objetivo del Fondo es apoyar los esfuerzos realizados por los Estados miembros para mejorar la gestión del retorno en todas sus dimensiones mediante el uso del concepto de la gestión integrada y disponiendo lo necesario para que los Estados miembros pueden ejecutar las acciones comunes o las acciones nacionales que persigan los objetivos comunitarios con arreglo el principio de solidaridad, teniendo en cuenta la legislación comunitaria en este ámbito y respetando plenamente los derechos fundamentales. El Fondo participará en la financiación de asistencia técnica por iniciativa de los Estado miembros o de la Comisión. Todo ello se inserta dentro de un Plan Global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la UE, en una dirección presidida por la lógica de la seguridad y el control de fronteras, asilo y expulsión de inmigrantes del territorio europeo. Y es que se vive una verdadera emergencia migratoria y de asilo desde mucho antes del advenimiento de la actual pandemia Covid-19, y lo más preocupante es la respuesta defensiva y no integradora y garantista dada por las instituciones políticas de la Unión.

Hay que tomar en consideración el Reglamento (UE) 2021/1147, de 7 de julio, por el que se crea el Fondo de Asilo, Migración y Integración. Se indica que el objetivo político del Fondo consiste en contribuir a la gestión eficaz de los flujos migratorios y a la aplicación, el refuerzo y el desarrollo de la política común de asilo y de la política común de inmigración, de conformidad con el acervo de la Unión pertinente y respetando plenamente las obligaciones las obligaciones internacionales de la Unión y de los Estados miembros derivadas de los instrumentos internacionales de los que son parte. En el marco de ese objetivo político, el Fondo contribuirá a los objetivos específicos siguientes: a) reforzar y desarrollar todos los aspectos del Sistema Europeo Común de Asilo, incluida su dimensión exterior; b) reforzar y desarrollar la migración legal hacia los Estados miembros de acuerdo con sus necesidades económicas y sociales, y promover y contribuir a la integración efectiva y la inclusión de los nacionales de terceros países; c) contribuir a la lucha contra la migración irregular, mejorando el retorno y la readmisión efectivos, seguros y dignos, así como contribuir a la reintegración inicial efectiva en terceros países y promoverla; potenciar la solidaridad y el reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, en particular respecto de los más afectados por los desafíos migratorios y de asilo, también mediante la cooperación práctica (art. 3. "Objetivos del Fondo"). El Capítulo II, regula el "Marco financiero y de ejecución"[18].

Es posible, por lo demás, que estas políticas atiendan en exceso a elementos coyunturales, y tiendan a olvidar los elementos estructurales que a medio y largo plazo pondrán de relieve que la inmigración laboral será un componente necesario de las estrategias de empleo y de las políticas de crecimiento en el contexto de la globalización económica y de la dinámica expansiva del mercado interior europeo. En tal sentido no deja de ser significativa la posición crítica de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) respecto a las políticas defensivas y de promoción del retorno, precisamente atendiendo a que no han venido acompañadas de un análisis y diagnóstico subsiguiente

[17] En su Exposición de Motivos, se indica que "Una política de retorno eficaz es un complemento necesario de una política de asilo e inmigración legal digna de crédito, así como un importante de la lucha contra la inmigración ilegal. Los Estados miembros consagran presupuestos considerables a la aplicación de programas de retorno y realización de operaciones de retorno forzoso. Unas acciones comunes de la Unión Europea en este campo, respaldadas por los adecuados medios financieros procedentes de la Comunidad, podrían apoyar a labor de los Estados miembros, subrayar la necesidad de retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y reforzar la solidaridad entre Estados miembros". Esta política de gestión de los flujos migratorios se explicita en el extenso (126 páginas) documento de la Comisión Europea: "Proposal for a Decision of the European Parliament and Council establishing the European Return Fund fort the period 2007-2013 as part of the General programme "Solidarity and Management of Migration Flows". SEC (2005) 435. COM/2005/0123 final -COD 2005/0049.

[18] Conforme al art. 9, apartado 1, el apoyo prestado en virtud del Fondo complementará las intervenciones nacionales, regionales y locales y se centrará en aportar valor añadido de la Unión para la consecución de los objetivos del fondo.

sobre las necesidades de trabajadores en una situación post-crisis. Entonces, cabría inquirir sobre si las políticas migratorias restrictivas (de inadmisión, expulsión y promoción del retorno de inmigrantes) actuales no constituirán al tiempo un impedimento para la recuperación y la fase expansiva (Y no vale decir, de modo simplista, que siempre habrá mano de obra extranjera disponible para emigrar hacia el espacio europeo, porque, aparte de la tragedia personal, lo que se pierde con el retorno de personas ya integradas -o con elevada integración en el país de acogida- no siempre será fácil que sea sustituido en términos de formación y experiencia). No parece que sea ni razonable ni sostenible políticas de inmigración que se orienten preferentemente por situaciones coyunturales y que dejen de lado razones de justicia social de personas migrantes que han contribuido decisivamente al crecimiento de los países de acogida durante la larga fase expansiva de la economía en épocas precedentes. Pero, a mayor abundancia, hay factores demográficos de envergadura que interesa retener en todo esto: "en ciertas regiones las tendencias demográficas sugieren que la inmigración puede ser un factor importante en la solución a largo plazo de los problemas previstos debido al envejecimiento de la población. Paralelamente a la elevación de la productividad laboral y al aumento de la participación en la fuerza de trabajo, especialmente de los trabajadores de edad, cada país tendrá que considerar la posibilidad de aceptar un número mayor de inmigrantes para evitar un declive de los niveles de asistencia social. Incumbe evidentemente a los dirigentes políticos responsables promover el consenso sobre estas cuestiones a largo plazo, ya que la inmigración exige siempre una adaptación social que debe contar con el respaldo de una política pública apropiada"[19]. Y sin embargo la dura realidad de las políticas de inmigración a nivel mundial y de Europeo, pone de manifiesto los límites intrínsecos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues como es bien sabido, el derecho migratorio es un *derecho incompleto,* porque conforme al art. 13.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se garantiza un derecho a la emigración como derecho de libertad de la persona a salir de su país de origen o de cualquier otro país de residencia, pero ese derecho a emigrar no viene acompañado de un necesario derecho a inmigrar, en el sentido de crear en el país de destino o acogida un deber jurídico de entrada o acogida. Son, por el contrario, los Estados nacionales los que tiene el poder soberano de admitir o no a las personas migrantes en su territorio.

Se ha asistido al fin de una ilusión según la cual la (hiper)globalización neoliberal conduciría sin más al universalismo de los derechos humanos, mientras la experiencia muestra la racionalidad económica del mercado viene siendo refractaria a la consagración de la universalidad de los derechos de las personas[20] y especialmente proclive la mercantilización de todas las cosas y seres humanos. Por

[19] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada. Informe VI de la Conferencia Internacional del Trabajo, 92.ª reunión, 2004, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2004, pág. 45. En el documento de la OIT sobre el Trabajo Decente: "Trabajadoras y trabajadores migrantes: Hacia una igualdad de derechos y oportunidades", Ginebra, OIT/ Oficina de Igualdad de Género/Servicio de Migraciones Internacionales, 2009, se indica, acertadamente, que "Los migrantes representan un capital para cada país al que llevan su trabajo. Démosles la dignidad que se merecen como seres humanos y el respeto que se merecen como trabajadores" (pág. 1), haciéndose eco de la reflexión de Juan Somavía, Director general de la Organización Internacional del Trabajo. Véase también ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: Políticas públicas sobre migración laboral. Herramientas y buenas prácticas, México, Organización Internacional para las Migraciones, 2010, págs. 16 y sigs. La vinculación con el desarrollo humano, en NACIONES UNIDAS: "Segundo diálogo de alto nivel sobre migración y desarrollo de Naciones Unidas" (DAN 2013), llevado a cabo los días 3 y 4 de octubre de 2013, donde se establece como una de las cinco prioridades: "Aprovechar el impulso del diálogo de alto nivel para generar una mayor integración de la migración en la agenda de desarrollo global, especialmente en la agenda de desarrollo post-2015". Véase NACIONES UNIDAS: Informe de las Naciones Unidas sobre Migración Internacional y Desarrollo, preparado para la 65ª sesión de la Asamblea General (A/65/203), 2 de agosto de 2010, http: //daccess-dds-ny. Un.ºrg/doc/UNDOC/GENN10/470/07/PDF/N1047007.pdf?OpenElement; ASAMBLEA DE LAS NACIONES UNIDAS: "Reuniones de alto nivel del 68° período de sesiones de la Asamblea General 3 y 4 de octubre de 2013 - Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo: «Conseguir que la migración funcione».

[20] De Lucas, J.: "La globalización no significa universalidad de los derechos humanos (en el 50 Aniversario de la Declaración del 48)", en Jueces para la Democracia, núm. 32 (1998), págs. 3 a 9; De Lucas, J.: "Las globalizaciones

lo demás, esa tendencia anti-universalista de los derechos humanos en las políticas del Derecho se ha venido acrecentando en la práctica con la presente coyuntura de crisis que ha agudizado las tendencias latentes al predominio absoluto de la racionalidad económica sobre la razón de la sociedad. A ello se añade, por lo demás, la instrumentación ideológico-política de la cuestión migratoria como problema de orden público, de racismo y xenofobia, desde la nueva derecha y de las corrientes populistas, con relevantes réditos electorales (cuando, paradójicamente, se repara en el dato estadístico de que los extranjeros extracomunitarios tan sólo son el cinco por ciento de la población de la Unión Europea, y no tampoco resulta excesivo -aunque siempre difícil de precisar por razones obvias- el número de inmigrantes en situación administrativa de irregularidad)[21].

El contraste de esta realidad política y jurídica con el marco del Derecho internacional es manifiesto cuando se repara en la Carta de las Naciones Unidas de 1945, que garantiza la *universalidad* de los derechos humanos y las libertades fundamentales "de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión" (art. 1.3), y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículos 1 y 2) y su materialización positiva en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; la Convención Internacional de la Organización de las Naciones Unidas de 1990, sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios. Estas normas internacionales parten de la idea-fuerza de vincular los derechos humanos a la persona más allá de la condición estricta de la nacionalidad, por un lado, y por otro, plantean su garantía efectiva como una condición de legitimidad de cualquier sociedad civilizada. Plantean una concepción antropológica de ser humano (una imagen del hombre) como especie y parte de una misma comunidad pluralista. Preside la idea-fuerza de "desnacionalización" de su reconocimiento y garantía "existencial".

Por otra parte, una política migratoria orientada hacia los derechos humanos no puede desligarse de la idea del desarrollo humano y de las garantías de las capacidades fundamentales de las personas[22] en el sentido definido ya en gran medida por los diferentes *Informes sobre el Desarrollo Humano de las Naciones Unidas*[23]. Estos Informes insisten en garantizar el desarrollo humano a través de una política de reducción de la pobreza y situaciones de desventaja social y fomento de la integración de las personas inmigrantes. Es una política que debería respetar las normas internacionales en materia de derechos humanos y que presupondría la colaboración activa entre los países de origen y los países de destino o acogida[24]. La apuesta por el Desarrollo Humanos sostenible es oficialmente nítida por parte de las Naciones Unidas: vinculando desarrollo con justicia social, erradicación de la pobreza, pleno empleo, trabajo decente, la universalidad de los derechos humanos y el trato igual de todas las

y los derechos", en Enrahonar, núm. 40-41 (2008), págs. 55 y sigs.; De Lucas, J.: Mediterráneo: El naufragio de Europa, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

21 Datos del 1 de enero de 2019, 4.9% de la población de la UE-27. Estadísticas ofrecidas por la UE.

22 Véase Nussbaum, M.: Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión, Barcelona, Paidós, 2007; Sen, A.: Desarrollo y libertad, Barcelona, Ed. Planeta, 2000; Monereo Atienza, C.: Desigualdades de género y capacidades, Granada, Comares, 2005; RIBOTTA, S.: Las desigualdades económicas en la teoría de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

23 Véase Monereo Pérez, J.L.: "Derecho al desarrollo (Artículos 28 DUDG; 1 del PIDESC; Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo y Normas concordantes)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.): El Sistema Universal de los Derechos Humanos, Granada, Comares, 2014, págs. 951-983, y bibliografía allí citada: Monereo Pérez, J.L.: Ciudadanía y derechos de las personas mayores, Granada, Comares, 2013. Para la consideración del desarrollo como derecho, véase Gómez Isa, F.: El derecho al desarrollo humano en el ámbito jurídico internacional, Bilbao, Universidad de Deusto, 1999; Ángulo Sánchez, N.: El Derecho Humano al Desarrollo frente a la mundialización del Mercado. Concepto, contenido, objetivos y sujetos, Madrid, IEPALA, 2005.

24 Naír, S.: Y vendrán… Las migraciones en tiempos hostiles, Barcelona, Bronce-Planeta, 2006; VV.AA.: Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea, M.I. Ramos Quintana (Coord.), Albacete, Bomarzo, 2010.

personas migrantes[25]. Crecimiento con empleo y distribución de la riqueza[26]. Esta orientación puede hacer realidad efectiva el derecho al desarrollo, aunque la garantía del derecho al desarrollo debería implicar de suyo una identificación y remoción de las causas reales que provocan el infra desarrollo y las situaciones de injusticia social para una gran parte de la población mundial.

E incluso en el marco de las iniciativas de la Unión Europea continúa prevaleciendo la racionalidad económica instrumental de regular la inmigración bajo el prisma unidireccional de las exigencias del mercado de trabajo europeo, pasando a un segundo plano la dimensión garantista del Derecho migratorio de la Unión (Véase, por ejemplo, los instrumentos habilitados para el ejercicio del control de los flujos migratorios de extranjeros extracomunitarios; e incluso Directivas como la de 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, presentan este sesgo instrumental al servicio de la necesidades del "buen funcionamiento" del mercado interior europeo; y su confrontación con el control de flujos migratorios de mano de obra menos cualificada o respecto a trabajadores en situación irregular[27]; Directiva 2009/52/CE, de18 de junio, sobre sanciones a los empleadores; y en la misma lógica predominante de la "seguridad interior" de la Unión se sitúa el "Pacto europeo sobre inmigración y asilo", Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 24 de septiembre de 2008[28]). Y, en gran medida, lo mismo cabe decir de la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre un Nuevo Pacto de Migración y Asilo[29]. A este Pacto la sigue el 2024, con entrada en vigor en 2026. El Consejo de la Unión Europea adoptó el Pacto de la UE. Hay un cambio importante del marco regulador y se mantiene la externalización de la gestión migratoria. Por lo demás, se indica que la Unión Europea también seguirá cooperando estrechamente con terceros países para abordar las causas profundas de la migración irregular. Se trata de una reforma de envergadura del sistema europeo de migración y asilo. Una revisión completa.

El Consejo ha adoptado hoy un total de diez actos legislativos que reforman todo el marco europeo para la gestión de la migración y el asilo. El *Reglamento sobre el Control* permitirá a las autoridades nacionales remitir al procedimiento pertinente a los migrantes irregulares y a los

25 NACIONES UNIDAS: Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe 2011, ONU, Nueva York, 2011 (Documento electrónico disponible en Internet).

26 Véase Monereo Pérez, J.L.: "Derecho al desarrollo (Artículos 28 DUDG; 1 del PIDESC; Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo y Normas concordantes)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.): El Sistema Universal de los Derechos Humanos, Granada, Comares, 2014, págs. 951-983, y bibliografía allí citada.

27 Véase Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, traspuesta en nuestro ordenamiento interno por la Ley Orgánica 2/2009, y el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, Consejo de la Unión Europea 13440/08/, Bruselas, 2 de septiembre de 2008, ratificado por el Consejo Europeo de 15-16 de octubre de 2010; Directiva 2011/98/UE, de 13 de diciembre, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro (La llamada Directiva de "permiso único").

28 En dicho texto el paso de la estrategia de seguridad interior y también la lógica de la racionalidad económica instrumental de los flujos migratorios. Son cinco compromisos fundamentales que han de traducirse en acciones concretas: -organizar la inmigración legal teniendo en cuenta las prioridades, las necesidades y la capacidad de acogida determinadas por cada Estado miembro, y favorecer la integración; - combatirla inmigración irregular, garantizando, entre otras cosas, el retorno a su país de origen o a un país de tránsito de los extranjeros en situación irregular; - fortalecer la eficacia de los controles en las fronteras; - construir una Europa de asilo; - crear una colaboración global con los países de origen y de tránsito que favorezca las sinergias entre la migración y el desarrollo. Véase también COMISIÓN EUROPEA: Comunicación sobre III Informe Anual sobre Inmigración y Asilo (2011), Bruselas, 30 de mayo de 2012. COM (2012) 250 final, en la que predomina el enfoque de seguridad interior y el impulso a iniciativas de política del Derecho europeo orientadas al control preventivo y reparador (retorno/expulsión) de los inmigrantes.

29 Bruselas, 23.9.2020 COM (2020) 609 final.

solicitantes de asilo en una frontera exterior y garantizará que los controles de identificación, seguridad y vulnerabilidad y la evaluación sanitaria se lleven a cabo de manera uniforme. Las nuevas normas relativas a la base de datos Eurodac actualizada permitirán recopilar datos más precisos y completos (también datos biométricos) sobre diversas categorías de migrantes, entre ellos los solicitantes de protección internacional y las personas que llegan a la UE de forma irregular. Esto contribuirá a fundamentar la elaboración de políticas y a mejorar el control de la migración irregular y los desplazamientos secundarios. El *Reglamento sobre los Procedimientos de Asilo* racionaliza el procedimiento europeo de asilo e introduce un procedimiento fronterizo obligatorio en casos bien definidos. El *Reglamento sobre el Procedimiento Fronterizo de Retorno* se ocupa de los retornos de las personas cuya solicitud en este procedimiento fronterizo se ha rechazado. El *Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración* determina qué Estado miembro es responsable del examen de las solicitudes de protección internacional e introduce por primera vez un reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros. Gracias al *Reglamento sobre Crisis*, la UE estará mejor preparada para tramitar las solicitudes de asilo en circunstancias excepcionales. El *Reglamento de Reconocimiento* y la *Directiva sobre las Condiciones de Acogida* establecen normas uniformes para los criterios relativos a la concesión de protección internacional y las normas para la acogida de los solicitantes de asilo. Estas normas también deberían contribuir a reducir los desplazamientos secundarios entre los Estados miembros. Por último, el *Reglamento sobre el Reasentamiento* aborda las vías legales y seguras hacia la UE mediante el establecimiento de normas comunes para el reasentamiento y la admisión humanitaria.

El Reglamento sobre los Procedimientos de Asilo, el Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración, el Reglamento Eurodac, el Reglamento sobre el Control y el Reglamento sobre Crisis son componentes del nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, que la Comisión (en concreto, la comisaria Yvla Johansson) propuso el 23 de septiembre de 2020[30].

-El Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo de la UE afronta el serio problema consistente en que "Mientras que algunos Estados miembros siguen enfrentándose al reto de la gestión de las fronteras exteriores, otros deben hacer frente a las llegadas a gran escala por tierra o por mar, o tienen que gestionar centros de acogida superpoblados, y otros siguen enfrentándose a un elevado número de movimientos no autorizados de migrantes. Se necesita un marco europeo nuevo y duradero para gestionar la interdependencia entre las políticas y las decisiones de los Estados miembros y para ofrecer una respuesta adecuada a las oportunidades y retos en tiempos normales, en situaciones de presión y en situaciones de crisis: un marco que pueda ofrecer seguridad, claridad y unas condiciones dignas a los hombres, mujeres y niños que llegan a la UE, y que también permita a los europeos confiar en que la migración se gestiona de manera eficaz y humana, en plena consonancia con nuestros valores".

-También propone, ciertamente, una intensificación de la lucha contra el tráfico ilícito constituye un reto común que exige cooperación y coordinación a escala internacional, así como una gestión eficaz de las fronteras. El correcto funcionamiento de la política de migración y asilo dentro de la UE exige mecanismos de coordinación y solidaridad y acción compartida entre los Estados

[30] Reglamento Eurodac, 26.4.2024; Reglamento sobre los Procedimientos de Asilo, 26.4.2024 ; Reglamento por el que se establece un procedimiento fronterizo de retorno, 26.4.2024; Reglamento por el que se establece el Marco de Reasentamiento y Admisión Humanitaria, 26.4.2024 ; Reglamento por el que se abordan las situaciones de crisis y de fuerza mayor, 26.4.2024; Reglamento sobre el Control, 26.4.2024; Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración, 26.4.2024 ; Reglamento sobre Modificaciones de Coherencia relacionadas con el Control, 26.4.2024 ; Directiva sobre las Condiciones de Acogida, 26.4.2024 ; Reglamento de Reconocimiento, 26.4.2024. Los textos de estos instrumentos normativos están disponibles en https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/05/14/the-council-adopts-the-eu-s-pact-on-migration-and-asylum/

miembros. Asimismo, requiere también de una cooperación reforzada en materia de migración con socios de fuera de la UE.

Subyace la idea de que la migración de refugiados y solicitantes de asilo adquiere niveles extraordinarios y que esos flujos de personas refugiadas pueden desbordar a las sociedades a las instituciones. Esto permitiría "legitimar" las políticas restrictivas y las externalizaciones de la gestión migratoria.

No obstante, en un Informe reciente de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) se concluye en una valoración crítica: El nuevo Pacto Europeo sobre Migración y Asílo[31] (que está previsto que entre en vigor en 2026) no aborda las principales deficiencias que desde hace décadas impiden la construcción de un verdadero Sistema Europeo Común de Asilo y debilita el necesario equilibrio entre la solidaridad y las responsabilidades compartidas entre los Estados miembros. Lejos de un enfoque garantiza centrado en la protección de las personas, se afirma, la reforma plantea graves riesgos para el derecho de asilo y los derechos humanos poniendo el foco en las medidas de *externalización* de fronteras y retorno a terceros países. El objetivo prioritario es impedir que las personas lleguen y se llegan, expulsarlas lo más rápido posible y a toda costa[32]. Predomina el enfoque de "seguridad interior" y la tendencia a la externalización de las fronteras a terceros Estados que no respetan los derechos humanos, lo cual entraña el riesgo de compeler a los solicitantes de asilo, refugiados y apátridas a arriesgar la vida en viajes cada vez más peligrosos. En segundo lugar, debería predominar, por el contrario, un enfoque basado en la garantía de los derechos, el principio de solidaridad respecto a los que se ven obligados a la migración, pero también una política exterior europea que afronte las *causas reales* de las migraciones y promueva la paz y el derecho humano al desarrollo económico y social de los países de origen[33]. Si no se atiende a las causas (la guerra, órdenes económicos, y estructuras de desigualdad que no garantizan la posibilidad de subsistir o de salir de la pobreza, etcétera). Los flujos migratorios son expresión de un *"hecho social total"* y, por tanto, son cuestiones tanto de política "exterior" como de política "interior" en el espacio geopolítico de la Unión Europea.

Para fundamentar este enfoque garantista de los derechos (y dando por supuesto la existencia del sistema internacional de garantía multinivel de los derechos fundamentales de las personas migrantes) en la Unión Europea sería suficiente recordar el grupo normativo formado por una serie de artículos de la CDFUE: artículos 1 ("Dignidad humana")[34], 2 ("Derecho a la vida")[35], 18 ("Derecho de

[31] Como se indicó, el Consejo de la Unión Europea adoptó el Pacto de la UE sobre Migración y Asilo el 14 de mayo de 2024.

[32] COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO (CEAR): El Pacto Europeo sobre Migración y Asilo. Retos y amenazas para los derechos humanos, Madrid, Servicio de Investigación y Estudios del Área de Incidencia de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), 2024, págs. 63.

[33] Monereo Pérez, J.L.: "Derecho al Desarrollo (artículo 28 DUDH; artículo 1 PIDESC; Declaración de las Naciones Unidas sobre el desarrollo y Normas concordantes)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio Sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de los derechos civiles y políticos, el pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes, Granada, Comares, 2014, págs. 951-983. En esa dirección se sitúa Sen, A.: Desarrollo y libertad, Barcelona, Planeta, 2000, pág. 75, que subraya que en la lucha por la efectividad de los derechos humanos quedan vinculados los principios de igualdad y de libertad, pues la libertad hace posible que los individuos se sientan "como seres que participan activamente -si se les da la oportunidad- en la configuración de su propio destino, no como meros receptores pasivos de los frutos de ingeniosos programas de desarrollo". Ampliamente, Sen, A.: La idea de justicia (2009), Madrid, Taurus/Santillana, 2010, págs. 255 y sigs., y 351 y sigs.

[34] Según el cual "La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida".

[35] El cual garantiza que "1. Toda persona tiene derecho a la vida. 2. Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado".

asilo")[36], 19 ("Protección en caso de devolución, expulsión y extradición")[37], entre otras disposiciones sobre derechos fundamentales garantizados en este instrumento con rango equiparado a los Tratados fundacionales de la UE, en virtud de lo expresamente establecido en ellos (art. 6.1 TUE)[38].

Cabría interrogarse sobre qué mundo "civilizado" es el que cabe esperar teniendo en cuenta el carácter estructural y permanente del fenómeno de las migraciones internacionales. Las migraciones ponen aprueba nuestros valores fundamentales y las políticas económicas, sociales y políticas de la democracia constitucional pluralista. Ponen a prueba el modelo de sociedad que queremos y las condiciones objetivas de las políticas reguladoras de los flujos migratorios que han sido una constante en la historia de las sociedades contemporáneas. Es, a la vez, política "interior" y política "exterior" en un mundo globalizado.

En las iniciativas comunitarias continúan predominando la lógica de las políticas de seguridad y control de las fronteras sobre la racionalidad jurídica de la integración a través de la garantía de los derechos fundamentales de las personas inmigrantes en condiciones de igualdad con los atribuidos a las personas que ostentan la ciudadanía europea.

Una regulación comunitaria de "seguridad" y tan sólo de débil orientación garantista no permite proteger tampoco a las personas extranjeras extracomunitarias que quedan fuertemente desprotegidas en sus derechos en los ordenamientos jurídicos nacionales. Resulta evidente que el déficit de tutela efectiva (más allá de la importancia extraordinaria de su reconocimiento jurídico-normativo en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) implica en la práctica jurídica la pervivencia de una "nacionalización" de los derechos humanos, que son objeto de garantía muy diversa en cada Estado miembro. Una "nacionalización" de los derechos en permanente tensión con la exigencia de "comunitarización" o "europeización" de los mismos.

Los derechos de las personas inmigrantes quedan cuestionados muy especialmente cuando se trata de inmigrantes considerados "ilegales" o "irregulares". Los caminos ya transitados por Estados como Italia, Francia, Grecia, etcétera se sitúan en una peligrosa dirección de "Estado de Seguridad" o "Estado penal" o "Estado policial", en cuyo marco se adopta la dialéctica schmittiana amigo-enemigo y su proyección en el llamado "Derecho penal del enemigo"[39], que combina el tratamiento de la enemistad absoluta y el cuestionamiento como "persona" titular de derechos. El enemigo es "el otro, el extranjero", potencialmente peligroso, objeto de medidas preventivas y de control y situado fuera de la comunidad y mirado y tratado como enemigo en una deriva correctora de componentes autoritarios de difícil acomodación al Estado constitucional de derecho puesto en discusión por el Estado punitivo. La política de la desconfianza hacia los inmigrantes incluso los legalmente establecidos. Ciertamente, las políticas actuales se inspiran, en no poco, en las construcciones aportadas por Günther Jakobs, sobre el "Derecho penal del enemigo"[40], a su vez influenciada por la construcción

[36] A cuyo tenor: "Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea".

[37] Conforme al art. 19 ("Protección en caso de devolución, expulsión y extradición"). 1. Se prohíben las expulsiones colectivas. 2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes".

[38] Véase los recogidos en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): La Europea de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Granada, Comares, 2012.

[39] Véase Zaffaroni, E.R.: El enemigo en el Derecho penal, Madrid, Dykinson, 2006.

[40] Jakobs, G., y Cancio Meliá, M.: Derecho penal del enemigo, Madrid, Cuadernos Civitas, 2003; Ibid., "La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente", en La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio, Conde Muñoz, F. (Coord.),Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.Sobre su pensamiento, véase Montealegre,L. (Dir.) et altri: El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

schmittiana sobre la realidad existencia de "lo político" como tensión dialéctica entre amigo-enemigo. Esta doctrina jurídico penal plantea una fuerte tensión -e incluso contradicción- con la lógica política que corresponde al Estado constitucional de Derecho. Esa cuestión del enemigo adquiere una gran y visible actualidad en el momento político-jurídico presente como resultado de las legislaciones de emergencia en materia de terrorismo (pero también respecto a la criminalización de los pobres y de los inmigrantes), planteando un gran debate a nivel internacional. La lógica de la enemistad fricciona con el Estado constitucional de Derecho, siendo más propia de un Estado fuerte de tipo autoritario o de orientación autoritaria, siendo en este sentido expresiva de la lógica extrema de la enemistad formulada y elaborada por Schmitt. Ello conecta con la fuerte tendencia a transitar de la sociedad de la inclusión a otra de exclusión[41]. Bajo la nueva mirada autoritaria el "otro" es considerado como un potenciar enemigo externo o un sujeto desviado. Todo esto conduce a una "criminalización" de los inmigrantes como sujetos más débiles en el marco de las políticas migratorias defensivas de la UE[42].

En estas políticas públicas migratorias impera la racionalidad excluyente y represiva, con el redescubrimiento de la idea de *"peligrosidad" social*, que reciben un tratamiento de población inferior con una negación de derechos básicos y objeto de formas de control represivo. Se establecen, en tal sentido, mecanismos de expulsión por el sólo hecho de la irregularidad administrativa de ser un "inmigrante ilegal", y por la simple pertenencia a un colectivo: la expulsión se inserta en un sistema de control y de punición, por no decir de criminalización. Los extranjeros inmigrantes tienden a ser desposeídos de derechos[43]. Muchos de ellos son los nuevos colectivos de "desposeídos" en las estructuras jerarquizadas de nuestras sociedades. Las mismas palabras que se utilizan (y a menudo casi todos hemos utilizado en alguna ocasión) reflejan esa idea de criminalización: efectivamente se habla -y hablamos- de "inmigrantes ilegales", incidiendo en una idea en sí inadmisible que consistiría en afirmar la "ilegalidad de las personas", y no a sus actos, lo cual supone una criminalización y deshumanización del ser humano, convirtiéndolo en "un mal antisocial". Se criminaliza a las personas inmigradas de modo irregular, indocumentado o "sin papeles" (infra-grupo social), con la atribución de un estatuto similar a un delincuente, el cual es tratado desde la "enemistad absoluta", como enemigo para el orden público. Es un criminalización que surge por una irregularidad administrativa, y que permite la persecución y la expulsión de la persona del inmigrante El carácter extendido de esta terminología da cuenta de su penetración en todas las esferas del discurso social y político-jurídico (*v. gr.*, Comisión Europea, "Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales", de 10 de abril de 2002; Comisión Europea, "Estudio sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal", de 2004, que utiliza la expresión "inmigrantes ilegales"; la STC de 7 de noviembre

41 Young, J.: La sociedad "excluyente". Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía, trad. Roberto Bergalli y Ramiro Sagarduy, Madrid, Marcial Pons, 2003, especialmente, págs. 9 y sigs.; Wacquant, L.: Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social, trad. Margarita Polo, Barcelona, Gedisa, 2010, especialmente., págs. 79 y sigs.

42 Monereo Pérez, J.L.: Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, págs. 551 y sigs., y 603 y sigs.

43 Véase De Lucas, J.: Globalización e identidades, Barcelona, Ed. Icaria, 2003, pág. 60; Ibid., "Nuevas estrategias de estigmatización. El Derecho, frente a los inmigrantes", en Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales, Portilla Contreras, G. (Coord.), Madrid, Ed. Akal, 2005; De Lucas, J.: Mediterráneo: El naufragio de Europa, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016; Añon, M.J.: "Integración: una cuestión de derechos", en Arbor, núm. 774 (2010), págs. 625 y sigs.; Aja, E.: Inmigración y democracia, Madrid, Alianza editorial, 2012, págs. 21 y sigs. De interés, en una perspectiva más holística, Monereo Pérez, J.L.: Simone Weil. Filosofía del trabajo y teoría crítica social, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2023; Ibid., "Filosofía social y del Trabajo y crítica política en Simone Weil", estudio preliminar a Weil, S.: Raíces del Existir. Preludio a una declaración de deberes hacia el ser humano, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2023, Ibid., "El sentido del trabajo y su centralidad en las sociedades democráticas: pensamiento y acción en Simone Weil". Lex Social: Revista De Derechos Sociales, 13(2), (2023) 1-126. https://doi.org/10.46661/lexsocial.8197, etcétera.

de 2007, que tanto ha contribuido a dignificar el estatuto jurídico de las personas migrantes, hace referencia a "extranjeros ilegales")[44].

Es de señalar que la Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familias (Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, ratificada actualmente por un gran número de Estados, ninguno de los cuales es miembro de la Unión Europea)[45] contiene un estándar de derechos y diversos mecanismos de control (En su Parte III, artículos 8 a 35, contiene un estándar de "Derechos humanos de los trabajadores migratorios y de sus familias", con independencia de su estatus migratorio, regular o irregular). En la misma dirección se sitúan los dos grandes instrumentos europeos de protección de los derechos fundamentales: La Convención Europea de Derechos Humanos de 1950; la Carta Social Europea Revistada de 1996; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Desde 2007, con fuerza jurídica vinculante equiparable a los Tratados fundacionales de la Unión ex art. 6 del TUE; en adelante CDFUE). Ambos instrumentos normativos garantizan un conjunto de derechos a todas las personas sin distinción y, en otros casos, como personas trabajadoras sin más. Incluidos los derechos económicos, sociales y culturales[46].

Ahora bien: Aunque es cierto que la CDFUE garantiza un conjunto de derechos a todas las personas o, en su caso, a todos los trabajadores, sin embargo, se muestra insuficiente para garantizar los derechos de las personas inmigrantes irregulares. Resulta altamente criticable, que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no aluda expresamente a los derechos de las personas inmigrantes ilegales (de ahí que sea constante la referencia a las personas o trabajadores en situación de residentes legales), y que incluso pudiera justificar la exclusión de derechos para estas personas[47]. En la lógica de la seguridad interior la cuestión social migratoria es convertida en un problema de orden público en una Europa que parece quedar limitada a los ciudadanos de la Unión y a las personas residentes legales (sobre la base de una realidad económica), mientras que a los demás se les tiende a negar el estándar de derechos de ciudadanía (Resulta paradigmática la privación de derechos en sanidad, o el desempleo de personas y trabajadores en situación irregular en España y en otros países de la UE). El proceso migratorio es objeto de un control policial de las fronteras exteriores y sus instrumentos coercitivos. Esa política de orden público se construye doblemente, en una doble dimensión: a escala de la Unión Europea y en los respectivos espacios nacionales que aducen al respecto la soberanía estatal. Los inmigrantes ilegales son tratados como enemigos (del mismo modo que también tiende a criminalizarse la pobreza y a las personas en situación de miseria y exclusión

[44] Véase Chueca Sancho, A.G.: "Derechos, migración y derechos humanos: El marco general", en Diaz Barrado, C.M., Rodríguez Barrigón, J.M. (Dir.) y Díaz Silveira, C. (Coord.): Migraciones internacionales y codesarrollo, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos/Centro de Estudios de Iberoamérica, 2011; Ibid., (Coord.): Derechos Humanos, Inmigrantes en situación irregular y Unión Europea, Valladolid, Lex Nova, 2010, págs. 25 y sigs.

[45] El 1 de julio de 2003 entró en vigor la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. La Convención es un tratado internacional amplio centrado en la protección de los derechos de los trabajadores migratorios. En él se pone de relieve la vinculación entre la migración y los derechos humanos, un tema de interés general al que se presta cada vez mayor atención en todo el mundo.

[46] Véase Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados, Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950, Capítulo IV ("Bienestar"), págs. 20 ("Racionamiento"), 21 ("Vivienda"), 22 ("Educación pública"), 23 ("Asistencia pública"), 24 ("Legislación del trabajo y seguros sociales"), y Capítulo V ("Medidas administrativas"), artículos 31 ("Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio"), art. 32 ("Expulsión"), 33 [("Prohibición de expulsión y devolución ("refoulement")"] y 34 ("Naturalización"). Véase Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967.
https://www.boe.es/boe/dias/1978/10/21/pdfs/A24310-24328.pdf

[47] Puede consultarse Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (directores u coordinadores): La Era de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Granada, Comares, 2012.

social). A ellos se aplica la lógica de la excepción permanente y selectiva. Con ello se pone en cuestión la virtualidad de la universalidad de los derechos humanos de la persona e incluso de los derechos laborales de la persona extranjera en situación de irregularidad. Por lo demás, incluso las personas inmigrantes extracomunitarios en situación regular se les dota de un estatuto mínimo que supone una minoración del estándar de derechos de los ciudadanos nacionales de los países miembros de la Unión. Los ciudadanos "legales" son los verdaderos ciudadanos libres, mientras que los individuos "ilegales" son objeto de políticas de control y de atribución de derechos limitados. Este enfoque cuestiona las bases de la democracia liberal y del Estado de Derecho.

A pesar del avance civilizatorio innegable que ha supuesto la CDFUE, esta no ha podido favorecer la garantía de los derechos de los trabajadores migrantes; no ha podido blindarles con una protección suficiente y adecuada frente a las propias políticas comunitarias sobre inmigración y de los países de la Unión que vienen presentando un marcado carácter defensivo y represivo (Son muchos los exponentes de ello. Así, por ejemplo, la Decisión 2004/573/CE, de 29 de abril, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión; Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular -es la llamada Directiva "de la vergüenza", que, entre otras medidas restrictivas, permite el internamiento de los extranjeros a expulsar durante 18 meses como máximo, con la consiguiente privación de libertad simplemente por razones administrativas; la Directiva 2009/52/CE, de 18 de junio, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables los empleados de nacionales de terceros países en situación irregular; a la que ha impuesto límites la STJUE de 28 de abril de 2011, asunto "El DRIDI")[48].

En cualquier caso, interesa destacar que la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, establece garantías reforzadas respecto de los derechos sociales de las personas migrantes. Señaladamente, el art. 19 ("Derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a recibir protección y asistencia"): "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a recibir protección y asistencia en el territorio de cualquier otra Parte, las Partes se comprometen: 1. a mantener o a cerciorarse de que existen servicios gratuitos adecuados para ayudar a estos trabajadores, y particularmente para proporcionarles informaciones exactas, y adoptar las medidas oportunas en tanto que lo permitan las leyes y reglamento nacionales, contra toda propaganda engañosa sobre emigración e inmigración; 2. a adoptar, dentro de los límites de su jurisdicción, medidas apropiadas para facilitar la salida, el viaje y la acogida de estos trabajadores y sus familias, y a proporcionarles durante el viaje, dentro de los límites de su jurisdicción, los servicios sanitarios y médicos necesarios, así como unas buenas condiciones de higiene; 3. a promover la colaboración, requerida en cada caso, entre los servicios sociales, públicos o privados, de los países de emigración e inmigración; 4. a garantizar a esos trabajadores que se encuentren legalmente dentro de su territorio un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en lo referente a las materias que se expresan a continuación, en tanto que las mismas estén reguladas por leyes o reglamentos o se hallen sometidas al control de las autoridades administrativas, a saber: a) remuneración y otras condiciones de empleo y trabajo; b) afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas que ofrezcan los convenios colectivos; c) alojamiento; 5. a garantizar a esos trabajadores, cuando se encuentren legalmente dentro de su territorio, un trato no menos favorable que el que reciben sus propios nacionales en lo concerniente a impuestos, tasas y contribuciones relativos al trabajo, a cargo del trabajador; 6. a facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador

[48] Véase también COMISIÓN EUROPEA: "Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales". COM (2002) 175 final, 10.4.2002; COMISIÓN EUROPEA: "Estudio sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal". COM (2011) 248 final, 4.5.2011.

extranjero a quien se le haya autorizado a establecerse dentro del territorio; 7. a garantizar a dichos trabajadores que se encuentren legalmente dentro de su territorio un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en lo relativo a las acciones judiciales sobre las cuestiones mencionadas en el presente artículo; 8. a garantizar a dichos trabajadores, cuando residan legalmente dentro de su territorio, que no puedan ser expulsados, excepto si amenazan la seguridad del Estado o atentan contra el orden público o las buenas costumbres; 9. a permitir, dentro de los límites fijados por las leyes, la transferencia de cualquier parte de las ganancias o ahorros de tales trabajadores migrantes que éstos deseen transferir; 10. a extender las medidas de protección y asistencia previstas en el presente artículo a los trabajadores migrantes que trabajen por cuenta propia, en tanto que las mismas les sean aplicables; 11. a promover y facilitar la enseñanza de la lengua nacional del Estado de acogida o, en caso de existir varias, de una de ellas a los trabajadores migrantes y a los miembros de su familia; 12. a promover y facilitar, en tanto que sea posible, la enseñanza de la lengua materna del trabajador migrante a los hijos de éste"[49]. Es especialmente relevante porque tiene un valor normativo reforzado bajo el control de aplicación del Comité Europeo de Derechos Sociales[50].

En una reflexión de más largo alcance, cabe decir que la ciudadanía nacional ha tenido históricamente un elevado papel integrador de los miembros de una misma unidad política, pero también se ha revelado como una noción con una fuerte dimensión excluyente. Su sentido histórico y actual, pues, ha sido ambivalente[51]. Ya resulta significativo que incluso cuando se opera con el Sistema de los Tratados constitutivos[52] y en la propia CDFUE con el concepto de "ciudadanía de la Unión", esta suponga en sí misma una exclusión de los extranjeros extracomunitarios.

Se trata de un proceso de construcción del "extranjero" desde una lógica excluyente y de orden público, lo que se inserta también en el proceso de "normalización de la emergencia" que

[49] Véase Charro Baena, P.: "Derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia (artículo 19 de la Cartas Social Europea)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) et altri: La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, Granada, Comares, 2017, págs. 745-758.

[50] Monereo Pérez, J.L.: "El valor jurídico de la Carta Social Europea Revisada y su significación"; Salcedo Beltrán, C.: "Rumbo a la Carta Social Europea: navegando en aguas procelosas hacia el reconocimiento de los derechos sociales y sus garantías"; Díaz Rodríguez, J.M.: "La interpretación y aplicación de la Carta Social Europea, en particular en materia de extinción del contrato de trabajo; Jimena Quesada, L.: "El Comité Europeo de Derechos Sociales: valor jurídico de sus resoluciones"; Miñarro Yannini, M.: "Nuevos horizontes en las políticas relativas a las personas refugiadas a la luz de la Carta Social Europea"; Cristobal Roncero, R.: "La influencia de la Carta Social Europea en la jurisprudencia española", en Documentación Laboral, Nº. 125, 2022. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8524974. Asimismo, Jimena Quesada, L.: "La Carta Social Europea como tratado europeo de los derechos sociales por excelencia y su mayor relevancia en el contexto de la pandemia de Covid-19", Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF, núm. 460, 2021; Salcedo Beltrán, C.: "La Carta Social Europea. Unde venis et quo vadis?", en Salcedo Beltrán, C. (Dir.) et altri: La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021; Monereo Pérez, J.L. "La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como 'Constitución Social' de la Europa amplia", Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. núm. 4 (2022): 215-326. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/622/706

[51] Se ha aportado una definición estipulativa y funcional de ciudadanía para centrar la atención en una faceta precisa de la realidad político-jurídica: la relación entre la pertenencia de una persona a una comunidad política y los derechos y obligaciones de los que ella disfruta en esa comunidad. Importan señalar que, en esta perspectiva, se evita una posible y extendido equívoco, pues al hablar de comunidad política no hay que identificarla con el Estado. E l Estado no es un fenómeno eterno. Es tan sólo la forma moderna de la comunidad política. El Estado es soberanía, burocracia, unidad de mando en el territorio: es una síntesis de elementos que difícilmente se pueden encontrar en las formas políticas de las sociedades premodernas. Cfr. Costa, P.: "Ciudadanía y patrones de pertenencia a la comunidad política", en Costa, P. y Aláez Corral, B.: Nacionalidad y ciudadanía, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, págs. 20-21.

[52] Resulta harto significativo lo establecido en el art. 20.1 del TFUE, a cuyo tenor "Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional, sin sustituirla".

preside la *gubernamentalización* de la sociedad contemporánea[53]. Pues, en efecto, se está produciendo una mundialización y generalización de la *política del Derecho de la "tolerancia cero"* (vinculadas formalmente a la finalidad de mantenimiento del orden por parte de los poderes públicos). La doctrina de la "tolerancia cero" (que paradigmáticamente fue puesta en práctica en los programas de control y punición llevados a cabo en la ciudad de Nueva York), ha sido un instrumento de legitimación de la gestión represiva y judicial de los pobres, personas marginales, "grupos étnicos" y de los extranjeros inmigrantes, excluidos o con precaria y débil inclusión en la comunidad política (se trate de cada país en particular o de ámbitos geopolíticos supranacionales, como de la Unión Europea)[54].

En las políticas de *"tolerancia cero"* se refleja un deslizamiento entre lo social hacia lo penal o punitivo, y de manera simétrica de la tolerancia hacia la intolerancia. Se observa que la doctrina aplicada en ciudades como Nueva York es aducida e importada por otras ciudades y países diversos como el pretendido remedio universal, y de aplicación simple y generalizada, para "todos los males de la sociedad", tales como la inmigración ilegal, la criminalidad, el "parasitismo social", etcétera. De ahí que la noción política de "tolerancia cero" se difundiera conforme a la secuencia de un proceso de "metástasis" para hacer referencia de modo alternativo, y sin distinción, a la aplicación estricta de la disciplina y control en las más variadas situaciones de "peligrosidad" y de afectación potencial o actual el orden público[55]. Ello se combina frecuentemente con la mutación del *welfare* en un *workfare* de carácter autoritario donde se limitan los programas sociales para las clases y colectivos de personas más desfavorecidas y se desvirtúa la idea de empleabilidad como capacitación para un trabajo digno desplazada por la noción de empleabilidad como imposición de cualquier tipo de trabajo precario a los sujetos en situación de desempleo (con fuerte tendencia hacia la "criminalización" de la marginalidad sin atender a los factores causales y determinantes de la misma) y donde los derechos sociales tienen a ser desplazados/sustituidos por la imposición contractualista de obligaciones de trabajar de las personas afectadas (aunque lo que se imponga sea un trabajo precario que no es capaz de liberar del todo de la miseria; de ahí la referencia, por ejemplo, al "compromiso de actividad" en el marco de la contractualización de la protección jurídico-social por desempleo). El resultado es, pues, la contractualización de los derechos sociales, con el efecto de su mayor condicionamiento y comportamiento activos del sujeto titular[56], al cual suele responsabilizarse de individualmente de lo que eminentemente tiene una causa objetiva vinculada al funcionamiento de los mercados de trabajo (*v. gr.*, situación jurídica de los desempleados) y de la estratificación social.

En esa lógica de política del Derecho, se tendería a reemplazar paulatinamente el Estado Social por un Estado "postsocial" y punitivo, que es la otra cara de la forma "Estado-Mercado"[57]. Una de sus premisas implícitas es que la cuestión social específica de las sociedades del capitalismo

[53] La noción de "gubernamentalización" o "gubernamentalidad" remite la construcción lúcida de Foucault, M.: "La gubernamentalidad" (1978), en Espacios de poder, trad. de Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, Madrid, La Piqueta, 1981, págs. 9 a 26. La "gubernamentalidad" remite a un "Estado de gobierno que se centra especialmente sobre la población y que se refiere y utiliza como instrumento el saber económico, [y que] corresponde a una sociedad controlada por los dispositivos de seguridad" (pág. 26). Puede consultarse también De Giorgi, A.: El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud, trad. J.A. Brandariz García y H. Bouvier, Madrid, Traficantes de Sueños, 2005, págs. 111 y sigs.

[54] Véase Wacquant, L.: Las cárceles de la miseria, trad. Horacio Pons, Madrid, Alianza, 2000, especialmente, págs. 26 y sigs.

[55] Wacquant, L.: Las cárceles de la miseria, trad. Horacio Pons, Madrid, Alianza, 2000, págs. 29 y sigs., y entre nosotros Portilla Contreras, G.: El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

[56] Monereo Pérez, J.L.: Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral, Madrid, CES, 1996; Monereo Pérez, J.L.: Las nuevas políticas de protección contra el desempleo y su reflejo en el sistema jurídico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

[57] Véase ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: "Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George", en Documentación Laboral. Revista de relaciones laborales, economía y sociología del trabajo, núm. 83 (2008), págs. 11 y sigs.

tardío no sería tanto la relativa a la "igualdad socioeconómica" y la integración, sino ante todo de reorientación activadora y disciplinaria de las aptitudes individuales de las personas "responsables de su situación" (*v. gr.*, la política social ser orienta principalmente hacia la imposición de la obligación jurídica de trabajar en la lógica de la responsabilidad individual). De ahí se sigue, en coherencia, la conformación de un "Estado fuerte" y de un reforzamiento de normas de orden público que estarían llamadas a "normalizar" situaciones materialmente de excepción en relación con determinados colectivos de personas y situaciones de "peligrosidad" social o política. En la regresión del Estado social de Derecho hacia el "Estado postsocial" y tendencialmente "Estado penal", más que las políticas integradoras y de garantía efectiva de derechos se utilizan sistemáticamente las medidas de control social preventivo y llegado el caso, la privación de la libertad para esos colectivos de población considerada potencialmente "peligrosa" (extranjeros inmigrantes, trabajadores precarios, personas en situación de miseria, personas drogadictas, etcétera). Unas medidas de detención y privación de libertad que adoptan formas típicamente excepcionales, con la consiguiente privación de garantías propias del Estado de Derecho.

El giro radical de política del Derecho es significativo tanto en la legislación de inmigración, como en la legislación sociolaboral y en la estrictamente penal. Resulta emblemática la reorientación de las medidas en el campo penal, pues los estudios empíricos clásicos realizados por George Rusche y Otto Kirchheimer en la década de los cuarenta, ponían de manifiesto la incidencia de las causas sociales (deterioro de las familias, de las clases subalternas, del mercado de trabajo, entre otras) y las medidas punitivas y de encarcelamiento[58]. Los autores subrayaron que por entonces la crisis económica hizo proclive el aumento de la represión penal, aunque atemperada por las exigencias de racionalización de una sociedad industrial moderna. A la altura de 1939, Rusche y Kirchheimer había hecho notar que la estrecha vinculación entre la política penal y la política social progresiva. "Si es verdad que las necesidades de racionalización del sistema social imperante ponen límites a las posibilidades de desarrollo de una política penal orientada exclusivamente hacia la represión, no es menos cierto que restringen aún en mayor medida las posibilidades de aplicación de un programa tradicional de reformas. El sistema penal en una sociedad determinada no constituye un fenómeno aislado sujeto solamente a sus regulaciones normativas, sino que es parte integral de la totalidad del sistema social con el que comparte sus aspiraciones y defectos. Por tanto, la cifra criminal puede ser contenida solo en el supuesto de que la sociedad proporcione a sus miembros cierta seguridad y un nivel adecuado de vida. Únicamente bajo estas circunstancias el pasaje de una política penal represiva a un programa progresista de reformas puede trascender al mero humanitarismo formal para convertirse en una actividad social verdaderamente constructiva. Sin embargo, mientras la conciencia social no se encuentre en posición de comprender -y de actuar en consecuencia- el vínculo inevitable que existe entre el progreso social general y una política penal progresista, todo proyecto de reforma penal podrá alcanzar a lo sumo un éxito efímero, y su fracaso será atribuido a la perversidad de la naturaleza humana antes que al sistema social. La consecuencia inevitable de todo esto es un retorno a las teorías pesimistas, según las cuales la naturaleza intrínsecamente malvada del hombre puede ser domesticada sólo reduciendo las condiciones de vida en la cárcel a un nivel inferior al de las clases más bajas de la población libre. La ineficacia de las penas severas y los tratamientos crueles puede haber sido demostrada miles de veces, pero hasta el momento en que la sociedad sea capaz de resolver sus problemas sociales, la represión, la más simple de las respuestas, seguirá constituyendo la alternativa preferida. Ella proporciona la ilusión de la seguridad ocultando los síntomas del malestar social con un conjunto de juicios morales y legales. Existe una paradoja entre el progreso del conocimiento humano, que ha permitido comprender y teóricamente resolver el problema del tratamiento penal como nunca antes, y la realidad de que la cuestión fundamental de una transformación profunda de

[58] Rusche, G. y Kirchheimer, O.: Pena y estructura social (1939), trad. Emilio García Méndez, Bogotá (Colombia), Ed. Temis, 2004. Sobre el pensamiento de Otto Kirchheimer puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: Estado y democracia en Otto Kirchheimer, Estudio Preliminar a Kirchheimer,O.: Justicia política, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001, págs. XVII a CLXXXV.

la política penal parece encontrarse hoy cada vez más distante a causa de su pendencia funcional del orden social existente"[59].

Todo esto determina que la cuestión social de la inmigración (y más generalmente, de las "migraciones") de nuestro tiempo sea una cuestión problemática y abierta, no clausurada, en el plano de la política del Derecho. La fragmentación social persiste bajo viejas y nuevas formas. Y esa fragmentación y desigualdad social es contraria a la dignidad humana[60]. Ese principio de igualdad se postula respecto de la atribución de los mismos derechos a los extranjeros y a los nacionales del país de acogida[61].

[59] Rusche, G. y Kirchheimer, O.: Pena y Estructura social (1939), trad. Emilio García Méndez, Bogotá (Colombia), Ed. Temis, 2004, pág. 258.

[60] Sobre la dignidad como principio fundamental de Derecho de Internacional de los derechos humanos y su significación como eje de éstos, y, asimismo, su centralidad dentro de la noción de "trajo decente" o "trabajo digno" de la Organización Internacional del Trabajo, véase Monereo Pérez, J.L.: La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales, Murcia, Laborum, 2019, especialmente, Capítulo I ("La dignidad de la persona: significación fundante y su fuerza normativa en el sistema multinivel de garantías de los derechos y capacidades humanas…"), págs. 9 y sigs., y Capítulo II ("La dignidad de la persona que trabaja como expresión "materializada" del principio de dignidad humana: la indivisibilidad de los derechos laborales genéricos o inespecíficos y de los derechos específicos sociales"; "Dignidad humana y trabajo decente: la función garantista de la OIT"), págs. 161 y sigs. Consúltese la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008.

[61] Análisis del impacto económico de la discriminación y la desigualdad entre la población autóctona y la extranjera residente en España, Madrid, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. 2024. Mahía, R. y Medina, E. (2024). Análisis del impacto económico de la discriminación y la desigualdad entre la población autóctona y la extranjera residente en España. Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia - OBERAXE. Las conclusiones del informe son contundentes:

1. Elevada discriminación laboral con una importante dimensión de género: Observamos una notable brecha de integración laboral para las personas extranjeras, con una discriminación específicamente acentuada en las mujeres, reflejando desigualdades significativas en el acceso y la permanencia en el mercado laboral, así como en la sobre cualificación y las diferencias salariales respecto a la población autóctona. 2. Discriminación de las mujeres extranjeras en el acceso a la población activa. Los niveles agregados de actividad entre población autóctona y extranjera son similares, destacando un diferencial negativo en la tasa de actividad femenina extranjera de 2,3 puntos porcentuales, respecto a las autóctonas, lo que sugiere una discriminación en el acceso a la población activa que equivaldría a unos 1200 millones de euros anuales menos en retribuciones salariales, es decir, alrededor de un 0,09% del PIB. 3. Importante discriminación por desempleo. Existe una diferencia simple en la tasa de desempleo entre población extranjera y autóctona del 6,6%. Al ajustar por las covariables relevantes, la discriminación atribuible al incremento de la probabilidad de estar desempleado entre los extranjeros se mantiene en un 5%. En términos de valoración económica esta discriminación ascendería a unos 5100 millones de euros, aproximadamente un 0,38% del PIB. 4. Impacto de Género en Discriminación por Desempleo: Aunque las mujeres representan el 47% de las personas empleadas extranjeras, contribuyen al 62% del efecto global de la discriminación por desempleo, tanto en número de personas como en valor económico lo que se explica por una mayor brecha de discriminación femenina que masculina. 5. Notable déficit de integración laboral y de discriminación en términos de sobre cualificación. El análisis revela que las diferencias de sobre cualificación moderada para trabajadores/as extranjeras con estudios superiores que puede deberse eventualmente a la discriminación son del 15%. El valor económico anual de esta discriminación ascendería a unos 2800 millones de euros, es decir, un 0,21% del PIB. El mismo análisis replicado para los/las trabajadoras extranjeras con estudios secundarios revela que la diferencia en sobre cualificación atribuible a la discriminación se sitúa alrededor del 11%, lo que se traduce en una valoración económica de unos 900 millones de euros, lo que supone un 0,07% del PIB. 6. Importantes diferencias de género en términos de discriminación por sobre cualificación. El efecto agregado de la discriminación por sobre cualificación procede en mayor medida de la discriminación femenina (443 millones frente a los 267 para el caso de los hombres). 7. Brechas salariales significativas: Las diferencias salariales brutas entre población extranjera y autóctona alcanzan el 23%, que aumenta hasta el 25% en el caso de las mujeres extranjeras comparadas con las autóctonas. 8. Discriminación salarial económicamente cuantificable: La discriminación salarial entre población autóctona y extranjera supone una diferencia porcentual del 2,2% en el salario medio en contra de la población extranjera, lo que conlleva una merma agregada anual de unos 2200 millones de euros, equivalente a un 0,17% del PIB. 9. Desigualdad en el acceso educativo y abandono escolar: La población extranjera enfrenta una tasa de escolarización inferior y una mayor probabilidad de abandono escolar debido a su origen, lo que atribuimos a discriminación. 10. Discriminación en el

Frente a estas direcciones de política del Derecho deberían construirse políticas del Derecho de carácter integrador y pluralista que supongan una universalización efectiva de los derechos y la reinvención de la ciudadanía. Para ello hay que remover los obstáculos políticos que impiden e imposibiliten realizarla y será necesario edificar un estatuto jurídico completo de los derechos, de manera que estos giren esencialmente sobre la persona y no principalmente sobre la condición específica de nacionalidad. En este sentido hay que tener en cuenta el carácter incompleto de la ciudadanía, que es un aspecto inherente a la institución motivado significativamente por la posibilidad de transformación con el paso del tiempo y con los cambios de espacio. Precisamente la experiencia de un mundo globalizado ha puesto de relieve la complejidad y variabilidad de la ciudadanía en las sociedades contemporáneas, pues si se teoriza sobre la ciudadanía como una institución necesariamente nacional, entonces no se puede dar cuenta de los nuevos fenómenos vinculados a las fuerzas globales con el lenguaje tradicional de la ciudadanía y de los derechos. Pero la idea no es sustituir la ciudadanía nacional por una ciudadanía "postnacional", sino combinar la ciudadanía nacional con otras formas de ciudanía supranacional que permitan la dotación efectiva de derechos para todos. Hay que tener en cuenta que la ciudadanía "postnacional" (también en su versión cosmopolita) carece de un marco institucional adecuado que pueda garantizar (y no sólo proclamar) los valores sustanciales de la ciudadanía. Se puede avanzar en la noción de ciudadanía cosmopolita sobre la base del respeto a las identidades nacionales y la vinculación de la ciudadanía a los derechos humanos

acceso educativo: Existe una tasa bruta de escolarización 17 puntos porcentuales superior en población autóctona frente a extranjera, lo que se traduce en una discriminación económica valorada en hasta 3398 millones de euros, o un 0,25% del PIB. 11. Discriminación en el aula: Los procesos de estrés asociados a los procesos migratorios y el estar expuestos a un mayor nivel de acoso y a un menor grado de aceptación en la escuela se traduce en mayores niveles de abandono en los extranjeros/as. Se identifica una discriminación asociada al origen en el abandono escolar, con una valoración económica de 102 millones de euros. 12. Sin embargo, en los ciclos formativos de Formación Profesional el abandono de extranjeros/as es menor. Dado que el abandono está calculado en base a expectativas, el resultado podría explicarse por un mejor resultado académico respecto a los/las autóctonas que realizan los mismos estudios, lo que podría indicar una sobre presencia de estudiantes extranjeros/as en los ciclos de Formación Profesional que también hubieran podido terminar con éxito otro tipo de estudios. 13. Discriminación educativa también observada al comparar los niveles máximos de educación alcanzados por autóctonos/as y extranjeros/as. Una mayor presencia relativa de extranjeros/ as en los niveles educativos más bajos y menor en estudios superiores indica la existencia de discriminación educativa, la cual asciende a algo más de 4800 millones de euros (0,36% del PIB). 14. Con todo, el mayor coste de la discriminación escolar se registra en el momento de acceso al sistema educativo (el cual supone el 70% del coste total), siendo menor la discriminación que se registra en el aula (la cual representa el 30% del coste total). 15.Atendiendo a los niveles educativos, el mayor coste de esta discriminación se registra en el paso de Bachillerato a estudios superiores (80% del coste total). También es importante el que se registra en el paso de la primera etapa de educación secundaria a segunda etapa de educación secundaria con orientación profesional (17%). 16. Por tramos de edad, el peso de la discriminación escolar tiende a aumentar con la edad. Es del 43% en el tramo de 45 a 64 años, de 39% en el de 35 a 44 años, del 14% de 25 a 34 años y del 4% en el de los más jóvenes, lo que es un dato positivo en el sentido de que indica una tendencia hacia la disminución de la discriminación educativa. 17. Impacto económico agregado de la discriminación: La valoración económica de la discriminación laboral y educativa combinada ascienden a unos 17 mil millones de euros, representando un 1,3% del PIB, indicando una merma significativa en términos de remuneración salarial no percibida por la población extranjera discriminada (Ibid., págs.84-85). Véase, asimismo, FORO PARA LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES: Situación de las personas migrantes y refugiadas en España informe anual 2023, Madrid, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, 2024.

CONSEJO ASESOR BRECHA DE GÉNERO, creado en el marco del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Se indica que está prevista la reforma del reglamento de la ley de extranjería, la cual va a tener en la perspectiva de género uno de sus aspectos más destacados. Las mujeres migrantes y sus principales casuísticas serán no sólo tenidas en cuenta, sino que tendrán un apartado específico. En virtud de todo lo expuesto, se pone de manifiesto lo acertado de las medidas llevadas a cabo en los últimos años para reducir la brecha de género existente en los ámbitos competenciales de este Ministerio. Pero también se constata la necesidad de seguir avanzando en esta línea y seguir implementando medidas que aborden la problemática expuesta. Para ello, se tomarán en cuenta las aportaciones que se trasladen desde el Consejo Asesor de Brecha de Género para seguir desarrollando políticas que tiendan a reducir las diferencias entre hombres y mujeres en el ámbito de la inclusión, la Seguridad Social y las migraciones. https://webmail.ugr.es/c/?_task=mail&_frame=1&_mbox=INBOX&_uid=157341&_part=3&_action=get&_extwin=1

y a la potenciación de las capacidades de las personas[62]. La identidad cultural es dinámica, pues evoluciona y los mismos individuos, al vivir en grupos, acaban siendo partícipes de nuevas formas de identidad y de arraigo social que enriquecen su personalidad y el libre desarrollo de la misma[63]. Esas identidades multiculturales no se adquieren exclusivamente en el origen a través del *ius sanguinis* (identidad de ciudadanía/nacionalidad basada en el parentesco) sino también de manera sobrevenida a través *ius solis* (residencia ciudadana por vivir en un determinado espacio territorial o geopolítico y cultural). No parece asumible -ni deseable una "*hiperglobalización" neoliberal* de pretensiones uniformizadoras y totalitarias-, contraria a la propia lógica interna subyacente a la Organización de las Naciones Unidas y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cuestión distinta es la política de la identidad concebida como un mecanismo elusivo de la atención los conflictos de clase e *intraclase* y, más ampliamente los derivados de las enormes desigualdades sociales en sociedades fragmentadas[64]. Ello se contrapone a una fórmula binaria inherente a la democracia constitucional, a saber: el ensamblaje entre democracia y cohesión social, que exige una reducción drástica de las desigualdades sociales intolerables y la gestión de las diferencias admisibles. En cualquier caso, la igualdad social no puede ser entendida como uniformidad garantizada por el Estado, sino como reconocimiento e inclusión de las diferencias relevantes (*v. gr.*, género, edad, discapacidad, etcétera), no para discriminar negativamente, sino, por el contrario, para promover las oportunidades que son necesarias para la materialización de una ciudadanía plena.

Es harto significativo que la inmigración permite vislumbrar las limitaciones y contradicciones de la ciudadanía vinculada a la pertenencia al Estado nacional, porque hace visible las contradicciones constitutivas de la misma noción y del carácter incompleto de la democracia liberal. La inmigración es uno de los fenómenos constitutivos de la globalización[65]. La inmigración constituye el núcleo del "extranjerismo", la segunda institución en importancia en relación a la pertenencia al Estado nacional

62 Véase Sassen, S.: Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales, trad. María Victoria Rodil, Buenos Aires/Madrid, Katz, 2010, págs. 349 y sigs.; Sassen, S.: Una sociología de la globalización, Buenos Aires/Madrid, Katz, 2007; Held, D.: Cosmopolitismo. Ideas y realidades, Madrid, Alianza, 2012, págs. 37 y sigs.

63 Esto no sólo fue planteado por Émile Durkheim y su discípulo Marcel Mauss, sino también, y de manera singularmente original, por Simone Weil. Véase Weil, S.: Raíces del Existir. Preludio de una declaración deberes hacia el ser humano, trad. M.E. Valentié, revisión, edición y estudio preliminar, "Filosofía social y del trabajo y crítica política en Simone Weil" (pp. IX y ss.), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2023, especialmente, Segunda Parte ("El desarraigo"), págs. 33 y sigs., y Tercera Parte ("El arraigo"), págs. 109 y sigs.; Weil, S.: Reflexiones sobre las causas de la libertad y de la opresión social, trad. Carmen Revilla, Madrid, Trotta, 2015; Weil, S.: La condición obrera (1951), recopilación de la Editions Gallimard, pero aumentada con otros escritos tomados de las obras completas, trad. A. Dilon, J. Herrera y A. Jutglar, Buenos Aires, El cuenco de plata, 2010.
Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: "El sentido del trabajo y su centralidad en las sociedades democráticas: pensamiento y acción en Simone Weil". Lex Social: Revista De Derechos Sociales, 13(2), (2023) 1-126. https://doi.org/10.46661/lexsocial.8197
Ibid., "Crisis de la Modernidad y civilización del trabajo en Simone Weil: Interrogantes y respuestas". (2023). Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum, 7, 217-272. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/792 ; Monereo Pérez, J.L.: Filosofía del trabajo y teoría crítica social, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2023, págs. 11 y 17 y sigs.

64 Resulta muy significativo que este enfoque sea planteado desde el moderno liberalismo de John Gray, que defiende que el futuro del liberalismo radica en un proyecto de "modus vivendi" en sociedad complejas y pluralistas. Véase GRAY, J.: Los nuevos leviatanes: reflexiones para después del liberalismo, Sexto Piso, 2024. Para su modo de entender el liberalismo, véase Gray, J.: Las dos caras del liberalismo, Barcelona, Página Indómita, 2021. En una perspectiva diferente, criticando las premisas principales de la síntesis identitaria, Véase Mounk, Y.: La trampa identitaria. Una historia sobre las ideas y el poder en nuestro tiempo, Barcelona, Paidós, 2024. Ya antes, Fitoussi, J-P., y Rosanvallon, P.: La nueva era de las desigualdades, Buenos Aires, Manantial, 1997, 43 y sigs., 73 y sigs.; Rosanvallon, P.: La sociedad de iguales, Buenos Aires, Manantial, 2012, págs. 15 y sigs., y 259 y sigs.

65 Véase Sassen, S.: Los espectros de la globalización, Buenos Aires, FCE, 2003; Sassen, S.: ¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización, Barcelona, Bellaterra, 2001; Sassen, S.: Sociología de la globalización, Buenos Aires, Katz Editores, 2007.

moderno. Frente al "ciudadano", la persona inmigrante o, con carácter más general, el "extranjero" son entendidos en el orden jurídico y político como "sujetos parciales" o "personas incompletas" (sic.). Se produce una suerte de tensión entre un "sujeto formal" de reducidas dimensiones (el extranjero) y una realidad de gran amplitud, en cuyo marco se revela la capacidad heurística de la inmigración para arrojar luz respecto de las tensiones existentes en el núcleo del Estado nacional históricamente construido y consolidado. Si bien estas tensiones no son radicalmente nuevas, cabe decir que las condiciones actuales están haciendo surgir sus propias posibilidades[66]. En la inmigración se entrecruzan las dinámicas de la nacionalización de la ciudadanía y las débiles orientaciones hacia la construcción de una ciudadanía "postnacional".

En este sentido existen ya *formas incompletas* de ciudadanía "postnacional" como es el caso de la "ciudanía europea" que implica -como luego se indicará- nuevos tipos de formalización de los derechos y el estatus de ciudadano de la Unión. Esto supone, visiblemente, una *coexistencia diferenciada de dinámicas "postnacionales" y nacionales* en la construcción de nuevos componentes que enriquecen la noción jurídico-política de ciudadanía y el estatuto de los derechos de las personas articulado no exclusivamente con base a la ciudadanía nacional como dotación (aunque tradicionalmente y hoy también el Estado nacional es la instancia que articular principalmente al sujeto ciudadano). En la Unión Europea surgen nuevas formas de ciudadanía fuera de los estrictos confines del Estado-nación, y su institucionalización es una manifestación de una redefinición del proyecto político del Estado moderno, pues éste estaba originariamente pensado para organizar su territorio en términos de un solo orden normativo y una comunidad política relativamente homogénea organizada en torno a la idea de pertenencia y estatutos de derechos exclusivos para los miembros de dicha comunidad (ciudadanía nacional como pertenencia y dotación/atribución de derechos). En el interior de la Unión Europea (como, en parte, en el mundo actual), existe una interferencia y tensión constante entre el espacio nacional y el espacio transnacional. Por ello mismo, se reconfiguran las nociones tradicionales de soberanía estatal, ciudadanía nacional, ordenamiento jurídico nacional, etcétera, dada la interpenetración y co-implicación entre "lo interno" y "lo externo" en los nuevos espacios políticos. Esto está suponiendo ya una transformación *interna* del Estado nacional y una limitación de ámbitos específicos de soberanía, pero no su desaparición (y menos aún respecto a la soberanía *reforzada* detentada por las grandes potencias mundiales y europeas, en particular, señaladamente Alemania, Francia y Reino Unido)[67].

Pero incluso en el espacio geopolítico europeo se puede distinguir entre un ciudadano formal (de pleno derecho) o equiparado (personas extranjeras residentes que suelen ostentar un estatuto análogo a los ciudadanos nacionales, aunque con condiciones y limitaciones, señaladamente en lo que se refiere a los derechos de participación política) como sujeto de derecho y un residente informal o "irregular" que es sujeto limitado de derecho, y que no está autorizado pero sí reconocido, como es el caso de los llamado "inmigrantes sin papeles" que residen durante un amplio periodo en una sociedad y participan en ella en muchos aspectos (especialmente en lo relativo a su inserción el mercado de trabajo), de modo análogo a como lo hacen los ciudadanos o personas investidas de un estatuto reforzado. Su estatus jurídico en la sociedad de acogida es precario por definición. Por lo demás, en los últimos años se viene asistiendo a la aplicación de políticas europeas de inmigración más restrictivas y de carácter defensivo especialmente respecto de los inmigrantes irregulares (los "sin papeles")[68].

---

66 Véase Sassen, S.: Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales, trad. María Victoria Rodil, Buenos Aires/Madrid, Katz, 2010, págs. 368-369.

67 Puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, capítulo 5 ("Soberanía y Derecho Internacional en Hans Kelsen: Mito y realidad", págs. 297 y sigs.

68 Nuestro país -que revisó ciertamente la legislación vigente para garantizar derechos de las personas migrantes- sin embargo, viene estableciendo medidas restrictivas de las personas en situación administrativa irregular respecto de la protección por desempleo de los trabajadores (art. 36.5 LOEXIS: "… En todo caso, el trabajador que carezca

Es más, la política de seguridad y control de los flujos migratorios, desconectada de la política de apoyo al desarrollo de los países de origen, no han contribuido a resolver la tragedia permanente de la inmigración irregular descontrolada y sometida al dominio de poderes ocultos implicados en el trato de los seres humanos más frágiles y desesperados (*v. gr.*, la tragedia de Lampedusa; la expulsión por parte de Francia de una familia de origen kosovar; el maltrato institucional recibido por los inmigrantes en Hungría o en Italia; la permisibilidad política del racismo y la xenofobia defendidos por partidos europeos de ultraderecha e incluso por los neoconservadores).

Las medidas adoptadas son principalmente las relativas al reforzamiento de los controles en las fronteras. Por lo demás, no deja de ser paradójico (haciendo visible la racionalidad económica instrumental subyacente) que en el actual mundo globalizado se asista una libertad de circulación de capitales, bienes y tecnología, acompañada de unas políticas restrictivas que niegan la libre circulación de las personas y en particular las trabajadoras. Esta política migratoria debería ser completamente replanteada y revisada en un sentido más coherente con la lógica del constitucionalismo democrático-social y, en relación a ello, con la garantía de los derechos fundamentales de todas las personas. Una política migratoria que tiene que articularse con el impulso al desarrollo social y ambientalmente sostenible de los países de origen, que no están en condiciones de garantizar un trabajo, una vida y una distribución más justa de las oportunidades a sus ciudadanos condenados a la miseria y a la injusticia social. Esta política migratoria común debe formar parte del modelo *social* europeo, o más precisamente del constitucionalismo democrático-social europeo. Más allá de una política defensiva de seguridad y control de los flujos migratorios, no se ha construido todavía una política común en sentido propio y totalizador. Las políticas nacionales -con ciertas limitaciones- continúan siendo distintas en el tratamiento de la inmigración. La política de armonización es mínima en el ámbito del estatuto de los derechos de las personas inmigrantes, a pesar de importantes avances[69]. No debe causar extrañeza que la política europea de inmigración se encuentre actualmente en una encrucijada: con avances constantes en lo concerniente al control de los flujos migratorios y el asilo, ámbitos en los que estamos ante una convergencia europea reforzada (con directivas y otros instrumentos de regulación jurídica), mientras que las reglas comunes en materia de políticas de integración y derechos de las personas inmigrantes son todavía escasas (aunque poco a poco se va avanzando). La política europea no sólo debe entrar en el campo de la regulación y gestión de los derechos y el estatuto de sus nacionales comunitarios sino también -y de manera cada vez más decidida e intensamente- en el de los extranjeros extracomunitarios en el espacio de la Unión.

Sería necesario transitar desde los derechos de ciudadanía "nacionalizados" a los derechos de la persona como tal y como trabajadora en particular, con independencia de su situación administrativa, internacionalizados y comunitarizados. La ciudadanía nacional -que prestó útiles servicios a la garantía de los derechos del ciudadano-, puede constituir un factor de discriminación y de exclusión social, si se utiliza como instrumento para privar de derechos a las personas nacionales de terceros

de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo") y respecto a la asistencia sanitaria en virtud del RD. 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Se añade al efecto un art. 3 ter ("Asistencia sanitaria en situaciones especiales") a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, a cuyo tenor: "Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica. b) De asistencia al embarazo, parto y postparto. En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles". Puede consultarse, VV.AA.: Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011), Monereo Pérez, J.L., Fernández Avilés, J.A. y Triguero Martínez, L. Á. (Directores), Granada, Comares, 2012.

69 Hecho que constataba la propia COMISIÓN EUROPEA: Libro Verde sobre el planteamiento de la UE sobre la gestión de la inmigración económica, Bruselas, 11 de enero de 2005. COM.2004, 811 final.

países de origen[70]. El reconocimiento del estatuto de ciudadanía a una persona extranjera constituye una atribución reservada al ámbito de soberanía ostentada por los Estados. Y para ese Estado las personas que no ostentan dicho estatuto de ciudadanía tienen la condición jurídico-política negativa de "extranjeros", a las cuales se les puede privar de la dotación de una amplia gama de derechos en el espacio territorial nacional, pues se consideran que no pertenecen a la comunidad política de referencia. La ciudadanía nacional marca la frontera interna entre la inclusión y la exclusión dentro del ámbito territorial específico del Estado nacional. La construcción política de la exclusión del extranjero ha encontrado su fundamento en la soberanía nacional y en conexión a ella en el concepto de *ciudadanía nacional*. La demarcación entre nacional y extranjero ha permitido históricamente una *diversificación jerárquica instrumental de las posiciones jurídicas* atribuidas a las personas dentro de las fronteras estatales (ciudadanos con plenos derechos, ciudadanos con derechos limitados e individuos excluidos formalmente de derechos)[71].

Es preciso garantizar la universalidad y la igualdad de los derechos humanos más allá de la ciudadanía nacional. Entiéndase conceptual o terminológicamente como "ciudadanía postnacional" o como "ciudadanía cosmopolita"[72]. Pero no se trata tan sólo de una nueva redefinición de la ciudadanía, sino que también hay que reclamar la "ciudadanía de los poderes", de empoderamiento de los ciudadanos activos para luchar legítimamente por la garantía efectiva de los derechos. La efectividad de esa lucha por los derechos exige de una ciudadanía activa y de poderes de identidad colectiva al servicio de los ciudadanos en la confrontación democrática entre poderes[73]. Es la solución adecuada para evitar que las personas inmigrantes queden excluidas del acceso del estándar de derechos fundamentales (y no sólo de los de ciudadanía social, sino también de la ciudadanía civil y política). En esta lógica excluyente de la ciudadanía nacional versus condición de extranjero se refleja cómo no se puede operar con una lógica mecanicista en un pretendido avance incontenible en la adquisición de todos los ámbitos de la ciudadanía plena[74], pues la atribución de derechos de los extranjeros se

70 Ferrajoli, L.: Derechos y garantías. La ley del más débil, Madrid, Trotta, 2009, págs. 97 y sigs.; Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Directores) et altri: La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, Granada, Comares, 2012.

71 Puede consultarse, Castles, S.: "Jerarquías de ciudadanía en el nuevo orden global", en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 37 (2003), págs. 9 y sigs.; Benhabib, S.: Los derechos de los otros: Extranjeros, residentes y ciudadanos, Barcelona, Gedisa, 2005, págs. 107 y sigs.; Suárez, L. y otros: Las luchas de los "Sin Papeles" y la extensión de la ciudadanía, Madrid, Ed. Traficantes de Sueños, 2007; Balibar, E.: Nosotros, ¿ciudadanos de Europa?, Madrid, Tecnos, 2003.

72 Si se toma en cuenta la dialéctica de "lo político" se evita incurrir en la ilusión de un mundo excluyente del conflicto, la propuesta de un "constitucionalismo global" que garantice a todos los derechos fundamentales y provea a las personas de instrumentos de participación activa de las decisiones políticas, podría defenderse coherentemente -pero también pragmáticamente- el constitucionalismo global postulado por Ferrajoli, L.: "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", en Isonomía, núm. 9 (1998), págs. 173 y sigs. Puede consultarse al respecto, Monereo Pérez, J.L.: La protección de los derechos fundamentales. El Modelo Europeo, Albacete, Bomarzo, 2009.

73 Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral, Madrid, Consejo Económico y Social, 1996, especialmente, págs. 166 y sigs. ("Una estrategia de ciudadanía basada en los derechos y en los poderes colectivos: las dos formas de concebir y extender la ciudadanía"). Ciertamente, la ciudadanía, como la misma democracia moderna, es el resultado de las luchas en busca de una mayor igualdad, de una mayor participación y control de los ciudadanos sobre los procesos políticos y el sistema económico; y asimismo de una ampliación paulatina del espacio para la autonomía de los individuos en el seno de la comunidad política (pág. 173). Monereo Pérez, J.L.: Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, especialmente, págs. 388 y sigs.

74 Era propia de la idea de progreso que ha informado al socialismo democrático y a la tradición del liberalismo social. Paradigmáticamente, Marshall, T.H.: Ciudadanía y clase social, en Marshall, T.H. y Bottomore, T.: Ciudadanía y clase social, Madrid, Alianza editorial, 1998, y la reflexión crítica de Monereo Pérez, J.L.: Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral, Madrid, Consejo Económico y Social, 1996; Monereo Pérez, J.L.: La crisis de la socialdemocracia. Eduard Bernstein y las premisas del socialismo reformista, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2012; Monereo Pérez, J.L.: El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica del Gustav Radbruch, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020.

ha realizado a distinto título (ciudadanía, residencia, trabajo profesional…) y con distinta intensidad (denegación de un cierto tipo de derechos, especialmente los relativos a los derechos políticos, lo que determina no sólo de facto sino también de iure la atribución de un estatus de *ciudadanía de segunda clase o subalterna*), determinando una jerarquización de derechos de las persona dentro de un Estado-nación. De este modo se puede atribuir un cierto ámbito de la ciudadanía y excluir otros, mutilando y disociación la plenitud del estatus de todos los derechos fundamentales que integran el estándar mundialmente reconocido. El estatus de la persona es fragmentado y sometido a una lógica selectiva e instrumental que jerarquiza y las convierte en individuos con un estatus subordinado, y sometido a una graduación político-legislativa según criterios de conveniencia y oportunidad por parte de cada Estado soberano. La exclusión más radical del estatuto de derechos de la persona es la que se localiza en las personas migrantes en situación de irregularidad administrativa (siendo objeto de privación de derechos básicos, de deportación/expulsión y de explotación en el marco del tráfico ilegal y del empleo "informal" en el mercado de trabajo). Hay que tener en cuenta que un sistema democrático que se tenga por tal no podrá ser plenamente legítimo con la exclusión selectiva de un amplio conjunto de derechos a los nacionales de terceros países que residan habitualmente en el territorio de un determinado Estado nacional[75].

No es baladí hacer notar el actual momento político, donde se está imponiendo la forma política de un "*Estado fuerte*" configurado como un "*Estado de Mercado*" al servicio de la competitividad y de la satisfacción de los intereses de las grandes fuerzas de poder económico que dominan los mercados[76]. La democracia se convierte en una democracia de baja intensidad y subordinada a los poderes económicos dominantes: una democracia truncada y desvirtuada[77]. El riesgo para la democracia es la fuerte tendencia hacia la consagración de un Estado policial y de control social permanente y selectivo, con una multiplicidad de expresiones: la atribución selectiva de derechos a las personas, el estado de "tolerancia cero" (que permite el control total de las personas consideradas "peligrosas" y su posible encarcelamiento, expulsión, etcétera, entre las cuales se encuentra los inmigrantes y señaladamente los inmigrantes "ilegales" o "irregulares" frente a los cuales toda vale; toda represión está permitida), la invasión de las comunicaciones (con la vulneración sistemática de los derechos a la intimidad, las libertades de información y expresión y el secreto de las comunicaciones), el encarcelamiento sin garantías (no sólo para los sospechosos de terrorismo, sino también para inmigrantes "irregulares"), y un largo etcétera.

Frente a esta tendencia cabe reclamar la experiencia de cómo ya no sólo formalmente en los grandes textos internacionales y nacionales la atribución de algunos derechos ya no depende de la pertenencia a un determinado Estado nacional. Pero también es cierto que el universalismo de los derechos es más una aspiración que una realidad viva, porque continúa en gran medida estando subordinados al decisionismo político de los Estado-nación y a otras formas de unidad política definida (*v. gr.*, la Unión Europea). La tensión entre el universalismo de los derechos y el particularismo de la pertenencia a la comunidad política nacional se ha venido resolviendo en la

[75] De interés, Denninger, E. y Grimm, D.: Derecho constitucional para la sociedad multicultural, edición y traducción de I. Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, Trotta, 2007, donde se pone de manifiesto que el Derecho constitucional lleva décadas emancipándose de su tradicional subordinación a la clásica noción de Estado. Las constituciones propias del Estado social y democrático de Derecho, al asumir la tensión entre libertad y homogeneidad social, ofrecen más bien una ordenación fundamental para el Estado y para la sociedad, en atención a los complejos procesos de integración social. Pero las nuevas manifestaciones de la multiculturalidad, fruto de los movimientos migratorios masivos que se producen en el marco de la globalización, alteran sustancialmente las bases sobre las que venían desarrollándose dichos procesos, y obligan a replantearse, como hacen Erhard Denninger y Dieter Grimm en este libro, los grandes postulados del Estado constitucional: la democracia y los derechos fundamentales.

[76] Puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen, Barcelona, Ediciones d Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, págs. 359 y sigs., y 388 y sigs.

[77] Véase el excelente estudio realizado por Pisarello, G.: Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático, Madrid, Trotta, 2011, págs. 121 y sigs.

práctica a favor de las condiciones impuestas en el Estado nacional, tan sólo con ciertos límites impuestos por la comunidad internacional. Y de lo que se trataría es de resituar la lógica del sistema democrático colocando a la persona en el centro confiriéndole todos los derechos que le permitan el despliegue de su personalidad, y cuyo reconocimiento no dependa de la pertenencia del individuo a un determinado Estado nacional. Esto debería formar parte de la esfera de "lo indecidible" por el poder político[78], porque -en una perspectiva antropológica y jurídica- los derechos tienen que ser derechos de la persona, del ser humano en cuanto tal. En tal sentido, habría que postular una ciudadanía postnacional, ampliando los confines tradicionales de un concepto de ciudadanía "nacionalizada" sin que sea una condición necesaria hacer desaparecer la ciudadanía vinculada a la pertenencia del Estado nacional, sino completándola e integrándola, pues no parece factible la creación de una suerte de "Estado mundial" que traiga aparejada la desaparición completa de la soberanía estatal y de la nacionalidad vinculada a la forma Estado-nación. En el momento histórico actual habrá que convenir en la existencia de una pluralidad de Estados nacional y en la necesidad de perfeccionar de modo realista un orden internacional que garantice a todas las personas un estándar mínimo de derechos, esto es, un conjunto de derechos de titularidad universal y cuyo ejercicio pueda realizarse frente a todos. Y en verdad queda mucho camino que andar como muestra la realidad de la desigualdad de atribución de derechos otorgada a las personas migrantes en el interior del espacio estatal y europeo.

Las políticas de la Unión Europea están dirigidas a controlar las fronteras restringiendo el acceso de los nacionales de terceros países al territorio de europeo. Pero una vez que las personas extracomunitarias entran en el espacio europeo se genera una dinámica hacia una más intensa integración, aunque ciertamente hay actualmente una peligrosa tendencia a desmantelar o limitar los derechos de los extranjeros residentes. Tan sólo hay algunos eslabones de la construcción de esa ciudadanía "postnacional" (sobreañadida a la nacional) en el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales a la persona a nivel del Derecho Internacional de los derechos humanos y en el marco del Derecho de la Unión Europea el título de atribución de derechos basado en la *residencia y en la realización de una actividad profesional* en el espacio económico europeo. Paradigmáticas resultan algunas Directivas sociales comunitarias, como señaladamente, y pese a sus muchas insuficiencias:

a) Directiva 2003/109/CE, del Consejo de 24 de noviembre de 2003, sobre el estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Esta directiva, especialmente, se sitúa en una lógica de integración a través de los derechos, atribuyendo éstos no con base a la condición de ciudadanía -ni siquiera comunitaria- sino a la *residencia* de larga duración. La cual ha sido modificada por la Directiva 2011/51/UE, de 11 de mayo, con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional[79].

---

78 Para esto último, véase Ferrajoli, L.: Principia iuris. Teoría de la democracia, vol. 2, trad. P. Andrés Ibañez y otros, Madrid, Trotta, 2011.

79 La STJUE (Sala Cuarta) de 3 de septiembre de 2020 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 17 de Barcelona y por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Barcelona) — UQ (C-503/19), SI (C-592/19) / Subdelegación del Gobierno en Barcelona (Asuntos acumulados C-503/19 y C-592/19), aborda el Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración - Directiva 2003/109/CE - Artículo 6, apartado 1, sobre la controversia respecto a la denegación del estatuto de residente de larga duración debido a los antecedentes penales del interesado) (2020/C 378/15), declarando en el Fallo que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, tal como la interpretan algunos órganos jurisdiccionales de este, que establece que puede denegarse al nacional de un tercer país el estatuto de residente de larga duración en dicho Estado miembro por el mero hecho de que tenga antecedentes penales, sin examinar específicamente su situación por lo que respecta, en particular, al tipo de delito que haya cometido, al peligro que representa eventualmente para el orden público o la seguridad pública, a la duración de su residencia en el territorio del mismo Estado miembro y a la existencia de vínculos con este último.

b) En esa dirección de política del Derecho se inserta la Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un *permiso único* que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro. La Directiva tiene un doble objeto: 1) establecer un procedimiento único de solicitud para la expedición de un permiso único que autorice a los nacionales de terceros países a residir con el fin de trabajar en el territorio de un Estado miembro de estas personas y de facilitar el control de su estatuto (Se entiende por "permiso único, "el permiso de residencia expedido por las autoridades de un Estado miembro por el que se autoriza a un nacional de un tercer país a residir igualmente en su territorio con el fin de trabajar"; art.2.c) de la Directiva), y 2) establecer un *conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente* en un Estado miembro, basado en la igualdad de trato con los nacionales de dicho Estado miembro" (art.1.1). Esta regulación no supone privación de ciertas competencias inherentes a la soberanía nacional, en el sentido de que dicha Directiva se entiende sin perjuicio de las competencias de los Estados miembros para regular el acceso de nacionales de terceros países a sus mercados laborales (art.1.2). Es de hacer notar que la obtención del "permiso único" determina la atribución de un *estatuto jurídico de derechos, es decir, "derechos asociados al permiso único".*

2. LOS DERECHOS DE LA PERSONA MIGRANTE EXTRANJERA EN ESPAÑA: EL ESTATUTO JURÍDICO GARANTISTA DE DERECHOS Y SUS LIMITACIONES

> *"La necesidad de verdad es más sagrada que ninguna otra. Sin embargo, jamás se la menciona. Uno siente miedo de leer cuando se ha dado cuenta de la enormidad de las falsedades materiales exhibidas sin vergüenza, aun en los libros de los autores más reputados. Entonces se lee como se bebería el agua de un pozo sospechoso […]. No hay ninguna posibilidad de satisfacer en un pueblo la necesidad de verdad si no se puede encontrar a este efecto hombres que amen la verdad".*
>
> Simone Weil[80]

> *"Si la democracia trata de la libre determinación, la globalización, de los procesos transfronterizos, y el cosmopolitismo, de los principios universales que debe orientar y acotar toda actividad humana, los tres juntos nos ayudan a entender que el destino de la humanidad ya no puede ser determinado solamente mediante el examen de comunidades políticas y morales autosuficientes y que los principios de la democracia y del cosmopolitismo necesitan ser protegidos y desarrollados a todos los niveles -locales, nacionales, regiones y globales".*
>
> David Held[81]

Es un principio básico de la política migratoria -en la relación establecida en el art. 2 *bis* LOEXIS figura en quinto lugar- l reconocimiento de la igualdad de derechos y obligaciones para aquellos extranjeros inmigrantes que residen o trabajan legalmente en nuestro país, formulado a través del principio de no discriminación. Con ello se trata de proteger a estas personas extranjeras en relación a los nacionales y comunitarios, asegurándoles una igualdad de derechos que también aparece como

[80] Weil, S.: Raíces del Existir. Preludio de una declaración deberes hacia el ser humano, trad. M.E. Valentié, revisión, edición y estudio preliminar, "Filosofía social y del trabajo y crítica política en Simone Weil" (pp. IX y ss.), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2023, págs. 30-31.

[81] Held, D.: Cosmopolitismo. Ideas y realidades, Madrid, Alianza, 2012, pág. 13.

clave para la integración social de los mismos. La política de inmigración y su conjunto de acciones ha de actuar como instrumento político-jurídico con el que plasmar en la realidad una igualdad de tratamiento y no discriminación en la atribución de derechos a estas personas con base a los términos previstos en la Ley y para sólo aquellos que se encuentren en situación regular en nuestro país -con las autorizaciones de residencia y trabajo-. No obstante, la perspectiva social jurídico-protectora de la política de inmigración se olvida de la otra realidad a la hora de impulsar y garantizar una igualdad de trato y no discriminación para con los extranjeros inmigrantes, pues carece de mención la realidad social de la inmigración irregular, del conjunto de personas extranjeras inmigrantes presentes en nuestra sociedad que o bien entraron de un modo irregular a nuestro país saltándose los modos previstos al efecto o bien han quedado en esta situación tras estar en situación de regularidad durante un tiempo. La política de inmigración no tiene ningún principio inspirador de acción para con el otro conjunto de personas extranjeras inmigrantes, originando de un modo explícito un tratamiento, diferenciación y discriminación legal sobre personas con diferente condición administrativa. Jurídica y políticamente se está creando una fractura social de tratamiento desigual en el marco de un Estado social y las implicaciones sobre la igualdad que tiene este carácter. Es más, este principio actúa como involucionista para la política de inmigración, ya que implícitamente provoca una fractura social de tratamiento en el seno de la sociedad no entre extranjeros inmigrantes y nacionales sino entre aquéllos en base a su condición administrativa, no siendo este aspecto una reforma y sí un retroceso hacia el espíritu y la lógica que ya imperó con la Ley Orgánica 4/2000 en su reforma por la Ley Orgánica 8/2000[82].

Hay que tener en cuenta el importante Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Como indica la Exposición de Motivos Reglamento de la LOEXIS, España, con un pasado migratorio importante, ha ido construyendo su política migratoria sobre unas bases consolidadas (dotadas de un marco jurídico presidido por la Constitución española y la normativa internacional general y regional europea): la primera, la estrecha cooperación interministerial con aquellos departamentos más implicados en la gestión de las diversas facetas del fenómeno migratorio y, también, la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración que proporciona un marco institucional, permanente y específico de consulta y acuerdo con los agentes sociales para gestionar las cuestiones que afecten al mercado de trabajo y su desarrollo normativo. Gracias a esa cooperación, se ha diseñado una política migratoria no sólo sólida y estable, sino también eficaz: una política migratoria integral, que incluye, en consonancia con los instrumentos internacionales de los que forma parte y muy señaladamente del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, que fue formalmente aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas mediante Resolución de 19 de diciembre de 2018 (A/RES/73/195), la lucha contra las causas profundas de las migraciones, la prevención y lucha contra la inmigración irregular, la atención

[82] Véase Monereo Pérez, J.L. y Triguero Martínez, L.: "Ordenación normativa e institucional del trabajo de los extranjeros en España: una reflexión crítica", en VV.AA.: *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Fernández Avilés, J.A. y Moreno Vida, M.ª. N. (Dirección), Granada, Comares, 2011, págs. 383 y sigs.; Monereo Pérez, J.L. y Triguero Martínez, L.: "El Derecho regulador de las migraciones en España: Análisis sistemático desde la vinculación político-jurídica entre migración y mercado de trabajo", en VV. AA.: *El Derecho de las migraciones en España. Estudio por Comunidades Autónomas*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Triguero Martínez, L. y Fernández Avilés, J.A. (Coords.), Granada, Comares, 2013, págs. XIII y sigs. En general, la obra colectiva antes citada, VV.AA.: *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Fernández Avilés, J.A. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2011. Reténgase también la previsión de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia, que recoge la disposición adicional 8.ª ("Acceso al territorio a los niños y niñas solicitantes de asilo"), en la que dispone que "las autoridades competentes garantizarán a los niños y niñas en necesidad de protección internacional el acceso al territorio y a un procedimiento de asilo con independencia de su nacionalidad y de su forma de entrada en España, en los términos establecidos en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de protección subsidiaria".

humanitaria de las personas llegadas a costas y la acogida de quienes tienen una necesidad de protección internacional, con pleno respeto a los Derechos Humanos, y, finalmente, el establecimiento de canales de migración regular.

En segundo lugar, España forma parte de la Unión Europea y de su Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Participa, pues, en el diseño de las políticas de migración y asilo junto con las instituciones europeas, en la elaboración de normativa de la Unión. Dentro de ese marco europeo, la situación geográfica y estratégica de España es un elemento capital que debe tenerse en cuenta a la hora de diseñar una política migratoria estable, planificada y capaz de responder a los desafíos migratorios a medio y largo plazo. Así pues, debido a la evolución del fenómeno migratorio y a la necesidad de adaptar la normativa a una realidad cambiante, resulta necesario aprobar un nuevo reglamento que aglutine las diversas y necesarias reformas, en lugar de llevar a cabo una modificación parcial del mismo. En concreto, se plantea simplificar y agilizar los procedimientos, evitando la presentación excesiva de documentos o por vías inadecuadas y la doble comprobación de los mismos requisitos; reducir los tiempos, excesivos, empleados para algunas vías de migración regular; mejorar la concreción jurídica respecto a las figuras y situaciones cubiertas por determinados permisos; contemplar, de manera expresa, los derechos de las personas trabajadoras migrantes, consagrados, además, en el derecho de la Unión Europea; conseguir una mayor claridad, también, en lo relativo a aquellas disposiciones comunes a todas las autorizaciones, como es el caso de la presentación de las solicitudes o las extinciones de las autorizaciones; la regulación de en qué supuestos, y bajo qué condiciones, se puede modificar el estatus migratorio de una persona, y de sus familiares, algo que resultaba necesario dada la confluencia de varias figuras jurídicas y la dificultad, tanto para el operador jurídico como para el propio titular de la autorización, de efectuar esa transición con seguridad jurídica

En la LOEXIS se establece, por otra parte, la garantía del ejercicio de los derechos humanos fundamentales en concordancia con las leyes, la Constitución y los Tratados Internacionales (principio sexto ex art. 2*bis* LOEXIS). Es decir, se establece un principio político-jurídico de carácter garantista[83], especial y explícitamente en su vertiente de ejercicio de los derechos, mientras que implícitamente se entiende que en titularidad. En este sentido, uno de los motivos principales técnico-jurídicos de la nueva reforma legal ha sido la adecuada regulación en titularidad y ejercicio de los derechos humanos fundamentales reconocidos a todas las personas y que el anterior marco legal restringía en su ejercicio -particularmente para los inmigrantes irregulares- hasta la resolución de los recursos de inconstitucionalidad resueltos en las SSTC 236 y 259/2007. Así, el principio no sólo consolida y reafirma una de las motivaciones técnicas de la reforma, sino que lo más importante viene a plasmar implícitamente el nuevo canon hermenéutico de interpretación de los derechos humanos fundamentales en relación a los extranjeros inmigrantes: la extensión de los derechos de ciudadanía a éstos como objetivo político-jurídico bajo el amparo de que necesariamente se tienen que recibir legislativamente los mandatos constitucionales, en especial aquellos concordantes con los términos fijados al respecto en las normas internacionales, tal y como se deduce del art. 10.2 de la Constitución (canon interpretativo de apertura al sistema multinivel de garantía de los derechos humanos fundamentales)[84]. Y es que este último no es el que ha imperado en las sucesivas reformas de

[83] Consúltese el completo estudio de López Insua, B.M.: La protección social de las personas inmigrantes: un modelo garantista, Barcelona, Atelier, 2020.

[84] Sobre los fundamentos de dicho Sistema multinivel de garantía, consúltese Monereo Pérez, J. L.: La protección de los derechos sociales fundamentales. El modelo europeo, Albacete, Bomarzo, 2009; Monereo Pérez, J. L.: "Niveles de protección (La garantía multinivel de los derechos fundamentales)", en VV.AA.: La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2012.; Monereo Pérez, J. L.: "El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea", en Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 160 (2013); Valdés Dal-Ré, F.: El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras, Albacete, Bomarzo, 2016.

la Ley Orgánica 4/2000. La premisa esencial al respecto ha sido la definición de extranjero establecida en sentido negativo. Es decir, por exclusión: el que no es nacional español, tal y como se desprende del propio texto legal en su artículo primero, apartado primero. Pero hay una excepción a esta exclusión y grupo de los no nacionales -tal y como se recoge en el art. 1.3 de la misma Ley-, al no incluirse en ellos los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario. Esta circunstancia ha venido constituyendo hasta el momento anterior al último proceso de reforma legal una deficiencia técnica, porque la definición ignoraba, de un modo formal, la radical superación de la tradicional definición negativa de extranjero con la incorporación de España a la Unión Europea. En virtud de ésta se aceptaba el pleno desplazamiento del poder de determinación de la condición de extranjero -no, así como se sabe de la cualidad de nacional- desde el derecho interno al Derecho Comunitario. Este desplazamiento, que impedía considerar al nacional comunitario -por tanto, nacional no español- como extranjero en sentido jurídico, es especialmente manifiesto a partir de la introducción, desarrollo y progresiva consolidación del concepto de ciudadanía comunitaria, pese a su carácter complementario y no sustitutivo de la ciudadanía nacional (art. 20 TFUE). Sin embargo con la reforma de 2009 (Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000)[85] esta deficiencia técnica-jurídica se ha superado, pues expresamente se delimita de un modo específico y concreto el ámbito de aplicación legal una vez más en sentido excluyente con referencia expresa a "los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables".

Dentro de estas coordenadas político-jurídicas se debe tener presente que en la regulación legal de extranjería e inmigración es indispensable el respeto a lo que venga establecido en la Constitución Española referido a este aspecto y a los Tratados y Pactos de derechos de carácter internacional. A nivel internacional, se ha de ser consciente de que como consecuencia del paso histórico de los tratados internacionales entre Estados con poca o nula proyección en el derecho interno, a los tratados y pactos de derechos humanos de carácter universal, se produjo un establecimiento de estándares mínimos internacionales a los que el contenido del derecho interno regulador debe necesariamente ajustarse. De este hecho se deriva la situación por la que los individuos pasan a ser sujetos de derecho internacional. Por tanto, en la regulación que se produzca en cada uno de los Estados concretos, se debe de respetar, genéricamente, los mínimos internacionales establecidos entre los pactos, declaraciones, convenios, etc., siguientes: Declaración Internacional de los Derechos Humanos de 1948, Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales, la Carta Social Europea de 1961, entre otros.

En el Derecho interno, el artículo que se convierte en referencia es el 13 CE, por el que se garantiza, sin más, que los extranjeros que se encuentren en España gozarán de los derechos que se reconocen el Título I de la misma con un simple condicionante fundamental, "en los términos que se establezcan en los tratados y en la ley". Es decir, la Constitución Española no regula en sí misma los derechos y libertades de los extranjeros, sino que los enuncia y utiliza una técnica de remisión para la concreta titularidad y ejercicio de los mismos a lo que venga establecido tanto a nivel internacional, en los grandes tratados y pactos internacionales, como a nivel infraconstitucional, en el desarrollo legal de los mismos, concretado para nuestro caso en la Ley Orgánica 4/2000. Por tanto, se ha de afirmar que no es exclusivamente una Constitución para los españoles, si bien haya sido realizada por éstos. El texto constitucional *no ha desconstitucionalizado* los derechos fundamentales de los extranjeros

[85] Un estudio completo y exhaustivo en Monereo Pérez, J.L. (Dir.) y Triguero Martínez, L.À. (Coord.) et altri: Los derechos de los Extranjero en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, Madrid, La Ley, 2010, 817 págs.

-que tienen su fuente primaria en el texto constitucional- sino que sólo remite las condiciones de ejercicio a la Ley.

Señaladamente, la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España deben deducirse de los preceptos que integran el Título I de la Constitución, interpretados sistemáticamente. Para su determinación debe acudirse, en primer lugar, a cada uno de los preceptos reconocedores de derechos que se incluyen en dicho título, dado que el problema de su titularidad y ejercicio "depende del derecho afectado" (STC 107/1984, de 23 de noviembre, fj.4). En segundo lugar, a la regla contenida en el art.13 de la Constitución, según la cual "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley". Añadiendo que "Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23 de la Constitución, salvo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales". Como se deduce de su redacción y de su misma ubicación en el Capítulo I - "De los españoles y los extranjeros"- del título I, este precepto constitucional hace referencia a todos los extranjeros, por contraposición a las personas de nacionalidad española, a pesar de que aquéllos puedan encontrarse en España en situaciones jurídica diversas. De este modo, la remisión a la Ley que contiene el art. 13.1 *no comporta una desconstitucionalización* de la posición jurídica de los extranjeros puesto que el legislador, aun disponiendo de un amplio margen de libertad para concretar los términos en los que aquéllos gozarán de los derechos y libertades en España, se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del Título I de la Constitución, y especialmente los contenidos en el art. 10.1 y 2 de nuestra Norma Fundamental.

Según el Tribunal Constitucional existen derechos del título I que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles (STC 107/1984, fj.3) puesto que gozan de ellos en condiciones plenamente equiparables a los españoles (STC 95/2000, fj.3). Precisamente, estos derechos son los que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos. Dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que conforme al art. 10.1 de la Constitución es el fundamento del orden político español (SSTC 107/1984, fj.3; 99/1985, fj.2; y 130/1995, fj. 2). Se trata, en efecto, de derechos inherentes a la dignidad de la persona humana (STC 91/2000, fj.7). Esa inherencia a la personalidad afecta al conjunto de los derechos fundamentales de la persona según su garantía constitucional y en conexión obligada con el canon hermenéutico consagrado *ex* art. 10.2 de la Constitución (carácter hermenéutico que ha sido realzado reiteradamente por el Tribunal Constitucional[86]. Así, por ejemplo, las SSTC 78/1982; 84/1989; 139/1989, y, evidentemente, las 236 y 259/2007). Es lo cierto que la dignidad humana -art. 10 de la Constitución- impone el reconocimiento a toda persona, independientemente de la situación en que se encuentre, los derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla efectivamente, por lo que esta dignidad de la persona constituye un mínimo infranqueable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido -como es obvio- el mismo legislador infraconstitucional. Es así que deberá prestarse una especial atención la observancia por el legislador de los límites que impone el texto constitucional. Es así que el art. 10.2 de la Constitución constituye, pues, el canon hermenéutico de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, precepto sobre el que el propio Tribunal Constitucional ha dicho que no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios. De este modo, en la práctica, este contenido se convierte con cierto sentido en el contenido

[86] Monereo Pérez, J. L.: "Niveles de protección (La garantía multinivel de los derechos fundamentales)", en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2012, y la bibliografía antes citada

constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo II del título I de nuestra constitución (STC 36/1991, fj 5), habiendo señalado, además, que especial interés revisten, en este proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 de la Constitución remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esta decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de los valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incluirnos en un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por eso, desde sus primeras sentencias, este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (Sentencias del Tribunal Constitucional 38/1981, 78/1982, y 38/1985) y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas de 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (SSTC 36/1984, 114/1984, 245/1991, 85/1994 y 49/1999).

Por tanto, corresponde analizar, primeramente, la conexión del concreto derecho de que se trate con la garantía de la dignidad humana. Tal determinación requiere partir del tipo abstracto de derecho y los intereses que básicamente protege -contenido esencial- para precisar seguidamente en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona, pero acudiendo necesariamente para ello a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE; precepto, éste, que significativamente se ubica dentro del mismo artículo garante de la dignidad de la persona; STC 91/2000, fj.3º). Hecho lo cual, y una vez comprobada la vinculación del derecho con la dignidad de la persona, lo que deberá comprobarse es si la condición establecida por el legislador para su ejercicio es constitucionalmente admisible. En tal sentido, si el derecho es de toda persona -derecho universal-, sólo cabe establecer condicionamientos adicionales a su ejercicio, pero siempre que virtualmente no suponga una privación del mismo; es decir, siempre y cuando el legislador de desarrollo de las previsiones constitucionales respete un contenido del mismo -que lo hace reconocible como tal- que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona y al libre desarrollo de su personalidad, independientemente de la situación en que se encuentre. Esta es, en lo sustancial, la premisa argumentativa y hermenéutica que sirve de apoyo a las sentencias del Alto Tribunal 236 y 259/2007. Pronunciamientos, a su vez, motivadores de la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000 y fundamentación jurídica de la universalidad en titularidad y ejercicio atribuida en ella a los derechos humanos fundamentales de las personas -inmigrantes extranjeras en este caso-.

En cuanto a estos planteamientos, se ha de dejar constancia, en todo caso, que es una interpretación jurídica de carácter finalista y valorativo. Así, la *ratio* de la norma es identificable sobre la base de una reflexión compleja sobre su fundamento lógico y axiológico, que sepa unir la exigencia de coherencia intrínseca del ordenamiento y su adecuación a las exigencias sociales históricamente determinadas: señaladamente en este caso la cultura de los derechos fundamentales. El alcance más inmediato de ésta última en relación a la nueva doctrina consolidada de reconocimiento de titularidad y ejercicio de los derechos humanos fundamentales es que su positivización infraconstitucional -pero en clara concordancia con la Carta Magna- es la que hace efectiva el contenido y pretensión moral de aquéllos, para lo que se fundamenta en caracteres importantes derivados de la idea nuclear de la dignidad humana. Así, ante la universalidad desprendida como carácter intrínseco de los derechos humanos fundamentales, si se produce la negación o incluso la restricción de éstos, se está vulnerando una de las premisas básicas de la modernidad, como es la universalización de los derechos. En

este sentido, la inmigración plantea un desafío para la universalidad de los derechos humanos y su institucionalización. Esa universalidad se alcanza vinculándolos, de modo inescindible, a la condición de persona; y es, ésta, desde luego, el mejor modo de hacerlos más fuertes en sus garantías de efectividad. Esto da lugar a que se esté produciendo la paradoja de la universalidad: todos los seres humanos son titulares de iguales derechos, mientras que las políticas de inmigración conllevan la falta de reconocimiento o la no adecuada garantía de los derechos de los inmigrantes.

En coherencia con lo indicado, no queda establecida una división radical e ilógica de los derechos, sino que queda puesta de relieve la interdependencia entre todos los derechos humanos básicos o fundamentales. Ahora bien, que se admita la realidad jurídica de una diferenciación como regla entre las categorías de derechos atendiendo al contenido y a las técnicas de protección, no puede conducir a afirmar su necesaria separación y abogar por un tratamiento jurídico completamente independiente. Es frecuente, sin embargo, en la categorización jurídico-política de los derechos humanos la aseveración de que los derechos civiles y políticos pueden ser garantizados con independencia absoluta de los mecanismos que aseguran la realización efectiva de los derechos socioeconómicos. Pero, en el fondo, ambas categorías de derechos gozan tan sólo de una autonomía relativa, pues desde la perspectiva de su funcionalidad social guardan una estrecha relación entre sí que hace difícilmente pensable su existencia aislada en el actual estadio civilizatorio. Aun así, se suele mantener su pretendida independencia absoluta y, a veces, la misma confrontación en términos de principio, en base a su distinta estructuración jurídica y a su diversa funcionalidad social. Ciertamente no se podrá negar la existencia de una especificidad jurídica de los derechos sociales respecto a los derechos civiles y políticos, pero no una independencia absoluta y una genérica contraposición entre ellos. Técnicamente, los derechos civiles y políticos comportan principalmente, pero no únicamente, una garantía de libertad negativa; en tanto que los derechos sociales implican, en términos de principio, una más intensa garantía positiva -garantías sociales-, aunque incluyen también componentes negativos, bien de carácter promocional de las libertades colectivas -es el caso del derecho de libertad sindical o del derecho de huelga- o bien a la concesión de prestaciones por los poderes públicos, o bien, en fin, a la participación en la formación de la voluntad decisoria en instituciones públicas o privadas. Pero esa diversidad de estructura no puede conducir a la negación de la positividad de los derechos sociales, desconociendo aquellas normas constitucionales que garantizan al individuo derechos subjetivos de carácter social, asegurándole un estatus jurídico material de ciudadano en el más amplio sentido. No existen, en general, inconvenientes técnicos-jurídicos relevantes para que las normas constitucionales sobre derechos sociales los garanticen en su mayoría como derechos subjetivos especiales y no queden relegadas sólo a meras normas de principio u organización de carácter programático. En realidad, teniendo en cuenta las características jurídico-políticas del Estado social, las normas de derechos fundamentales continúan siendo normas de conducta para la acción estatal y normas de delimitación para la ordenación de las relaciones Estado-ciudadano. Desde un punto de vista más jurídico-material, ambas categorías de derechos no se hallan en posición jurídica de conflicto, pretendiendo una inevitable contraposición entre la libertad garantizada por los derechos civiles y políticos -derechos de libertad- y la igualdad o seguridad garantizada por los derechos sociales -derechos de igualdad-, porque la fórmula del Estado social presupone la intrínseca unión entre los bienes jurídicos de la libertad y la igualdad, siendo la finalidad primordial de la incorporación de los derechos sociales en la Constitución, la de ampliar y potenciar la libertad real de los individuos y de los grupos en que éstos se integran, aportando un componente igualitario indispensable a los derechos civiles y políticos. De esta manera, los derechos sociales actúan también a modo de componente o condición de la real efectividad de este tipo de derechos, estableciéndose entre ambas categorías una complementariedad e interrelación funcional y de fines que permite trazar su campo específico de actuación y sus límites una vez consentida su compatibilidad. En esta línea de pensamiento se ha realzado que los derechos políticos facilitan una salvaguardia y un significado a los derechos civiles; en tanto que los derechos económicos y sociales facilitan los medios esenciales para el ejercicio de

los derechos políticos. Esta misma comunicabilidad y continuidad histórica y jurídico-política en el Estado social entre los derechos humanos -libertades públicas tradicionales y derechos sociales- subyace a la realidad jurídica de una confluencia cada vez más intensa en las técnicas de organización jurídica de ambos tipos de derechos, las que a menudo aparecen como técnicas compartidas, implicando la garantía de los derechos civiles y políticos una acción positiva de los poderes públicos y una programación pública de las condiciones adecuadas para su ejercicio en confrontación con las exigencias de la entera formación social. Así, en el pensamiento moderno prevalece la idea de indivisibilidad de los derechos humanos. Esta idea de indivisibilidad presupone que los derechos humanos forman un bloque único y no pueden ser situados unos sobre otros en una escala jerárquica (*cfr*. La Resolución de la Asamblea General de la ONU 32/130-1977). Es la misma indivisibilidad o unidad de la persona humana la que parece constituirse en la base para afirmar la interrelación entre los derechos civiles y políticos y los sociales, denotándose, en tal sentido, en el ámbito internacional la tendencia gradual a reducir y difuminar la línea divisoria estricta entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales. Y no obstante, la diversidad de técnicas de organización jurídica derivada de su peculiar estructura -ante todo porque se realizan por lo general a través de y por la acción positiva del Estado-, se ha subrayado la naturaleza doble o mixta, sociopolítica, de algunos derechos sociales que adquieren la consideración jurídico-constitucional de libertades públicas.

El relativamente diverso modo de organización jurídica de los derechos fundamentales depende de la concreta voluntad de la política de derechos fundamentales, que está llamada a decidir sobre la oportunidad de positivar aquellos valores fundamentales para el orden de convivencia formalizados jurídicamente en la Constitución. Es en esta última dirección tanto los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional 236 y 259/2007 y las sentencias que reiteran sus planteamientos, como la plasmación legal de su doctrina en el reforma de la Ley Orgánica 4/2000 ha sido la punta de lanza para la superación de la tradicional doctrina jurisprudencial de la concepción de los derechos sociales fundamentales como derechos de configuración legal, que no ha respetado ni su contenido esencial como derecho fundamental ni la regulación constitucional de los mismos en clara concordancia con el marco internacional. Se trata así de reafirmar y dejar constancia de que van a ser derechos fundamentales sociales aquellos que sean derechos fundamentales en nuestra Constitución, derechos subjetivos constitucionales, y que posean un contenido social, siendo posible la distinción entre ellos según sean derechos fundamentales de libertad que tienen una faceta prestacional o derechos fundamentales de prestación. Y para ello es imprescindible colocar al titular de los mismos en el marco del Estado social de Derecho que la misma Constitución consagra como fórmula político-jurídica. De este modo, con los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional 236 y 259/2007 y la plasmación de su doctrina en la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, no sólo se resolvieron los recursos de inconstitucionalidad que se habían interpuesto contra la Ley Orgánica 8/2000, sino que se produce un avance muy relevante y significativo para la regulación del estatuto jurídico de derechos de los nacionales de terceros Estados en nuestro país en una dirección básica, a saber: su adecuada regulación legal conforme a los esquemas constitucionalmente establecidos que, a su vez, se encuentran en clara consonancia y concordancia con lo establecido a nivel internacional en los grandes Tratados, Acuerdos, Pactos o Convenios de los que España es parte. Derechos que, de modo inequívoco, son intrínsecos a la persona y a su dignidad, lo que hace que tengan el carácter de derechos fundamentales de todo hombre en cualquier Estado, siendo éstos expresión máxima de los derechos humanos.

Un planteamiento harto discutible -y no plenamente coherente con el modelo garantista de otros pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal- es el que se ve reflejado y argumentado en la Sentencia TC 172/2020, Pleno, de 19 de noviembre de 2020[87], que, entre otras muchas cuestiones controvertidas,

[87] Que resuelve el Recurso de inconstitucionalidad 2896-2015. Interpuesto por más de cincuenta diputados de los grupos parlamentarios Socialista, La Izquierda Plural, Unión Progreso y Democracia y Mixto del Congreso de

resuelve un punto central del recurso de inconstitucionalidad que plantea la interpretación conforme de la disposición que establece un régimen especial de rechazo en frontera para Ceuta y Melilla. Por tanto, incide en el arduo problema de las "expulsiones en frontera". En las Alegaciones del recurso de inconstitucionalidad, los recurrentes impugnan la Disposición Final 1ª de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana por la que se introduce una disposición adicional décima en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con la siguiente redacción: «1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.»

A). Se argumenta *por los recurrentes* que el régimen especial de rechazo en frontera en Ceuta y Melilla supone una actuación inmediata, ejecutiva, material, que no reúne los requisitos necesarios del genuino acto administrativo conforme al art. 53 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (actual art. 34 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas). Nos encontramos, según los recurrentes, ante un supuesto de «vía de hecho», entendida como la situación producida por una actuación administrativa que se lleva a efecto prescindiendo de manera plena del procedimiento establecido o por órgano manifiestamente incompetente. Se faculta así la ejecución de los citados «rechazos en frontera» sin la determinación de los supuestos que activarán tales situaciones, dejando al libre arbitrio de la administración no solo el modo y los medios de realizar dichas actuaciones, sino su realización misma, habilitando una actuación imprevisible e indeterminada que no tiene encaje en el marco constitucional (art. 9.3 CE; con cita de la STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4).

La nueva disposición adicional de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España conlleva, además, la vulneración de la tutela judicial efectiva y de las garantías procesales reconocidas en el art. 24 CE. Se produce un cercenamiento absoluto y de raíz del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la Justicia, en la medida en que se pretende habilitar una actuación independiente y autónoma del derecho de todo ser humano a solicitar el auxilio judicial en aquellas decisiones que le afecten y que considere contrarias a la Constitución o a las leyes (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 4, en relación con los derechos reconocidos a los extranjeros; doctrina reiterada en STC 17/2013, FJ 2). Igualmente se incurre en la negación de la potestad revisora de los tribunales de justicia otorgada por el art. 106 CE. Además, entienden los recurrentes que, por aplicación del art. 58.7 LOEx, la actuación de la administración lleva aparejada la prohibición de entrada durante tres años en territorio español, por lo que tiene las mismas consecuencias de un procedimiento sancionador, resultando inconstitucional al privar a los extranjeros de los derechos procesales aparejados a los procedimientos de esta naturaleza (STC 17/2013, FJ 12).

los Diputados en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Dignidad de la persona y principios de seguridad jurídica y de sometimiento de la acción de la administración al control judicial; derechos a la integridad física, intimidad, libertad de expresión e información, reunión, tutela judicial: nulidad parcial del precepto legal que tipifica como infracción grave el uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad; interpretación conforme con la Constitución de ese mismo ilícito administrativo, así como de los relativos al incumplimiento de restricciones de circulación peatonal o itinerario en actos públicos y a la ocupación de inmuebles contra la voluntad de su titular; interpretación conforme de la disposición que establece un régimen especial de rechazo en frontera para Ceuta y Melilla. Voto particular.

Finalizan los recurrentes su escrito subrayando que nos encontramos ante una vía de hecho que no respeta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en concreto, en lo que atañe a la aplicación del principio de no devolución, que implica ; de 23 de febrero de 2012, caso además la obligación de los Estados de asegurarse del trato al que se exponen los migrantes que se devuelven a sus países de origen o de procedencia (SSTEDH de 11 de enero de 2007, caso *Salah Sheekh c. Países Bajos*; de 5 de mayo de 2009, caso *Sellem c. Italia*; de 3 de diciembre de 2009, caso *Daoudi c. FranciaHirsi Jamaa y otros c. Italia*, y de 19 de diciembre de 2013, caso *N.K. c. Francia*). Además, los efectos perniciosos que se derivan de la disposición impugnada se incrementan y agravan en aquellos supuestos en los que se ven afectados colectivos o grupos de personas especialmente vulnerables. Así, impide el acceso al derecho de asilo previsto en el art. 13.4 CE; y no permite la identificación de menores en edad adolescente y, consiguientemente, la aplicación de las previsiones de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España o de la normativa aplicable para su protección, incluidos convenios internacionales que forman parte de nuestro Derecho interno, como la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño. Tampoco se contemplan mecanismos para la detección, identificación y protección de las víctimas de trata que accedan a territorio español por puesto no habilitado, sin posibilidad de que sean identificadas y sin permitir que se les ofrezcan las garantías y procedimientos previstos tanto en la normativa internacional como en la legislación española (art. 59 *bis* LOEx). Por todo lo expuesto, los recurrentes concluyen que la disposición adicional es contraria a los arts. 15, 24 y 106 CE, al dar cobertura a una simple vía de hecho administrativa consistente en la devolución masiva o colectiva e indiferenciada sin procedimiento administrativo de cualquier extranjero -incluidos menores- interceptado en la frontera de Ceuta o Melilla fuera de los puestos habilitados para la entrada en el territorio español.

B). El *Tribunal Constitucional* -no sin matizaciones relevantes- desestima el recurso de inconstitucionalidad. Para ello estructura un discurso jurídico que podría calificarse como propio del "positivismo legalista" en la interpretación. Simplificando selectivamente su exposición más detenida en todos los puntos cruciales, observa que el régimen de «rechazo en frontera» previsto específicamente para Ceuta y Melilla en la disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, tal como ha sido configurado en el apartado primero, no incurre en inconstitucionalidad. Como resulta obligado en un recurso de inconstitucionalidad, esta apreciación deriva de considerar la disposición de una manera abstracta, sin perjuicio, por tanto, de que las circunstancias concurrentes en que cada una de sus aplicaciones deban ser ponderadas convenientemente en los procesos constitucionales en que se susciten. Además, en el apartado segundo se dice que el rechazo «se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte». Esto significa que la actuación ha de llevarse a cabo con las garantías que a las personas extranjeras reconocen las normas, acuerdos y tratados internacionales rubricados por España, lo que conecta, a través del art. 10.2 CE, con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5). Serán las disposiciones que se adopten para cumplir de un modo real y efectivo con las normas internacionales de derechos humanos las que tengan que asegurar el pleno respeto a las garantías derivadas de la dignidad de la persona, que nuestra Constitución reconoce a todas las personas sometidas a la actuación de los poderes públicos españoles (STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 4).

En todo caso, añade, de las referidas obligaciones internacionales en materia de derechos humanos se desprende que, con motivo de esta actuación de «rechazo en frontera», los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables, entre las que se cuentan, con distinta proyección e intensidad, las que aparenten manifiestamente ser menores de edad (sobre todo cuando no se encuentren acompañados por sus familiares), debiendo atender la especial salvaguardia de los derechos reconocidos en el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, estar en situación de mujer embarazada

o resultar afectados por serios motivos de incapacidad, incluida la causada por la edad avanzada y personas encuadradas en la categoría de especialmente vulnerables.

Por otra parte, y en último lugar, el TC se pronuncia acerca de si, como sostienen los recurrentes, la disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España no respeta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo que se refiere a la aplicación del principio de «no devolución», desincentivando el ejercicio del derecho de asilo previsto en el art. 13.4 CE. Al respecto, entiende que es preciso recordar que en el caso de las personas extranjeras que no reúnan los requisitos necesarios para entrar en España y presenten una solicitud de asilo, habrá que estar a lo dispuesto en los arts. 21 y 22 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que contemplan, mientras dure la tramitación del expediente y la permanencia en las dependencias habilitadas a tal efecto. Y que el apartado tercero de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España señala que la formalización de las solicitudes de protección internacional se realizará en los lugares habilitados en los puestos fronterizos, tramitándose de conformidad con la normativa aplicable en la materia. El derecho de asilo, como es sabido, está especialmente vinculado con el principio de «no devolución» que opera, hoy día, como una garantía aplicable a toda la legislación en materia de extranjería, y cuya finalidad es impedir la devolución de una persona a un territorio en el que su vida, integridad o libertad corran peligro (art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados; y en el ámbito de la Unión Europea, se plasma en el art. 19.2 de la Carta de derechos fundamentales, y el art. 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, del retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular).

Este principio ha sido desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con ocasión de las expulsiones o deportaciones, y se traduce en la obligación de los Estados de asegurarse del trato al que se exponen los extranjeros que se devuelven al país de origen o de procedencia a los efectos de no incurrir en una vulneración del art. 3 CEDH: prohibición de la tortura y de los tratamientos inhumanos o degradantes [SSTEDH de 28 de febrero de 2008, caso *Saadi c. Italia*, § 124 a 133, 137 a 141 y 147 *in fine*; de 5 de mayo de 2009, caso *Sellem c. Italia*, § 28 a 37; de 3 de diciembre de 2009, caso *Daoudi c. Francia*, § 64; de 23 de febrero de 2012, caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, § 113 a 114, y de 19 de diciembre de 2013, caso *N.K. c. Francia*, § 37 a 41, entre otras]. Además, el Tribunal recuerda -en la ya citada STEDH 13 de febrero de 2020, caso *N.D. y N.T. c. España*-, a los Estados que, como España, tienen fronteras exteriores de la Unión Europea, el deber de disponer de un acceso real y efectivo a los procedimientos legales de entrada, para que todas las personas que se enfrenten a una persecución, con riesgo para su vida o integridad, y alcancen las fronteras puedan presentar una solicitud de protección, *ex* art. 3 CEDH, en condiciones tales que garanticen la tramitación de la solicitud de manera coherente con las normas internacionales y el propio Convenio europeo de derechos humanos (§ 209). Y concluye que, si tales medios existen y son efectivos, los Estados «podrán denegar la entrada en su territorio a los extranjeros, incluidos los posibles solicitantes de asilo, que hayan incumplido, sin razones convincentes […], estas disposiciones al tratar de cruzar la frontera por un lugar diferente no autorizado […]» (§ 210). Teniendo en cuenta que la disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España en nada excepciona el régimen jurídico previsto en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria de asilo, al limitarse a indicar dónde se han de formalizar las solicitudes -puestos fronterizos de Ceuta y Melilla-, y que los medios, que permiten acceder a un procedimiento de entrada legal al territorio español, deben existir y ser efectivos, en cumplimiento por el Estado español de las obligaciones internacionales, no se pueden acoger los reproches de inconstitucionalidad formulados por los recurrentes. En conclusión, la disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, en los términos en que

ha sido interpretada en este fundamento jurídico, se ajusta al marco constitucional, por lo que se ha de desestimar su inconstitucionalidad.

C). La *posición del Voto Particular*[88], es radicalmente distintas, puesto que, estima de manera contundente que la devolución en frontera *criminaliza* al migrante irregular y la sentencia le impide, de facto, defender ninguno de los derechos humanos de que es titular (disposición final primera de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana). Como sucede en relación con el examen del régimen sancionador de la ley, al que ya me he referido, la interpretación de su disposición final primera, que legaliza una práctica habitual en las fronteras terrestres de España con Marruecos -de Europa con África- a la que conocemos como «*devoluciones en caliente*», ignora el contexto en que se aprobó el precepto impugnado. El análisis de ese contexto -bien conocido- conduce a la conclusión de que la finalidad de la disposición final primera de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana no fue establecer un procedimiento diferente de los ya previstos legalmente en la normativa de extranjería para la devolución de las personas interceptadas en las vallas de Ceuta y Melilla, sino prescindir de todo tipo de procedimiento, dando cobertura legal a una actuación de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, consistente en que las personas interceptadas en el vallado son entregadas sin ningún tipo de procedimiento a agentes de la autoridad de Marruecos. Esta conclusión se ve reforzada con la ausencia en la literalidad del precepto de cualquier referencia a la necesidad de desarrollo de un procedimiento; la evidencia de que, a pesar del tiempo transcurrido, no se ha establecido ningún desarrollo reglamentario regulador de procedimiento alguno; y el hecho de que, en la práctica administrativa de la ejecución de los rechazos en frontera, no se haya procedido a actuar con sometimiento a ningún tipo de procedimiento.

Esa lectura del precepto -arguye- es la que realizan los recurrentes, al considerar que se trata de una regulación que establece una vía de hecho en la actuación administrativa contraria a la Constitución. Por tanto, la constitucionalidad controvertida por los diputados recurrentes si bien se dirige formalmente, como no puede ser de otra manera, contra un precepto legal, denunciando la vulneración de los arts. 9.3, 24.1 y 106 CE (y derivadamente invocando los arts. 13.4 y 15 CE), lo hace con el telón de fondo de una concreta práctica administrativa, que es la que, en última instancia, los recurrentes consideran contraria al régimen constitucional español.

La opinión mayoritaria ha concluido que este precepto es constitucional condicionado a que se interprete de conformidad con una serie de consideraciones que se hacen en el fundamento jurídico 8 C), concretado en los siguientes puntos: (i) aplicación a las entradas individualizadas; (ii) pleno control judicial y (iii) cumplimiento de las obligaciones internacionales; llevándolo así al fallo. En el contexto ya señalado de la finalidad perseguida por el precepto impugnado, este fallo implica dos cosas. Por un lado, declara constitucional el establecimiento de una regulación legal singularizada de la devolución de las personas interceptadas en las vallas de Ceuta y Melilla, siempre que se cumplan las condiciones señaladas, ya que no se declara la inconstitucionalidad y nulidad del precepto sino que se condiciona a una interpretación conforme. Por otro, desautoriza el rechazo en frontera si se desarrolla, como se viene aplicando hasta ahora, sin la posibilidad de control judicial y respeto a las obligaciones internacionales, entre las que destaca la individualización de la actuación para identificar situaciones de especial vulnerabilidad.

Estando de acuerdo con que el rechazo en frontera, para ser constitucionalmente válido, debe poder someterse a control judicial y debe ajustarse al cumplimiento de las obligaciones internacionales [como dicen los apartados b) y c) del apartado tercero del fallo], la Magistrada disidente considera que no puede sino hacer notar lo paradójico de la sentencia en este punto. Porque la disposición

[88] Que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2896-2015.

impugnada, si algo hace imposible, es tanto el control judicial de las devoluciones, como la posibilidad de ajuste a los tratados internacionales sobre derechos humanos firmados y ratificados por España, que son parte de nuestro propio sistema de fuentes (art. 96.1 CE). Parte de la existencia de algunos presupuestos de la opinión mayoritaria del TC en que se sustenta la declaración interpretativa de constitucionalidad que comparte. Pero, al contrario, discrepa con algunos de los presupuestos utilizados en el razonamiento de la opinión mayoritaria y con la omisión de otros, que considero eran relevantes en el enjuiciamiento de constitucionalidad desde la perspectiva de los arts. 9.3, 24.1 y 106.1 CE, en los términos siguientes:

-La opinión mayoritaria alude en su razonamiento a que la STEDH de 13 de febrero de 2020, caso *N.D. y N.T. c. España*, en consideración a las circunstancias del caso concreto que resuelve, establece como condición para considerar que las devoluciones se ajustan a las exigencias del art. 4 del Protocolo núm. 4 CEDH -prohibición de las devoluciones colectivas- que el intento de acceso al territorio español sea prevaliéndose de su gran número y del uso de la fuerza. A pesar de ello, la sentencia sostiene que, con carácter general, no es necesario que se aprecien estas circunstancias para aplicar el precepto impugnado, sino que basta con que se sorprenda en las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla cualquier intento de entrar en España por cualquier persona, individualmente considerada. De hecho, esta consideración es llevada al fallo cuando se concreta que una de las condiciones de la constitucionalidad de este precepto es: «a) Aplicación a las entradas individualizadas». Resulta absolutamente contradictorio afirmar que el rechazo en frontera debe cumplir con la normativa internacional de los derechos humanos, entre la que se encuentra el art. 4 del Protocolo núm. 4 CEDH, y establecer al tiempo que no es necesario que se cumpla una de las condiciones impuestas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para validar un rechazo en frontera como sujeto a la prohibición de las devoluciones colectivas, que es la realización de un análisis razonable y objetivo del caso concreto de cada una de las personas a expulsar. Si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como máximo y auténtico interprete de las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos, ha dictaminado en la citada STEDH de 13 de febrero de 2020, que la devolución inmediata y forzosa de personas desde una frontera solo resulta asumible en el contexto del intento de un gran número de personas de cruzar dicha frontera de manera no autorizada y masiva, entonces, la posición de la opinión mayoritaria de ampliar la aplicabilidad de este precepto a supuestos no autorizados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es lo que se hace en el apartado tercero, apartado a) del fallo -«aplicación a las entradas individualizadas»-, se contradice con lo establecido en el apartado tercero, apartado c) del fallo -«cumplimiento de las obligaciones internacionales»-.

-La opinión mayoritaria también hace referencia a que el «rechazo en frontera» es una actuación material de carácter coactivo, que tiene por finalidad restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por parte de las personas extranjeras que intentaron cruzar irregularmente esa concreta frontera terrestre. Ahora bien, entiendo que esa categorización alcanzaría, en su caso, al acto de la interceptación de la persona que está intentando superar el vallado, pero, en ningún caso, al acto posterior de su entrega física a los agentes de la autoridad de Marruecos. Este segundo acto es constitutivo de una devolución en sentido jurídico. El uso del término rechazo en el precepto impugnado no permite eludir el hecho de que la persona interceptada ya está en territorio español y bajo custodia de funcionarios españoles. Por tanto, el precepto impugnado, en atención a su propia literalidad, no establece una regulación consistente en impedir el acceso a territorio nacional -la persona interceptada está ya en territorio nacional- sino en impedir que se mantenga en territorio nacional mediante su repatriación al lugar de procedencia. De ahí que esta regulación y las actuaciones a las que pretende dar cobertura tengan que ser calificadas como una devolución en sentido jurídico que, por otra parte, es como también han sido definidas por la STEDH de 13 de febrero de 2020, § 191. Un acto de estas características -la entrega física de una persona bajo jurisdicción española a otra

jurisdicción-, con todas las trascendentales implicaciones que ello supone en cuanto a la titularidad de derechos, incluyendo los derechos fundamentales, de la persona afectada es de tal relevancia y magnitud jurídica que, desde la perspectiva constitucional, no cabe admitir que se considere una mera actuación material que no precise de algún tipo de procedimiento en que se dé cumplimiento a unas mínimas garantías.

La singularidad de la ubicación de Ceuta y Melilla podría ser un elemento justificativo, desde la perspectiva constitucional, para establecer un procedimiento de devolución especial en la legislación de extranjería. Ahora bien, no existe justificación constitucional alguna, desde la perspectiva de los arts. 9.3, 24.1 y 106.1 CE, para que la «restauración de la legalidad migratoria transgredida» se haga prescindiendo completamente de un mínimo procedimiento y del respeto de garantías esenciales. La grandeza del sistema de libertades y de derechos humanos, elemento material necesario para la identificación de un régimen como democrático, consiste, entre otras cosas, en responder frente a una presunta irregularidad con el respeto a unas mínimas garantías procedimentales en la imposición de las consecuencias jurídicas que se deriven de esa conducta.

Por otra parte, no alcanzo a comprender de qué manera es posible conjugar la idea de que el rechazo en frontera debe categorizarse como una mera actuación material coactiva que, constitucionalmente, no requiere de un procedimiento ni del respeto a unas mínimas garantías, con la tajante afirmación de que el «rechazo en frontera», en cuanto actuación realizada por funcionarios públicos españoles, está sometido al estricto cumplimiento de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, además de tener que respetar la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional; y asimismo las condiciones de constitucionalidad del precepto impuestas en el fallo de que deba posibilitarse tanto su control judicial como el respeto a las obligaciones internacionales en cuanto a la individualización e identificación de eventuales situaciones de especial vulnerabilidad.

En ausencia de un mínimo procedimiento y de la posibilidad de singularización de cada acto de rechazo en frontera no es posible hacer real y efectivo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), mediante un posterior control judicial de esa concreta actuación. Tampoco es posible garantizar ni los principios de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) ni el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa, así como de su sometimiento a los fines que la justifican (art. 106.1 CE). Por tanto, habría que haber declarado la íntegra inconstitucionalidad y nulidad del precepto.

Del mismo modo, sin ese mínimo procedimiento, es imposible hacer reales y efectivas las garantías constitucionales esenciales, propias de todo procedimiento de restauración de la legalidad migratoria mediante la devolución, establecidas en la jurisprudencia constitucional, que se han concretado, con carácter general, en la publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones; y, en conexión con el art. 22 LOEx, en los derechos de asistencia jurídica gratuita y la asistencia de intérprete en todos los procedimientos administrativos que puedan llevar a su devolución, tendentes a garantiza el derecho de defensa (STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 12).

-Entiende, por lo además, que la Disposición final 1ª de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana, resulta inconstitucional por su oposición a los artículos 13.4 y 15 CE en relación con el derecho a la protección internacional y el principio de no devolución. La sentencia, amparándose en el contenido de los apartados 2º y 3º del precepto impugnado, considera que no se excepciona ni la aplicación de la normativa internacional de derechos humanos, ni el régimen legal de protección internacional, a pesar de lo cual, en el fallo condicionan la constitucionalidad del precepto

a que el rechazo en frontera se desarrolle con respeto a esas obligaciones internacionales. El problema del proceso argumental desarrollado por la opinión mayoritaria sobre este particular es, de nuevo, hacer compatible la interpretación de apartado primero del precepto impugnado, conforme al cual se considera el rechazo en frontera como una mera actuación material coactiva que por su propia naturaleza quedaría excluida de cualquier tipo de procedimiento administrativo, con las exigencias impuestas en los otros dos apartados de la necesidad de respetar la normativa internacional de derechos humanos y el derecho a la protección internacional.

La afirmación de que de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos se desprende que, al ejecutar un «rechazo en frontera», los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables, resulta claramente insuficiente desde el momento en que no se explica de qué modo puede hacerse efectivo el cumplimiento de esas obligaciones en ausencia de un procedimiento desarrollado con unas mínimas garantías esenciales. Si algo garantiza la existencia de un procedimiento es, precisamente, la identificación singularizada de las situaciones que rodean a las personas, y que pueden hacer de ellas sujetos particularmente vulnerables por ser menores de edad, demandantes de asilo o protección internacional, víctimas de trata, o personas enfermas. La opinión mayoritaria ejemplifica esa necesaria atención con la descripción de situaciones de especial vulnerabilidad apreciables externamente -personas que aparenten manifiestamente ser menores de edad o afectadas por serios motivos de incapacidad, y mujeres embarazadas-. Pero resulta evidente que esta apreciación denota ignorancia de las situaciones que se viven en la frontera sur. La edad de las personas nunca es evidente cuando se encuentra en lo alto de la valla -como constata el dictamen del Comité de los Derechos del Niño de 12 de febrero de 2019 (CRC/C/80/DR/4/2016)-, y mucho menos evidente es que vayan a intentar un salto mujeres en evidente estado de gestación, o personas con discapacidad aparente y «seria». Las salvaguardas previstas en la sentencia se apartan tanto de la realidad de las cosas que la salvaguarda deja de serlo.

Más allá de ello, hay que recordar que se dan situaciones de especial vulnerabilidad que no tienen por qué ser fácilmente aprehensibles, y para cuya identificación sería preciso el desarrollo de un procedimiento con las garantías suficientes que atienda a esas necesidades de identificación. La Constitución no habilita a estimar de menor consideración, a los efectos de lo que ahora se discute, a una víctima de trata de seres humanos o de otras formas de violencia de género, a un potencial solicitante de protección internacional o a una persona menor de edad que no tenga la apariencia de tal, que a una mujer embarazada, a una persona con claros signos de padecer serios motivos de incapacidad o a un menor de edad cuya apariencia física no permitirá dudar de su minoría. La apelación que hace el Derecho internacional de los derechos humanos, como también la Constitución española, a las necesidades de protección de las personas especialmente vulnerables, nada tiene que ver con lo evidente a primera vista de la situación. La ausencia de apariencia o evidencia de esa situación de especial vulnerabilidad no priva a la persona de la protección constitucional que le debe ser dispensada. Sin embargo, el rechazo en frontera, considerado como mera actuación material coactiva no sometida a procedimiento, impide no solo la exigible actitud proactiva de la administración pública en la identificación de esas situaciones, sino, lo que es más grave, imposibilita siquiera la alegación de la persona afectada de su condición de vulnerabilidad.

A mayor abundancia, el cumplimiento de las obligaciones internacionales como condición impuesta por la opinión mayoritaria para la constitucionalidad de la regulación de rechazo en frontera deviene ya imposible, al menos, en lo que se refiere a los menores de edad. El dictamen del Comité de los Derechos del Niño de 12 de febrero de 2019 (CRC/C/80/DR/4/2016) ya ha establecido que la práctica de este tipo de devoluciones sumarias practicadas por los funcionarios públicos españoles supone el incumplimiento de las obligaciones internacionales contempladas en los artículos 20.1 -protección debida por el Estado a toda persona menor privada de su medio familiar- y 37

-no sometimiento a las personas menores a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes- de la Convención de Derechos del Niño, en la medida en que no permite someter a la persona menor a un proceso de identificación y evaluación de su situación personal y de la existencia de un riesgo de persecución y/o daño irreparable previa a su entrega a las autoridades de Marruecos y no se le da la oportunidad de presentar objeciones a esa devolución (apartados 14.7 y 14.8).

Tampoco puede obviarse, en lo relativo a la imposibilidad real y efectiva del cumplimiento de la condición de constitucionalidad impuesta de respeto de las obligaciones internacionales, la incidencia del rechazo en frontera sobre la identificación de necesidades de protección internacional. La STJUE de 25 de junio de 2020, asunto C-36/20, recuerda la circunstancia de que el artículo 6.1 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, establece la posibilidad de que la solicitud de protección internacional se formule no solo ante la autoridad competente para su registro sino también ante otras autoridades que, pese a ser probable que reciban tales solicitudes, no sean competentes para registrarlas, citando expresamente a la policía, guardias de fronteras, autoridades de inmigración y personal de los centros de internamiento, imponiendo la obligación a los Estados de que estas autoridades dispongan de la información pertinente y su personal reciba la formación necesaria acorde a sus funciones y responsabilidades, así como instrucciones, para informar a los solicitantes sobre dónde y cómo pueden presentarse las solicitudes de protección internacional. En este contexto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tampoco acabo de apreciar la viabilidad de un pronunciamiento interpretativo como el sustentado por la opinión mayoritaria ante la invocación del art. 13.4 CE. Si de acuerdo con la normativa y jurisprudencia comunitaria, un agente de fronteras, como los llamados a aplicar el rechazo en frontera, tienen la condición legal de «otras autoridades» para recibir solicitudes de protección internacional, la ausencia de un mínimo procedimiento con respeto a garantías esencial imposibilita también el cumplimiento de esa obligación internacional que se impone como condición de constitucionalidad del precepto impugnado. En consecuencia, considera que la disposición final primera por la que se introduce la disposición adicional décima en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y su integración social debería haber sido declarada inconstitucional y nula, al no posibilitar de una manera real y efectiva el cumplimiento de las condiciones de constitucionalidad establecidas en el fundamento jurídico 8 C) y en el apartado tercero del fallo.

En conclusión, de síntesis, la sentencia dictada y, en particular, su fallo, son, a juicio de la Magistrada discrepante, inconciliables con la idea misma de la interpretación restrictiva de los límites al ejercicio de los derechos fundamentales. Y son, además, contradictorios con la única razón de ser que entiendo legítima para una ley de protección de la seguridad ciudadana: asegurar que la garantía de la tranquilidad social y la convivencia pacífica no se materialice en detrimento del ejercicio de los derechos que están llamados a alterar esa tranquilidad, para asegurar el pluralismo político y defensa de los derechos de quienes presentan mayores dificultades para vivir tranquilos y en paz.

Es de significar que en esta sentencia del TC se considera superado el test de constitucionalidad de las llamadas “devoluciones en caliente” de inmigrantes, declarando la constitucionalidad de la Ley de Seguridad Ciudadana también respecto a dichas “expulsiones en caliente de inmigrantes” que tratan de saltar las vallas delimitadoras las fronteras para entrar en territorio español. Tan sólo suprime por inconstitucionalidad un inciso del art. 36 de la Ley de Seguridad Ciudadana (conocida en la opinión pública como “ley mordaza”), que perseguía el uso no autorizado de grabaciones en las que aparecieran miembros de los cuerpos y fuerzas de Seguridad del Estado. La argumentación jurídica más determinante es la que declara que el rechazo en frontera es una actuación material de carácter coactivo, que tiene por finalidad restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el

intento por parte de las personas extranjeras de cruzar irregularmente esa concreta frontera terrestre. Señalando que la actuación material será constitucional, sin perjuicio del control judicial que proceda realizarse en virtud de las acciones y recursos que interponga, en cada caso concreto, la persona extranjera afectada. Entiende, por otra parte, que el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. El Alto Tribunal se siente amparado en su decisión por la doctrina de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Ello no obstante, esta interpretación permisiva puede limitar seriamente el alcance protector de la prohibición internacional de las "devoluciones en caliente o en frontera" establecida con el fin de garantizar los derechos fundamentales de las personas migrantes que pretenden entrar ilegalmente en un Estado (ilegalidad de trato dispensada a las personas extranjeras sin las preceptivas garantías que se establecen en la normativa internacional, europea y en el Derecho interno, esto es, consagrada en el estándar de garantía multinivel de los derechos fundamentales), lo cual puede suponer *de facto* una privación de derechos fundamentales de las personas migrantes (entre ellos, el derecho a una tutela judicial efectiva, los derechos de refugio y asilo como derechos fundamentales, etcétera)[89].

En otro orden de cuestiones, el modelo jurídico de regulación normativa de la situación y estatuto jurídico de las personas inmigrantes extranjeras en España se inserta en la tradición del garantismo jurídico o constitucionalismo democrático-social y entronca directamente con el modelo de protección legal de aquéllos tras la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

En el contexto de la denominada inmigración económico-laboral y sus protagonistas principales -personas que trabajan o quieren trabajar, se incluyen o quieren incluirse en el mercado de trabajo-, se ha de matizar que inmigración y extranjería no son lo mismo ni, consecuentemente,

[89] Fernández Pérez, A.: "La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías", en Diario La Ley, núm. 8382, 22 de septiembre de 2014. https://www.researchgate.net/publication/290974101_La_regulacion_de_las_devoluciones_y_expulsiones_de_extranjeros_la_ilegalidad_de_las_devoluciones_de_extranjeros_efectuadas_sin_las_debidas_garant'ias. Asimismo, Soler García, C.: "La prohibición de las expulsiones colectivas de los extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Especial referencia al caso de España", en Revista General de Derecho Europeo, núm. 45 (2018) https://web.ua.es/es/ciee/documentos/c-soler-publicaciones/la-prohibicion-de-las-expulsiones-colectivas-de-extranjeros.pdf. En este último trabajo se estudia la jurisprudencia del TEDH sobre la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros y, más en particular, la relativa a las denominadas "devoluciones en caliente" llevadas a cabo en la frontera hispano-marroquí. Y se concluye que -en términos de conjunto- el TEDH ha dejado claro en los distintos casos -controversias jurídicas- en los que ha concluido la violación por un Estado parte de la prohibición de las expulsiones colectivas, que la gestión de los flujos migratorios no puede conllevar la adopción de políticas incompatibles con el CEDH. Por tanto, la prohibición recogida en el art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH es aplicada a la hora de limitar las competencias de los Estados parte en materia de expulsión de extranjeros. En concreto, en la sentencia N.D. y N.T. c. España, el TEDH ha señalado que las prácticas conocidas como "devoluciones en caliente", previstas en la normativa española, son contrarias al CEDH por tratarse de expulsiones colectivas de extranjeros de conformidad con su jurisprudencia anterior en este ámbito. De cara al futuro falta por comprobar las posibles repercusiones que esta jurisprudencia va a conllevar para los Estados parte del CEDH y, más en concreto, en el caso de España, especialmente teniendo en cuenta que se trata de un Estado que constituye frontera exterior del espacio Schengen. Consúltese también, Álvarez González, E.M. y Moreno Linde, M.: "Prohibición al Estado de expulsión de nacionales y de expulsiones colectivas de extranjeros. Garantías procedimentales en caso de expulsión de extranjeros (Protocolo Número 4 y 7 del CEDH)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.) et altri: La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, Granada, Comares, 2017, págs. 255-276 y bibliografía allí citada.; Martín Martínez, M. y Jiménez Sánchez, C.: "Prohibición en caso de devolución, expulsión y extradición (Artículo 19)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.) et altri: La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Granada, Comares, 2012, págs. 431-443, y bibliografía allí citada.

política de inmigración y política de extranjería. Por más que estén ligadas y relacionadas. Extranjería y política de extranjería hacen referencia al estatus y situación jurídica de una persona que no es nacional del Estado en el que se halla, bien temporal o indefinidamente. En la inmigración y la política de inmigración, además de ello, hay un tema nuclear diferenciador y clave en conexión con lo apuntado: lo sociolaboral, en relación con la entrada, permanencia y salida de personas que igualmente acceden, se encuentran o salen del mercado de trabajo. La mayor incidencia de una u otra en nuestras sociedades -pese a que no se puedan observar cómo separadas- no hace sino reincidir y constatar -pese a su diferente matiz conceptual- el hecho de la presencia en nuestra sociedad de personas con la condición de trabajadoras inmigrantes y extranjeras.

Es necesario precisar, con fundamento en esta matización conceptual, sí se puede advertir la existencia de dos modelos un tanto diferenciados de regulación jurídico-legal de carácter más o menos protector -según el caso- para las personas inmigrantes extranjeras. De una parte, un modelo basado en la extranjería, en el derecho y en la política de extranjería: está centrado esencialmente en una dimensión controladora de la entrada, permanencia e incluso retorno de la persona extranjera; y fundamentado sobre aspectos de seguridad nacional, económicos y limitadores de derechos -incluso fundamentales-. Y, de otra parte, un modelo basado en la inmigración, en el derecho y en la política de inmigración: presta una especial atención a la integración social de la persona inmigrante desde la tutela del estándar mínimo de protección -titularidad y ejercicio efectivo- de los derechos humanos fundamentales de toda persona.

En la configuración de nuestro modelo garantista de atribución de los derechos fundamentales a las personas inmigrantes ha tenido un papel central la doctrina del TC, y en particular las SSTC 236 y 259/2007 declararon inconstitucional varios artículos de la misma en relación a los derechos sociales fundamentales de los extranjeros y su limitación respecto al ejercicio. Pero tampoco se ha de olvidar en un momento anterior a estos pronunciamientos jurisprudenciales una nueva reforma, con un poco más de transcurso de los años, mediante la Ley Orgánica 14/2003. Esta penúltima reforma no afectó al tema de los derechos y sí al de los visados, residencia, trabajo y al contrato mismo, declarándolo con plena efectividad en lo que toca a sus repercusiones para aquellos trabajadores sin autorización para realizar actividad laboral. Paralelamente, junto a estas leyes se han venido produciendo los reglamentos de desarrollo de las mismas, que si bien no han incidido de forma nítida sobre los derechos, sí han pretendido un fomento de la situación de regularidad de los inmigrantes, una tramitación administrativa ágil -tanto en la general del Estado, como en las autonómicas y locales, instando a la colaboración entre ellas- y una regulación diferenciada del cupo a cubrir de trabajadores extranjeros atendiendo a la situación del mercado de trabajo. Tendencia jurídico-política presente también, incluso con tintes de exhaustividad, en el nuevo y último reglamento de desarrollo del vigente texto legal, de 2011. Con este marco regulador modificado muy puntual y circunstancialmente a lo largo de los sucesivos años de su vigencia se llegó a la última reforma del año 2009, operada con la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Una reforma que puede incluso calificarse como nueva ley de derechos de los extranjeros e inmigración, pues las reformas que introduce a lo largo del articulado legal son bastantes y de considerable importancia, valor y alcance técnico-jurídico para el derecho migratorio y de extranjería y todos aquellos sectores del ordenamiento jurídico a los que afecta. En consecuencia, en unos casos se está ante modificaciones sustanciales y profundas del articulado, en otras ocasiones se añade algún artículo nuevo o varios en forma de apartados -*bis*, *ter*, etcétera- y, por último, se realizan precisiones técnicas y de expresión escrita que no producen cambios relevantes sino más bien aclaratorios.

En todo caso, la totalidad de cambios que se han introducido en el articulado de la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la última reforma se pueden dividir en dos grandes grupos en orden a su importancia y calado político, jurídico y social. De este modo, por un lado, se puede hallar y

diferenciar claramente varios aspectos y dimensiones concretos a modo de grandes ejes formales y materiales sobre los que se ha fundamentado la reforma -señaladamente, la política de inmigración, la reagrupación familiar y el estatuto de derechos-. Y, por el otro, el restante conjunto de reformas presentes a lo largo del articulado de la Ley Orgánica incidentes en aspectos concretos relacionados con la transversalidad de la realidad social de la inmigración y que también presentan un alcance particular. Es en torno a estos dos grupos de novedades de diferente trascendencia, por su volumen y sentido en el marco de la totalidad, como ha acontecido la última reforma legal. La consecuencia más inmediata de la misma es su constitución como un paso cualitativo más en la larga senda de reformas de nuestra legislación sobre derechos e integración social de las personas inmigrantes extranjeras en España. En este sentido, no es una reforma cosmética de modelo normativo, porque sirve a varios motivos principales:

Primeramente, la exigencia de incorporar a la Ley Orgánica 4/2000, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por lo que se da nueva redacción a la misma para acomodarla a las previsiones constitucionales. En efecto, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre los recursos de inconstitucionalidad presentados contra varios artículos legales. Como ya se ha anotado, especial mención tienen las Sentencias TC 236 y 259/2007, declarando que la exigencia que la referida Ley imponía a los extranjeros para el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, de que tuvieran residencia legal en España, constituía una restricción injustificada y, en consecuencia, contraria a la Constitución, ya que los derechos fundamentales se atribuyen a todas las personas en su condicionales de tales.

Por otra parte, se han producido aportaciones significativas en el Derecho de la Unión Europea en materia de inmigración y extranjería, las cuales debían ser objeto de incorporación a nuestro ordenamiento jurídico. Le reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009, incorpora a nuestro Derecho interno un amplio conjunto de directivas comunitarias en la materia ya mencionadas en epígrafes anteriores. Aparte de ello, interesa realzar la firma del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, refrendado en el Consejo Europeo de 16 de octubre de 2008 por los 27 países miembros de la Unión Europea[90], en el cual se establecen como principales objetivos a alcanzar una inmigración legal y ordenada, luchar contra la inmigración ilegal y favorecer la integración social y jurídica de los

[90] Monereo Pérez, J.L.: "Refugiados y derechos humanos. El Estatuto de los refugiados y el asilo como derecho humano", en Nueva revista española de derecho del trabajo, núm. 194 (2017), pág. 55-116. En la tradición del constitucionalismo democrático-social y su materialización por medio del modelo de Estado social de derecho, ha de implantarse la necesidad de superar el enfoque de las políticas migratorias y de asilo controladoras de flujos centradas en la dimensión económica. Satisfaciendo la misma, se ha de transitar hacia las políticas de inclusión socioeconómica, jurídica y cultural. Se está en condiciones así de configurar un estatuto jurídico social de solicitantes de asilo y de refugiados orientado a garantizar la integración de las mismas en cuanto personas migrantes que llegan a la Unión Europea y a España. Desde esta consideración, teniendo presente que se está ante desplazamientos transnacionales de personas, se ha de conducir a una intensificación de los procesos de comunitarización o europeización de las políticas migratorias y de asilo, como condición previa para que sean realmente puestas en prácticas de un modo eficiente y eficaz en la materialización del modelo social europeo y español. Consustancial resulta demandar para asilados y refugiados el ofrecimiento de un tratamiento y consideración que materialice la justicia social sustentada en el ejercicio y garantía de los derechos humanos fundamentales de la persona. En su sentido y alcance estricto, han de prevalecer tanto los valores de la Unión Europea como los inherentes al art. 1.1 de la Constitución Española. Asimismo, Monereo Pérez, J.L., Triguero Martínez, L.Á. (Dirs.): Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del Derecho, Granada, Comares, 2016; Miñarro Yanini, M.: La dimensión social del derecho de asilo: el estatuto de garantías de integración socio-laboral de los "refugiados", Albacete, Bomarzo, 2018; Kahale Carrillo, D. T.: El nuevo sistema de derecho de asilo y de la protección subsidiaria, Santiago de Compostela, Andavira Editora, 2017. En una perspectiva más general, Castelli, N.: Las migraciones internacionales. Una mirada crítica a la regulación internacional y europea desde la perspectiva laboral, Albacete, Bomarzo, 2019. De interés para verificar la posición altamente crítica del Comité Europeo de Derechos Sociales a través de diversos pronunciamientos, Salcedo Beltrán, C.: "Crisis de las personas refugiadas y de la COVID-19: dos firmes respuestas del Comité Europeo de Derechos Sociales", en Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 453 (2020), págs. 155-170.

inmigrantes legales a través de un equilibrio de derechos y deberes. Por otra parte, es importante la ratificación y entrada en vigor en España de las obligaciones dimanantes del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos -Convenio núm.197 del Consejo de Europa-, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

La necesidad, en tercer lugar, de adaptación de nuestro Ordenamiento jurídico a la nueva realidad migratoria que se produce en nuestro país, pues presenta unas características y plantea unos retos diferentes de los que existían en el momento de la aprobación de la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000. Ciertamente, la inmigración es un fenómeno o hecho social total, complejo y contingente en su fisonomía[91]. El cambio es un rasgo que le es inherente. El marco normativo tiene que adaptarse innovando sus criterios de regulación. No se puede desconocer que el fenómeno migratorio tiene un gran impacto económico, social y cultural de dimensiones estructurales y no meramente coyunturales. La reforma por medio de la Ley Orgánica 2/2009 pretendió ordenar y canalizar legalmente los flujos migratorios de tal modo que los mismos se ajusten a nuestra capacidad de acogida y a las necesidades reales de nuestro mercado de trabajo.

Ello, no obstante, es de señalar que nuestro modelo legal de protección de las personas inmigrantes extranjeras ha adolecido -al menos hasta el momento- de una programación coherente, encontrándose excesivamente expuesto a variación de factores coyunturales. Es necesario, pues, garantizar una cierta estabilización jurídico-institucional del modelo de regulación de la inmigración, sobre la base de principios y reglas de juego verdaderamente coherentes y con pretensiones de estabilidad, más allá de los necesarios ajustes coyunturales que siempre serán necesarios adoptar. La nueva reforma legislativa parece orientarse hacia ese objetivo más ambicioso de llevar a cabo una reforma estructural y más estable de la cuestión social de la inmigración incidiendo en toda la multiplicidad de sus dimensiones fundamentales. Una de estas dimensiones básicas es la integración social, en cuanto núcleo básico y esencial del modelo de derecho de la inmigración o inmigratorio antes apuntado. En este sentido, un modelo de auténtica integración social exige la defensa de los derechos humanos fundamentales -civiles, políticos y sociales-. Pero no es suficiente el reconocimiento formal. Se hace necesaria una actitud proactiva de los poderes públicos para propiciar una efectiva y plena integración de las personas inmigrantes en España, favoreciendo la convivencia multicultural y la cohesión social entre los inmigrantes y la población autóctona. Esa política pro-activa no incumbe sólo al Gobierno central -a quien le corresponde, según el art. 149.1. 2ª CE, la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración, sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales; art. 2 *bis* de la Ley Orgánica 4/2000-, sino también a los Poderes y Administraciones Públicas autonómicas y locales.

Atendiendo a estas motivaciones advertidas se origina un nuevo marco legal que muy particularmente tiene como principales destinatarios a los extranjeros inmigrantes que residen en nuestro país de un modo legal, con las correspondientes autorizaciones de trabajo y residencia, excluyendo específicamente a los comunitarios salvo en aquellos aspectos que les pudieran ser más beneficiosos. En un plano secundario esta reforma sitúa como destinatarios también a los extranjeros inmigrantes en situación ilegal o irregular, pues tan sólo se ocupa de ellos para garantizarles el acceso a los derechos sociales fundamentales que tienen todas las personas por el hecho de serlo. Ahora bien, con la restricción de que ello no va a constituirse en un obstáculo a la capacidad estatal en la imposición de límites a su permanencia y residencia cuando ésta no sea legal. Se abre así una brecha

[91] Ciertamente, la Pandemia actual no es sólo una crisis sanitaria. Es lo que en las ciencias sociales -en la dirección más solvente- se califica técnicamente de «hecho social total», en el sentido específico de que impacta y convulsa el conjunto de las relaciones y estructuras sociales, y conmociona a la totalidad de los actores (políticos, sociales y económicos), de las instituciones y de los valores de la sociedad, planteando una exigencia de recomposición de la cohesión social. En el sentido formulado por Mauss, M.: Sociología y antropología, trad. T. Rubio de Martín, Madrid, Tecnos, 1971.

de tratamiento diferenciado jurídico-legal a unas mismas personas, pero con diferente condición administrativa, manteniéndose por tanto el espíritu de las reformas y leyes anteriores.

Se trata, ante todo, de poner en marcha una política inmigratoria que garantice los derechos humanos fundamentales pertenecientes a todas las personas según doctrina consolidada ya del Tribunal Constitucional, la construcción de un acceso progresivo a otros derechos de configuración legal a partir de la residencia legal, el perfeccionamiento del sistema de inmigración legal y ordenada con fundamento en las necesidades del mercado de trabajo, el favorecimiento de las oportunidades de integración de los inmigrantes dotando de medios suficientes a las Administraciones encargadas de desarrollar las políticas y el aumento de la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, previniendo la llegada de la misma y haciendo más ágiles las repatriaciones. Del conjunto, se desprenden unos rasgos propios e inherentes a esta nueva regulación legal de la inmigración en España: la integración de los inmigrantes, la canalización legal y ordenada de los flujos y la lucha contra la inmigración irregular son las prioridades de la política inmigratoria, que a su vez se tiene que desarrollar de acuerdo con la política comunitaria de inmigración, cooperando con los terceros países de origen y tránsito de la inmigración y coordinando las actuaciones de las diferentes Administraciones públicas con competencia en la materia; la mejora de las garantías de los derechos fundamentales para todos los extranjeros; la integración social como eje principal de la política inmigratoria; la vinculación de la inmigración que ha de llegar con la situación del mercado de trabajo; y el establecimiento de una totalidad de medidas de incremento del control sobre la inmigración irregular y la eficacia de los sistemas de repatriación. Es así que se aprecian unas motivaciones, intenciones y objetivos justificativos plenamente de la reforma legal con distinto sentido, alcance y defensa en orden a construir un nuevo marco jurídico-legal regulador de la inmigración en España que esté vigente en los años sucesivos con una cierta estabilidad legislativa al respecto. El transcurso de los años, su vigencia, la política jurídica resultante y su adecuación a la realidad inmediata servirán para enjuiciar su idoneidad o no.

Sin embargo, a pesar de que el nuevo modelo de extranjería e inmigración buscaba expresamente una cierta "estabilización" alrededor de principios coherentes, se han venido produciendo sucesivas reformas legislativas que restringen los derechos de los trabajadores inmigrantes irregulares (es el caso de la denegación de la protección por desempleo -art. 36.2 LOEXIS- y de la limitación estricta de la asistencia sanitaria a situaciones de urgencia grave y embarazo, parto o postparto -art. 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión social y calidad del Sistema Nacional de Salud, modificado por el RD 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud). Este tipo de medidas abundan en el debilitamiento de la posición jurídica de los trabajadores inmigrantes irregulares, que son precisamente los más vulnerables. El propio Consejo de Europa (Informe sobre derechos sociales, 29 enero de 2014) ha considerado contrario a los derechos garantizados en la Carta Social Europa revisada de 1996 (en particular el art. 11 de la misma, relativo al "Derecho a la protección de la salud"), el negar la sanidad a los inmigrantes en situación irregular (los peyorativamente llamados "sin papeles"), considerando que la crisis económica no puede servir de pretexto para negar el acceso a la sanidad.

En realidad, la plena coherencia con la racionalidad inherente al constitucionalismo democrático-social debería suponer que se regularse la inmigración desde la perspectiva de garantizar a las personas migrantes una ciudadanía plena, integral e inclusiva en el marco del Estado Social de Derecho. Éste, a lo largo de su historia, ha tenido entre sus principios de actuación el reducir y controlar los riesgos, para así proporcionar un mínimo estatuto protector de las clases más desfavorecidas, sin el que probablemente se encontrarían en una inseguridad social. Esto presupone la superación de la visión instrumental (sujeta a la racionalidad económica unilateral del mercado

de trabajo) de la inmigración protegiendo a las personas más allá del trabajo con este conjunto de derechos de ciudadanía, al propio tiempo que (gracias a su carácter indecidible y vinculado a la persona) su garantía no se vería cuestionada por razones económicas coyunturales o de oportunismo populista electoral, como, por el contrario, sí está ocurriendo en el marco de las políticas migratorias de los países europeos.

Los dos ejes ya analizados del modelo jurídico de la ordenación normativa de las personas inmigrantes extranjeras en España entroncan directamente con el modelo de protección legal de aquéllos tras la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre[92]. Pero, antes de ello, en el contexto de la ya definida inmigración económico-laboral y sus protagonistas principales -personas que trabajan o quieren trabajar, se incluyen o quieren incluirse en el mercado de trabajo-, se ha de matizar que inmigración y extranjería no son lo mismo ni, consecuentemente, política de inmigración y política de extranjería. Por más que estén ligadas y relacionadas. Extranjería y política de extranjería hacen referencia al estatus y situación jurídica de una persona que no es nacional del Estado en el que se halla, bien temporal o indefinidamente. En la inmigración y la política de inmigración, además de ello, hay un tema nuclear diferenciador y clave en conexión con lo apuntado: lo sociolaboral*,* en relación a la entrada, permanencia y salida de personas que igualmente acceden, se encuentran o salen del mercado de trabajo. La mayor incidencia de una u otra en nuestras sociedades -pese a que no se puedan observar cómo separadas- no hace sino reincidir y constatar -pese a su diferente matiz conceptual- el hecho de la presencia en nuestra sociedad de personas con la condición de trabajadoras inmigrantes y extranjeras.

Ahora bien, con fundamento en esta matización conceptual, sí se puede advertir la existencia de dos modelos un tanto diferenciados de regulación jurídico-legal de carácter más o menos protector -según el caso- para las personas inmigrantes extranjeras. De una parte, un modelo basado en la extranjería, en el derecho y en la política de extranjería: está centrado esencialmente en una dimensión controladora de la entrada, permanencia e incluso retorno de la persona extranjera; y fundamentado sobre aspectos de seguridad nacional, económicos y limitadores de derechos -incluso fundamentales-. Y, de otra parte, un modelo basado en la inmigración, en el derecho y en la política de inmigración: presta una especial atención a la integración social de la persona inmigrante desde la tutela del estándar mínimo de protección -titularidad y ejercicio efectivo- de los derechos humanos fundamentales de toda persona.

Teniendo presente el significado, sentido y alcance de estos modelos definidos, desde los mismos y en forma de avances y retrocesos -según se imponga y/o predomine uno u otro- ha venido oscilando la regulación jurídico-legal protectora de las personas inmigrantes extranjeras en nuestra historia más reciente. El punto de referencia cronológico cuantitativo y cualitativo desde el que se ha de partir es tanto los últimos veinte años del siglo pasado y el desarrollo socioeconómico y político experimentado, como -derivado de lo anterior- la configuración de España como país de inmigración y, consecuentemente, la irrupción y consideración de ésta, hoy en día, como realidad social estructural.

Estas precisiones referenciadas -a modo de causas-, de profundas connotaciones y repercusiones, sin duda alguna, conllevaron ya la aparición, a mediados de la década de los ochenta, del primer texto legal regulador de la inmigración y extranjería, que se mantuvo durante quince años con más desaciertos que aciertos, hasta que ya a principios del siglo XXI se vieron las tremendas dimensiones de la inmigración en España y se produjo en los primeros años del mismo, una vorágine legislativa sobre su regulación en un intervalo de años muy corto -apenas cuatro- con

[92] Vid., ampliamente al respecto, Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á., "El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, (I y II)", Revista Aranzadi Social, núm. 19 y 20, 2010, págs. 61 y sigs., 73 y sigs., respectivamente.

una cierta estabilización reguladora de seis años aproximadamente hasta el momento presente[93]. Una circunstancia que no significó en ningún momento que la regulación existente fuese la más propicia y acorde con la realidad migratoria española, por cuanto ésta no había dejado de carecer de los caracteres de relevancia e importancia en todas sus dimensiones y aspectos. Todo ello, en consecuencia, había supuesto una influencia directa en la regulación jurídico-formal de los derechos de los extranjeros -muy especialmente de aquellos de carácter sociolaboral- y de las distintas posibilidades de entrada y residencia de los extranjeros en España, así como de otros aspectos y dimensiones colindantes al respecto.

En cualquier caso, nos encontramos con la situación de que la primera regulación contemporánea de la inmigración y extranjería en España -es decir, la regulación jurídica del estatuto de los extranjeros en nuestro país- data de 1985 y se concreta en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Deberes de los Extranjeros en España[94]. Esta regulación trató la inmigración como un fenómeno coyuntural, respondiendo a los caracteres de control casi policial de los inmigrantes y a una lógica de policía administrativa, con un elenco de derechos muy reducidos en virtud de esta situación. Pero es que a su vez y adicionalmente, esta norma también respondió a la entrada de nuestro país en la Unión Europea y todo el conjunto de requisitos por ella establecidos.

Con posterioridad en el año 2000, tras haberse quedado obsoleta la anterior regulación, nació la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Ésta se caracterizó por romper con la lógica policial anterior y apostar por una perspectiva que incidía en la *integración social* -como del mismo título se desprende-, al equiparar a los nacionales con los extranjeros y a estos entre sí independientemente a su condición de regulares o irregulares. Así, era una Ley muy *abierta y social* que reconocía derechos para todos los extranjeros, más allá de su situación administrativa.

Tras un breve período de tiempo y casi sin poder analizar su verdadera aplicación efectiva, se produjo una contrarreforma de la Ley anterior mediante la Ley Orgánica 8/2000[95]. Ésta se caracterizó, en líneas generales, por tratar por vez primera ya el fenómeno de la inmigración como estructural y permanente, pero, sorprendentemente, volviendo al espíritu harto restrictivo de la Ley de 1985. El pilar sobre el que se constituyó el estatuto jurídico del extranjero fue sobre su situación administrativa, de tal forma que si estaba regular podía ejercer un conjunto de derechos considerables, mientras que si se encontraba en situación irregular casi no existía como persona, al verse reducidos drásticamente los mismos, pero teniendo siempre el mínimo de derechos que le corresponden como persona, no sujetos a ninguna condición, viéndose incluso algunos de éstos últimos incluso afectados. Esta regularidad se construyó con la posesión de la correspondiente autorización de trabajo y permiso de residencia -por este orden-, tanto para la entrada como para la permanencia[96]. La finalidad inmediata que perseguía esta Ley era la reducción de la bolsa de personas inmigrantes irregulares existentes en aquel momento, intentando que todos cumpliesen con lo establecido legalmente, para lo que, sin duda alguna, adquirieron especial importancia los procesos de regularización masivos que se produjeron en estas fechas como consecuencia de la aplicación efectiva de la Ley y de su Reglamento de desarrollo, al quedar previstos en ellos. Precisamente está en tramitación la Proposición de Ley de Iniciativa

[93] Desde una perspectiva de revisión, un repaso al modelo jurídico-legal español, lo realiza ilustrativamente, Solanes Corella, Á., "Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010", Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 90, 2010, págs. 77 y sigs.

[94] Sobre la situación anterior a ésta, vid., Cardona Torres, J., Régimen jurídico laboral de los extranjeros en España, Barcelona, Bosch, 1985.

[95] Monográficamente, Tarabini-Castellani Aznar, M., Reforma y contrarreforma de la ley de extranjería. (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España), Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

[96] Alonso Olea, M., Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000, Madrid, Civitas, 2001, págs. 39-40.

Popular para una regularización extraordinaria para personas extranjeras en España[97]. Conforme al Artículo único ("Modificación de la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social"), se propone modificar la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social con la siguiente redacción: «Disposición transitoria primera. Regularización de extranjeros que se encuentren en España. El Gobierno, mediante Real Decreto, establecerá, en el plazo de 6 meses, un procedimiento para la regularización de los extranjeros que se encuentren en territorio español antes del día 1 de noviembre de 2021.» En la Exposición de Motivos se deja constancia de que, conforme a las estimaciones más recientes, en España residen de manera irregular entre 390.000 y 470.000 personas, de las cuales una tercera parte serían menores de edad. El sistema de acceso a la residencia contemplado en la ley de extranjería LO 4/2000 resulta insuficiente y limitado y no se ajusta a la realidad actual de las personas migrantes que viven y trabajan en el Estado español. Ello debido a que, por una parte, los criterios de acceso a la residencia son altamente restrictivos y de muy difícil cumplimiento, y por otra, el procedimiento administrativo implementado es lento, burocrático y cuenta con un elevado margen de discrecionalidad a la hora de conceder las autorizaciones o su renovación. Esta dinámica genera una espiral de vulnerabilidad y desprotección que acrecienta la exclusión social e impacta en el conjunto de la sociedad. Por ello, consideramos imprescindible la búsqueda de mecanismos que garanticen que dichas personas puedan salir de la situación de invisibilidad y «no derechos» como consecuencia del estatus migratorio irregular. En cuanto a las razones fundamentales que justifican una regularización extraordinaria. En primer lugar, el respeto de los derechos fundamentales de cada ser humano. La irregularidad supone una condena a la explotación laboral, la invisibilidad frente a las instituciones, la desprotección legal o la exclusión de facto de servicios públicos esenciales como la educación y la sanidad. En segundo lugar, la pérdida de un gran aporte económico y fiscal para el conjunto de la sociedad. Por un lado, la irregularidad impide a muchos migrantes contribuir dignamente con capacidades que son esenciales para el sostenimiento de la sociedad. Por otro, la economía sumergida limita las contribuciones fiscales de estos trabajadores a los impuestos indirectos de lo que consumen. Una regularización afloraría, rápida y eficazmente, el gran potencial de sus impuestos directos y de las contribuciones de empleados y empleadores al sistema de Seguridad Social. Una estimación reciente de la Universidad Carlos III sugiere que la aportación neta media de los trabajadores regularizados se incrementaría por encima de los 3.250 euros por persona y año. Por último, la existencia de cerca de medio millón de personas fuera del radar de las instituciones y de la planificación de los servicios públicos supone un déficit de gobernanza pública que es urgente corregir. Cada una de estas razones ha multiplicado su relevancia durante los meses de la pandemia, donde las comunidades de migrantes en situación irregular han dado la cara por la sociedad en sectores imprescindibles como el de los cuidados, el reparto a domicilio o la recogida de fruta y verdura. Con ello pagaron un altísimo precio en forma de contagios y muertes. Nuestra sociedad tiene una deuda de gratitud con uno de sus colectivos más vulnerables. La política migratoria no puede permanecer escindida de la realidad socioeconómica del país y de todas las personas que la componen y construyen día a día. La regularización extraordinaria permitirá visibilizar la totalidad de la población migrante que reside en el país, compensar las desigualdades que presentan como punto de partida, y a la vez,

[97] Proposición de Ley 120/000026 Proposición de Ley para una regularización extraordinaria para personas extranjeras en España. Presentada por don Augustin Marie Ndour Ndong y otros.
https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-330-1.PDF
120/000004 Proposición de Ley para una regularización extraordinaria para personas extranjeras en España (corresponde al número de expediente 120/000026 de la XIV Legislatura). El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día de hoy, ha tomado en consideración la Proposición de Ley de iniciativa popular, para una regularización extraordinaria para personas extranjeras en España (corresponde al número de expediente 120/000026 de la XIV Legislatura), publicada en el «BOCG. Congreso de los Diputados», serie B, núm. 11-1, de 8 de septiembre de 2023. Se ordena la publicación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 del Reglamento de la Cámara. Palacio del Congreso de los Diputados, 9 de abril de 2024. —P.D. El Secretario General del Congreso de los Diputados, Fernando Galindo Elola-Olaso. BOCG15 de abril de 2024 TOMA EN CONSIDERACIÓN Núm. 11-2

garantizar los derechos laborales en condiciones de igualdad, reduciendo las situaciones de abuso y explotación. La regularización, por lo demás, permite hacer frente al aumento sesgado de la xenofobia en ciertos sectores de la sociedad y en los partidos políticos de ultraderecha (señaladamente Vox, que ha presentado ya una enmienda a la totalidad bien expresiva de esta ideología contraria a los valores fundamentales del sistema democrático y a las normas de principios constitucionales e internacionales sobre derechos fundamentales[98]).

Como resultado, tenemos que la caracterización formal de esta Ley fue intentar seguir el espíritu progresista e integrador social de la precedente reconociendo la titularidad de un amplio elenco de derechos para el conjunto de inmigrantes, pero inmediatamente después se introdujo la cláusula, o condición, de que para su ejercicio efectivo y disfrute, adquiría condición indispensable el estar en posesión de la correspondiente autorización de trabajo o permiso de residencia, según fuese el caso que se tratase. Por tanto, nos encontramos con que había un eje vertebrador en la atribución y cumplimiento real de los derechos, el cual no estaba basado y fundamentado en la nacionalidad de la persona, sino en la situación administrativa regular del inmigrante.

El carácter y la lógica de esta Ley estuvieron vigentes hasta finales del año 2007, cuando las Sentencias del Tribunal Constitucional 236 y 259/2007 declararon inconstitucional varios artículos de la misma en relación a los derechos sociales fundamentales de los extranjeros y su limitación respecto al ejercicio[99]. Pero tampoco se ha de olvidar en un momento anterior a estos pronunciamientos jurisprudenciales una nueva reforma, con un poco más de transcurso de los años, mediante la Ley Orgánica 14/2003. Esta penúltima reforma no afectó al tema de los derechos y sí al de los visados, residencia, trabajo y al contrato mismo, declarándolo con plena efectividad en lo que toca a sus repercusiones para aquellos trabajadores sin autorización para realizar actividad laboral. Paralelamente, junto a estas leyes se han venido produciendo los reglamentos de desarrollo de las mismas, que si bien no han incidido de forma nítida sobre los derechos, sí han pretendido un fomento de la situación de regularidad de los inmigrantes, una tramitación administrativa ágil -tanto en la general del Estado, como en las autonómicas y locales, instando a la colaboración entre ellas- y una regulación diferenciada del cupo a cubrir de trabajadores extranjeros atendiendo a la situación del mercado de trabajo. Tendencia jurídico-política presente también, incluso con tintes de exhaustividad, en el nuevo y último reglamento de desarrollo del vigente texto legal, de 2011.

Con este marco regulador modificado muy puntual y circunstancialmente a lo largo de los sucesivos años de su vigencia se llegó a la última reforma del año 2009, operada con la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Una reforma que puede incluso calificarse como nueva ley de derechos de los extranjeros e inmigración[100], pues las reformas que introduce a lo largo del articulado legal son bastantes y de considerable importancia, valor y alcance técnico-jurídico para el derecho migratorio y de extranjería y todos aquellos sectores del ordenamiento jurídico a los que afecta. En consecuencia, en unos casos se está ante modificaciones sustanciales y profundas del articulado, en otras ocasiones

98 BOCG serie B núm, 11-4, de 1 de octubre de 2024. https://www.congreso,es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/B/BOCG-15B-11.PDF

99 En general, sobre la doctrina del Tribunal Constitucional con relación a la extranjería e inmigración, vid., Casas Baamonde, M.ª E., "El Tribunal Constitucional ante el fenómeno de la extranjería", en Derecho, inmigración e integración, en VV. AA.: Ministerio de Justicia del Gobierno de España, Madrid, 2008, págs. 483-498. Más particularmente y en relación con los pronunciamientos jurisprudenciales advertidos, un comentario de los mismos en profundidad, así como de sus implicaciones, por Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. A., "Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre, I y II", Revista Relaciones Laborales, números 6 y 7, 2008.

100 Triguero Martínez, L. A., "La nueva reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: notas clave para su comprensión", Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén, 2ª época, núm. 9, 2009, pág. 4

se añade algún artículo nuevo o varios en forma de apartados -*bis*, *ter*, etc- y, por último, se realizan precisiones técnicas y de expresión escrita que no producen cambios relevantes sino más bien aclaratorios.

En cualquier caso, la totalidad de cambios que se han introducido en el articulado de la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la última reforma se pueden dividir en dos grandes grupos en orden a su importancia y calado político, jurídico y social. De este modo, por un lado, se puede hallar y diferenciar claramente varios aspectos y dimensiones concretos a modo de grandes ejes formales y materiales sobre los que se ha fundamentado la reforma -señaladamente, la política de inmigración, la reagrupación familiar y el estatuto de derechos-. Y, por el otro, el restante conjunto de reformas presentes a lo largo del articulado de la Ley Orgánica incidentes en aspectos concretos relacionados con la transversalidad de la realidad social de la inmigración y que también presentan un alcance particular. Es en torno a estos dos grupos de novedades de diferente trascendencia, por su volumen y sentido en el marco de la totalidad, como ha acontecido la última reforma legal.

La consecuencia más inmediata de la misma es su constitución como un paso cualitativo más en la larga senda de reformas de nuestra legislación sobre derechos e integración social de las personas inmigrantes extranjeras en España. En este sentido, no es una reforma cosmética de modelo normativo, porque sirve a tres motivos principales:

Primero. - Como ya se ha apuntado, la exigencia de incorporar a la Ley Orgánica 4/2000, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por lo que se da nueva redacción a la misma para acomodarla a las previsiones constitucionales. En efecto, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre los recursos de inconstitucionalidad presentados contra varios artículos legales. Como ya se ha anotado, especial mención tienen las Sentencias 236 y 259/2007, declarando que la exigencia que la referida Ley imponía a los extranjeros para el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, de que tuvieran residencia legal en España, constituía una restricción injustificada y, en consecuencia, contraria a la Constitución, ya que los derechos fundamentales se atribuyen a todas las personas en su condicionales de tales.

Segundo. -Se han producido aportaciones significativas en el Derecho de la Unión Europea en materia de inmigración y extranjería, las cuales debían ser objeto de incorporación a nuestro ordenamiento jurídico. Le reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009, incorpora a nuestro Derecho interno un amplio conjunto de directivas comunitarias en la materia ya mencionadas en epígrafes anteriores. Aparte de ello, interesa realzar la firma del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, refrendado en el Consejo Europeo de 16 de octubre de 2008 por los 27 países miembros de la Unión Europea, en el cual se establecen como principales objetivos a alcanzar una inmigración legal y ordenada, luchar contra la inmigración ilegal y favorecer la integración social y jurídica de los inmigrantes legales a través de un equilibrio de derechos y deberes. Por otra parte, es importante la ratificación y entrada en vigor en España de las obligaciones dimanantes del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos -Convenio núm.197 del Consejo de Europa-, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

Tercero. -La necesidad de adaptación de nuestro Ordenamiento jurídico a la nueva realidad migratoria que se produce en nuestro país, pues presenta unas características y plantea unos retos diferentes de los que existían en el momento de la aprobación de la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000. Ciertamente, la inmigración es un fenómeno social total, complejo y contingente en su fisonomía. El cambio es un rasgo que le es inherente. El marco normativo tiene que adaptarse innovando sus criterios de regulación. No se puede desconocer que el fenómeno migratorio tiene un gran impacto económico, social y cultural de dimensiones estructurales y no meramente coyunturales.

La reforma por medio de la Ley Orgánica 2/2009 pretende ordenar y canalizar legalmente los flujos migratorios de tal modo que los mismos se ajusten a nuestra capacidad de acogida y a las necesidades reales de nuestro mercado de trabajo.

En todo caso, es de señalar que nuestro modelo legal de protección de las personas inmigrantes extranjeras ha adolecido -al menos hasta el momento- de una programación coherente, encontrándose excesivamente expuesto a variación de factores coyunturales. Es necesario, pues, garantizar una cierta estabilización jurídico-institucional del modelo de regulación de la inmigración, sobre la base de principios y reglas de juego verdaderamente coherentes y con pretensiones de estabilidad, más allá de los necesarios ajustes coyunturales que siempre serán necesarios adoptar. La nueva reforma legislativa parece orientarse hacia ese objetivo más ambicioso de llevar a cabo una reforma estructural y más estable de la cuestión social de la inmigración incidiendo en toda la multiplicidad de sus dimensiones fundamentales.

Una de estas dimensiones básicas es la integración social, en cuanto núcleo básico y esencial del modelo de derecho de la inmigración o inmigratorio antes apuntado. En este sentido, un modelo de auténtica integración social exige la defensa de los derechos humanos fundamentales -civiles, políticos y sociales-. Pero no es suficiente el reconocimiento formal. Se hace necesaria una actitud proactiva de los poderes públicos para propiciar una efectiva y plena integración de las personas inmigrantes en España, favoreciendo la convivencia multicultural y la cohesión social entre los inmigrantes y la población autóctona. Esa política proactiva no incumbe sólo al Gobierno central -a quien le corresponde, según el artículo 149.1. 2ª CE, la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración, sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales; artículo 2 *bis* de la Ley Orgánica 4/2000-, sino también a los Poderes y Administraciones Públicas autonómicas y locales.

Desde estas motivaciones advertidas se origina un nuevo marco legal que muy particularmente tiene como principales destinatarios a los extranjeros inmigrantes que residen en nuestro país de un modo legal, con las correspondientes autorizaciones de trabajo y residencia[101], excluyendo específicamente a los comunitarios salvo en aquellos aspectos que les pudieran ser más beneficiosos. En un plano secundario esta reforma sitúa como destinatarios también a los extranjeros inmigrantes en situación ilegal o irregular, pues tan sólo se ocupa de ellos para garantizarles el acceso a los derechos sociales fundamentales que tienen todas las personas por el hecho de serlo. Ahora bien, con la restricción de que ello no va a constituirse en un obstáculo a la capacidad estatal en la imposición de límites a su permanencia y residencia cuando ésta no sea legal. Se abre así una brecha de tratamiento diferenciado jurídico-legal a unas mismas personas pero con diferente condición administrativa, manteniéndose por tanto el espíritu de las reformas y leyes anteriores.

Sobre estos motivos y destinatarios el poder político trata, ante todo, de poner en marcha una política inmigratoria no sólo dotada de carácter legal como gran novedad de alcance destacado en esta reforma, sino también que garantice los derechos humanos fundamentales pertenecientes a todas las personas según doctrina consolidada ya del Tribunal Constitucional, la construcción de un acceso progresivo a otros derechos de configuración legal a partir de la residencia legal, el perfeccionamiento del sistema de inmigración legal y ordenada con fundamento en las necesidades del mercado de trabajo, el favorecimiento de las oportunidades de integración de los inmigrantes dotando de medios suficientes a las Administraciones encargadas de desarrollar las políticas y el aumento de la eficacia

[101] En relación a éstas tras la última reforma legal, Ruano Albertos, S., "Una nueva reforma sobre la ya reformada Ley de Extranjería. Visión panorámica de las autorizaciones de trabajo", Revista Tribuna Social, núm. 234, 2010, págs. 25-35; Triguero Martínez, L. Á., "Las autorizaciones de trabajo de los extranjeros en España: revisión jurídico-política", Revista Tribuna Social, núm. 239, 2010, págs. 48 y sigs.

de la lucha contra la inmigración irregular, previniendo la llegada de la misma y haciendo más ágiles las repatriaciones.

Del conjunto, se desprenden unos rasgos propios e inherentes a esta nueva regulación legal de la inmigración en España: la integración de los inmigrantes, la canalización legal y ordenada de los flujos y la lucha contra la inmigración irregular son las prioridades de la política inmigratoria, que a su vez se tiene que desarrollar de acuerdo con la política comunitaria de inmigración, cooperando con los terceros países de origen y tránsito de la inmigración y coordinando las actuaciones de las diferentes Administraciones públicas con competencia en la materia; la mejora de las garantías de los derechos fundamentales para todos los extranjeros; la integración social como eje principal de la política inmigratoria; la vinculación de la inmigración que ha de llegar con la situación del mercado de trabajo; y el establecimiento de una totalidad de medidas incrementadoras del control sobre la inmigración irregular y la eficacia de los sistemas de repatriación.

De este modo, encontramos unas motivaciones, intenciones y objetivos justificativos plenamente de la reforma legal con distinto sentido, alcance y defensa en orden a construir un nuevo marco jurídico-legal regulador de la inmigración en España que esté vigente en los años sucesivos con una cierta estabilidad legislativa al respecto. El transcurso de los años, su vigencia, la política jurídica resultante y su adecuación a la realidad inmediata servirán para enjuiciar su idoneidad o no.

Avanzado el Siglo XXI, las políticas jurídicas reguladoras de los flujos migratorios y de los derechos fundamentales no se hallan globalizadas en igual medida que otros órdenes, significativamente el económico. Para avanzar en una dirección contrapuesta a esta realidad y relacionarla con este último orden, se ha de tener presente que los protagonistas de los flujos migratorios son, ante todo, personas a las que no se les puede culpar de su proceso y proyecto migrante, sino más bien se debería de pensar, valorar y ser conscientes del origen de las migraciones y las desigualdades sociales existentes. Éstas son notables entre zonas, regiones y Estados socioeconómicamente cada vez más subdesarrollados -coincide esencialmente con países del Sur-, y zonas, regiones y Estados socioeconómicamente prósperos y desarrollados -coincide esencialmente con países del Norte- que conciben a aquéllas como la mano de obra necesaria para su cada vez mayor desarrollo. En este sentido, se olvida la importancia que tiene para la vida de las personas, sobre todo, los inmigrantes extranjeros, el trabajo, la actividad laboral que desarrollen como medio para alcanzar una vida digna. Una vida que tiene la intención que sea un poco más digna de la que dejaron en sus Estados de origen. Desde esta perspectiva, es desde la que necesariamente sería oportuno que se enfocasen las políticas y legislaciones reguladoras de la extranjería e inmigración, por supuesto que favoreciendo, si se pretende y es la intención, un orden y control en la inmigración, pero con un contenido eminentemente social, nada fragmentador y excluyente. En ello es clave tanto el estatuto protector brindado por la eficaz universalidad de los derechos humanos fundamentales de toda persona, como un trabajo desmercantilizado en régimen de libertad e igualdad (trabajo digno o decente).

En atención a estos postulados, se ha de considerar al trabajo como un potencial y real *elemento de integración*, en cuanto concebido éste como un componente básico para la solidez del grupo humano[102]. Así, se deben de encontrar nuevas vías para tratar de compaginar lo económico con lo social -la inmigración económica-laboral con las dimensiones sociales que posee esta realidad-,

[102] Monereo Pérez, J.L.: "¿Qué sentido jurídico-político tiene la garantía del derecho "al trabajo" en la "sociedad del riesgo"?", en Temas Laborales, núm. 126 (2014), págs. 47-90.; Monereo Pérez, J.L.: "Derecho al trabajo (Artículo 1 de la Carta Social Europea)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa,.), Granada, Comares, 2017, págs. 361-393.; Monereo Pérez, J.L.: "Derecho al trabajo (Artículo 35.1 CE)", en García Murcia, J. (Ed.): La Constitución del Trabajo, Oviedo, Krlk Ediciones, 2020, págs. 483-559; Monereo Pérez, J.L., López Insua, B.M.: "La garantía internacional del derecho a un "trabajo decente"", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 177 (2015).

en cuanto que la economía tiene que servir a los fines que se trazan por la sociedad democrática con la pretensión de poner la racionalidad económica al servicio de una sociedad justa e igualitaria[103]. Debería imperar la circunstancia de que es la mera condición de persona que trabaja -más allá de la situación administrativa- y su lugar de residencia los que determinarían que a ésta le correspondiese un estatus jurídico relativo constituido por el consiguiente conjunto de derechos reconocidos por la denominada constitución del trabajo[104]: derechos individuales, colectivos y de protección social. Es decir, el trabajo se constituiría materialmente en un elemento superador no sólo de la distinción entre extranjero y nacional, sino también entre los primeros en base a las autorizaciones administrativas, con un claro sustento y apoyo tanto en su actividad como en su concepción implicadora de un fenómeno universal[105].

Con estas propuestas, sería necesario afrontar la inmigración desde la óptica de una ciudadanía social inclusiva en el marco del modelo de Estado social de Derecho. Éste, a lo largo de su historia, ha tenido entre sus principios de actuación el reducir y controlar los riesgos, para así proporcionar un mínimo estatuto protector de las clases más desfavorecidas, sin el que probablemente se encontrarían en una inseguridad social. Es entonces cuando el Estado social adquiriría su significación más auténtica y genuina como constructor de un sistema de protección social en los que los derechos sociales de ciudadanía actuarían como derechos de desmercantilización. La clave en ello es, por tanto, la superación de la visión instrumental de la inmigración protegiendo a las personas -más allá del trabajo- con este conjunto de derechos sociales de ciudadanía. Desde aquí, teniendo como referencia este paradigma, las políticas jurídicas reguladoras de la inmigración se asentarían y construirían sobre la base de una ciudadanía social de miembros iguales bajo los principios de solidaridad y justicia social, sin discriminación alguna por la condición administrativa personal en la atribución de derechos ante situaciones y condiciones iguales.

Interesa destacar que en el orden internacional se establece la garantía un conjunto de derechos asociados o anudados al estatuto jurídico protector conferido a inmigrantes económico y a migrantes refugiados que forma un estándar mínimo de civilización jurídico-democrática (Es el caso también de la normativa interna como el art. 13 CE y la normativa de desarrollo de las previsiones constitucionales). Ese estatuto viene integrado por la triada típica de derechos que forman parte de ese estándar internacional. De no ser así las personas migrantes disfrutarían de una "ciudadanía limitada" e prácticamente irreconocible. Para evitar este efecto de déficit democrático de la Unión sería necesario establecer una verdadera constitución social en el Sistema de los Tratados en el marco de proceso de juridificación del Pilar Europeo de los Derechos Sociales. Se trata de un instrumento *sofw law*, pero que ya ha servicio de impulso para actuar en el campo de la política del Derecho Social de la Unión[106]. Es de señalar que en la *Declaración de Oporto del Consejo Europeo/Consejo se la Unión Europea*[107] se reafirma el compromiso de trabajar en pro de una "Europa social".

---

[103] Monereo Pérez, J. L.: "Los renglones torcidos de la política social moderna: los derechos sociales a fin de siglo", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 3ª época, núm. 2 (1999), pág. 247.

[104] Monereo Pérez, J. L.: Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, págs. 156 y sigs.

[105] Baylos Grau, A.: Inmigración y derechos sindicales, Albacete, Bomarzo, 2009, pág. 14.

[106] Monereo Pérez, J.L.: "Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de Seguridad Social", en Lex social: revista de los derechos sociales, Nº. 2 (2018); Monereo Pérez, J. L., Fernández Bernat, J.A.: "El pilar europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social", en Revista La Ley Unión Europea, núm. 49 (2017); Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A.: "La Propuesta de Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsiones como desarrollo "normativo" del Pilar Europeo de los Derechos Sociales", en Revista Nueva Revista de Derecho del Trabajo, núm. 211 (2018).

[107] https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2021/05/08/the-porto-declaration/. Reunión/Cumbre informal de los Jefes de Estado o de Gobierno, celebrada en Oporto, los días 7 y 8 de mayo de 2021.

1º. Se apuesta por una reforma encaminada hacia una recuperación justa, sostenible y resiliente. Una recuperación colectiva, inclusiva, en tiempo oportuno y cohesionada reforzará la competitividad, la resiliencia, la dimensión social y el papel de Europa en la escena mundial (Puntos 1-3). En esta dirección, se indica que el Pilar Europeo de Derechos Sociales es un elemento fundamental de la recuperación a pandemia de COVID-19. Su aplicación reforzará el impulso de la Unión hacia una transición digital, ecológica y justa, y contribuirá a lograr una convergencia social y económica al alza y a hacer frente a los desafíos demográficos. La dimensión social, el diálogo social y la participación activa de los interlocutores sociales han sido el núcleo de una economía social de mercado altamente competitiva. El compromiso con la unidad y la solidaridad también significa garantizar la igualdad de oportunidades para todos y que nadie se quede atrás (Punto 4).

2º. No se altera formalmente los principios de competencia, subsidiariedad y proporcionalidad en la acción comunitaria. En efecto, tal como se establece en la Agenda Estratégica de la UE para 2019-2024, la UE está decidida a seguir profundizando en la aplicación del pilar europeo de derechos sociales a escala nacional y de la UE, teniendo debidamente en cuenta las competencias respectivas y los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. El Plan de Acción presentado por la Comisión el 4 de marzo de 2021 ofrece unas orientaciones útiles para la aplicación del pilar europeo de derechos sociales, también en los ámbitos del empleo, las capacidades, la salud y la protección social (Punto 5). Sin embargo, quizás sería pertinente establecer más facilidades para legislar en materia de derechos sociolaborales.

3º. Se establecen nuevos objetivos principales de la UE en materia de empleo, capacidades y reducción de la pobreza, y el cuadro de indicadores sociales revisado propuesto en el *Plan de Acción*, que contribuirán a supervisar los avances en la aplicación de los principios del pilar social, teniendo en cuenta las diferentes circunstancias nacionales, y como parte del marco de coordinación de políticas en el contexto del Semestre Europeo (Punto 6).

4º. En el plan de acción se distingue entre la prioridad inmediata (la lucha contra la pandemia Covid-119) y la del inicio y desarrollo del proceso de recuperación. Así se considera (Puntos 7-11):

- Que a medida que Europa vaya recuperándose de la pandemia de COVID-19, la prioridad será pasar de la protección a la creación de empleo y mejorar la calidad del empleo, ámbito en el que las pequeñas y medianas empresas (incluidas las empresas sociales) desempeñan un papel esencial. La aplicación de los principios del pilar europeo de derechos sociales será esencial para garantizar la creación de más y mejores puestos de trabajo para todos en el marco de una recuperación inclusiva. A este respecto, deben impulsarse los trabajos legislativos y no legislativos pertinentes a escala de la UE y de los Estados miembros.

- Situar la educación y las capacidades en el centro de nuestra acción política. Las transiciones ecológica y digital aportarán a los ciudadanos europeos enormes oportunidades, pero también muchos retos, que requerirán más inversión en educación, formación profesional, aprendizaje permanente, perfeccionamiento y reconversión profesionales, a fin de estimular las transiciones profesionales hacia sectores en los que existe una creciente demanda de mano de obra. Al mismo tiempo, los cambios relacionados con la digitalización, la inteligencia artificial, el teletrabajo y la economía de plataformas requerirán especial atención con vistas a *reforzar los derechos*, los sistemas de seguridad social y la salud y la seguridad de los trabajadores.

- Reducir las desigualdades, defender unos salarios justos y luchar contra la exclusión social y la pobreza, asumiendo el objetivo de combatir la pobreza infantil y los riesgos de exclusión de grupos

sociales especialmente vulnerables, como los desempleados de larga duración, las personas mayores, las personas con discapacidad y las personas sin hogar.

- Intensificar los esfuerzos para luchar contra la discriminación y trabajaremos activamente para colmar las brechas de género en materia de empleo, salarios y pensiones y para promover la igualdad y la equidad para todas las personas en nuestra sociedad, en consonancia con los principios fundamentales de la Unión Europea y el principio n.º 2 del Pilar europeo de derechos sociales.

- Dar prioridad a las medidas de apoyo a los jóvenes que se han visto muy perjudicados por la crisis de la COVID-19, que ha perturbado profundamente su participación en el mercado laboral, así como sus planes de educación y formación. Los jóvenes representan una fuente indispensable de dinamismo, talento y creatividad para Europa. Debemos asegurarnos de que se conviertan en la fuerza motriz de la recuperación ecológica y digital inclusiva para ayudar a construir la Europa del futuro, aprovechando también todas las posibilidades que ofrece Erasmus+ para impulsar la movilidad a través de Europa de todos los estudiantes y aprendices.

5º. Se subraya la importancia del diálogo social entre los interlocutores sociales a nivel de la Unión y su actuación conjunto. (Punto 13).

6º. Se destaca la importancia de hacer un estrecho seguimiento de los avances logrados, también al más alto nivel, en la aplicación del pilar europeo de derechos sociales y los objetivos principales de la UE para 2030. Para ello se establecen indicadores con los que medir los avances económicos, sociales y medioambientales, que complemente el PIB como medida de bienestar para un crecimiento inclusivo y sostenible. (Punto 12-13).

En la dimensión crítica, y por lo que aquí más interesa, llama poderosamente la atención, que en la Declaración de Oporto -resultante de la cumbre del Consejo Europeo- *no se haga referencia explícita al problema migratorio y a los derechos de las personas migrantes* tanto por razones económicas, como por motivos de persecución política, ideológica o cultural. Es de suponer que esto deberá superarse ya que la Unión Europea debe ser una Europa Social, pero no debe ser una "Europa Fortaleza" que establezca fronteras excluyentes irrazonable y que desatienda su deber de impulsar la cooperación al desarrollo humano y sostenible en los países subdesarrollados o sometidos a catástrofes naturaleza, guerras o situaciones de vulneración de los derechos humanos[108].

[108] Monereo Pérez, J.L.: "Derecho al desarrollo (Artículos 28 DUDH; 1 del PIDESC; Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo y Normas concordantes)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): El Sistema Universal de los Derechos Humanos, Granada, Comares, 2014, págs. 951-983, y bibliografía allí citada. Estas iniciativas en el ámbito específico de la Unión Europea se han venido llevando a cabo desde hace tiempo, pero bajo el predominio de las políticas de control y expulso de los inmigrantes irregulares. En las políticas de integración han gozado de una cierta tradición. Así, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión, de 7 de junio de 2016, sobre "Plan de acción para la integración de los nacionales de terceros países" (COM (2016) 377 final). También el Dictamen del CESE sobre "Los costes de la no inmigración y la no integración", SOC/574, aprobado en el Pleno de 12 de diciembre de 2018. En la lógica integradora garantista, por ejemplo, la Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (modificada en 2011 con la finalidad de extender su ámbito de aplicación también a los refugiados y a otros beneficiarios de protección internacional); la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar. Es harto significativo hacer notar que la OIT enmarca el programa del Trabajo Decente desde un enfoque "holístico e integrado" que comprende, aparte del conjunto de los derechos laborales y de seguridad social, el derecho humano al desarrollo. Véase, paradigmáticamente, la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008, págs. 2.3 y 9 y sigs.
En el otro polo antónimo en términos de facilitación de las "expulsiones", por ejemplo, el Reglamento (UE) 2013/1052, de 22 de octubre, que crea el denominado Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (Eurosur); el Reglamento (UE) 2018/1860, de 28 de noviembre, sobre la utilización del Sistema de Información de Schengen para

Ahora bien, es apreciable que en el polo opuesto a la lógica de la integración a través de los derechos y su materialización mediante acciones de los poderes públicos se encuentra, por un lado, la relativa inefectividad práctica de la normativa relativa tutelar, y por otro, el énfasis de la política europea de control de seguridad de los flujos migratorios, incluidas las migraciones forzadas de toda índole. El actual contexto crítico de migraciones forzosas (pero sin que ello alcance a nada parecido a una "invasión migratoria") exigiría que se abordase la problemática de las personas migrantes desde una perspectiva integral e integradora; es decir, atendiendo la tutela de los derechos humanos fundamentales de las personas migrantes, pero sin desconocer la necesidad de un control racionalizado de los flujos migratorios. En este sentido, el recurso actual a la práctica de externalización de la gestión migratoria es problemática en sí, y señaladamente cuando no parece satisfacer las debidas garantías de respecto a los derechos y libertades y la consideración debida a la dignidad de las personas que se ven obligadas a migrar forzosamente (sea por razones económicas, o sea por razones de persecución política, ideológica o cultural). Y es que estamos en una época de desprecio y menosprecio a esas masas[109] de miles de personas que piden protección por razones económicas, de persecución política e ideológica, por las guerras civiles (a las que a menudo nos son ajenas las intervenciones de las grandes potencias mundiales) y la crisis climática y otros desastres ecológicos y ambientales. Ante esta situación de vulneración de los derechos humanos es necesario reforzar en el Sistema de los Tratados y en la Políticas de la Unión y de los Estados miembros estrategias basadas en el enfoque y garantía de los derechos, sin perjuicio de desarrollar las medidas de políticas de control de fronteras, y evitando la arbitrariedad, como regla, en las fronteras nacionales dentro del espacio interior de la Unión Europea. Solo así se podrá superar el "velo de la ignorancia neoliberal" (que, por cierto, nada tiene que ver con la propuesta del liberalismo sociopolítico progresista de John Rawls, que concibe el "velo de la ignorancia" como modelador de razones apropiadas en la adopción de los principios de justicia)[110], que acaba creando un enigma respecto las motivaciones (discursos) de fondo de las políticas migratorias. En una democracia constitucional la respuesta a las migraciones de todo tipo debe ser coherente con el respeto de los derechos fundamentales de las personas migrantes y, en relación con ello, cumplir con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, incluido el Convenio de Ginebra de 1951[111] y en el Protocolo de Nueva York de 1966[112]. Simone Weil insistía en que hablar de derechos no es suficiente para hacer comunidad, pues hay que hablar también de los deberes hacia el ser humano; deberes que corresponden no sólo a los poderes públicos, sino también los poderes privados y a los propios individuos en relación con los otros[113].

---

el retorno de nacionales de terceros países en situación irregular; o el Reglamento (UE) 2019/592, de 10 de abril, que modifica el Reglamento (UE) 2018/1806, de 14 de noviembre, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, en lo que respeta a la retirada del Reino Unido de la Unión

109 Véase Honneth, A.: La sociedad del menosprecio, trad. y estudio introductorio de B. Herzog y F. Fernández, Madrid, Trotta, 2011; y desde un punto de vista más amplio, Margalit, A.: La sociedad decente, Madrid, Paidós, 1997.

110 Véase Rawls, J.: Teoría de la justicia, México D.F., FCE, 1993; y para la confrontación discursiva con Jürgen Habermas, véase Habermas, J. y Rawls, J.: Debate sobre el liberalismo político, Introducción, "Una disputa de familia: El debate Rawls-Habermas", de Fernando Vallespín, Barcelona, Paidós, 2000.

111 CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43 Serie Tratados de Naciones Unidas, Nº 2545, Vol. 189, p. 137

112 Protocolo sobre el Estado de los Refugiados aprobado el 16 de diciembre de 1966.
https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/protocol-relating-status-refugees
Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967.
https://www.boe.es/boe/dias/1978/10/21/pdfs/A24310-24328.pdf

113 Weil, S.: Raíces del Existir. Preludio de una declaración deberes hacia el ser humano, trad. M.E. Valentié, revisión, edición y estudio preliminar, "Filosofía social y del trabajo y crítica política en Simone Weil" (pp. IX y ss.), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2023, págs. 11 y sigs.

3. BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA DE LA ONU PARA LOS REFUGIADOS: *La protección de los refugiados en el Derecho Internacional. Consultas globales de ACNUR (*Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados) *sobre protección internacional,* Feller, E., Nicholson, F. y Türk, V. (Eds.), Barcelona, Icaria, 2010

Álvarez González, S.: "El derecho de asilo", en VV.AA.: *Tratamiento Jurídico de la Inmigración,* Cabeza Pereiro, J. y Mendoza Navas, N. (Coords.), Albacete, Bomarzo, 2008.

Añon, M.J.: "Integración: una cuestión de derechos", en *Revista Arbor,* núm. 477 (2010).

Baumann, Z.: *Vidas desperdiciadas: la modernidad y sus parias,* Madrid, Paidós, 2005.

Brown, W.: *Estados amurallados, soberanía en declive,* Barcelona, Herder, 2015.

Arendt, H.: *La condición humana* (1958)*,* trad. R. Gil Novales, Introducción de M. Cruz, Barcelona, Paidós, 1993.

Bobbio, N.: *Contribución a la teoría del Derecho,* trad. y estudio preliminar, por A. Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres Editor, 1980.

Bobbio, N.: *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema,1991.

Cairós Barreto, D.M. (Dir.) *et altri*: *Las relaciones colectivas de trabajo en el nivel europeo e internacional. Organización, acción sindical y negociación colectiva,* Cizur Menor (Navarra), Thompson/Aranzadi, 2021.

Camas Roda, F.: *Trabajo decente e inmigrantes en España. Un estudio sobre los derechos laborales de los trabajadores migrantes y del objetivo internacional del trabajo decente*, Barcelona, Huygens, 2016

Cano Linares, M.A.: "Asilo y refugio en la Unión Europea: Agenda Europea de Migración 2015 y retos del Sistema Europeo de Asilo (SECA)", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* núm. 41 (2016), 209-234.

Castelli, N.: *Las migraciones internacionales. Una mirada crítica a la regulación internacional y europea desde la perspectiva laboral,* Albacete, Bomarzo, 2019.

Charro Baena, P.: "El retorno voluntario de extranjeros extracomunitarios: Configuración general y medidas adoptadas en el contexto de crisis económica", en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social,* núm. 105 (2013).

Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías: la ley del más débil,* Madrid, Trotta, 1999.

Ferrajoli, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia,* 2 vols., Madrid, Trotta, 2011.

Ferrajoli, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* Madrid, Trotta, 18ª edición, 2018.

George, S.: "¿Globalización de los derechos?", en VV.AA.: *La globalización de los derechos humanos,* Gibney, M.J. (ed.), Barcelona, Crítica, 2004.

Gortázar Rotaeche, C.J.: *El derecho de asilo y "no rechazo" del refugiado,* Madrid, Dykinson-Universidad Pontificia de Comillas, 1997.

Jimenez Sánchez, C.: "Derecho de asilo", en VV. AA.: *La Europa de los derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2012.

Kahale Carrillo, D.T.: *El derecho de asilo frente a la violencia de género,* Madrid, Ramón Areces, 2010.

De Lucas, J.: *Mediterráneo: El naufragio de Europa,* Valencia, Tirant lo Blach/Humanidades, 2ª ed., 2016.

_____: *Los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento de la inmigración. Sobre las políticas de integración de la Unión Europea*, Bilbao, Eurobask, 2012.

_____: "La UE y el derecho a la vida de los otros", en *Página Abierta,* núm. 238 (2015).

Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías: la ley del más débil,* Madrid, Trotta, 1999.

Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil,* Madrid, Trotta, 2009.

Ferrajoli, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia,* 2 vols., Madrid, Trotta, 2011.

Kahale Carrillo, D. T.: *El nuevo sistema de derecho de asilo y de la protección subsidiaria,* Santiago de Compostela, Andavira Editora, 2017.

Mannheim, K.: *Ideología y utopía*, trad. Eloy Terrón, revisión, edición y estudio preliminar, "La sociología del conocimiento como sociología crítica: Karl Mannheim", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2024.

Mannheim, K.: *Ensayos de sociología de la cultura,* trad. Manuel Sales, revisión, edición y estudio preliminar, "Sociología política y sociología de la cultura en el pensamiento de Karl Mannheim", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2024.

Margalit, A.: *La sociedad decente,* Madrid, Paidós, 1997.

Marín Ais, J.R.: "Condicionantes para el sistema europeo de asilo derivados de la jurisprudencia en materia de Derechos humanos de los tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo: El sistema de Dublín a prueba de bombas", en VV.AA.: *Asilados y refugiados ante el modelo social europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del Derecho,* Monereo Pérez, J.L. y Triguero Martínez, L. (Dirs.), Granada, Comares, 2016.

Martín Arribas, J.J.: *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo,* Madrid, Dykinson/Universidad de Burgos, 2000.

Martín y Pérez De Nanclares, J.: "Comentario al Artículo 18. Derecho de Asilo", en VV.AA.: *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, comentario artículo por artículo,* Mangas Martín, A. (Dir.), Madrid, Fundación BBVA, 2008.

_____: *La inmigración y el asilo en la Unión Europea,* Madrid, Colex, 2002.

Miñarro Yanini, M.: *La dimensión social del derecho de asilo: el estatuto de garantías de integración socio-laboral de los "refugiados",* Albacete, Bomarzo, 2018.

Monereo Pérez, J.L. y Triguero Martínez, L.: "Las personas extranjeras inmigrantes y sus derechos sociales ante las transversales novedades jurídicas nacionales y comunitarias de 2011 y 2012. Sentido y alcance desde el constitucionalismo democrático-social", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 157 (2013).

Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo",* Albacete, Bomarzo, 2009.

_____: *Los fundamentos de la democracia. La teoría Político Jurídica de Hans Kelsen,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.

Monereo Pérez, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría políticas de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015.

_____: "Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras", en Revista *de Derecho Migratorio y Extranjería,* núm. 34 (2013), págs. 11-67.

_____: "Derechos de los extranjeros y crisis económica", en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré,* Cizur Menor (Navarra), Aranzadi/Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo 15/2014, 2014.

_____: "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: Inmigración laboral y refugiados", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* núm. 41 (2016), págs.235-289.

_____: "Derecho a la Seguridad Social", en VV. AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos,* Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2014.

_____: "La "criminalización" de los más débiles: El Estado penal y las políticas migratorias", en Monereo Pérez, J.L: *Espacio de lo político y soberanía internacional. La teoría política de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones djosé e Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, págs. 551-631.

_____: "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* núm. 41 (2016), páginas 235-289.

_____: "Transformaciones del trabajo y futuro del derecho de trabajo en la 'era de la flexibilidad'", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 5, 2016, págs. 444 y sigs.

_____: "Refugiados y derechos humanos: el Estatuto de los refugiados y el asilo como derecho humano", *Revista española de derecho del trabajo,* Nº. 194, 2017, págs. 55-116. https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/Refugiados%20y%20derechos%20humanos%20el%20estatuto%20de%20los%20refugiados%20y%20el%20asilo%20como%20derecho%20humano.pdf

_____: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017.

_____: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019.

_____: "Políticas de inmigración y mercados de trabajo inclusivos", en Porras Ramírez, J.M. (Dir.): *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos,* Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2021, págs. 179-258.

_____: *La sociología crítica de Karl Mannheim en una época de crisis,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2024.

Monereo Pérez, J.L. y González De Patto, R.: "La protección de la dependencia desde una perspectiva de género", en VV. AA: *Género y derechos fundamentales,* Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2010.

Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: "La diligencia debida de las empresas y grupos de sociedades en materia de derechos humanos y medio ambiente: la Directiva (UE) 2024/1760, de 13 de junio", en *La Ley Unión Europea,* núm. 129, 2024.

Monereo Pérez, J.L., Triguero Martínez, L.Á. (Dirs.): *Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del Derecho,* Granada, Comares, 2016.

Nieto Roales-Nieto, C.: *Los derechos fundamentales de los extranjeros en el Constitucionalismo Contemporáneo,* Madrid, Tesis Doctoral Inédita/Universidad Complutense de Madrid, 2015.

Naïr, S.: *La Europa mestiza,* Madrid, Círculo de Lectores/Galaxia Gutenberg, 2013.

Nussbaum, M.: *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión,* Barcelona, Paidós, 2007.

Ojeda Avilés, A.: "Expatriados: concepto, naturaleza jurídica y regulación", en *Trabajo y Derecho,* núm. 1 (2016).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT): *Migración laboral internacional: Un enfoque basado en los derechos,* Ginebra, OIT, 2010 (Disponible en Internet).

Ramos Quintana, M.I.: "La política comunitaria en materia de inmigración: la progresiva consolidación de un modelo selectivo de migración laboral", en VV.AA.: *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea,* Ramos Quintana, M.I. (Coord.), Albacete, Bomarzo, 2011.

Rojo Torrecilla, E. y Camas Roda, F.: "Las reformas en materia de extranjería en el ámbito laboral: consolidación del modelo con reformulación de políticas", en *Revista Temas Laborales,* núm. 104 (2010).

Rojo Torrecilla, E. «Inmigración y mercado de trabajo. La reforma de la normativa española en materia de extranjería». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 7 (2023): 41-66. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/785/913

Salcedo Beltrán, C.: "Crisis de las personas refugiadas y de la COVID-19: dos firmes respuestas del Comité Europeo de Derechos Sociales", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 453* (2020), págs. 155-170.

Salcedo Beltrán, C.: *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.

Sanguineti Raymond, W., y Vivero Serrano, J.B. (Dirs.) *et altri: La dimensión laboral de la diligencia debida en materia de derechos humanos,* Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2023.

Sassen, S.: ¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización, Bellaterra, Barcelona, 2001.

Sassen, S.: *Inmigrantes y ciudadanos. De las migraciones masivas a la Europa fortaleza,* Madrid, Siglo XXI de España editores, 2013.

Todorov, T.: *Memoria del mal, tentación del bien. Indagación sobre el siglo XX,* Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2023.

Triguero Martínez, L.: *Los derechos fundamentales de los trabajadores inmigrantes,* Granada, Comares, 2012.

Vela Díaz, R.: *Empleo, trabajo y protección social de las mujeres extranjeras en España: un enfoque de género de la política migratoria,* Granada, Comares, 2014.

VV.AA.: *Inmigración y mercado de trabajo en la Era de la Globalización,* Rojo Torrecilla, E. (Coord.), Valladolid, Lex Nova, 2006.

VV.AA.: *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea,* Margarita Isabel Ramos Quintana (Coord.), Albacete, Bomarzo, 2010.

VV.AA.: *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000,* Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Triguero Martínez, L. Á. (Coord.), Madrid, La Ley, 2010.

VV.AA.: *La migración y el asilo en el Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración,* núm. 85 (2010).

VV.AA.: *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros,* Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Triguero Martínez, L. y Fernández Avilés, J.A. (Coord.), Granada, Comares, 2010.

VV.AA.: *Inmigración y crisis económica. Retos políticos y de ordenación jurídica,* Fernández Avilés, J.A. y Moreno Vida, M. N. (Coords.), Granada, Comares, 2011.

VV.AA.: *Comentarios a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Monereo Pérez, J.L., Fernández Avilés, J.A. y Triguero Martínez, L.A. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2013.

VV. AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos,* Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2014.

VV. AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2012.

VV.AA.: *Asilados y refugiados ante el modelo social europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del Derecho,* Monereo Pérez, J.L. y Triguero Martínez, L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2016.

Weil, S.: *Raíces del Existir. Preludio de una declaración deberes hacia el ser humano,* trad. M.E. Valentié, revisión, edición y estudio preliminar, "Filosofía social y del trabajo y crítica política en Simone Weil" (pp. IX y ss.), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2023.

Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La garantía de no discriminación por razón de edad en el marco de la protección social adecuada

The guarantee of non-discrimination by age in the context of adequate social protection

Salvador Perán Quesada

IR Grupo PAIDI SEJ-347 "Políticas de Empleo, Igualdad e Inclusión Social"
IP Proyecto Autonómico de I+D+i PPRO-SEJ-347-G-2023 "Medidas de apoyo al empleo de las personas mayores en la negociación colectiva"
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0002-0131-7726

Cita Sugerida: PERÁN QUESADA, S.: «La garantía de no discriminación por razón de edad en el marco de la protección social adecuada». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 117-135.

Resumen

El Derecho Social, con fundamento en los artículos 50, 9.2 y 14 de la Constitución Española, ha configurado un genuino marco normativo dirigido a garantizar el desarrollo, como miembros de pleno derecho de la sociedad, a las personas de edad avanzada. Lo que se traduce en dos mandatos concretos, el derecho a la vida digna y a la autodeterminación personal y la garantía del trato no discriminatorio. El contenido esencial del derecho a no ser discriminado (por razón de edad), exige el necesario juicio de proporcionalidad de la medida impuesta cuando afecte al principio constitucional. En las relaciones de trabajo el pacto colectivo ha utilizado la circunstancia de la edad como fundamento de tratamientos diferenciados, que no siempre pueden justificarse en base a los criterios jurisprudencialmente establecidos. Lo que exige una reflexión sobre la posible existencia de perjuicios sociales e intereses económicos, que afecten al acceso a los bienes sociales relevantes, en especial, al empleo, de las personas de edad avanzada.

Palabras clave

Envejecimiento activo; discriminación por razón de edad; protección social adecuada

Abstract

Social Law, based on articles 50, 9.2 and 14 of the Spanish Constitution, has set up a genuine regulatory framework aimed at guaranteeing the development, as full members of society, of elderly people. Which translates into two specific mandates, the right to a dignified life and personal self-determination and the guarantee of non-discriminatory treatment. The essential content of the right not to be discriminated against (on the basis of age) requires the necessary judgment of proportionality of the measure imposed when it affects the constitutional principle. In employment relationships, the collective agreement has used the circumstance of age as the basis for differentiated treatments, which cannot always be justified based on jurisprudentially established criteria. This requires a reflection on the possible existence of social prejudices and economic interests that affect access to relevant social goods, especially employment, of elderly people.

Keywords

Active aging; age discrimination; adequate social protection

1. EL DERECHO SOCIAL AL ENVEJECIMIENTO ACTIVO

1.1. El derecho social al envejecimiento activo como eje de la protección social adecuada

Decía Borges en *Elogio de la sombra* que *la vejez (tal es el nombre que los otros le dan) puede ser el tiempo de nuestra dicha, (...) es una dulzura, un regreso*. Sin duda, una visión vitalista y positiva, de acercamiento a las cuestiones de la edad avanzada, que, como garantía de derechos ligados a la dignidad de la persona y de protección social, está presente en las legislaciones sociales de todos

los Países desarrollados, bien como reconocimiento expreso de derechos de protección asistencial y económica, como de participación en la vida publica - económica, política, cultural y social -.

Presente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos[1], en los grandes Tratados Internacionales[2], y, en nuestro ámbito, en la Carta Social Europea (revisada)[3] *Toda persona de edad avanzada tiene derecho a protección social (Parte I. Artículo 23)* -, en la Carta los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: *La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural (artículo 25)*, y en nuestra Constitución: *Toda persona de edad avanzada tiene derecho a protección social (artículo 50)*.

Existe, por tanto, un reconocimiento expreso de la necesidad de protección y recursos sociales que requieren las personas mayores, lo que obliga, en consecuencia, a implementar sistemas de protección social eficaces para satisfacerlas. Pero es que, por lo demás, dentro de la formula en la que se enuncian los derechos de protección, procede una interpretación mas amplia, por la que los derechos de las personas mayores no deben circunscribirse exclusivamente a cuestiones relacionadas con la salud y la protección económica, lo que puso de manifiesto la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento Activo[4].

La estructura demográfica mundial está cambiando profundamente, consolidándose una doble tendencia: el incremento de la esperanza de vida[5], y la disminución de la tasa de natalidad. La gestión de sociedades constituidas por ciudadanos de mayor edad nos sitúa ante transcendentales retos de diversa naturaleza y alcance. En el presente, se empiezan a dibujar algunos trazos de lo que serán políticas cada vez más centrales, y entre ellas, con enorme timidez, comienza a surgir la necesidad de crear instrumentos capaces de favorecer un envejecimiento saludable de la población a través de la integración de las personas mayores en la vida social. Integrar la perspectiva del envejecimiento activo significa cambiar el punto de vista de los instrumentos normativos dirigidos a la tercera edad: desde la protección y la dependencia, a la integración y la autonomía. El paso no es menor, la *cobertura integral de la vejez*[6] es un concepto que desborda el mero marco de previsión social de la protección, en tanto que contingencia social, llegando a la necesidad de crear instrumentos eficaces de integración, redes socio-sanitarias, que atiendan los problemas específicos de la salud que se manifiestan en edades avanzadas, así como la necesidad de asegurar su participación y acceso en el conjunto de bienes sociales relevantes y espacios públicos, políticos y sociales.

Estas políticas se ven reforzadas por el reconocimiento de un Estatuto jurídico del mayor en el marco normativo internacional[7], y europeo - Estrategia europea para las personas mayores[8]- en donde

1 Artículo1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Artículo 2: Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1996: Parte II, artículo 2: Los Estados parte se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole

3 Estrasburgo, 3 V, 1996.

4 Hecho en Madrid, 11 y 12 de abril de 2002, en el ámbito de la ONU.

5 Por primera vez en la historia de la humanidad la esperanza de vida planetaria supera los 60 años, OMS (2015) Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud.

6 Maldonado Molina, J.A.: La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación, Tirant lo Blanch, 2002.

7 En este sentido ver: Monereo Pérez, J.L.; Maldonado Molina, J.A.: Envejecimiento activo y vida laboral, Comares, 2019; Monereo Pérez, J.L.; Maldonado Molina, J.A. Derecho de las personas con edad avanzada a la protección social, en Monereo Atienza, C.; Monereo Pérez, J.L., La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa, Comares, pág. 821 y sg, 2017.

8 Comité Económico y Social Europeo, 2023.

se comienza a dibujar un concepto de envejecimiento activo que hace referencia al modo en que la edad incide sobre el acceso a bienes sociales, entendiéndose de un modo amplio, lo que significa su adaptación y participación del corpus social, laboral, económico, cultural o cívico. Desde esta perspectiva, resulta interesante incorporar la perspectiva de la Organización Mundial de la Salud[9], en la que se relaciona el bienestar físico, social y emocional de las personas mayores con su capacidad de participación y de protección de su seguridad y salud. En todo ello subyace la idea de que, favorecer la participación del conjunto de los ciudadanos - potenciando sus capacidades y deseos -, permite acceder a un enriquecimiento social en beneficio de la comunidad.

Por tanto, una sociedad democrática debe perseguir la protección adecuada de las personas que integran la llamada tercera edad, mediante todos los medios y recursos que un Estado de Bienestar ofrece. En este sentido debe entenderse el termino *envejecimiento activo* como impulsor de acciones que favorezcan y potencien el disfrute de los últimos años de vida, tanto en cuanto a garantizar la asistencia sanitaria y social adecuada, como una vida activa y plena. Por lo tanto, cuando se habla de envejecimiento activo, no se hace referencia al esquema diseñado por Ley General de la Seguridad Social[10] en su artículo 214, sino a la configuración más amplia que debe tener este derecho social de carácter emergente.

No obstante, la edad es el factor discriminatorio más común en nuestras sociedades[11], y no es precisamente porque exista un especial perjuicio o rechazo social a las personas mayores, sino porque éste funciona de aglutinador. La peor forma de pobreza en la que se manifiesta a mayor edad, porque interacciona con las circunstancias propias del envejecimiento. Y lo mismo ocurre con el aislamiento social, propio de la edad avanzada y consecuencia principal de la ausencia de actividad profesional y de la perdida del entorno habitual de las relaciones sociales.

En resumen, existen dos formas de enfocar la protección jurídica de las personas mayores, aquella que persigue su protección y cuidado, incluyendo la garantía de la participación plena en la sociedad, y aquella otra que prohíbe el trato discriminatorio. Nuestra Constitución configura ese triple acercamiento: el protector, ante los estados de necesidad, el integrador, como expresión del libre ejercicio de ciudadanía plena, y el garantista ante los actos discriminatorios[12].

En nuestra Constitución, los dos primeros se recogen en los artículos 9.2 y 50 - reglas programáticas cuya virtualidad necesita un desarrollo legal -, mientras que la no discriminación por razón de edad, consagrado en el artículo 14, goza de la protección de los Derechos fundamentales, por lo que su invocación es directa ante los Tribunales de Justicia. Veremos ambas con especial incidencia en la prohibición de discriminación por edad en el ámbito de las relaciones de trabajo.

---

9 La Asamblea General de las Naciones Unidas declaró el periodo 2021-2030 como la Década del Envejecimiento Saludable y pidió a la OMS que se encargara de liderar su puesta en práctica. La Década del Envejecimiento Saludable de las Naciones Unidas es un proyecto de colaboración a escala mundial que pretende aunar los esfuerzos de los gobiernos, la sociedad civil, los organismos internacionales, los profesionales, el mundo académico, los medios de comunicación y el sector privado para llevar a cabo una acción concertada, catalizadora y colaborativa a lo largo de 10 años orientada a promover vidas más largas y saludables.

10 Y sus respectivas reformas vía Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo y Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

11 Según el Observatorio Internacional CEGOS, Diversidad e inclusión en las organizaciones. Los retos relacionados con las habilidades en una transformación cultural, 2023, entre los factores discriminatorios más comunes, la edad es el factor más percibido por los encuestados con un 25%, por delante del estado de salud (19%), el género (18%) o la apariencia física (16%).

12 Perán Quesada, S.: La edad como factor discriminatorio, en Perán Quesada, S.; Vila Tierno, F. (Directores), La protección social de las personas mayores, retos para el S.XXI. Estudio comparado de los países Latinoamericanos y del Sur de Europa, Bomarzo, 2022.

1.2. El marco Constitucional de la protección de las personas de edad avanzada y su integración social

Dentro del Capitulo III de la Constitución: *De los Principios rectores de la política social y económica*, el artículo 50, encomienda a los poderes públicos garantizar *la suficiencia económica de los ciudadanos durante la vejez, lo que implica articular un sistema de pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares,* el promover *su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio*. De este modo, las personas de edad avanzada, para hacer efectivo su derecho al normal desenvolvimiento y acceso a los bienes sociales básicos en una sociedad democrática, deberán disponer o disfrutar de una acción pública eficaz, de naturaleza garantista, igualitaria e integradora. En este sentido puede entenderse que el doble mandato a los poderes públicos, da contenido concreto al mandato genérico del artículo 9.2 CE. - *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*-Lo que sugiere otra idea importante, aunque de modo incipiente, como es la necesaria transversalidad de las políticas sociales, especialmente en el disfrute de los demás derechos contenidos en el marco constitucional, como expresión de un sistema multinivel de justicia social[13].

Pero, como bien se sabe, los derechos sociales que garantiza el Titulo III CE no tienen la misma transcendencia que los derechos civiles y políticos que recoge el Titulo I, quedando fuera del circulo privilegiado de las garantías constitucionales recogidas en el artículo 53, 1 y 2 CE, y, en consecuencia, se limita su efectividad - el carácter vinculante y su alegación directa ante los Tribunales de Justicia - *a lo que dispongan las leyes que lo desarrollan* (artículo 53.3 CE). Así lo reconoció el Tribunal Constitucional: *las normas que contienen derechos sociales o de prestación…únicamente cobraran peso especifico autónomo en la medida en que su contenido se lleve a la practica en aplicación o desarrollo del postulado de Estado social…*STC 215/1994.

Sin embargo, ello no significa la arbitrariedad legal en el desarrollo de los mismos. Como puso de manifiesto Vida Soria, *los principios rectores* son algo mas que meras formulas programáticas, son principios claramente configurados que vinculan al legislador en la regulación legal o reglamentaria posterior, aunque no puedan ser directamente invocados ante los Tribunales de Justicia mas que a través de las normas legales que los contemplan. Es decir, existe una autentica *garantía institucional* como factor de protección de una determinada institución social. Incluso desde la perspectiva de derechos a prestaciones económicas *el reconocimiento constitucional supone la limitación al Estado en orden a dictar disposiciones que supriman ese derecho, lo hagan inútil o ineficaz* como sería, sencillamente, suspender el pago de las prestaciones públicas a fin de reducir el déficit público[14].

Por lo demás, el artículo 10.2 CE obliga a la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades constitucionales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Estado Español. Regla hermenéutica que también vincula en este caso, aunque los derechos a interpretar sean derechos sociales no incluidos entre los fundamentales. Ello supone, además de un estándar de interpretación, la garantía de que el alcance que se les dé a los mismos por normas positivas o por resoluciones judiciales, no podrá contradecir o limitar el alcance

[13] Castro Medina, R.: Las personas mayores en el contexto de las políticas socio-laborales. La importancia de un cambio de paradigma, Atelier, 2023, pág. 31.

[14] Vida Soria, J.: Articulo 41 Seguridad Social, en Dir. Alzaga Villamil, O. (Director) Comentarios a la Constitución, Edersa, 1984, pág. 83.

previsto para estos derechos en las normas Internacionales ratificadas por España. En consecuencia, el deber que recae sobre los poderes públicos se corresponde con un derecho del ciudadano que va mas allá del desarrollo de una norma de carácter programático[15].

Se refuerza, de esta forma la dimensión integral del concepto de ciudadanía de las personas mayores[16], lo que hace necesario la conexión entre las medidas contenidas en el artículo 50 CE con el ejercicio efectivo de los demás derechos con relevancia constitucional. En este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional entiende que el mandato a los poderes públicos contenido en la norma constitucional refuerza la idea de que la protección a las personas mayores, debe estar unida a la promoción de la igualdad real y efectiva[17]. En este sentido ya la doctrina del Tribunal Constitucional descartó, desde sus primeras Resoluciones. la existencia de un principio de irregresividad en la protección social de la tercera edad[18]. Lo que, aplicado a la cuantía de las pensiones, supone el mantenimiento de las mismas en su cuantía prevista inicialmente. Por tanto y, en definitiva, lo que se garantiza no es *un derecho subjetivo a cuantía determinada*[19], sino a cuantía suficiente que permita una vida digna.

2. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA COMO GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y NO DISCRIMINACIÓN

2.1. La prohibición de discriminación por razón de edad en el las normas Internacionales

La normativa internacional incorpora el enfoque del tratamiento de la edad bajo la perspectiva de los Derechos Humanos, al entender que la protección de las personas mayores refuerza la garantía a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación. En este sentido, el articulo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), establece que los Estados firmantes se comprometen a *garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian sin discriminación alguna por cuestión de… edad…* Al mismo tiempo que establece la obligación de reconocer el derecho de toda persona a la Seguridad Social e, incluso, al seguro social (articulo 9).

En cuanto a la normativa de la OIT, en principio parece criticable que tanto el Convenio como la Recomendación sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (número 111) OIT, 1958, no incluya la edad entre las causas de discriminación que particularmente enumera. Si bien, desde un punto de vista jurídico la tacha puede ser menor al entender la edad incluida en la cláusula abierta que establece. Pero, en conjunto, no deja de ser llamativo el escaso peso específico que la edad ha tenido en el marco de la normativa de la OIT. De hecho, en su acervo jurídico, solo contamos con un texto especializado de naturaleza jurídica menor, como es la Recomendación número 162 sobre los trabajadores de edad, de 1980.

No obstante, la edad, como criterio, tiene un fuerte carácter transversal, con lo que aparece recogida en diferentes normas, como el Convenio (128) sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 1967; o las Recomendaciones: (122) sobre la política del empleo de 1964; y (150)

---

15 Quesada Segura, R.: Derechos fundamentales inespecíficos y Seguridad Social, XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, 2014 / Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, págs. 135,136.

16 STC 269/1994.

17 STC 189/1987.

18 Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.: El derecho a la protección de las personas de la tercera edad, en Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, Mª. N. (Directores) Comentario a la Constitución Socio-Económica de España, Comares, 2002, pág. 1807.

19 STC 97/1990.

sobre el desarrollo de los recursos humanos, de 1975; o como, finalmente, en la Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras de1975.

En cuanto a la Recomendación OIT 162, la mas importante en esta materia, prohíbe cualquier tipo de discriminación - en el acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación, en el acceso a un empleo de su elección, tanto en el sector público como en el privado; en la reserva de los casos en donde, excepcionalmente, se hayan fijado límites de edad debido a las condiciones del trabajo a desarrollar; en los medios de formación profesional, en el derecho a la licencia pagada de estudios; a la promoción y a una justa distribución de tareas; a la seguridad en el empleo; a la remuneración por un trabajo de igual valor; a las medidas de Seguridad Social y a las prestaciones sociales; así como todas las medidas previstas de carácter asistencial- con carácter general y amplio. Y, respecto a medidas especificas para el colectivo de trabajadores mayores, se establecen reglas de prevención de riesgos laborales especializadas en términos de seguridad, así como de evitación del deterioro del proceso normal de envejecimiento - entre estas: la adaptación del puesto de trabajo, la adaptación del horario de trabajo, en especial los horarios que entrañen exigencias y ritmos excesivos, junto a medidas de vigilancia sistemática del estado de salud de los trabajadores [20]- Contiene también referencias al retiro activo a través de diferentes medidas como el favorecimiento del empleo en la época anterior a la jubilación, la flexibilidad en la jubilación, el favorecimiento de la continuidad de la actividad profesional, especialmente a tiempo parcial, y la propuesta de elaboración de Planes dirigidos a un envejecimiento sano - exámenes médicos ordinarios, ejercicio físico y régimen alimenticio o, facilidades para la educación de adultos- .

2.2. La prohibición de discriminación por razón de edad en el marco europeo y español

El articulo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe todo tipo de discriminación y, aunque no exista una mención expresa de la edad como causa de discriminación, se entiende comprendida en la clausula abierta que establece -*o de cualquier otro tipo*-[21].

Pero, sin duda, es la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la que contiene la regulación de la Unión Europea más extensa sobre el tema. Como se dice en su articulo 1, *La presente Directiva tiene como objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación.* Importante, igualmente en cuanto establece los conceptos de discriminación directa - *cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1-*. Y de discriminación indirecta - *cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas,*

[20] En cuanto a las reglas sobre tiempo de trabajo, la Recomendación 162 que propone la necesidad de reducir la duración normal de la jornada de trabajo en ocupaciones penosas, peligrosas o insalubres, así como fomentar la reducción progresiva de la duración del trabajo de todos los trabajadores de edad que así lo solicitaren, durante un período prescrito anterior a la fecha en que los interesados alcancen la edad normal de admisión a las prestaciones de vejez. Igualmente, incrementar las vacaciones anuales pagadas en función de la antigüedad o de la edad; permitir que los trabajadores de edad organicen a su propia conveniencia el tiempo de trabajo y el tiempo libre, en particular facilitándoles empleo a tiempo parcial y previendo horarios flexibles; o facilitar la asignación de los trabajadores de edad a empleos de horario normal diurno, tras cierto número de años de actividad en un sistema de trabajo por turnos en régimen continuo o semicontinuo. Medidas que deben ser acompañadas de sistemas de remuneración que tengan en cuenta no sólo la rapidez de ejecución, sino también los conocimientos prácticos y la experiencia.

[21] Articulo 21: Se prohíbe toda discriminación y en especial la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesario -. Así como el de la carga de la prueba - *corresponde a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta -*.

En nuestra Constitución el artículo 14 establece un concepto dual del principio de igualdad, bajo el entendimiento que, aunque la igualdad y la no discriminación son principios íntimamente relacionados, no son iguales. De este modo, consagra, por una parte, el principio general de igualdad ante la ley, configurado como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo[22]. Concepto que ha completado la doctrina del Tribunal Constitucional al entender que los supuestos de hecho iguales deberán ser tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, de suerte que, para introducir diferencias entre ellos, tiene que existir una justificación suficiente, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas. Se reconoce de esta forma, una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE[23]. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha venido declarando la inconstitucionalidad de los tratamientos diferenciados en los que operan, como factores determinantes, los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, esto es, opera como una protección absoluta ante aquellos tratos diferenciados que tengan como origen alguna de las razones incluidas en el artículo 14 CE[24].

La heterogeneidad del principio de igualdad se completa con la necesaria acción pública dirigida a permitir a todos los individuos y grupos sociales su participación plena en la vida pública, lo que viene a garantizar el artículo 9.2 CE cuando impone a los Poderes Públicos el deber de adoptar medidas específicas que garanticen la igualdad de oportunidades para aquellos grupos que de entrada se sitúan en especial desventaja. *Así, el principio constitucional de igualdad va unido a la finalidad de alcanzar la igualdad efectiva, lo que supone un planteamiento mucho más positivo, ya que en lugar de garantizar la igualdad en el punto de partida, ahora se incide fundamentalmente en garantizar la igualdad en los resultados, siendo exigible en todo caso la presencia de la razonabilidad y la objetividad como criterios que condicionan las de medidas de preferencia a favor de un colectivo determinado, a fin de evitar que las acciones positivas pasen a convertirse en una nueva vía de creación de desigualdades peyorativas en perjuicio de otro colectivo.*

De este modo, las acciones positivas no se caracterizan por el tipo de medidas, sino por su objetivo final de remover los obstáculos que de hecho impiden la realización de la igualdad efectiva. En este sentido, el concepto de acción positiva escapa a definiciones concretas ya que, precisamente, su inevitable diversidad impide su individualización como no sea a través de su identificación en razón de la función que cumplen. Esta indeterminación topológica de las acciones positivas permite reflexionar sobre su naturaleza y en tal sentido atribuirles o bien el significado más simple de medidas dirigidas a la eliminación de la desigualdad por razón de discapacidad, o bien el más completo y controvertido significado de medidas dirigidas a la revaloración de la diversidad social.

22 STC 200/2001.
23 SSTC 128/1987.
24 STC 214/2006.

Y, por otra parte, el artículo 14 CE contiene de prohibición de discriminación por una serie de motivos que a continuación la propia norma enumera, finalizando con el establecimiento de una cláusula abierta con la finalidad de que incluya cualquier otro motivo discriminatorio[25]. Por lo que se refiere en concreto a la edad como factor de discriminación, el Tribunal Constitucional ha entendido que se encuadra en la fórmula abierta con la que se cierra la regla de prohibición de discriminación[26], si bien no se halle nominativamente presente en dicho precepto. En consecuencia, cuando una medida se entiende que produce una discriminación basada en la edad, su justificación requerirá, en todo caso, la aplicación de los criterios que la jurisprudencia constitucional ha creado para discernir en que supuestos un tratamiento diferenciado es posible - identificando si la diferenciación de trato queda sustentada en criterios objetivos y razonables, según juicios de valor generalmente aceptados, y si las consecuencias jurídicas que se derivan de ella son proporcionadas a la finalidad perseguida[27] - o, por el contrario, debe repudiarse por considerarse arbitraria o carente de una justificación suficiente[28].

Como es sabido, la aplicación de estos criterios no siempre resulta pacífica, ya que el juicio de valor requiere una interpretación de situaciones subjetivas - en la medida que se introduzca directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas[29] -; o, no fácilmente homogéneas o equiparables[30], y, por tanto, susceptibles de evitar que la comparación resulte arbitraria[31]. como premisa previa para el juicio valorativo de la licitud constitucional de la diferencia contenida en la norma[32].

Ello supone un debate heterogéneo, que conviene centrar en un elemento concreto: la edad como factor para la extinción del contrato de trabajo, en un doble sentido, como criterio para la selección de trabajadores en el supuesto de un despido colectivo, o como obligación del cese por imposición de la jubilación obligatoria. Lo que lleva una doble valoración desde el principio constitucional: la inadmisibilidad del cese de un trabajador por el hecho exclusivo de la edad[33], y la imposible presunción de incapacidad por el hecho de alcanzar la edad de jubilación, ya que esta edad no puede determinar, por si misma, el cese automático de la actividad[34].

3. CUESTIONES CRÍTICAS SOBRE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD

3.1. La extinción forzosa de los contratos de trabajo por razón de edad

Desde sus inicios, el Tribunal Constitucional ha entendido como contrario al principio de no discriminación, la posibilidad de establecer como condición *única* para la extinción de un contrato de trabajo, el hecho de alcanzar una edad determinada. De este modo, declaró la inconstitucionalidad de la jubilación forzosa impuesta normativamente, lo que excluiría del acceso al trabajo - en todos los casos - a los trabajadores que alcanzasen la edad establecida, y esto en base a que, el sacrificio personal y económico impuesto a determinados trabajadores por razón exclusiva de su edad, sólo

25 STC 75/1983.
26 STC 190/2005.
27 Juicio de proporcionalidad que integra tres elementos valorativos diferentes, la medida que se juzga debe facilitar el fin - juicio de idoneidad -; debe ser lo menos lesiva posible - juicio de indispensabilidad -; y no deben existir otros medios alternativos - juicio de necesidad -. En conjunto, el juicio de proporcionalidad viene a determinar que la medida debatida produce más beneficios al interés general que perjuicios a otros valores jurídicos ponderados.
28 STC 66/2015.
29 STC 181/2000.
30 STC 148/1986.
31 STC 1/2001.
32 STC 200/2001.
33 STC 58/1985.
34 Aparicio Tovar, J.; Olmo Gascón, A.M.: La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo, Bomarzo, 2007, pags 172 y sg.

puede ser legítimo si se ve compensado, de forma efectiva, de modo que no suponga una lesión desproporcionada en relación con los fines que persigue la medida adoptada[35].

Este razonamiento no impidió la existencia de convenios colectivos con clausulas que imponían la jubilación obligatoria[36], al amparo de la Disposición adicional quinta del ya derogado Estatuto de los Trabajadores aprobado en el año 1980, regla que pronto se modificó, estableciendo, primero su prohibición y, mas adelante, la posibilidad de que la clausula del convenio colectivo pudiese imponer la jubilación obligatoria siempre que el trabajador afectado hubiera cumplido los requisitos de cotización necesarios y estuviera condicionada a una nueva contratación sustitutoria del puesto de trabajo ocupado por el trabajador cesante. En la actualidad la Disposición Adicional decima ET mantiene la doble obligación de carencia del periodo de cotización para tener derecho a la pensión ordinaria de jubilación en la modalidad contributiva y contratación indefinida y a tiempo completo de un nuevo trabajador[37].

En igual sentido, y con criterio *flexibilizador*[38] , la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, permite la posibilidad de que las normas nacionales puedan establecer diferencias de trato, si están justificadas, como sería a través de políticas de empleo[39], y siempre que, los medios para lograr este objetivo sean los adecuados y necesarios.

De forma coherente, el TJUE ha entendido que el fijar una edad máxima de permanencia en el trabajo no contradice el principio de no discriminación por edad siempre que, con la misma, se asegure la finalidad perseguida por las políticas de empleo - *en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, sin que ello supusiese, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo*[40] -. En consecuencia, es posible la extinción automática del contrato de trabajo cuando el trabajador cumpla las condiciones para tener derecho a la prestación por jubilación *si está justificada objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios*[41].

---

35 STC 22/1981; STC 58/1985.

36 Perán Quesada, S. El nuevo régimen jurídico de la jubilación forzosa, Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia Volumen:27, 2022.

37 Disposición Adicional Decima, ET. En aras de favorecer la prolongación de la vida laboral, los convenios colectivos podrán establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por el trabajador de una edad igual o superior a 68 años, siempre que cumplan los siguientes requisitos: a) La persona trabajadora afectada por la extinción del contrato de trabajo deberá reunir los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al cien por ciento de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva; b) La medida deberá vincularse, como objetivo coherente de política de empleo expresado en el convenio colectivo, al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora.

38 Aparicio Tovar, J., Olmo Gascón, A.M.: La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo, Bomarzo, 2007, pag. 63.

39 Artículo 6:1. No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios.

40 STJUE 28 de febrero de 2018, Hubertus John contra Freie Hansestadt Bremen, Asunto C-46/17.

41 STJUE 16 de octubre de 2007, Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios SA, Asunto C-411/05.

Muestra, de esta forma, el TJUE una importante laxitud a la hora de determinar las políticas sociales capaces de legitimar el trato diferenciado[42]. En todo caso, de su jurisprudencia se desprende también la utilización de criterios que limiten o impidan la discriminación injustificable. Así la posibilidad de justificar fórmulas de jubilación forzosa en base a una política de empleo, *sólo (se admitirán) cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás*[43]; respondan a un *objetivo legítimo de política de empleo y del mercado laboral*[44]; y siempre que, dicho mecanismo de exclusión del trabajador veterano, *se pacte libremente por acuerdo entre trabajador y empresario o negociación colectiva y cumpla con los requisitos del juicio de proporcionalidad*[45]; debiendo, *el trabajador cesante, haber completado los períodos de carencia para la jubilación*[46].

3.2. La edad como criterio para la selección de trabajadores afectados por despido colectivo

La expulsión de trabajadores veteranos del mercado de trabajo constituye una singular forma de discriminación estructural[47], cuando, por lo demás, se trata de un colectivo con especiales dificultades para incorporarse de nuevo en el mercado de trabajo.

Si bien el Tribunal Constitucional, en base al artículo 14 CE prohíbe el trato discriminatorio a los trabajadores de mayor edad en las relaciones de trabajo, particularmente el despido o la extinción por causas objetivas, cabe que la edad pueda conjugarse con otros fines legítimos para fundamentar tratamientos diferenciados, superando los respectivos juicios de justificación y proporcionalidad. Lo que nos lleva a analizar la edad como criterio legítimo para la selección de trabajadores afectados por despido colectivo y su posible colisión con el artículo 14 CE.

El debate, sin embargo, parece cerrado desde un punto de vista judicial[48]. Así, por una parte, el Tribunal Supremo ha entendido que *será razonable que los trabajadores afectados por las medidas de ajuste de plantilla sean aquellos que se encuentran más próximos a la edad de jubilación y, consiguientemente, con unas expectativas laborales muy cortas, sin que ello comporte la lesión del art. 14 CE*[49]. Mientras que, por otra, el Tribunal Constitucional ha determinado *que la existencia de medidas efectivas llamadas a minimizar el perjuicio ocasionado al trabajador próximo a la edad de jubilación hace que el criterio de la edad resulte proporcionado, lo que nos conduce a concluir que la utilización de dicho criterio no vulneró el art. 14 CE al no constituir una discriminación por razón de edad*[50].

En todo caso, debemos reflexionar sobre los elementos que caracterizan y tensionan dicho debate. Por una parte, en base a la doctrina constitucional, se entiende que el criterio del ahorro económico para la empresa de posibles costes futuros no podrá ser un criterio legítimo suficiente de selección de trabajadores sometidos a despidos colectivos, ya que no guarda proporción con el perjuicio que la situación de desempleo supone para los trabajadores afectados. De este modo, la mera racionalidad económica no podrá contraponerse a la legítima expectativa de mantener el empleo de estos trabajadores, derivada del derecho al trabajo, que se intensifica de forma directa

42 Ballester Pastor, Mª.A.: La trasposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español, Tirant Lo Blanch, 2010.

43 STJUE 13 de septiembre de 2011, Reinhard Prigge y otros contra Deutsche Lufthansa AG.,Asunto C-447/09.

44 STJUE 19 de julio de 2017, Abercrombie & Fitch Italia Srl contra Antonino Bordonaro, Asunto C-143/16.

45 Monereo Pérez, J.L.; Ortega Lozano, P.: Prohibición de discriminación, Temas Laborales, 2018, nº 145, pág. 341.

46 STC 22/1981.

47 Crespo Garrido, Mª.; Moretón Sanz, Mª.F.: Discriminación por razón de edad y sexo. Retos pendientes del Estado Social, colex, 2010.

48 Incluso, en palabras del Tribunal Supremo, constituye una práctica consolidada - STS de 9 marzo de 2011.

49 STS de 9 de marzo de 2011.

50 STC 66/2015.

por el grave problema social que implica el desempleo desde un punto de vista económico, pero también subjetivo, social o emocional. Y, por otra parte, la justificación objetiva de esta medida no va a poder sedimentarse en alguna suerte de impedimento de los trabajadores de 55 años para continuar trabajando con normalidad, especialmente dado su especial valor en experiencia profesional.

No cabe duda del beneficio económico e incluso, en casos, de desactivación social y sindical, que para la empresa pueda significar la selección estratégica de los trabajadores de mayor edad en los procesos de extinciones colectivas de contratos de trabajo[51]. Las razones económicas son obvias: estos trabajadores han podido generar o adquirir mayores derechos en el transcurso del tiempo, y cuentan con un mayor blindaje frente al despido sin causa, dada la mayor indemnización en su caso, pero, además, han podido construir un mayor entramado social en la empresa o participar en actividades sindicales, con mayor intensidad que los jóvenes que entren a sustituirles.

Pero si bien el Tribunal Constitucional señala que una selección de trabajadores realizada exclusivamente en atención a dichos costes entrañaría un sacrificio desproporcionado que no podría considerarse objetiva y razonablemente justificado, y que, por tanto, no cabría anteponer la racionalidad económica para avalar extinciones basadas exclusivamente en la edad, no debe olvidarse que dicha lógica económica impulsa, de modo importante, estas extinciones. Incluso si se entendiera, como objetivo de dicha medida racionalizadora, el de mantener una estructura de la plantilla estable a largo plazo, este argumento resultaría igualmente dudoso, ya que tampoco debe considerarse el mayor beneficio *per se* en el mantenimiento del empleo a largo plazo, ya que, la entrada a una empresa de nuevos trabajadores mas jóvenes no determina necesariamente una mayor expectativa de permanencia, dada la gran movilidad y precarización que caracteriza nuestro mercado de trabajo. Racionalidad económica como factor justificante para despidos de trabajadores por razón de edad inadmisible frente al principio antidiscriminatorio, sin olvidar los costes sociales que ello supone como consecuencia de la general cronificación del desempleo de este colectivo.

Si bien la jurisprudencia descarta el factor de racionalidad económica como causa de despido, sin embargo, admite el uso del criterio de la edad para la selección de trabajadores sometidos a un despido colectivo. En este caso, lo considera posible y por tanto, sin tacha de discriminación, entendiendo que supera el juicio de idoneidad, proporcionalidad y justificación objetiva, en base al menor perjuicio que les afecta en relación a otros trabajadores de menor edad, al poder disponer de mayor ayudas sociales. En este sentido, aún con condiciones, entiende el Tribunal Constitucional que la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo, en función del menor daño o perjuicio que la situación de desempleo conlleva para determinados sectores de edad, sólo puede considerarse legítima y proporcionada, si va acompañada de medidas efectivas que atenúen los efectos negativos generados por la situación de desempleo. Sin que en ningún caso pueda considerarse justificación suficiente del despido la mera proximidad de la edad de jubilación.

Sin lugar a dudas, esta circunstancia constituye el nudo gordiano de esta cuestión. Sin embargo, ya el Tribunal Constitucional en Sentencia 66/2015, consideró que la selección de trabajadores en función de su edad próxima a la jubilación será legítima en base a los mecanismos específicos de protección que se adopten en favor de estos trabajadores, debiendo ser *efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados*.

De forma singular se refiere, por una parte, a la obligación establecida en el artículo 51.9 ET de abonar la empresa las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial en favor de los trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieren la condición de mutualistas

[51] Viquira Pérez, C.: La extinción del contrato de trabajo de los trabajadores maduros, en Cabeza Pereiro, J., Cardona Rubert, B. (Coordinadores), edad, discriminación y derechos, Aranzadi, 2019, pag. 279 y 282.

el 1 de enero de 1967 afectados por despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal, lo que permite al trabajador generar el derecho a las prestaciones de Seguridad Social aunque no esté trabajando. Y, por otra, a la combinación de prestaciones contributivas de desempleo y subsidios extraordinarios de desempleo de trabajadores mayores de 52 años, que permite el cobro de prestaciones asistenciales, hasta cumplir la edad para acceder a la pensión de jubilación - siempre que el trabajador carezca de rentas superiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional y que la renta media de su unidad familiar no supere tampoco esa cantidad-. Además, y en este mismo sentido, incluye la Sentencia los llamados contratos de prejubilación, que puedan ser negociados específicamente en el proceso de despido colectivo y que determinan mejoras voluntarias a cargo de la empresa, de la prestación por desempleo o el subsiguiente subsidio extraordinario por desempleo.

En resumen, el criterio de la edad, de forma específica y general, esto es afectando al conjunto de los trabajadores de mayor edad, será legítimo en función de las medidas compensatorias que se hayan adoptado para minimizar los efectos negativos que para el trabajador mayor de 55 años tiene la pérdida del empleo. Lo que de forma similar ya había suscrito con anterioridad el TJUE en Sentencia de 16 de octubre de 2007 (Asunto C- 411/05) al entender que quedará suficientemente atenuado el sacrificio del trabajador si se asegura su acceso a la pensión de jubilación, - incluso - aunque la misma no pueda ser completa o sea inferior a la que habría podido percibir de haber continuado en activo[52].

3.3. La edad como criterio para indemnizaciones diferenciadas en los despidos colectivos

La doctrina referida anteriormente, puede tener una peligrosa extensión a supuestos de naturaleza diferente, por mucho que las Salas competentes estimen lo contrario. Entender que la fórmula genérica de la existencia de medidas compensatorias puede ser valida como criterio justificador de otras medidas adoptadas en supuestos de despidos colectivos que, igualmente, suponen un trato peyorativo para los trabajadores de mayor edad, es una tendencia peligrosa que debe ser profundamente revisada.

El Tribunal Supremo, en STS 337/2023 de 23 de febrero, analizando el posible carácter discriminatorio de un pacto alcanzado entre la empresa y la representación de los trabajadores sobre las medidas sociales y económicas que acompañan un despido colectivo por causas económicas, justifica el desigual trato entre grupos de trabajadores afectados por el despido en función de la edad, al considerar que dicho pacto es fruto de la negociación colectiva. Como dice la Sala, el acuerdo *ha sido adoptado por quienes se encuentran legitimados para ello, sin que desde esa perspectiva puramente formal haya tacha alguna de ilegalidad.* Sin embargo, la existencia de un acuerdo colectivo no es justificación suficiente para avalar la legitimidad del acuerdo. La negociación colectiva puede contener medidas discriminatorias - como, en este caso, introducir un trato diferenciado y peyorativo entre grupos de trabajadores en razón de la edad - lo que por si mismo nunca puede suponer la validez del pacto sino, todo lo contrario, el Tribunal debería haber anulado el mismo por contener una discriminación prohibida.

En cuanto al acuerdo en si, el pacto establece un doble sistema de indemnización: en principio fija una indemnización general superior a la prevista legalmente de 20 días por año de servicio. Y a continuación distingue:

Para los menores de 60 años la indemnización será la correspondiente al despido improcedente, más una cantidad adicional de 14.500 euros cuando el salario sea inferior a 50.000 euros brutos

[52] STJUE 16 de octubre de 2007, Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios SA, Asunto C-411/05 - López Cumbre, L.: La discriminación por razón de edad en la jubilación forzosa: el caso Palacio de la Villa, Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2013, nº 102.

anuales, de 10.500 euros si es superior a esa cifra e inferior a 100.000 euros, y de 6.500 euros si no supera los 150.000 euros, quedando sin indemnización los que perciben salarios que exceden de esta última cantidad.

Para los trabajadores cuya edad sea igual o superior a 60 años, se acuerda una indemnización en la cantidad "equivalente al resultado de multiplicar el 75% de la retribución mensual neta percibida por el trabajador en el mes de enero de 2016, menos la cantidad neta mensual que perciba el trabajador de la prestación por desempleo, por el número de meses que haya desde el mes que se haya producido el despido del trabajador hasta el día anterior al que cumpla la edad ordinaria de jubilación según la legislación vigente sus circunstancias particulares.

En realidad, se establecen dos fórmulas extintivas radicalmente diferenciadas. En el primer supuesto nos hallamos ante una extinción con una indemnización reforzada, en el segundo ante la clásica fórmula de un acuerdo de prejubilación, donde la empresa asegura un porcentaje de ingresos descontando las prestaciones por desempleo a las que el trabajador pueda tener derecho, y generalmente acompañado de la firma del correspondiente convenio especial de Seguridad Social. La cuestión, por tanto, que debe resolverse es sí establecer la edad como criterio para indemnizaciones diferenciadas infringe o no el principio de no discriminación.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, la edad es una causa de discriminación prohibida, en cuanto incluida en la fórmula abierta con la que se cierra la regla del artículo 14 CE[53], lo que implica que, su vulneración, sólo se puede admitir cuando se cumplen las exigencias de justificación y proporcionalidad[54].

En consecuencia, la edad, como causa de un tratamiento diferenciado entre los trabajadores, puede ser *un criterio adecuado y proporcionado siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados, de acuerdo con lo exigido por la propia legislación laboral*[55]. Sin embargo, esta consideración puede desvirtuar el necesario juicio de razonabilidad, justificación y proporcionalidad exigibles, al establecer una fórmula genérica por la cual el criterio de la edad sería legitimo cuando su utilización sirviese como fórmula para minimizar daños[56].

Criterio que la STS 337/2023, de 23 de febrero, mantiene al rechazar la existencia de discriminación en la medida adoptada por pacto colectivo, entendiendo que el perjuicio ocasionado por el uso de la edad como criterio diferenciador, queda minimizado en base a dos elementos:

A) La indemnización recibida por todos los trabajadores ha sido superior a la mínima legal.

El Tribunal Supremo considera que, de acuerdo al artículo 51 ET, la cuantía de la indemnización que pueda pactarse en los acuerdos de despido colectivo no *posee carácter absoluto, sino que debe*

53 STC 3879/1978.

54 STC 22/1981, de 2 de julio; STC 49/1982, de 14 de julio; STC 2/1983, de 24 de enero; STC 23/1984, de 20 de febrero; STC 209/1987,de 22 de diciembre; STC 209/1988, de 10 de noviembre; STC 20/1991, de 31 de enero; STC 110/1993, de 25de marzo; STC 176/1993, de 27 de mayo; STC 340/1993, de 16 de noviembre; STC 117/1998, de 2 de junio.

55 STC 66/2015, de 13 de abril.

56 En la STC 66/2015, de 13 de abril, la empresa estableció determinadas mejoras voluntarias para los trabajadores de mayor edad, que incrementaban su duración en cuanto mayor fuera la edad del trabajador, por lo que definitivamente concluye que "la existencia de medidas efectivas llamadas a minimizar el perjuicio ocasionado al trabajador próximo a la edad de jubilación hace que el criterio de la edad resulte en el presente caso proporcionado, lo que nos conduce a concluir que la utilización de dicho criterio no vulneró el art. 14 CE al no constituir una discriminación por razón de edad".

reputarse como mínima, mejorable a través de pacto individual o colectivo[57]. Ya que, el artículo 51 ET *no configura normas de derecho necesario absoluto, esto es, normas imperativas absolutas, sustraídas a la negociación, sino que contempla la posibilidad del acuerdo y por ello su carácter modificable*[58]. De ello, deduce que será *totalmente válido y conforme a ley que la empresa y los representantes de los trabajadores estipulen determinados excesos superadores de aquel límite cuantitativo, pero reduciendo o restringiendo su percepción a las condiciones o supuestos que dichas partes negociadoras tengan a bien consignar, siempre que esas condiciones o supuestos no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*[59].

Queda claro que las normas referentes a la indemnización en los supuestos de despido colectivo tienen carácter de norma mínima, que, por supuesto, no impiden la posibilidad de acuerdo más favorable para los trabajadores.

Entre paréntesis, puede recordarse aquí el fallo del Comité Europeo de Derechos Sociales contra España, por la regulación de la indemnización por despido improcedente, lo que obliga a repensar nuestro sistema indemnizatorio frente al despido calificado como improcedente, por vulnerar el artículo 24 de la Carta Social Europea, dado *que carece de envergadura suficientemente para reparar el daño sufrido por el trabajador afectado y para disuadir al empleador de acometer dicho despido*. Algo que conviene recordar respecto al supuesto que se está planteando.

Ante una cuestión del posible carácter discriminatorio de la medida pactada - la existencia de una doble escala indemnizatoria[60] -, su justificación viene por el hecho de que, en principio, todos los trabajadores, independientemente de su edad, van a percibir una indemnización superior a la mínima legal. Aunque luego, se establezcan otras medidas compensatorias diferenciadas entre trabajadores en razón de la edad.

B) Medidas compensatorias diferenciadas en función de las circunstancias de los trabajadores

Es en este punto donde existe la tacha de discriminación, sin embargo, la Sentencia considera que establecer medidas compensatorias diferenciadas, en función de la edad de los trabajadores, no es una discriminación, al estar objetivamente justificadas por las diferentes circunstancias que pueden beneficiar a los trabajadores de más edad. Citando, a continuación, jurisprudencia anterior, en la que, en un supuesto similar, se rechazaba el trato discriminatorio en base a la existencia de *un abanico de soluciones indemnizatorias que contemplan las distintas situaciones de los trabajadores afectados por el expediente, y entré ellas la proximidad a la jubilación de ciertos trabajadores para los que la solución es diferente porque distinta es su situación en el empleo y en la Seguridad Social*[61].

En consecuencia, considera el Supremo en este caso, que el pacto alcanzado contempla diversos factores de corrección favorables a quienes perciben un menor salario, pero, obvia u olvida, que tales factores son solo de aplicación a los trabajadores menores de 60 años, como si para los trabajadores que superen el umbral de los 60 años desaparecieran dichos perjuicios en función de la diferencia de ingresos. Y, en el mismo sentido, nada dice la Sentencia sobre las diferentes medidas para favorecer el empleo y de cobertura preferente de vacantes en todas las empresas codemandadas, que el acuerdo contiene y solo afectan a los trabajadores de edad inferior a los 60 años.

57 STS de 28 de abril de 2016, recurso 3527/2014.
58 STS 4627/1989 de 12 septiembre.
59 STS 3350/1995 de 20 marzo.
60 Recordemos que el propio Tribunal Supremo rechazó por discriminatoria la doble escala salarial contenida en acuerdo colectivo (STS 224/2019).
61 STS de 12 de septiembre de 1989, Recurso 3033/1987.

Por otra parte, la existencia de otros parámetros a la hora de determinar la indemnización, como puedan ser las medidas sociales a las que pueden acceder los trabajadores según la edad que tengan en el momento del despido, debe ser analizada bajo la fórmula *supuestos iguales, mismas consecuencias jurídicas*[62], lo que exige un juicio comparativo, donde las diferencias no sean artificiales ni arbitrarias. En este caso, desconocemos cuales son los factores diferenciadores, más allá de la referencia genérica a las medidas sociales dirigidas a los trabajadores mayores. Medidas que en unos casos comienzan a disfrutarse desde los 52, por lo que, la edad de los 60 años, resulta artificiosa, dado su desconexión con las medidas públicas concretas de resarcimiento o protección especial. Máxime cuando para los trabajadores mayores de 60 años no operan los factores de corrección dirigidos a los trabajadores que perciben un menor salario, como instrumento individualizador del daño, cuando se ven afectados en función de sus ingresos, del mismo modo que ocurre con el resto de los trabajadores.

En cuanto a entender legítima la selección de trabajadores de edad cercana a la jubilación, justificándolo en el hecho de que su poder adquisitivo no se iba a ver afectado de forma sustancial al ser deudores de las medidas compensatorias que la legislación social prevé - criterio que sirve de soporte intelectual para resolver el caso presente - , puede argumentarse, que ello no puede valer como criterio general de aplicación, sin que se acredite en qué medida, las circunstancias particulares de estos trabajadores, justifican el tratamiento diferenciado. Esto es, debe acreditarse para legitimar una indemnización menor, cuáles son las circunstancias que determinan que los trabajadores de 60 años o más se hallan en una situación social, sustancialmente distinta, de la de los trabajadores menores de 60 años.

Señala la Sentencia que debe calificarse como razonable y proporcionado que se contemple una menor indemnización para quienes ya han cumplido la edad de 60 años, teniendo en cuenta que se encuentran muy próximos al acceso a la pensión de jubilación, situándose a las puertas de la misma con la percepción de prestaciones de desempleo, y pueden beneficiarse más fácilmente de la posibilidad de concertar un convenio especial de Seguridad Social, de acuerdo a las reglas sobre su financiación del artículo 51.9 ET para los procedimiento de despido colectivos de empresas no concursadas, en favor de los trabajadores mayores de 55 años. Mientras que, argumenta el Supremo, a los trabajadores de menor edad les resta un recorrido profesional y vital más incierto, al estar todavía lejos de la pensión de jubilación, y, acuciado por la posible incertidumbre respecto a las sucesivas ayudas sociales que puedan percibir en el futuro. Sin embargo, la Sentencia no tiene en cuenta el problema social al que se enfrenta un trabajador de 60 años en el mercado laboral, con carácter ya de prejubilado, y dando por buena la pérdida del poder adquisitivo del trabajador en un 25%.

No deja de parecer, esta desigual medida, resultado del pacto colectivo como fórmula dirigida simplemente al ahorro - compensatorio - de la empresa. Colocar a los trabajadores a partir de los 60 años en lo que socialmente se considera como prejubilación, supone, simplemente, utilizar las prestaciones públicas como complemento indemnizatorio. En definitiva, la utilización de las medidas sociales dirigidas a proteger la situación de desprotección de los trabajadores que pierden su trabajo por causas ajenas a los mismos, en un momento en el que, por razón de su edad avanzada, difícilmente volverán a encontrar otro empleo, como formula de gestión empresarial. Y ello hacerlo con el argumento de que se garantiza de esta forma su protección social, no deja de ser una falacia de difícil justificación[63].

---

62 Por todas, STC 49/1982 de 14 de julio.

63 En este sentido, Molina Navarrete, C.: Trabajadores mayores y políticas de envejecimiento en las grandes empresas a propósito del nuevo marco de buena gobernanza societaria de la diversidad de edad laboral en Observatorio Vasco sobre Acoso y Discriminación: El envejecimiento de la población trabajadora: balance crítico de la situación y propuesta de mejora, Lettera Publicaciones, 2018, pag. 518.

4. A MODO DE RECAPITULACIÓN

La tendencia al envejecimiento poblacional constituye uno de los debates hegemónicos contemporáneos. Está presente en el modo en que repensamos el sistema de Seguridad Social, y no solo desde la perspectiva de la sostenibilidad económica, sino también desde la perspectiva de la necesaria adecuación de nuestro sistema de previsión social a las necesidades derivadas de contingencias propias de las personas de edad avanzada, en especial en situaciones de dependencia. Pero también protagoniza el impulso de los derechos sociales contemporáneos. El marco normativo dirigido a garantizar la protección social adecuada de las personas mayores aparece como un espacio emergente, donde sus fines desbordan el mero acceso a los servicios asistenciales, médicos o sociales, dirigidos a proteger circunstancias de salud, físicas y vitales, configurando, al menos desde un punto de vista formal, una protección holística e integradora de necesidades, derechos y garantías. El fin necesario de esta acción integradora debe ser el de permitir el pleno desarrollo, como miembros de pleno derecho de la sociedad, a las personas en todos los momentos de su vida. Lo que se traduce en dos mandatos concretos, el derecho a la vida digna, y el derecho a la autodeterminación personal.

Desde un punto de vista jurídico, este derecho social emergente, ha sido encuadrado en torno a lo que se ha venido a llamar envejecimiento saludable o activo de la población. Integrar la perspectiva del envejecimiento activo significa cambiar el punto de vista de los instrumentos normativos dirigidos a la tercera edad, desde la protección y la dependencia a la integración y la autonomía. Con ello se persigue que los servicios de cuidados - sanitarios y asistenciales en su sentido más amplio - se orienten a la preservación de la dignidad de la persona y su completa integración social, mediante su participación activa en la vida pública, social y cultural. Junto a ello, la prohibición de discriminación por razón de edad, consagrado en el artículo 14 de nuestra Constitución, cierra el sistema de garantías que afectan a las personas de edad avanzada.

No obstante, la edad se reconoce como una de las causas más comunes de discriminación.

En el ámbito de las relaciones de trabajo, se prohíben los tratamientos menos favorables a las personas de mayor edad por el mero hecho de serlo, en especial la posibilidad de establecer como condición única para la extinción de un contrato de trabajo, el hecho de alcanzar una edad determinada. Lo que no impide que la edad pueda conjugarse con otros fines legítimos para fundamentar tratamientos diferenciados, para lo que se deberá superar, necesariamente, los criterios de legitimación, razonabilidad, necesidad y proporcionalidad. Si bien el tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han aplicado el cuadro de garantías antidiscriminatorias a estos supuestos, la edad ha significado un marco muy particular para su ejercicio. Es difícil encontrar alguna otra causa de discriminación donde puedan quedar justificados tratamientos diferenciados fundados exclusivamente en el criterio a proteger. Sería cuestionable que se emplease como criterio de selección para un despido colectivo a los trabajadores con discapacidad o cualquier otro colectivo con especiales dificultades para el empleo en base a niveles especiales de protección social, pero sin embargo ello sucede con la edad.

En este sentido, se contemplan dos situaciones provenientes de un pacto con los representantes de los trabajadores, que han sido objeto de un amplio debate doctrinal: La edad del trabajador como factor para designar a los trabajadores en un despido colectivo. Y la edad del trabajador como causa para fijar cuantías diferentes -y peyorativas- en las indemnizaciones.

Téngase en cuenta que, el Tribunal Constitucional considera que la edad, como causa de un tratamiento diferenciado entre los trabajadores, puede ser un criterio adecuado y proporcionado, siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los

contratos de trabajo produce en los afectados, de acuerdo con lo exigido por la propia legislación laboral. Sin embargo, esta consideración puede desvirtuar el necesario juicio de razonabilidad, justificación y proporcionalidad exigibles, al establecer una fórmula genérica por la cual el criterio de la edad sería legitimo cuando su utilización sirviese como fórmula para minimizar daños. Por su parte, el Tribunal Supremo no encuentra tacha alguna de ilegalidad si el tratamiento diferenciado por razón de edad proviene de un pacto *adoptado por quienes se encuentran legitimados para ello.* Sin embargo, la existencia de un acuerdo colectivo no es justificación suficiente para avalar la legitimidad del acuerdo. La negociación colectiva puede contener medidas discriminatorias, como en este caso, lo que por si mismo no puede suponer la validez del pacto sino, todo lo contrario.

En este sentido, el Tribunal Supremo entiende legítima tanto la selección de trabajadores de edad cercana a la jubilación en el caso de un despido colectivo, como la fijación de dos formulas diferentes para la determinación de la cuantía indemnizatoria en función de la edad de los trabajadores, y también en el supuesto de un despido colectivo. Lo que justifica en la rápida percepción por estos trabajadores, de las medidas compensatorias que la legislación social prevé. Sin embargo, utilizar las prestaciones públicas como complemento indemnizatorio o, como vía de ahorro empresarial, en el caso de fijación de diferentes formulas económica en las indemnizaciones, en compensación por las mejoras obtenidas para otros trabajadores, y ello hacerlo con el argumento de que se garantiza de esta forma su protección social, no deja de ser una falacia difícilmente justificable.

Cuando se cuestiona la doble escala indemnizatoria por discriminatoria se hace por el carácter arbitrario con el que se emplea el criterio de la edad. Resulta difícil superar el juicio comparativo en supuestos de hecho materialmente iguales que, sin embargo, reciben tratamientos diferenciados. Si las medidas sociales dirigidas a los trabajadores de edad avanzada se emplean para reforzar las medidas adoptadas por la empresa dirigidas a evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo pueda causar en el trabajador, la edad debería adecuarse, en todo caso, a estas medidas. Los trabajadores que perciben el subsidio por desempleo para mayores de 52, se encuentran, todos ellos en el mismo supuesto jurídico, sin que existan ningún elemento accesorio que justifique que los mayores de 60 años, por el mero hecho de tenerlos merezcan una protección inferior que los menores de 60, cuando en el caso de ser mayores de 52 años tendrán el mismo estatus jurídico.

El criterio de la edad requiere un juicio reforzado. El mantenimiento del empleo de los trabajadores de mayor edad forma parte del necesario derecho a la autodeterminación personal. El carácter integrador del derecho social emergente del envejecimiento activo, debe permitir el pleno desarrollo personal, laboral y humano. Este derecho debe contrastarse con la jurisprudencia garantista frente al hecho discriminatorio basado en la edad, en la que ha integrado criterios para legitimar el uso de la edad como fundamento de tratamientos diferenciados. El contenido esencial al principio de no discriminatorio en razón de edad refuerza el necesario juicio de razonabilidad, justificación, legitimación y proporcionalidad, dado que nos fuerza a analizar más allá de los rasgos legitimadores y proporcionales, el acceso efectivo de estas personas al principio de igualdad y no discriminación, que evalúe los perjuicios sociales y el impacto de dichas medidas en el acceso a los bienes sociales relevantes en especial al empleo. La cercanía con la edad de jubilación ordinaria no implica que su estrategia vital deba pasar por el retiro, especialmente si tiene carácter prematuro, por lo que el factor reparador deberá valorar las especiales dificultades que estos trabajadores tienen para el empleo. El abandono del mercado de trabajo a edades cercanas a los 60 años implica una extraordinaria dificultad a la hora de retornar al mercado laboral. Debe tenerse en cuenta que el tratamiento dado a estos trabajadores sigue el esquema clásico de los acuerdos de prejubilación, que tan nefastos efectos sociales han tenido en nuestro país.

Cuando el TJUE se cuestiona si establecer una edad obligatoria de jubilación contradice el principio de no discriminación por edad, va a poner en contraste los derechos en colisión de las distintas generaciones implicadas. De este modo, solo cabe imponer la jubilación forzosa cuando quede justificada en base a una política de empleo, que se manifieste como *necesaria y que responda efectivamente a objetivos de interés general*[64], esto es siempre que, se asegure la finalidad perseguida por las políticas de empleo - *en relación con una situación de paro, y se garantice que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, sin que ello supusiese, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo*[65].

La edad aparece de este modo, como fundamento a tratamientos diferenciados, siendo las causas legitimadoras de distinta naturaleza. El contenido esencial al principio de no discriminación en base a la edad requiere integrar necesariamente el mandato general del artículo 9.2 CE, por el que los poderes públicos deben promover las condiciones de igualdad real y efectiva en conexión con el derecho emergente de envejecimiento activo. Ello implica que debe analizarse el impacto que tienen dichas medidas sobre el ejercicio de los derechos de estos trabajadores, en especial al trabajo, y sobre el acceso al conjunto de los bienes sociales relevantes, en especial al desarrollo de su actividad profesional en el mercado laboral. Integrar esta perspectiva va a reforzar el marco garantista para hacer efectivo el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de edad, pero también el principio de igualdad de oportunidades real y efectiva para todos los sujetos de nuestra sociedad.

5. BIBLIOGRAFÍA

Aparicio Tovar, J., Olmo Gascón, A.M.: *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo,* Bomarzo, 2007.

Ballester Pastor, Mª.A.: *La trasposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español,* Tirant Lo Blanch, 2010.

Bernal Pulido, C.: *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*, CEC, 2003.

Castro Medina, R.: *Las personas mayores en el contexto de las políticas socio-laborales. La importancia de un cambio de paradigma*, Atelier, 2023.

Crespo Garrido, Mª.; Moretón Sanz, Mª.F.: *Discriminación por razón de edad y sexo. Retos pendientes del Estado Social,* colex, 2010.

López Cumbre, L.: *La discriminación por razón de edad en la jubilación forzosa: el caso Palacio de la Villa,* Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2013, nº 102.

Maldonado Molina, J.A.: *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación,* Tirant lo Blanch, 2002.

Molina Navarrete, C.: *Trabajadores mayores y políticas de envejecimiento en las grandes empresas a propósito del nuevo marco de buena gobernanza societaria de la diversidad de edad laboral* en Observatorio Vasco sobre Acoso y Discriminación: *El envejecimiento de la población trabajadora: balance crítico de la situación y propuesta de mejora*, Lettera Publicaciones, 2018.

Monereo Pérez, J.L.; Maldonado Molina, J.A.: *Envejecimiento activo y vida laboral,* Comares, 2019.

Monereo Pérez, J.L.; Ortega Lozano, P.: *Prohibición de discriminación*, Temas Laborales, nº 145, 2018.

[64] STJUE 13 de septiembre de 2011, Reinhard Prigge y otros contra Deutsche Lufthansa AG.,Asunto C-447/09.

[65] STJUE 28 de febrero de 2018, Hubertus John contra Freie Hansestadt Bremen, Asunto C-46/17.

Monereo Pérez, J.L.; Maldonado Molina, J.A. *Derecho de las personas con edad avanzada a la protección social*, en Monereo Atienza, C.; Monereo Pérez, J.L., *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa*, Comares. 2017.

Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.: *El derecho a la protección de las personas de la tercera edad,* en Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, Mª. N. (Directores) *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Comares, 2002.

Perán Quesada, S. *El nuevo régimen jurídico de la jubilación forzosa,* Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia Volumen:27, 2022.

Perán Quesada, S.: *La edad como factor discriminatorio*, en Perán Quesada, S.; Vila Tierno, F. (Directores), *La protección social de las personas mayores, retos para el S.XXI. Estudio comparado de los países Latinoamericanos y del Sur de Europa*, Bomarzo, 2022.

Perán Quesada, S.: *El envejecimiento activo desde la perspectiva de género*, en Monereo Pérez, J. L.; Maldonado Molina, J. A. (Directores), *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español*, Comares, 2021.

Perán Quesada, S.: *Derecho social y género. El camino hacia la igualdad efectiva en las relaciones sociolaborales,* Aranzadi Thomson Reuters, 2014.

Quesada Segura, R.: *Derechos fundamentales inespecíficos y Seguridad Social,* XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, 2014 / Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Vida Soria, J.: *Articulo 41 Seguridad Social,* en Alzaga Villamil, O. (Director) *Comentarios a la Constitución*, Edersa, 1984.

Viquira Pérez, C.: *La extinción del contrato de trabajo de los trabajadores maduros,* en Cabeza Pereiro, J., Cardona Rubert, B. (Coordinadores), *edad, discriminación y derechos,* Aranzadi, 2019.

Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Las últimas reformas en materia de jubilación en favor de la sostenibilidad del Sistema Público de Pensiones Español

The latest reforms of the retirement pension in favour of the sustainability of the spanish public pension system

Francisco Vila Tierno
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0001-5718-4160

Cristina Ramírez Bandera
Investigadora predoctoral contratada FPU
Departamento de DTSS - Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0002-5794-8789

Cita Sugerida: VILA TIERNO, F. y RAMÍREZ BANDERA, C.: «Las últimas reformas en materia de jubilación en favor de la sostenibilidad del Sistema Público de Pensiones Español». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 137-159.

Resumen

El reciente Acuerdo Social para la mejora de la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo, para la regulación de un nuevo procedimiento de acceso a la pensión de las actividades con elevada peligrosidad y para el mayor aprovechamiento de los recursos de las mutuas con el fin de recuperar la salud de las personas trabajadoras, de fecha 31 de julio de 2024, ha proyectado un conjunto de reformas en materia de jubilación demorada, activa y parcial orientadas a incentivar la prolongación de la vida activa. En el presente trabajo se realizará un breve recorrido histórico y un análisis de la regulación actual de cada una de estas tres instituciones, comentando las modificaciones esbozadas por el mencionado Acuerdo y proporcionando algunas orientaciones acerca de la incidencia que las mismas tendrán en la sostenibilidad del sistema público de pensiones español.

Palabras clave

Pensiones; jubilación; sostenibilidad; suficiencia

Abstract

The recent Social Agreement to improve the compatibility of the retirement pension with work, to regulate a new procedure for accessing the pension for highly dangerous activities and to better use the resources of the mutual insurance companies in order to recover the health of working people, dated July 31, 2024, has projected a set of reforms regarding delayed, active and partial retirement aimed at encouraging the extension of active life. In this paper, a brief historical overview and an analysis of the current regulation of each of these three institutions will be carried out, commenting on the modifications outlined by the aforementioned Agreement and providing some guidance about the impact that they will have on the sustainability of the Spanish public pension system.

Keywords

Pensions; retirement; sustainability; sufficiency

1. INTRODUCCIÓN

Más allá de los datos estrictamente cuantitativos, el Informe de Envejecimiento 2024 (Ageing Report 2024), publicado por la Comisión Europea, en lo que respecta a España, señala un incremento en el gasto de pensiones cada vez mayor para los próximos años[1]. Cierto es, no obstante, que se hace eco, del mismo modo, de las últimas reformas en materia de pensiones (*v. gr.* Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas,

[1] En concreto, el mismo fue publicado en diciembre de 2023, encontrándose disponible en https://economy-finance.ec.europa.eu/document/download/392994f2-c025-4066-bea8-f65cf4bcd411_en?filename=2024-ageing-report-country-fiche-Spain.pdf

la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, en adelante RDL 2/2023), con la previsión de nuevas fórmulas que garantizarán ingresos adicionales en el sistema, pero no deja de señalar un desequilibrio en la balanza que cuestionaría la garantía de sostenibilidad de las pensiones públicas.

El caso es que la citada norma (el RDL 2/2023), prevé, en su Disposición Adicional Segunda el mecanismo de revisión sobre las proyecciones de impacto estimado de las medidas adoptadas a partir de 2020, de manera que se tienen en cuenta varios parámetros:

a) Si el impacto anual medio de las medidas de ingresos es menor, igual o superior al 1,7 por ciento del PIB, estableciéndose como objetivo lograr dicho porcentaje de aumento de ingresos;

b) Su relación respecto al 15% del PIB, que es el techo de gasto previsto, por lo que tal cantidad no debería verse superada descontando los ingresos previstos en el apartado a) por encima del 1,7%.

Con esos datos, la AIReF, a partir de marzo de 2025 (y con carácter trianual), elaborará un informe de evaluación que publicará y remitirá al Gobierno "con las proyecciones del impacto estimado de las medidas adoptadas a partir de 2020 para fortalecer los ingresos del sistema público de pensiones en el periodo 2022-2050 y calculará el impacto medio anual de estas medidas en porcentaje del PIB para este periodo, utilizando los mismos supuestos macroeconómicos y demográficos del último Informe de Envejecimiento publicado por la Comisión Europea".

Precisamente el último Informe de la Comisión Europea es que el hemos citado en primer término y es el que se hace eco de la situación descrita. Situación que, en cualquier caso, no se trata aquí de valorar ni de cuestionar, sino de reflejar en la medida en que se pone de manifiesto que existe la necesidad de una vigilancia constante para la garantía de la sostenibilidad del sistema público de pensiones.

Expresamente, la referida DA 2ª del RDL 2/2023 dispone que, en el supuesto de producirse un exceso en el gasto medio bruto público en pensiones respecto al techo de gasto del 15% del PIB al que ya se ha hecho alusión -sumando o descontando al mismo el exceso o defecto en relación al mencionado objetivo de aumento de ingresos del 1,7% del PIB, respectivamente-, el gobierno negociará con los agentes sociales las medidas a implantar en el seno del Pacto de Toledo[2].

Siendo así, lo que importa ahora, más allá de la posible obligación legal que pudiera tener que asumirse si esas cifras se confirman en esos términos, es el espíritu de la norma, que es el mismo que se desprende del conjunto de reformas que se vienen produciendo en los últimos años y que descansan en la garantía de la sostenibilidad[3].

[2] En especial, siendo el MEI un instrumento clave, junto a la cotización adicional por solidaridad, habría que ver el efecto sobre el mismo y como se relativiza su influencia en el contexto de la garantía de la sostenibilidad, vid. Nicolás Bernad, J. A.: "Solidaridad y equidad intergeneracional en la sostenibilidad del sistema de pensiones, en aplicación del Real Decreto-Ley 2/2023", Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, núm. 482, 2024, págs. 23-52.

[3] Vid. *v. gr.* Tortuero Plaza, J.L.: "Editorial", Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS), ISSN-e 2660-437X, núm. 3, 2021, págs. 14 y ss; y el mismo autor en "Retos y reformas en materia de pensiones", Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, núm. 467, 2022, págs. 189 y ss: "Es imprescindible que el conjunto de las reformas consiga un equilibrio donde la equidad individual y generacional constituya un espacio de referencia (Vila Tierno, 2020, p. 15; Vila Tierno y Moreno Romero, 2018, p. 80). Sin perjuicio de la situación excepcional en la que nos encontramos -la crisis provocada por la pandemia, con efectos de pasado, presente y futuro, impacta sobre unos sistemas no recuperados de la crisis financiera, en transformación de los sistemas productivos y recibiendo o preparándose para la recepción de la generación del baby boom-, no podemos, ni debemos, transferir una carga

De hecho, la Recomendación 0 del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo (sesión del 27 de octubre de 2020, BOE de 10 de noviembre)[4], reafirma el compromiso con el mantenimiento, la mejora y la adaptación del sistema público de pensiones[5] en tanto que, como expresamente afirma, "El sistema español de Seguridad Social […] constituye la columna vertebral del Estado del Bienestar, el estandarte y la seña de identidad de una sociedad moderna y cohesionada", destacando, en este contexto una serie de elementos claves en el sistema: necesariedad, suficiencia, solidaridad y universalidad (con la doble modalidad contributiva y no contributiva).

Bajo estas premisas, se ponen en relación los conceptos de suficiencia y sostenibilidad, ya que el deber de los poderes públicos no se limita a garantizar la permanencia del sistema, sino de hacerlo de manera que pueda responder con suficiencia a las necesidades de los futuros beneficiarios, de una parte, y de la sociedad, por otra. Como ha afirmado nuestra mejor doctrina, "Hay que tener en cuenta que la idea de sostenibilidad —"mantener"— remite tanto a la sostenibilidad económica como social (y adecuación social) y entraña un mandato constitucional (artículos 41 y 50 de la CE, en relación con el artículo 12 de la Carta Social Europea Revisada) en virtud del cual es responsabilidad directa del Estado la organización y la financiación correspondiente para garantizar pensiones suficientes y adecuadas (sea a través de la exigencia legal de cotizaciones, o sea complementariamente a través de impuestos generales o especiales, o sea, por último, a través de un modelo mixto de financiación mediante cotizaciones e impuestos). La interpretación de los artículos 41 y 50 de la Constitución Española (y en general de todo el bloque o grupo normativo regulador de los derechos de Seguridad Social contemplados en el Capítulo III), deberá hacerse necesariamente —por mandato del artículo 10.2 CE— en el marco del sistema internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales. En este contexto sistemático hay que interpretar la referencia del artículo 41 CE a que los poderes públicos deberán "mantener" un régimen público de Seguridad Social y el artículo 50 CE ("Los poderes públicos garantizarán mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad...")"[6].

Precisamente, la referencia al marco internacional nos sitúa, de manera directa, frente a algunos preceptos clave como puede ser el artículo 12 de la Carta Social Europea, regulador del "Derecho a la Seguridad Social", que recoge como obligación para los firmantes una doble encomienda: "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social, las Partes se comprometen: 1. a establecer o mantener un régimen de Seguridad Social. 2. a mantener el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Código Europeo de la Seguridad Social".

En esta línea, y bajo el paraguas del Pacto de Toledo, deben hacerse todos y cada uno de los esfuerzos por introducir aquellas medidas que sean precisas para la reiterada garantía de sostenibilidad del Sistema, pero sin perder la óptica de la suficiencia y la solidaridad.

---

insoportable a las generaciones futuras. El equilibrio complejo constituirá la mayor garantía de sostenibilidad y evitará el «drama» de la posible «ruptura del pacto generacional». Por todo lo anterior y sin perjuicio del carácter sobresaliente de algunas de las reformas financieras -separación de fuentes y cotización de personas trabajadoras autónomas-, es necesario incorporar nuevos y complementarios medios de financiación estables y garantizados" (pág. 202).

4 https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/D/BOCG-14-D-175.PDF

5 Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Recomendación 0. Defensa del mantenimiento y mejora del sistema público de pensiones: la opción por reformas paramétricas para garantizar las pensiones", en AA.VV.: Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (2020), Hierro Hierro, F.J (Dir. y coord.), Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters Aranzadi, 2021.

6 Monereo Pérez, J. L., "La garantía de las pensiones: desafíos para la sostenibilidad económica y social", Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS), núm. 3, 2021, págs. 21-84.

Y, en este contexto, es donde aparecen instrumentos como el Acuerdo Social para la mejora de la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo, para la regulación de un nuevo procedimiento de acceso a la pensión de las actividades con elevada peligrosidad y para el mayor aprovechamiento de los recursos de las mutuas con el fin de recuperar la salud de las personas trabajadoras, de fecha 31 de julio de 2024 (en adelante, el Acuerdo Social de 31 de julio de 2024), en el que se abordan, entre otras[7], propuestas de reformas legislativas sobre tres figuras que pueden tener una influencia directa en aquel objetivo, como son la jubilación demorada, la jubilación activa y la jubilación parcial. Todas ellas, con un nexo común: la intención de ampliar el período de actividad de las personas que, al margen de las mismas, adquirirían, sin más, la condición de beneficiarios del Sistema, generando, por tanto, costes y no ingresos. A ellas dedicaremos las siguientes páginas.

2. EL ACUERDO SOCIAL DE 31 DE JULIO DE 2024: NOVEDADES EN EL RÉGIMEN DE LA JUBILACIÓN DEMORADA, LA JUBILACIÓN ACTIVA Y LA JUBILACIÓN PARCIAL

Tal y como se ha adelantado, el Acuerdo Social de 31 de julio de 2024 contempla diversas reformas que pretenden ser implementadas en el futuro próximo en el ámbito, entre otras, de la jubilación demorada, activa y parcial, habiendo sido el mismo alcanzado de forma tripartita por el Gobierno, las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y las organizaciones sindicales CC.OO. y UGT.

Las medidas de reforma legislativas propuestas pueden situarse bajo el parámetro de la Recomendación 12 del ya citado Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020. Recomendación que lleva por rúbrica "edad de jubilación". Recuérdese que, respecto a este elemento central, la edad para acceder a la pensión de jubilación, el objetivo ha sido el de elevar la edad media de jubilación a la edad legal, finalidad que se ha ido concretando mediante la implantación de los instrumentos que ahora se pretenden reformar. No obstante, a fin de comprender la razón que justifica las modificaciones propuestas, resulta preciso realizar un somero recordatorio de la evolución normativa y la regulación actual de estos institutos jurídicos, en tanto que el Acuerdo plantea una propuesta de cambio con relación a la regulación actual. Y es que, para entender aquellos cambios, es necesario conocer las características actuales de esta instituciones y detectar, en su caso, las fallas que ahora se pretenden superar y que, en el marco en el que pretendemos situar este análisis, puedan contribuir a la sostenibilidad del Sistema.

2.1. La jubilación demorada como mecanismo para aumentar la edad efectiva de jubilación

2.1.1. Breve reseña de su evolución normativa y regulación actual

Retomando el contenido de la referida Recomendación 12 del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020, se parte, como una de las premisas básicas, que "debe fomentarse la permanencia de los trabajadores en activo a través de la adaptación y mejora de los incentivos sociales, fiscales y laborales existentes". La razón primera es simple: mantener cotizantes y reducir el acceso de beneficiarios del sistema cuando éstos se encuentran en situación de seguir manteniendo una mayor tasa de ocupación. Sin duda, elementos que favorecen la sostenibilidad.

[7] Tales como la propuesta de modificaciones en relación a los coeficientes reductores de la edad de jubilación en actividades con elevados índices de penosidad, toxicidad, peligrosidad o insalubridad; la recuperación del coeficiente multiplicador del 1,5 a efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia en el caso de personas trabajadoras fijas-discontinuas; y el esbozo de medidas para mejorar la gestión de la incapacidad temporal y favorecer la recuperación de las personas trabajadoras.

Con este propósito surgen, precisamente, los incentivos a la jubilación demorada, cuyo origen se encuentra en el Real Decreto-ley 16/2001, de 27 de diciembre[8], por el que se modificó el artículo 163 de la LGSS 1994[9].

El objeto de aquella reforma no era otro, como hemos sugerido, que el de incentivar el retraso en el acceso a la jubilación, mediante la concesión de una mejora sobre la cuantía de la pensión a percibir por quienes optasen por dilatar su actividad laboral, demorando su condición de pensionista más allá más allá de la edad ordinaria legalmente prevista -por aquel entonces, los 65 años (art. 161.1.a) LGSS 1994 en su redacción vigente en ese momento)-. Así, por cada año completo de demora que transcurriese una vez alcanzada la mencionada edad, se recibiría un 2% adicional en la cuantía de la pensión -aunque para ello se requería que la persona interesada acreditase 35 años cotizados-, sumándose tal porcentaje al importe del 100% de la base reguladora que le correspondería -*v. gr.* en caso de jubilación a los 67 años, la cuantía de la pensión a percibir sería de un 104% de la base reguladora correspondiente-.

El objetivo de dicho incentivo a la "jubilación demorada", ya hemos advertido, persigue retrasar la edad efectiva de acceso a la jubilación de la población, con el consiguiente incremento de ingresos para el sistema -debido a las cotizaciones que se recibirían a raíz de la prolongación de la vida laboral- y la correlativa reducción de gastos -al ahorrar el importe de la pensión que habría recibido la persona interesada en caso de haberse jubilado al alcanzar su edad ordinaria-. El retraso del período de acceso a la prestación supone un aliciente económico para el que opta por esta fórmula, pero constituye, en realidad, un pequeño sacrificio que se vería compensado por la positiva repercusión que tal medida tendría en la tesorería del sistema y, por tanto, en su sostenibilidad[10].

No obstante, esta formulación presentaba una traba. El requisito de contar con 35 años cotizados para poder acceder a dicho incentivo de jubilación demorada resultaba demasiado oneroso y, ciertamente, dificultaba el acceso al mismo para una amplia proporción de la población -especialmente, para las mujeres trabajadoras-. Es por ello que el mencionado régimen de jubilación demorada fue posteriormente modificado por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, por la que se eliminó dicho requerimiento, pasando a exigirse para poder disfrutar de tal incentivo únicamente que la persona interesada acreditase la carencia mínima para el acceso a la pensión contributiva de jubilación (15 años), de manera que se sumara el porcentaje de incentivo obtenido al que correspondiese aplicar a la base reguladora. Además, dicho porcentaje se elevaría al 3% por cada año completo cotizado a partir de los 65 años en caso de que la persona acreditase 40 años de cotización en el momento de cumplir dicha edad. En caso de que la cuantía de la pensión alcanzase la pensión máxima establecida en el sistema sin aplicar o aplicando tan solo parcialmente dicho incentivo, el porcentaje del mismo no empleado se multiplicaría por dicho importe máximo, teniendo derecho la persona interesada a su percibo (sin que el importe de esta cantidad, junto con el de la pensión o pensiones que tuviera reconocidas, pudiera exceder, en cómputo anual, la base de cotización vigente en cada momento).

Posteriormente, la Ley 27/2011, de 1 de agosto[11], modificó la cuantía de tal incentivo inspirándose en el principio de contributividad, de modo que aquellas personas que acreditasen hasta

8 Real Decreto-ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

9 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

10 Cfr. Vila Tierno, F.: "Algunas reflexiones sobre la jubilación demorada", Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 40, 2023, págs. 1 y 4.

11 Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

25 años cotizados en el momento de cumplir su edad ordinaria de jubilación[12] recibiesen un 2% por cada año completo de demora, las personas que acreditasen entre 25 y 37 años, un 2,75%, y las personas que acreditasen más de 37 años cotizados, un 4%.

Dicho régimen fue plasmado en idénticos términos en el artículo 210.2 de la nueva LGSS 2015[13] (en adelante, LGSS), permaneciendo inalterado, por tanto, durante diez años, hasta que la Ley 21/2021, de 28 de diciembre[14], procedió a su reforma, introduciendo importantes novedades y determinando la regulación actualmente vigente del incentivo por jubilación demorada. En concreto, a fin de hacer más atractiva la demora en el acceso a la jubilación, se procedió a incrementar la cuantía del incentivo económico concedido y a diversificar la forma que podía adoptar el mismo, proporcionando hasta tres opciones a las personas interesadas:

— Percibir un porcentaje adicional del 4% por cada año completo cotizado transcurrido entre el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación y la fecha del hecho causante. Puede observarse que se vuelve a unificar el importe de tal porcentaje para todas las personas interesadas independientemente de lo prolongada o no que haya sido su carrera de cotización, en detrimento del principio de contributividad que inspiró las reformas operadas en 2007 y 2011.

— Obtener una cantidad a tanto alzado por cada año completo cotizado transcurrido entre la fecha de cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación y la fecha del hecho causante, cuya cuantía viene determinada en función de los años de cotización acreditados en la primera de las fechas indicadas, de modo que,

  • En caso de haber cotizado menos de 44 años y 6 meses, se aplicaría la siguiente fórmula[15]:

$$\text{Pago único} = 800 \left(\frac{\text{Pensión inicial anual}}{500}\right)^{1/1,65}$$

En caso de haber cotizado, al menos, 44 años y 6 meses, resultaría de aplicación la siguiente fórmula (idéntica a la anterior, aunque incrementada en un 10% -como se puede apreciar en el multiplicador, que pasa de 800 a 880-)[16]:

$$\text{Pago único} = 880 \left(\frac{\text{Pensión inicial anual}}{500}\right)^{1/1,65}$$

[12] Edad que fue incrementada mediante la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, alcanzando los 67 años (2 años más frente a la regulación previa) o los 65 años en caso de acreditar 38 años y 6 meses cotizados, produciéndose tal aumento de forma paulatina hasta 2027, conforme al régimen establecido en la Disposición Transitoria 20º LGSS 1994 (actual Disposición Transitoria 7º LGSS 2015).

[13] Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. A partir del 1 de enero de 2016, los incentivos económicos a la jubilación demorada contemplados en el art. 210.2 LGSS pasaron a resultar de aplicación al régimen de Clases Pasivas en virtud de la Disposición Adicional 17º del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, introducida por la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016

[14] Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

[15] Se estima que, para una pensión con un importe inicial de 1.600€, se percibirían en torno a 8.000€ anuales en concepto de incentivo a tanto alzando aplicando esta fórmula. Información extraída de ¿Sabes cuánto recibirás si demoras tu jubilación?, Revista de la Seguridad Social, 2022, disponible en https://revista.seg-social.es/-/20220407-importes-jubilacion-demorada.

[16] Se estima que, para una pensión con un importe inicial de 1.600€, se percibirían aproximadamente 8.800€ anuales en concento de incentivo a tanto alzando aplicando esta fórmula. Id.

Sin duda, llama poderosamente la atención que, en esta opción, el legislador sí haya tomado en consideración la carrera de cotización de la persona interesada -en un mayor respeto al principio de contributividad-, pese a haber obviado realizar distinción alguna al respecto en la primera opción mencionada, por lo que sería aconsejable homogeneizar la regulación, preferentemente en el sentido de esta segunda opción, en aras de salvaguardar este principio.

— Optar por una combinación de las dos opciones anteriores, en los términos que se establezcan reglamentariamente. Cabe señalar que dicho desarrollo reglamentario no se produjo hasta dos años después, con la promulgación del Real Decreto 371/2023, de 16 de mayo[17], no pudiéndose hasta el 18 de mayo de 2023 -fecha de entrada en vigor de la citada norma- escoger esta modalidad de incentivo.

Resulta importante destacar que la elección de una de estas opciones solamente puede ser realizada en el momento de adquirir el derecho a percibir el incentivo y por una única vez, no pudiendo ser modificada posteriormente, y entendiéndose que, en caso de no ejercitarse dicha facultad, se aplicará la primera de las opciones -porcentaje-.

Si observamos los datos proporcionados por las entidades gestoras de la Seguridad Social, la reforma de los incentivos a la jubilación demorada operada por la Ley 21/2021 puede ser considerada un éxito, habiendo contribuido a incentivar la permanencia en activo de las personas trabajadoras y, por tanto, a incrementar ligeramente la edad efectiva de jubilación en nuestro país.

Tabla 1: Porcentaje de altas de jubilación sobre el total, por edades (2020-2024)

Edad de jubilación	2020	2021	2022	2023	2024 (ac. julio)
63 años	16,18%	17,08%	16,35%	14,14%	12,96%
64 años	8,04%	8,22%	8,17%	8,09%	7,64%
65 años	51,55%	37,32%	35,15%	34,13%	37,30%
66 años	4,63%	19,01%	22,57%	25,84%	24,69%
67 años	1,91%	2,01%	2,60%	3,20%	3,91%
68 años	1,07%	1,09%	1,18%	1,51%	1,72%
69 años	0,66%	0,67%	0,76%	0,89%	0,98%
70 años	0,62%	0,64%	0,72%	0,79%	0,88%
Más de 70 años	1,22%	1,16%	1,23%	1,33%	1,51%
Total altas ≤ 65 años	256.941	238.415	232.631	217.237	133.462
Total altas > 65 años	28.929	77.741	95.241	109.712	67.798
% total altas ≤ 65 años	89,88%	75,41%	70,95%	66,44%	66,31%
% total altas > 65 años	10,12%	24,59%	29,05%	33,56%	33,69%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos proporcionados por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones sobre la evolución de las altas iniciales de jubilación por edades, disponibles en https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST44 [último acceso el 13 de septiembre de 2024].

[17] Real Decreto 371/2023, de 16 de mayo, por el que se desarrolla el régimen jurídico del complemento económico establecido en el artículo 210.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Cierto es que parte del incremento en el número de altas a una edad superior a los 65 años puede deberse al progresivo incremento de la edad ordinaria de jubilación conforme a la Disposición Transitoria 7º LGSS (*v. gr.* en 2021 se incrementó a 66 años para quienes no acreditasen 37 años y 3 meses cotizados, lo que puede explicar el incremento de jubilaciones existente a esta edad en 2021, pese a no haber entrado aún en vigor la reforma de los incentivos a la jubilación demorada, pues dicha entrada en vigor no se produjo hasta el 1 de enero de 2022), pero, sin duda, este fenómeno no explicaría los importantes aumentos en términos proporcionales que se han producido en las altas a los 67 años (con un incremento del 67,54% de 2020 a 2024), a los 68 años (con un aumento del 41,12% en el mismo periodo), a los 69 años (con un incremento del 31,85%), a los 70 años (con un aumento del 27,42%) o a una edad superior a los 70 años (con un incremento del 9,02%).

Sin duda, otros de los factores que han podido contribuir a esta prolongación de la vida activa de la población española es la exoneración de cotización para las personas trabajadoras que hayan alcanzado la edad ordinaria de jubilación (salvo por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes). La misma se contempla en el artículo 152 LGSS para las personas trabajadoras por cuenta ajena integradas en el Régimen General y en el artículo 311 del mismo cuerpo legal para las personas trabajadoras por cuenta propia encuadradas en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA)[18], habiendo eliminado la Ley 21/2021 la necesidad, en ambos casos, de contar con una prolongada carrera de cotización para acceder a este beneficio[19].

Sin embargo, pese a los importantes alicientes articulados a fin de fomentar la jubilación demorada, existe aún un importante obstáculo que frena su pleno impulso: la incompatibilidad, ya contemplada desde su origen, de los incentivos económicos a la jubilación demorada regulados en el artículo 210.2 LGSS con la jubilación parcial, la jubilación activa y la jubilación flexible. La eliminación parcial de esta restricción -solo prevista para una de estas modalidades de retiro- es, precisamente, una de las principales novedades del Acuerdo Social de 31 de julio de 2024.

2.1.2. Las novedades respecto a la jubilación demorada que plantea el Acuerdo Social de 31 de julio de 2024

El Acuerdo Social de 31 de julio de 2024 propone, principalmente, dos importantes modificaciones en relación a los incentivos vinculados a la jubilación demorada.

La primera de ellas consiste en un incremento en la cuantía económica de los incentivos concedidos, de modo que, a partir del segundo año de demora respecto al cumplimiento de la edad ordinaria, los mismos se incrementen en un 2% (o su equivalente en caso de cobro a tanto alzado o elección de la modalidad mixta) por cada periodo de demora superior a seis meses e inferior a un año. Por supuesto, debe señalarse la innovación que supone seguir incrementando, en línea con las reformas anteriores, la cuantía de dichos complementos, en un sacrificio económico para el sistema que, no obstante, continúa viéndose compensado por la reducción de los gastos y el aumento de los ingresos asociados a la prolongación de la vida activa de la persona interesada.

Nótese, no obstante, que este aumento no se produce incrementando el importe del complemento (ya que, tanto con la nueva regulación como con la vigente actualmente, se continuaría percibiendo un 4% de incentivo por cada año de demora), sino a través de una medida más innovadora todavía: la modificación del periodo temporal de referencia para acceder a dicho incentivo, pues el mismo se

[18] En este caso, la exoneración tampoco alcanza a la cotización por contingencias profesionales.

[19] A efectos de determinar la base reguladora de la pensión de jubilación en caso de existir estos periodos de exoneración, deberán tenerse en cuenta los artículos 161.4 LGSS y 12 del Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre (en el caso de personas trabajadoras por cuenta ajena) y el artículo 13 de esta última norma reglamentaria (en el caso de personas trabajadoras por cuenta propia).

devengará por "cada periodo de demora superior a seis meses e inferior a un año". Hasta ahora, los incentivos regulados en el artículo 210.2 LGSS solo podían ser obtenidos "por cada año completo cotizado"[20], de modo que permitir el acceso a los mismos acumulando periodos de cotización de duración inferior a un año constituye una novedad inédita en nuestro ordenamiento jurídico.

El atractivo de esta modificación resulta claro para la persona interesada, pues, de implementarse esta reforma, necesitará retrasar durante menos tiempo su jubilación para acceder a los reiterados incentivos (*v. gr.* si su edad ordinaria de jubilación fuese de 65 años y se jubilase a los 66 años, la misma podrá acceder, en caso de optar por la opción porcentual, a un incremento del 4% en la cuantía de su pensión.

Sin embargo, si se jubilase con 66 años, 6 meses y 1 día, podrá acceder a un incremento del 6 %, mientras que, conforme a la regulación actualmente vigente, tan solo podría percibir un 4% en ese momento, debiendo esperar a cumplir los 67 años para obtener un nuevo incremento, alcanzando el 8%). De hecho, cabe notar un cierto paralelismo entre esta medida y la reforma operada por la Ley 21/2021 en los coeficientes reductores para el acceso a la jubilación anticipada tanto voluntaria como por causa no imputable a la persona trabajadora, por la que dichos coeficientes pasaron a ser aplicados por cada mes de anticipo -en lugar de por cada trimestre-. Ambas iniciativas pretenden proporcionar un cierto incentivo psicológico para el retraso de la edad efectiva de jubilación, reduciendo los periodos de prolongación de la vida laboral que resulta necesario acreditar para acceder a una pensión de mayor cuantía y, con ello, facilitando que el sujeto se incline por continuar trabajando.

La segunda de las novedades introducidas por el Acuerdo Social de 31 de julio de 2024 en relación a los incentivos a la jubilación demorada radica, como ya se ha adelantado, en su compatibilización con una de las tres fórmulas de jubilación antes mencionadas, en concreto, con la jubilación activa. Sobre esta figura y las novedades que contempla el mencionado Acuerdo en relación a la misma se profundizará más adelante. Baste ahora con expresar, a nuestro parecer, el gran acierto del Gobierno y los agentes sociales por permitir dicha compatibilidad como un aliciente más para el fomento de la prolongación de la vida activa, de modo que pueda disfrutarse del percibo de tales incentivos durante el periodo de jubilación activa, sin tener que esperar al cese completo en la actividad laboral para acceder a los mismos. No obstante, resulta criticable que no se haya proporcionado el mismo trato en este sentido a la jubilación parcial y a la jubilación flexible, pese a tratarse de supuestos sustancialmente idénticos.

2.2. Compatibilidad entre trabajo y pensión: novedades planteadas por el Acuerdo Social de 31 de julio de 2024 en relación a la jubilación activa y la jubilación parcial

Como es sabido, el artículo 213.1 LGSS impone que "el disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con el trabajo del pensionista". Esta regla se ha flexibilizado en cierta medida a lo largo de los años, permitiendo una suerte de compatibilidad en aras de fomentar una transición progresiva de la vida activa a la pasiva, ayudando, no solo a que la decisión del completo retiro quede en manos de la persona que accede a la jubilación, sino también a la sostenibilidad del sistema de pensiones, procurando al mismo cotizaciones adicionales por parte de personas trabajadoras que, de otro modo, constituirían población inactiva.

Debe pensarse que toda prolongación de la vida activa respecto de la edad ordinaria de jubilación, por nimia que sea, ya supone un avance para la sostenibilidad del sistema, incluso aunque

[20] Así lo especifica claramente el artículo 3.3 del Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

no se reduzca la pensión percibida por la persona jubilada que decide continuar trabajando. De ahí que la Recomendación número 12 del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020 afirme que "es necesario profundizar en la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación, siempre que dicha prolongación no esté motivada por una pensión insuficiente. Merece así una valoración positiva la mejora del régimen de compatibilidad de la pensión con los ingresos provenientes de una actividad profesional, si bien son necesarias nuevas medidas que favorezcan esta compatibilidad, sin que ello produzca menoscabo de las cuentas del sistema".

Sin embargo, la compatibilidad entre trabajo y pensión solo se ha permitido parcialmente en nuestro ordenamiento jurídico a través de las figuras de la jubilación activa, la jubilación parcial y la jubilación flexible, lo que continúa lastrando un auténtico impulso al envejecimiento activo en nuestro país. Solo se permite una compatibilidad plena en dos supuestos ciertamente excepcionales que en ocasiones han sido categorizados, incluso, como patológicos[21]: el desarrollo por parte de la persona jubilada de un trabajo por cuenta propia siempre que sus ingresos totales anuales no superen el SMI en cómputo anual (supuesto de "hipoactividad" contemplado en el art. 213.4 LGSS), y la realización por parte de dicha persona pensionista de un trabajo por cuenta propia en el marco de la jubilación activa, contratando al menos a una persona trabajadora por cuenta ajena y, por tanto, convirtiéndose en una auténtica empresaria en el sentido del artículo 1.2 ET (supuesto de "hiperactividad" contemplado en el art. 214.2 LGSS).

Con todo, el Acuerdo Social de 31 de julio de 2024 introduce ciertas novedades en relación a dicha compatibilidad entre trabajo y pensión en el marco de la jubilación activa y parcial, por lo que a continuación se analizarán las mismas. No obstante, no se abordará la jubilación flexible, pues el referido Acuerdo no recoge innovaciones concretas en relación a la misma, imponiendo tan solo un mandato al Gobierno para que, en el plazo de 6 meses, revise su regulación contenida en el Real Decreto 1132/2002, mejorando el porcentaje de pensión a percibir.

2.2.1. La jubilación activa

A) Breve reseña de su evolución normativa y regulación actual

La jubilación activa, como la figura más reciente creada a fin de permitir compatibilizar pensión y trabajo, fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico por el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo[22], trasladándose posteriormente esta regulación al artículo 214 LGSS.

En concreto, esta modalidad de jubilación permite a la persona, una vez jubilada, compatibilizar el 50% del percibo de su pensión con la realización de cualquier trabajo por cuenta propia o ajena, ya sea a tiempo completo o a tiempo parcial (a diferencia de la jubilación flexible y parcial, que solo posibilitan realizar un trabajo por cuenta ajena y a tiempo parcial).

Para acceder a la misma, se requería, por un lado, haber alcanzado de forma efectiva la edad ordinaria de jubilación (pues no resultaba posible la aplicación de bonificaciones o anticipaciones en la misma) y, por otro, acreditar una prolongada carrera de cotización que posibilitase alcanzar una cuantía de la pensión del 100% de la base reguladora. Asimismo, durante el periodo de jubilación activa, la persona pensionista no tendría derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima, y vería revalorizada su pensión tan solo en un 50% del importe que le correspondería. Una

[21] Carril Vázquez, X.M.: "Capítulo 2: Jubilación activa", en AA.VV.: Las pensiones ante los retos que plantea la "sociedad del riesgo", Gómez Salado, M.G., López Insua, B.M., Fernández Ramírez, M. y González Cobaleda, E. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2024, págs. 182 y 190-191.

[22] 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.

vez finalizada la relación laboral por cuenta ajena o producido el cese en la actividad por cuenta propia, se restablecería el percibo íntegro de la pensión de jubilación.

Por otro lado, durante el periodo de compatibilidad, tanto la persona trabajadora como el empresario habrían de cotizar a la Seguridad Social por incapacidad temporal y por contingencias profesionales, quedando asimismo sujetos a una cotización de solidaridad del 8% que no sería computable a efectos del devengo de prestaciones, y que sería abonada en un 75% por el empresario y en un 25% por la persona trabajadora (previsión que se trasladaría al art. 153 LGSS para el trabajo por cuenta ajena y al art. 309 del mismo cuerpo legal para el trabajo por cuenta propia[23]).

Por último, el acceso a la jubilación activa, en el marco del trabajo por cuenta ajena, imponía exigentes requisitos a las empresas en las que la persona pensionista fuese a desarrollar su actividad, entre los que se contaban no haber adoptado decisiones extintivas improcedentes en los seis meses anteriores a dicha compatibilidad en relación a los puestos de trabajo del mismo grupo profesional que la persona pensionista, o el mantenimiento, durante la vigencia del contrato de trabajo de la persona pensionista, del nivel de empleo existente con carácter previo a su jubilación activa.

Como puede observarse, las rigurosas condiciones para el acceso a la jubilación activa (carrera de cotización prolongada, compatibilidad solo parcial de pensión y trabajo, obligaciones de mantenimiento de empleo para la empresa…) lastraban la efectividad de esta institución en la prolongación de la vida activa de la población, haciendo poco atractiva su utilización para empresas y personas trabajadoras.

En aras de flexibilizar en cierta medida esta exigente regulación, la Ley 6/2017, de 24 de octubre[24], introdujo el supuesto de compatibilidad plena ya mencionado anteriormente: en caso de que la actividad laboral fuese realizada por cuenta propia y se acreditase tener contratada, al menos, a una persona trabajadora por cuenta ajena, la compatibilidad alcanzaría el 100%[25]. Esta nueva previsión, sin embargo, no era menos desafiante, pues requería que la persona pensionista asumiese la contratación de una persona trabajadora, convirtiéndose necesariamente en empresaria y soportando las obligaciones laborales que ello conlleva.

La institución, sin embargo, no concluye su proceso de reformas. De una parte, la Ley 11/2020, de 30 de diciembre[26], modificó los artículos 153 y 309 LGSS, elevando un punto porcentual la cotización de solidaridad a abonar por la empresa y la persona jubilada activamente hasta el 9% (distribuido a razón de un 7% a cargo del empresario y un 2% a cargo de la persona pensionista, en caso de trabajo por cuenta ajena).

---

23 Actual artículo 310 LGSS, tras la modificación operada por el Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos y se mejora la protección por cese de actividad.

24 Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo.

25 Esta previsión ha sido objeto de importantes dudas interpretativas que han tenido que ser resueltas por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Pueden consultarse, en este sentido, la STS -Social- 313/2023, de 26 de abril (rec. 517/2020) -sobre el necesario vínculo que debe existir entre la contratación de la persona trabajadora y la actividad económica desarrollada por el trabajador autónomo para acceder a este beneficio-, así como el grupo de seis sentencias de la misma Sala de 23 de julio de 2021 (recursos 2956/2019, 4416/2019, 1328/2020, 1459/2020, 1515/2020 y 1702/2020) -sobre distinción entre "autónomos clásicos" y "autónomos societarios" y la imposibilidad de estos últimos de acceder a dicha compatibilidad plena-. Este último grupo de resoluciones ha sido objeto de un interesante comentario en Sáez Lara, C., "Jubilación activa y persona autónoma societaria. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2021". Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum, núm. 30, 2022, págs. 149-158.

26 Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

De otra, finalmente, la Ley 21/2021 configuró la jubilación activa con la regulación actualmente vigente, y que coincide con la ya descrita, aunque con dos importantes novedades, una que fomentaría su atractivo y otra que lo reduciría:

a) La primera es la eliminación de las obligaciones de mantenimiento de empleo por parte de aquellas empresas en las que la persona jubilada activamente se encontrase trabajando, flexibilizando en gran medida su régimen jurídico en este aspecto.

b) La segunda es la necesidad de prolongar la vida laboral, al menos, un año respecto al cumplimiento de la edad ordinaria para poder acceder a la jubilación activa, lo que suponía incorporar un requisito más para el acceso a la misma.

Por tanto, para acceder a la jubilación activa se requiere, hoy por hoy, la demora de un año respecto al cumplimiento de la edad ordinaria -elemento que ha sido objeto de controversia- y contar con una prolongada carrera de cotización que permita cobrar el 100% de la base reguladora de la pensión, posibilitando compatibilizar el 50% de la misma con el trabajo por cuenta propia o ajena, salvo en el caso de que se desarrolle un trabajo por cuenta propia y se contrate a una persona trabajadora, en cuyo caso la compatibilidad alcanza el 100%. A ello debe añadirse que los incentivos vinculados a ésta, no resultaban compatibles con la jubilación demorada, si bien, como se observará, ello es objeto de propuesta de modificación por el Acuerdo Social de 31 de julio de 2024.

B) Novedades contempladas en el Acuerdo Social de 31 de julio de 2024

El reiterado Acuerdo pretende, en este punto, flexibilizar en gran medida el régimen de la jubilación activa, convirtiéndola en una opción de mayor interés para las personas trabajadoras, de manera que se incentive de forma más efectiva la prolongación de la vida laboral.

En concreto, el Acuerdo plantea la eliminación de la necesidad de contar con una carrera de cotización completa que permita cobrar el 100% de la base reguladora de la pensión para acceder a la jubilación activa, lo cual hará más disponible esta modalidad para aquel segmento de la población con carreras de cotización menos constantes o prolongadas, siendo el impacto de esta medida indudable en términos de perspectiva de género, al convertir la jubilación activa en una posibilidad real para muchas trabajadoras (pues las mismas suelen contar, en promedio, con carreras de cotización de peor calidad que las de sus homólogos masculinos).

Asimismo, como ya se ha adelantado, se propone eliminar la exclusión entre los incentivos de la jubilación demorada y de jubilación activa, de manera que se pueda compatibilizar el percibo de los incentivos de la primera con el periodo de trabajo en régimen de jubilación activa, sin que la persona pensionista deba esperar a acceder a la jubilación total para su cobro.

Por último, se proyecta también una modificación en los porcentajes de compatibilidad de pensión y trabajo según la demora en el acceso a la jubilación activa. Así, actualmente, es necesario demorar un año respecto a la edad ordinaria a fin de acceder a la jubilación activa y compatibilizar el 50% de la pensión con la actividad laboral. Pues bien, el Acuerdo propone establecer un porcentaje de compatibilidad del 45% en caso de 1 año de demora (reduciendo en un 5% la compatibilidad respecto a la situación actual, por tanto), e incrementar la misma por cada año de demora transcurrido: 2 años de demora, 55% de compatibilidad; 3 años de demora, 65%; 4 años de demora, 80%, y 5 años de demora, 100%. Además, una vez producido el acceso a la jubilación activa, estos porcentajes se incrementarían en un 5% por cada 12 meses de actividad ininterrumpida, de modo que, por ejemplo, una persona que demorase su jubilación 2 años obtendría una compatibilidad del 55%, importe que, tras un año de

trabajo ininterrumpido, se convertiría en un 60%. Sin duda, esta previsión incrementa en gran medida el atractivo de la jubilación activa para las personas trabajadoras, pues, aun sacrificándose un 5% de compatibilidad durante el primer año de demora, se abre ahora la posibilidad de aumentar la misma por encima del 50%, incluso alcanzando una compatibilidad plena del 100% -ya sea a través de la demora en el acceso o mediante los incrementos del 5%-, lo que hasta ahora no resultaba posible.

Con todo, dicho atractivo se reduce para las personas trabajadoras por cuenta propia con un trabajador a cargo, pues en estos casos, el Acuerdo propone que el porcentaje inicial de compatibilidad pase del 100% al 75%, siempre que, o bien se acredite tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena con carácter indefinido con una antigüedad mínima de 18 meses; o bien se contrate con carácter indefinido a un nuevo trabajador por cuenta ajena que no haya tenido vínculo laboral con el trabajador autónomo en los dos años anteriores al inicio de la jubilación activa. No obstante, este porcentaje podrá incrementarse en un 5% por cada 12 meses ininterrumpidos de trabajo, tal y como se ha indicado. Debe notarse, además, que la reforma proyectada incide en la creación de empleo de calidad, puntualizando que la persona trabajadora contratada lo sea de forma "indefinida", requisito hasta ahora no exigido.

En cualquier caso, la voluntad del Ejecutivo y los agentes sociales por potenciar la jubilación activa resulta clara, en un intento por inclinar a las personas trabajadoras a prolongar su vida laboral y difuminar los límites entre trabajo y jubilación, fomentando así una transición progresiva entre la vida activa y pasiva y reforzando la sostenibilidad de nuestro sistema público de pensiones sin comprometer su suficiencia.

2.2.2. La jubilación parcial

A) Breve reseña de su evolución normativa y regulación actual

La jubilación parcial constituye una modalidad de jubilación que permite a las personas trabajadoras por cuenta ajena acceder a la pensión de jubilación y compatibilizarla de forma relativa (aplicando las correspondientes reducciones[27]) con la realización de un trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial. La misma ha sufrido múltiples reformas de distinto signo hasta el día de hoy, siendo introducida en nuestro ordenamiento jurídico hace 40 años en virtud de la Ley 32/1984, de 2 de agosto[28] -desarrollada por el Real Decreto 1991/1984, de 31 de octubre[29]-, por la que se creó la primera de las dos modalidades de jubilación parcial actualmente vigentes: la jubilación parcial anticipada.

Conforme a la Exposición de Motivos de la referida Ley 32/1984, "La intensidad alcanzada por el paro juvenil aconseja perfeccionar las formas contractuales que permiten la integración progresiva de estos colectivos en el trabajo, a través de […] la nueva figura del contrato de relevo". Surge así, entonces, la jubilación parcial como un mecanismo de política de empleo, permitiendo a las personas trabajadoras que aún no hubieran alcanzado la edad ordinaria jubilarse anticipadamente de forma parcial compatibilizando parte del percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial, siempre y cuando la empresa contratase simultáneamente a una persona desempleada, por medio de la nueva figura del contrato de relevo, para que cubriese la parte de jornada dejada de realizar por el relevado. En concreto la persona trabajadora relevada podía acceder a la jubilación parcial hasta tres años antes

[27] En concreto, esta reducción será directamente proporcional al porcentaje de reducción de jornada, conforme al artículo 12.1 del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

[28] Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

[29] Real Decreto 1991/1984. de 31 de octubre, por el que se regulan el contrato a tiempo parcial, el contrato de relevo y la jubilación parcial.

de cumplir su edad ordinaria, debiendo experimentar una reducción de jornada del 50% que pasaría a ser realizada por la persona trabajadora relevista, cuya relación laboral habría de ser mantenida, al menos, hasta que la relevada alcanzase la edad ordinaria de jubilación.

Como puede advertirse, en sus inicios la jubilación parcial -en su única modalidad "anticipada"- puso el foco en el reparto del trabajo existente y la reducción del desempleo (teóricamente "juvenil", aunque no se estableció como requisito que el relevista debiese tener una edad concreta)[30], y ello pese al importante coste que tal medida supondría para el sistema, al permitir anticipar la jubilación sin la aplicación de coeficientes reductores. No obstante, la escasa utilización que tuvo en la práctica esta figura atenuó los negativos efectos que su mayor empleo por parte de la población habría tenido para las arcas de la Seguridad Social, haciéndolos pasar desapercibidos. El motivo principal de su falta de uso venía dado por la rigidez en su regulación, especialmente para la empresa, imponiendo una reducción de jornada del relevista del 50% necesariamente (sin establecer una regulación en forma de horquilla porcentual que resultase más flexible) y obligando a la misma a gestionar a dos personas trabajadoras a tiempo parcial en lugar de a una única persona trabajadora a tiempo completo, lo cual revestía una mayor dificultad en materia de planificación de recursos humanos.

El escaso éxito de esta modalidad impulsó múltiples reformas tendentes a su flexibilización en 1998 y 2001 (*v. gr.* reducción de la edad para el acceso a la misma -hasta 5 años antes del cumplimiento de la edad ordinaria-, establecimiento de una horquilla porcentual generosa en la que debía situarse la reducción de jornada, posibilidad de contratar como relevista no solo a una persona desempleada, sino también a personas contratadas de forma temporal en la misma empresa…), que contribuyeron a impulsar la utilización de la jubilación parcial anticipada, incrementándose rápidamente el porcentaje de jubilaciones que se producían en el marco de esta modalidad. Sin embargo, tal y como se ha señalado[31], la jubilación parcial anticipada "murió de éxito" pues, al aumentar el número de interesados que accedían a la misma, pasaron a dejarse notar los negativos efectos de esta medida sobre las arcas del sistema, especialmente acentuados por la utilización fraudulenta, en muchas ocasiones, de esta modalidad, pues muchas empresas contrataban *ex novo* a personas trabajadoras para, inmediatamente después, concertar su acceso a la jubilación parcial, pactando reducciones de jornada hasta el máximo permitido (85%) con el propósito de permitir a estas últimas acceder de forma encubierta a una suerte de jubilación anticipada sin coeficientes reductores.

Este negativo impacto económico supuso entonces un viraje en la dirección de las reformas que posteriormente se sucederían en los años 2007, 2011 y 2013[32] en relación a la jubilación parcial anticipada, restringiendo su utilización mediante la imposición de estrictos requisitos adicionales.

Asimismo, junto con la jubilación parcial anticipada a la que nos hemos referido, la Ley 12/2001, de 9 de julio[33], creó una nueva modalidad de jubilación parcial postergada, también conocida

30 También se elogió esta medida por su capacidad para rejuvenecer las plantillas de las empresas, incrementar -supuestamente- la productividad de las mismas e incentivar la transmisión de conocimientos de las personas trabajadoras más experimentadas a las más jóvenes.

31 López Balaguer, M.: "La jubilación parcial en España: evolución normativa y régimen jurídico-laboral actual", Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales, vol. 5, núm. 2, 2015, pág. 110.

32 Cfr. id. En idéntico sentido, Guindo Morales, S.: "Configuración y régimen jurídico de la jubilación parcial", en AA.VV., La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo. VI Congreso Internacional y XIX Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Laborum, 2022, págs. 440-441; así como Molina Navarrete, C.: La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas. Entre suficiencia y sostenibilidad financiera, Madrid, La Ley, 2022, págs. 217-218.

33 Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

como "retrasada"[34] o "autónoma"[35], a la que la persona trabajadora podía acceder únicamente al cumplir la edad ordinaria de jubilación, en contraste con la regulación hasta entonces en vigor por la que, una vez alcanzada la edad ordinaria, se extinguía la relación laboral de la persona relevada con la empresa. Por supuesto, al no suponer anticipo alguno, esta nueva modalidad no corría el riesgo de ejercer presión sobre las arcas del sistema, de modo que su régimen de acceso no requería las exigentes condiciones establecidas para disfrutar de la jubilación parcial anticipada, no siendo necesaria tampoco la simultánea suscripción de un contrato de relevado para acceder a esta nueva modalidad.

Este breve *iter normativo* de una institución con décadas de tradición en nuestro ordenamiento jurídico desemboca en la regulación actual de la jubilación parcial[36], contemplada en el artículo 215 LGSS. En dicho precepto se contempla, como se ha mencionado ya, dos modalidades de jubilación parcial:

— *La jubilación parcial postergada, retrasada o autónoma* (art. 215.1 LGSS): A ella podrán acceder aquellas personas trabajadoras que hayan cumplido la edad ordinaria de jubilación y que reúnan el resto de requisitos para causar la pensión (en especial, la carencia mínima de 15 años prevista en el art. 205.1.b) LGSS), siempre que acuerden con su empresa una reducción de jornada de entre el 25 y el 50%. No resulta necesario en esta modalidad la simultánea suscripción de un contrato de relevo.

— *La jubilación parcial anticipada* (art. 215.2 LGSS): A ella podrán acceder aquellas personas trabajadoras a tiempo completo que reúnan los siguientes requisitos, expuestos a continuación de forma somera:

  • Haber cumplido de forma efectiva los 65 años o, en caso de acreditar 36 años y 6 meses cotizados, los 63 años (nótese que se flexibiliza este requisito frente a los 38 años y 6 meses cotizados que se requieren para la jubilación a los 65 años a partir de 2027), sin que resulten de aplicación bonificaciones o anticipaciones a estos efectos. Se establece por tanto, en líneas generales, un anticipo frente a la edad ordinaria de hasta 2 años.

  • Acreditar un periodo de antigüedad en la empresa de, al menos, seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial (computándose a tales efectos los periodos entre los que haya mediado una sucesión de empresas conforme al art. 44 ET). Este requisito se articula, precisamente, a fin de evitar la utilización fraudulenta de la jubilación parcial anticipada para encubrir jubilaciones anticipadas sin coeficientes reductores acordadas entre las empresas y personas ajenas a las mismas[37].

  • Que la reducción de jornada se encuentre comprendida entre el 25 y el 50%, pudiendo elevarse al 75% si la persona trabajadora relevista es contratada de forma

[34] De Val Tena, A.L.: "La pensión de jubilación en el sistema jurídico español: modalidades", Lavoro e previdenza oggi, núm. 5-6, 2023, pág. 21.

[35] Chabannes, M.: "La jubilación parcial en la era del envejecimiento activo: una institución necesitada de una reforma para su revitalización", Comunicación presentada al Congreso Nacional AEDTSS, 2023, pág. 18-20 y 23.

[36] Para un análisis más profundo de la evolución normativa de esta institución, vid. ibid., págs. 2-18, así como López Balaguer, M.: "La jubilación parcial en España…, op. cit, págs. 110-119.

[37] Moreno Romero, F. y Chabannes, M.: "Reflexiones sobre los problemas aplicativos de las jubilaciones anticipadas y parcial", en AA.VV.: La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones, Vila Tierno, F. y Gutiérrez Bengoechea, M. (Dirs.), Granada, Comares, 2020, pág. 145.

indefinida y a tiempo completo (fomentándose de esta forma la creación de empleo de calidad).

- Acreditar un periodo de cotización de 33 años en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial (requisito especialmente difícil de cumplir para las mujeres trabajadoras, al acreditar en promedio carreras de cotización menos prolongadas).

- Suscribir simultáneamente un contrato de relevo en los términos del artículo 12.7 ET, el cual deberá tener una duración igual, al menos, al tiempo que le falte a la persona relevada para alcanzar la edad ordinaria de jubilación.

- Que las bases de cotización de la persona trabajadora relevista no sean inferiores al 65% del promedio de las bases de cotización de los seis últimos meses del periodo de base reguladora de la pensión de jubilación parcial de la persona relevada.

Adicionalmente, cabe señalar varios elementos que se contemplan en el art. 215 LGSS y que son transcendentes a los efectos de entender las propuestas de modificación del Acuerdo que ahora nos ocupa:

a) De una parte, el artículo 215.2.g) LGSS añade que, durante el periodo de disfrute de la misma, empresa y persona trabajadora relevada deberán cotizar por la base de cotización que hubiera correspondido en caso de seguir ésta trabajando a jornada completa.

b) Por otro lado, a fin de comprender algunas de las novedades que plantea el Acuerdo Social de 31 de julio de 2024, debe llamarse la atención sobre la referencia del artículo 215.2 LGSS a las personas trabajadoras "a tiempo completo", pues solo estas pueden acceder a la jubilación parcial anticipada, lo cual restringe su disfrute por parte de personas trabajadoras a tiempo parcial y con contratos fijos-discontinuos[38], teniendo nuevamente esta limitación un mayor impacto sobre las mujeres por su mayor representatividad en el empleo a tiempo parcial[39].

Del mismo modo, y pese al silencio del legislador al respecto, resulta posible para la persona trabajadora jubilada parcialmente en la modalidad anticipada acumular todas las horas de trabajo que le resten hasta alcanzar la edad ordinaria en un único periodo temporal ininterrumpido, a fin de cumplir con su obligación laboral de forma más cómoda a la vez que mantiene su salario y cotización hasta cumplir dicha edad, habiendo sido esta posibilidad refrendada por el Tribunal Supremo[40].

Por último, resulta interesante señalar que el Real Decreto-ley 20/2018[41], de 7 de diciembre añadió un apartado sexto a la Disposición Transitoria 4º LGSS, por el que, con algunos requisitos adicionales, se prolongó la posibilidad de aplicación del régimen de jubilación parcial anticipada

[38] Por todas, vid. SSTS -Social- 606/2022, de 5 de julio (rec. 605/2022); 1272/2023, de 21 de diciembre (rec. 3616/2022) y la más reciente 624/2024, de 29 de abril (rec. 3824/2022).

[39] Ordoñez Casado, I.: "Capítulo 3: Jubilación parcial y flexible", en AA.VV.: Las pensiones ante los retos que plantea la "sociedad del riesgo", Gómez Salado, M.G., López Insua, B.M., Fernández Ramírez, M. y González Cobaleda, E. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2024, pág. 201; Molina Navarrete, C.: La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas. Entre suficiencia y sostenibilidad financiera, Madrid, La Ley, 2022, pág. 226.

[40] SSTS -Social- 453/2015, de 19 de enero (rec. 627/2014) y 265/2017, de 29 de marzo (rec. 2142/2015). Esta interpretación ha sido también asumida por el INSS en su respuesta a la Consulta 19/2017, de 10 de octubre, disponible en https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/1cdfaca6-c6c6-45a9-b37f-0b8213cba970/Consulta+19-2017.pdf?MOD=AJPERES.

[41] Real Decreto-ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España.

existente con anterioridad a la reforma operada en el año 2011[42] -de carácter más favorable- a las personas trabajadoras empleadas en el sector manufacturero siempre que causasen sus pensiones de jubilación parcial hasta el 31 de diciembre de 2022, fecha que fue prorrogada posteriormente hasta el 31 de diciembre de 2023[43] y luego, nuevamente, hasta el 31 de diciembre de 2024.

B) Novedades planteadas en el Acuerdo Social de 31 de julio de 2024

Este Acuerdo, aunque propone múltiples reformas en relación con la jubilación parcial, únicamente lo hace en lo referente a su modalidad anticipada. En concreto, se esboza un nuevo régimen jurídico en el que resulte posible el acceso a esta modalidad tres años antes de alcanzar la edad ordinaria de jubilación, permitiendo por tanto, *grosso modo*, el acceso a la misma un año antes respecto a la regulación actualmente vigente. Ahora bien, a esta flexibilización se vinculan nuevos requisitos, pues se propone que el necesario contrato de relevo que se formalice simultáneamente sea, necesariamente, indefinido y a tiempo completo (admitiéndose la contratación fija-discontinua), debiendo mantenerse el mismo al menos durante los dos años siguientes a la extinción de la jubilación parcial. Además, la reducción de jornada que experimente la persona trabajadora relevada habrá de ser como mínimo de un 20% y como máximo de un 33% en caso de que se acceda a la jubilación parcial más de dos años antes del cumplimiento de la edad ordinaria.

Como puede observarse, la reforma que se propone pretende flexibilizar el acceso a la jubilación parcial anticipada, en una medida que probablemente no resulte del todo aconsejable en términos de sostenibilidad del sistema público de pensiones, cuyas cuentas están experimentando un especial tensionamiento a raíz del incremento de la esperanza de vida y la jubilación progresiva de la generación del *baby boom*. Cierto es que, durante el tercer año de antelación, la reducción máxima de jornada permitida sería del 33%, por lo que el porcentaje de pensión a cobrar no podría exceder de esta cifra, a la vez que la persona trabajadora relevada y la empresa continuarían cotizando por la base de cotización que correspondería a la jornada sin minoración (art. 215.2.g) LGSS) mientras se obtienen las nuevas cotizaciones de la persona trabajadora relevista, ahora contratada de forma indefinida y a tiempo completo por un periodo que deberá prolongarse, al menos, dos años respecto a la extinción de la jubilación parcial. Sin embargo, debe recordarse que las bases de cotización de esta última pueden ser inferiores hasta en un 35% a las de la persona relevada, por lo que resulta dudoso que los cálculos económicos finalmente arrojen un resultado positivo para las arcas de la Seguridad Social al implementar un año más de anticipación, y ello aunque se haga con las condiciones descritas.

Asimismo, se propone reflejar legalmente la posibilidad de acumular los periodos de trabajo de la persona trabajadora relevada durante la vigencia del contrato de relevo, según lo dispuesto en el pacto individual que se formalice al efecto con la empresa o, en su caso, según indique el convenio colectivo de aplicación, sin que pueda vedarse esta posibilidad en ningún ámbito. Esta medida supondría la cristalización legal de la ya referida doctrina emanada de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (por todas, por su carácter reciente, la STS 624/2024, de 29 de abril -rec. 3824/2022-), contribuyendo a flexibilizar e incentivar el empleo de la jubilación parcial anticipada, aunque, como se ha señalado en alguna ocasión[44], permitir esta posibilidad resulta contrario al objetivo de articular una transición suave y progresiva de la vida activa a la jubilación.

---

42 Esta reforma fue llevada a cabo por la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

43 Art. 84 del Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad.

44 Chabannes, M.: "La jubilación parcial en la era del envejecimiento activo: una institución necesitada de una reforma para su revitalización", op. cit. págs. 9 y 10.

Finalmente, el mencionado Acuerdo Social plantea una nueva prórroga del régimen de jubilación parcial anticipada previsto con carácter especial en la Disposición Transitoria 4º LGSS para el sector manufacturero, a fin de incluir a todas aquellas pensiones de jubilación parcial causadas hasta el 31 de diciembre de 2029, si bien, endureciendo los requisitos para acceder al disfrute de este "régimen transitorio"[45] (aunque esta cualidad se esté diluyendo con cada prórroga).

En definitiva, puede decirse entonces que, una vez presentado el texto del Acuerdo ante el Pacto de Toledo, el Gobierno cumplirá con el mandato contenido en la Disposición Adicional 1º del RDL 2/2023 de remitir al mismo "una propuesta de modificación de la regulación de la jubilación parcial en el sistema de Seguridad Social que, teniendo presente el marco regulador de esta figura recogido en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, garantice un régimen de compatibilidad efectiva de trabajo y pensión; que preserve la calidad del empleo de los relevistas; y que equilibre el coste que esta modalidad de pensión tiene para el sistema", mandato que ya fue recordado además por las principales organizaciones empresariales y sindicales españolas en el Capítulo IV del V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva[46].

Sin embargo, como se ha indicado, y a falta de los correspondientes cálculos actuariales que deberán ser reflejados en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo que habrá de acompañar al texto legal que finalmente se proponga a las Cortes[47] (ya sea en forma de proyecto de ley o, con mayor probabilidad en los últimos tiempos, de Real Decreto-ley)-, no resulta tan claro que este último objetivo de "equilibrio de coste" vaya a ser alcanzado con tal reforma, la cual, de otra parte, se dirige a una modalidad de jubilación reservada a un reducido grupo de la población, al vedar su acceso a las personas trabajadoras a tiempo parcial (colectivo con gran representatividad femenina), fijas-discontinuas y a una gran proporción de personas trabajadoras que no pueden acreditar la prolongada carrera de jubilación exigida por la misma (33 años cotizados) -nuevamente, siendo las mujeres las que, al contar en promedio con carreras de cotización menos prolongadas, se ven más perjudicadas por este requisito-[48], limitando por tanto esta posibilidad de retiro anticipado sin aplicación de coeficientes reductores a un perfil muy concreto de persona trabajadora e, incluso, prorrogando un régimen todavía más privilegiado en relación a la misma aplicable a un único sector económico (el manufacturero)[49].

3. A MODO DE CONCLUSIÓN: BREVE REFERENCIA A LA INCIDENCIA DE LAS REFORMAS CONTENIDAS EN EL ACUERDO SOCIAL DE 31 DE JULIO DE 2024 EN MATERIA DE JUBILACIÓN EN LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES

No cabe duda de que el objetivo de las reformas contempladas en el Acuerdo Social de 31 de julio de 2024 en materia de jubilación demorada, activa y parcial pretenden favorecer el envejecimiento

[45] En concreto, el requisito relativo a que la empresa cuente con un porcentaje de trabajadores cuyo contrato de trabajo lo sea por tiempo indefinido se eleva del 70% a un porcentaje del 75% de la plantilla, incrementándose asimismo de forma progresiva la cotización de la empresa y de la persona jubilada parcialmente (40% en 2025; 50% en 2026; 60% en 2027; 70% en 2028 y 80% en 2029).

[46] Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva.

[47] Según preceptúa el artículo 26.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno

[48] Sobre los aspectos de género aludidos, vid. Aragüez Valenzuela, L.: "Análisis crítico en materia de pensiones desde un enfoque de justicia en la relación jurídica: especial referencia a la discriminación indirecta por razón de sexo", en AA.VV.: La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones, Vila Tierno, F. y Gutiérrez Bengoechea, M. (Dirs.), Granada, Comares, 2020, págs. 92-104, así como Ramírez Bandera, C.: "La situación laboral de la mujer en el mercado laboral español: especial atención a las políticas públicas contra las brechas de género", Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, vol. 12, núm. 1, 2024, págs. 622-630.

[49] Molina Navarrete, C., La nueva pensión de jubilación…, op.cit., pág. 237.

activo de la población, impulsando una transición más progresiva entre la vida laboral y el retiro a la vez que se potencia la sostenibilidad del sistema.

En materia de incentivos a la jubilación demorada, el atractivo incremento que se propone en relación a los mismos sin duda constituirá un aliciente para retrasar la jubilación, lo que tendrá un impacto positivo en el balance de ingresos y gastos del sistema -asumimos por descontado que el sacrificio económico que supone el incentivo es compensado por los beneficios obtenidos con el retiro demorado-.

Por otro lado, las modificaciones que se plantean en relación a la jubilación activa, especialmente la eliminación del requisito de contar con una carrera de cotización completa, la nueva progresión en la compatibilización entre pensión y trabajo y el posible disfrute de los incentivos a la jubilación demorada durante la misma, también contribuirán a su impulso, permitiendo al sistema recaudar cotizaciones -incluida una cotización de solidaridad del 9% que no implica contraprestación alguna- que, de otro modo, no recibiría.

Más dudoso es, sin embargo, el impacto que tendrán las medidas contenidas en el referido Acuerdo en materia de jubilación parcial anticipada, pues permitir su acceso hasta tres años antes de la edad ordinaria de jubilación más parece un paso hacia atrás en la sostenibilidad del sistema que una medida de impulso a la misma, especialmente si se tiene en cuenta el carácter altamente selectivo de esta modalidad, cuyo ámbito subjetivo se reserva a una proporción limitada de la población, con diferencias incluso entre sectores económicos (manufacturero).

En cualquier caso, debe señalarse con claridad que, difícilmente, estas medidas ayudarán, por sí solas, a frenar el incremento progresivo del déficit del sistema público de pensiones español que el reciente Informe de Envejecimiento (Ageing Report 2024) ha proyectado para las próximas décadas[50], si bien, se plantean dentro del conjunto de medidas que persiguen no incrementar los gastos del Sistema mediante el acceso en edades todavía tempranas para acceder a la condición de beneficiarios. Con ello, de una parte, se favorece alcanzar una media de edad mayor en el acceso a la pensión, al menos parcialmente, se mantienen una mayor tasa de actividad y la ratio entre cotizantes y beneficiarios se matiza.

Tabla 2: Proyección de los gastos, ingresos y déficit del sistema público de pensiones español en proporción al PIB tras las reformas implementadas hasta 2023 (2022-2070)

	2022	2030	2040	2050	2060	2070	peak value	peak year	change 2023-2070
Expenditure									
Gross public pension expenditure	**13.1**	**14.3**	**16.2**	**17.3**	**16.9**	**16.7**	**17.3**	**2051**	**3.6**
Contributions									
Public pension contributions	12.9	13.8	14.3	14.6	14.0	14.0	14.6	2050	1.1
Total pension contributions	13.3	14.2	14.6	14.8	14.2	14.1	14.8	2050	0.8
Balance of the public pension system (%GDP)**	-0.2%	-0.5%	-1.9%	-2.7%	-2.8%	-2.7%	-3.1%	2053	-2.6%

Fuente: Comité De Política Económica de la Unión Europea (Ageing Working Group), 2024 Ageing Report Spain's Country Fiche, 2023, pág. 27, disponible en https://economy-finance.ec.europa.eu/document/download/392994f2-c025-4066-bea8-f65cf4bcd411_en?filename=2024-ageing-report-country-fiche-Spain.pdf.

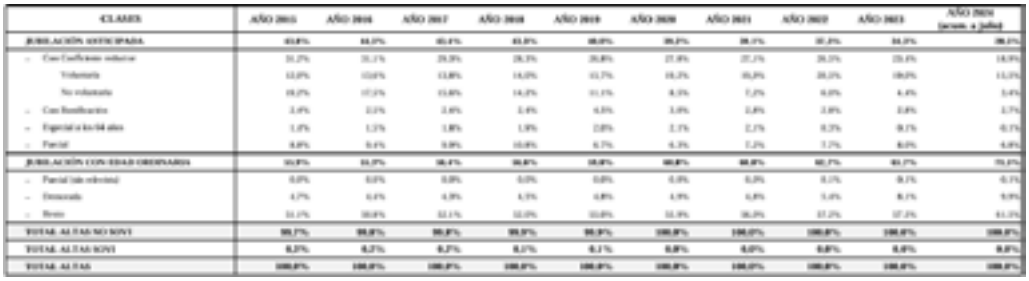
Como puede observarse, las proyecciones arrojan unos incrementos estimados de los ingresos del sistema público de pensiones que no alcanzan en ningún momento -ni siquiera entre décadas- el

[50] De hecho, el informe tuvo que corregir al alza las proyecciones en relación al gasto público en pensiones elaboradas por el Ministerio de Inclusión y Seguridad Social, tal y como señala De La Fuente, A., Notas sobre las proyecciones para España del Ageing Report de 2024, apuntes 2024/15, fedea, 2024, pág. 11, disponible en https://documentos.fedea.net/pubs/ap/2024/ap2024-15.pdf?utm_source=wordpress&utm_medium=portada&utm_campaign=estudio.

1,7% interanual marcado como objetivo por la Disposición Adicional 2º RDL 2/2023. Por otro lado, puede observarse como el techo de gasto del 15% se superará con creces a partir de 2040, lo cual obligará a la implementación de nuevas medidas en nuestro sistema de pensiones que posiblemente se traduzcan en un nuevo incremento del Mecanismo de Equidad Intergeneracional (y, por tanto, de los ingresos del sistema), a fin de no reducir el gasto y hacer peligrar la necesaria suficiencia de las pensiones concedidas en el marco del mismo.

Cierto es que el impulso al envejecimiento activo puede constituir una herramienta para fomentar la sostenibilidad del sistema, pero las fórmulas de jubilación que hacen el mismo posible no son en la actualidad tan empleadas por las empresas y personas trabajadoras de nuestro país como para marcar una diferencia significativa en los ingresos y gastos del sistema.

Tabla 3: Distribución porcentual del número de altas iniciales de jubilación por modalidades (porcentajes verticales)



Fuente: Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Evolución de altas iniciales de jubilación por modalidades. Periodo 2015-2024. Datos anuales acumulados, 2024, pág. 2, disponible en https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST44 [último acceso el 16 de septiembre de 2024].

Tal y como puede observarse, la jubilación parcial autónoma o postergada apenas es empleada en España, y la jubilación demorada, si bien ha experimentado un importante impulso en los últimos dos años gracias a la reforma de sus incentivos, acarrea un importante gasto económico que atenúa el impacto económico positivo de la misma en el sistema (pues el abono de los incentivos constituye un gasto adicional)[51]. Así, por ejemplo, se estima que las reformas de los incentivos a la jubilación demorada llevadas a cabo hasta ahora supondrán una reducción de los gastos del sistema entre 2022 y 2050 del 0,39% PIB, si bien incrementarán paralelamente dichos gastos en un 0,22% PIB, resultando en un impacto neto positivo de tan solo un 0,17% PIB.[52]

Con todo, es cierto que cualquier avance es bienvenido en la consecución de una mayor estabilidad presupuestaria en nuestro sistema público de pensiones que no comprometa la suficiencia del mismo consagrada en los artículos 41 y 50 CE, de ahí que el impulso del envejecimiento activo y del incremento de la edad efectiva de jubilación constituya una atractiva senda a explorar incluso con mayor empeño del existente en la actualidad.

---

51 Además, debe tenerse en cuenta, que la jubilación demorada es una alternativa factible solo para ciertos tipos de trabajos y actividades que exigen menores esfuerzos físicos y psíquicos, pues la edad se encuentra inexorablemente vinculada a un cierto deterioro biológico. Al respecto, Monereo Pérez, J.L., La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social, Barcelona, Atelier, 2022, pág. 151.

52 AA.VV.: "Notas sobre las proyecciones de gasto en pensiones del MISSMI", Estudios sobre la Economía Española, (De La Fuente, A., Coord.), Fedea, núm. 31, 2023, pág 4, disponible en https://documentos.fedea.net/pubs/eee/2023/eee2023-31.pdf?utm_source=wordpress&utm_medium=actualidad&utm_campaign=estudio&_gl=1*dt8gz2*_ga*MTMwMDA1NjgzOS4xNzI2NDIyMjgy*_ga_K71EGLC8JC*MTcyNjQyMjI4MS4xLjAuMTcyNjQyMjI4MS4wLjAuMA..

Así, las reformas planteadas continúan insistiendo en la incompatibilidad parcial entre pensión y trabajo una vez alcanzada la edad ordinaria de jubilación, al contrario de la dirección de las reformas que se han venido implementando en múltiples países de nuestro entorno[53]. La instauración de una compatibilidad plena una vez alcanzada esta edad junto con la posibilidad de cobrar los incentivos de demora durante la jubilación parcial postergada y la jubilación flexible -al igual que se propone realizar ahora con la jubilación activa-, *de lege ferenda*, podrían constituir medidas que contribuyesen a proporcionar un impulso definitivo a la prolongación de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación, reforzando a la vez el flujo de ingresos y gastos, pues aunque la ausencia de reducción por incompatibilidad supusiera un menor ahorro para el sistema, el mismo obtendría las cotizaciones abonadas por las personas jubiladas que se mantuvieran en activo, que compensarían a su vez el abono de incentivos durante el disfrute de estas modalidades, pudiendo incluso estudiarse la introducción de una cotización de solidaridad en los supuestos de jubilación parcial postergada y jubilación flexible similar a la establecida por los artículos 153 y 309 LGSS para los supuestos de jubilación activa.

En cualquier caso, pese a las reformas implementadas en los últimos años, no resulta tan claro que hayamos alcanzado la tan ansiada estabilidad presupuestaria que se había proyectado con las mismas. El futuro parece que vendrá entonces marcado por nuevos ajustes del sistema, siendo necesario estudiar de cerca la evolución de las cifras económicas del mismo en los años venideros a fin de corregir de la forma más rápida posible las desviaciones que se produzcan, y ello mediante soluciones -preferiblemente orientadas al incremento de los ingresos- que pongan el foco en no menoscabar en ningún caso el mencionado mandato constitucional -e internacional- de suficiencia.

La Sostenibilidad del Sistema es compleja ante los retos a los que este se enfrenta, pero el envejecimiento de la población implica, necesariamente, pasar por medidas que favorezcan la compatibilidad entre actividad laboral y edades que tradicionalmente se suponían de retiro. El Acuerdo trata de impulsar medidas en este sentido, medidas que, como hemos sugerido, pueden tener más o menos éxito desde un punto de vista económico, pero que, desde una óptica estrictamente social, suponen un éxito en cuanto al mensaje: los agentes sociales, en el contexto del Pacto de Toledo, son capaces de acordar medidas consensuadas con la esperanza firme de conseguir el mantenimiento de un elemento esencial y vertebrador de nuestro Estado de Bienestar: las pensiones públicas.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AA.VV.: "Notas sobre las proyecciones de gasto en pensiones del MISSMI", *Estudios sobre la Economía Española,* (De La Fuente, A., Coord.), Fedea, núm. 31, 2023, disponible en https://documentos.fedea.net/pubs/eee/2023/eee2023-31.pdf

[53] Este es el caso de Portugal, Francia o Alemania, habiéndose eliminado en este último país tal limitación completamente desde el 1 de enero de 2023 en virtud de la "Achtes Gesetz zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze", de 20 de diciembre de 2022 (Bundesgesetzblatt núm. 56 de 28 de diciembre de 2022). Al respecto, vid., para Portugal, Fernández Orrico, F.J., "La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo en la Unión Europea: una manifestación de las políticas de envejecimiento activo (con especial atención a España y Portugal)", Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF., núm. 417, 2017, págs. 82 y ss; para Francia, Legarreta, R.E. y Desbarats, I., "Grandes tendencias legislativas en materia de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo en Francia y en España. ¿Una muestra de adaptación al envejecimiento?, Documentación Laboral. Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 112, vol. IV, 2017, pág. 183; y para Alemania, Deutsche Rentenversicherung, Altersrente: Unbegrenzt hinzuverdienen, núm. 36, 2024, disponible en https://www.deutsche-rentenversicherung.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/national/altersrentner_hinzuverdienst.pdf?__blob=publicationFile&v=14.

Aragüez Valenzuela, L.: "Análisis crítico en materia de pensiones desde un enfoque de justicia en la relación jurídica: especial referencia a la discriminación indirecta por razón de sexo", en AA.VV.: *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de* pensiones, Vila Tierno, F. y Gutiérrez Bengoechea, M. (Dirs.), Granada, Comares, 2020.

Carril Vázquez, X.M.: "Capítulo 2: Jubilación activa", en AA.VV.:, *Las pensiones ante los retos que plantea la "sociedad del riesgo"*, Gómez Salado, M.G., López Insua, B.M., Fernández Ramírez, M. y González Cobaleda, E. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2024.

Comité De Política Económica De La Unión Europea (Ageing Working Group)*: 2024 Ageing Report Spain's Country Fiche*, 2023*, disponible en https://economy-finance.ec.europa.eu/document/download/392994f2-c025-4066-bea8-f65cf4bcd411_en?filename=2024-ageing-report-country-fiche-Spain.pdf.*

De La Fuente, A.: *Notas sobre las proyecciones para España del Ageing Report de* 2024, apuntes 2024/15, fedea, 2024, disponible en https://documentos.fedea.net/pubs/ap/2024/ap2024-15.pdf?utm_source=wordpress&utm_medium=portada&utm_campaign=estudio

Deutsche Rentenversicherung: *Altersrente: Unbegrenzt hinzuverdienen*, núm. 36, 2024, disponible en https://www.deutsche-rentenversicherung.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/national/altersrentner_hinzuverdienst.pdf?__blob=publicationFile&v=14.

Fernández Orrico, F.J.: "La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo en la Unión Europea: una manifestación de las políticas de envejecimiento activo (con especial atención a España y Portugal)", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 417, 2017.

Legarreta, R.E. y Desbarats, I.: "Grandes tendencias legislativas en materia de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo en Francia y en España. ¿Una muestra de adaptación al envejecimiento?, *Documentación Laboral. Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad* Social, núm. 112, vol. IV, 2017.

López Balaguer, M.: "La jubilación parcial en España: evolución normativa y régimen jurídico-laboral actual", *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 5, núm. 2, 2015.

Molina Navarrete, C.: *La nueva pensión de jubilación, pública y privada, tras las últimas reformas. Entre suficiencia y sostenibilidad financiera*, Madrid, La Ley, 2022.

Monereo Pérez, J. L.: "La garantía de las pensiones: desafíos para la sostenibilidad económica y social", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS),* núm. 3, 2021.

Monereo Pérez, J.L.: *La reforma del sistema de pensiones en España. Sostenibilidad económico-financiera, suficiencia y adecuación social*, Barcelona, Atelier, 2022.

Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A.: "Recomendación 0. Defensa del mantenimiento y mejora del sistema público de pensiones: la opción por reformas paramétricas para garantizar las pensiones", en AA.VV.: *Perspectivas jurídicas y económica del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo* (2020), Hierro Hierro, F.J. (Dir. y coord.), Cizur Menor (Navarra), Thompson Reuters Aranzadi, 2021.

Moreno Romero, F. y Chabannes, M.: "Reflexiones sobre los problemas aplicativos de las jubilaciones anticipadas y parcial", en AA.VV.: *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de* pensiones, Vila Tierno, F. y Gutiérrez Bengoechea, M. (Dirs.), Granada, Comares, 2020.

Nicolás Bernad, J. A.: "Solidaridad y equidad intergeneracional en la sostenibilidad del sistema de pensiones, en aplicación del Real Decreto-Ley 2/2023", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 482, 2024.

Ordoñez Casado, I.: "Capítulo 3: Jubilación parcial y flexible", en AA.VV.: *Las pensiones ante los retos que plantea la "sociedad del riesgo"*, Gómez Salado, M.G., López Insua, B.M., Fernández Ramírez, M. y González Cobaleda, E. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2024.

Ramírez Bandera, C.: "La situación laboral de la mujer en el mercado laboral español: especial atención a las políticas públicas contra las brechas de género", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 12, núm. 1, 2024.

Sáez Lara, C.: "Jubilación activa y persona autónoma societaria. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2021". *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 30, 2022.

Tortuero Plaza, J.L.: "Editorial", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, ISSN-e 2660-437X, núm. 3, 2021.

Tortuero Plaza, J.L.: "Retos y reformas en materia de pensiones". *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 467, 2022.

Vila Tierno, F.: "Algunas reflexiones sobre la jubilación demorada", *Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 40, 2023.

Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Retos para garantizar el sistema de pensiones en España[1]

Challenges to guaratee the pension system in Spain

Guillermo Rodríguez Iniesta *Catedrático (acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Murcia*
https://orcid.org/0000-0001-5054-8822

Cita Sugerida: RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Retos para garantizar el sistema de pensiones en España». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 161-187.

Resumen

Son múltiples los retos a los que nuestro sistema de Seguridad Social se enfrenta y que básicamente se encuentran recogidos en el Pacto de Toledo de 2020 y a los que se ha comenzado hacerles frente dentro del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia De todos ellos aquí se analizarán algunos que se consideran relevantes como: ganarse la confianza de los jóvenes en la Seguridad Social; reafirmar el valor positivo de la generación baby booners y no su visión negativa; transparencia del marco normativo de la Seguridad Social; racionalizar el régimen de compatibilidades de las pensiones con el trabajo; eliminación de incongruencias y privilegios en el sistema de Seguridad Social; y mostrar la realidad de la Previsión Social Privada.

Palabras clave

jóvenes; transparencia; compatibilidades; privilegios; desigualdades; previsión social privada

Abstract

There are multiple challenges that our Social Security system faces and wich are basically included in the Toledo Pact of 2020 and wihch we have beun to address within the Recovery, Transformation and Resilience plan Of all of them, some that are considered relevant will be analyzed here, suchas: gain the turs of compatibility of pensions with work: elimination of incosistencies and rvileges in the Social Segurity system: and show the reality of Prive Social Segurity

Keywords

young people; transparency; priveleges; inequalities; private social security

1. INTRODUCCIÓN

En marzo de 2023 el Ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones presentaba ante la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo[2] un informe denominado "Reforma de pensiones", en los siguientes términos:

Se ha llevado a cabo un proceso de culminación de la modernización del sistema de pensiones, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo que se sintetizan en tres principios fundamentales:

1) Garantías de suficiencia de las pensiones

[1] El presente trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación del Programa Estatal de I+D+i con referencia PID 2022 - 140298NB-100 "La sostenibilidad del sistema de pensiones en un contexto de reformas e inestabilidad económica".

[2] Véase una presentación del mismo en https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Documents/2023/150323-pacto-toledo-presentacion.pdf. [consultado en 8 julio de 2024].

Buscando garantizar un adecuado nivel de protección para los pensionistas. La suficiencia actuará como garantía de la dignidad de las personas[3] asegurando un nivel mínimo de protección tal y como se establece en el Protocolo Adicional de la Carta Social Europea.

Y así se presenta como ejemplo, de ello:

— La Ley 21/2021, de 28 de diciembre: sobre revalorización de pensiones y equiparación de situaciones de parejas de hecho a efectos de la pensión y prestación de viudedad.

— RD-ley 3/2021, de 2 febrero: que establece un nuevo marco de revalorización de pensiones mínimas contributivas y no contributivas y complemento de brecha de género. Llevándose a cabo la derogación del Factor de Sostenibilidad y nueva forma de cálculo de la revalorización de las pensiones en relación con la inflación.

2. Equidad y solidaridad del sistema de pensiones

Entendiendo por equidad la ausencia de un tratamiento diferencial para todos aquellos que realizan idéntica aportación que está en estrecha relación con el principio de contributividad, es decir con una relación equilibrada entre la prestación reconocida y el esfuerzo de cotización ya realizado y para ello las reformas llevada a cabo han consistido en: a) Cotización por ingresos reales para los trabajadores autónomos: b) Reforma de la base reguladora con un nuevo sistema que permitirá elegir el período de cómputo (exclusión de los peores meses cotizados de la carrera laboral, lo que favorece a las carreras de seguro irregulares) y mejora del tratamiento de las lagunas de cotización para evitar un impacto desfavorable con una nueva fórmula a partir del mes 48; c) Establecimiento de una cuota de solidaridad, para los ingresos superiores a la base máxima de cotización (es decir sobre los salarios más altos); d) Equilibrio intergeneracional, mediante la introducción del Mecanismo de Equidad Intergeneracional de forma gradual (hasta 2029) en sustitución del Factor de Sostenibilidad (que venía a suponer un recorte en la pensión inicial) y que prevé un beneficio acumulado para los jóvenes de 25 años.

3) Incremento de la sostenibilidad del sistema.

El objetivo declarado de las reformas es asegurar la sostenibilidad a medio plazo del sistema de pensiones, conforme a las Recomendaciones del Pacto de Toledo: *"La adecuación y la sostenibilidad son las dos mitades de la ecuación de la política de pensiones: Para proporcionar a los pensionistas actuales y futuros un nivel de vida digno, los sistemas de pensiones deben establecerse de manera financieramente viable".* En consecuencia, las reformas buscarán: la separación de fuentes, acercamiento de la edad efectiva a la edad legal de jubilación y el incremento de las bases máximas de cotización y de la pensión máxima.

Este proceso de modernización del sistema se ha venido desarrollando en varias fases:

[3] Véase art. 10.1 de la Constitución Española, que señala lo siguiente "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social"

Año	Materia
2021	Complemento brecha género[4]
	Medidas para garantizar el poder adquisitivo de las pensiones y refuerzo de la sostenibilidad del sistema[5]
2022	Impulso de los planes de pensiones[6]
	Modernización y mejora del RETA[7]

[4] Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico. Recuerda que el complemento por maternidad incorporado al sistema de Seguridad Social en 2016ue considerado discriminatorio para los hombres por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 12 de diciembre de 2019. El nuevo complemento parte del análisis de las trayectorias de cotización para determinar cuál de los dos progenitores se vio más perjudicado en su carrera contributiva por el nacimiento de cada uno de los hijos, previéndose que, en caso de no existir un progenitor particularmente perjudicado, se reconozca el complemento a la madre. Además, el nuevo complemento se reconoce desde el primer hijo, y su deja de ser un porcentaje sobre la pensión y pasa a ser una cantidad fija por hijo.

[5] Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. En síntesis, el contenido de la reforma afecta:
A) Separación de fuentes de financiación de la Seguridad Social (reforma C30.R1): se modifica la financiación del sistema de pensiones en consonancia con las recomendaciones del Pacto de Toledo para que las prestaciones contributivas se financien mediante cotizaciones sociales y las prestaciones no contributivas se sufraguen con cargo al presupuesto del Estado. Aquellas partidas del gasto que se venían financiando con cotizaciones sociales, dejaran de serlo y se considerarán prestaciones no contributivas y con cargo a los PGE, las siguientes: una parte de las políticas de empleo no contributivas; las reducciones en la cotización a la Seguridad Social para fomento del empleo; la prestación por nacimiento y cuidado de hijos; gastos relacionados con jubilaciones anticipadas; el complemento de pensiones por maternidad; pensiones en favor de familiares; medidas de apoyo («subvenciones implícitas») a regímenes especiales; el coste de complementar las lagunas de cotización para el cálculo de la pensión de jubilación. Reforma que se inicia en 2021 y se aplicará progresivamente.
B) Mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones (reforma C30.R2-A): se sustituye el Índice de Revalorización de Pensiones (IRP) por una nueva fórmula de revalorización en función de la inflación del ejercicio anterior, con el objetivo de garantizar el poder adquisitivo de las pensiones. se revalorizarán al comienzo de cada año en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del IPC de los doce meses previos a diciembre del año anterior. Caso de que el valor medio fuera negativo, el importe de las pensiones no variará al comienzo del año.
C) Ajuste de la edad efectiva de jubilación con la edad legal de jubilación (reforma C30.R2-B): a través de fórmulas voluntarias y más equitativas se favorece el progresivo alineamiento de la edad efectiva y de la edad ordinaria de jubilación, como vía para reforzar la sostenibilidad del sistema en el medio y largo plazo. Se lleva a cabo un rediseño de los coeficientes reductores para corregir distorsiones en la jubilación anticipada; nuevo marco de incentivos a la demora de la jubilación y remoción de obstáculos en su acceso.

[6] Reforma 5 del componente 30 PRTR. Las medidas específicas fueron:
-Creación de un fondo de pensiones de empleo de promoción pública, gestionado por el sector privado, al que pueden adscribirse planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para la jubilación.
-Amplía la población cubierta por planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para jubilación con financiación mixta de empresa y trabajadores a través de la negociación colectiva de dimensión preferentemente sectorial, para lo cual se establecen mecanismos e incentivos con el fin de alcanzar la universalidad de estos planes de pensiones de empleo para todos los trabajadores.
-Simplificación de los trámites en la adscripción y gestión de los planes de pensiones haciendo uso de los avances en digitalización para que las operaciones de alta de la empresa y del partícipe, aportación, información de rentabilidad y movimientos, petición de prestaciones y cobro sean on-line, sin dejar fuera a ningún usuario por la brecha digital.
-Diseño de mecanismos que favorezcan la movilidad de los trabajadores entre las diferentes empresas y sectores.
-Diseño de un nuevo incentivo fiscal dirigido a impulsar este tipo de instrumentos colectivos, que beneficia especialmente el ahorro de las rentas medias y bajas e incorpora a los jóvenes de manera más eficaz.
-Limitación de los costes de gestión de los planes de empleo.

[7] Reforma 3 del componente 30. Real Decreto -ley 13/2022, de 26 julio, por el que se establece un nuevo sistema de cotización para los trabajadores por cuenta propia o autónomos El nuevo sistema de cotización de los trabajadores autónomos, basado en los rendimientos por la actividad económica desempeñada, tiene como objetivo fundamental el de corregir la distorsión generada por la posibilidad de elección de la base de cotización vigente, en vigor antes de esta reforma. Ahora las cotizaciones de los autónomos dependerán de la evolución de sus ingresos, adaptándose

Año	Materia
2023	Culminación de la modernización del sistema público de pensiones[8]

Por otro lado, debe de recordarse que el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (Pacto de Toledo de 2020), recoge las siguientes recomendaciones -resumen-[9]:

de manera flexible al ciclo económico, su trayectoria vital, y la evolución de su actividad. Los rendimientos netos se calculan deduciendo de los ingresos todos los gastos producidos en el ejercicio de la actividad y necesarios para la obtención de ingresos del autónomo. Sobre esa cantidad, se aplica adicionalmente una deducción por gastos genéricos del 7% (del 3% para los autónomos societarios) Se fija un primer periodo transitorio, la reforma establece, para los primeros tres años de su despliegue, un sistema progresivo de quince tramos que determina las bases de cotización y las cuotas en función de los rendimientos netos del autónomo, como transición al modelo definitivo de cotizaciones por ingresos reales que se producirá como muy tarde en nueve años.

Un análisis sobre la reforma en la cotización de estos trabajadores puede verse en Rodriguez Iniesta, G. y Trillo García, A.R.: La cotización de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (Régimen jurídico tras las reformas de 2022-2024), Laborum Ediciones, Murcia, 2024.

8 Reformas 2 C y D y 6 del componente 30. Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de Derechos de los Pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del Sistema Público de Pensiones.

Las medidas específicas fueron:

-Adecuación a las nuevas carreras profesionales del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación. La finalidad declarada es que la a pensión de jubilación refleje adecuadamente la vida laboral del trabajador y tenga en cuenta que las interrupciones y las lagunas en la cotización son cada vez más frecuentes. Para ello se establece un régimen dual del periodo de cómputo para los próximos 20 años, por el que se aplicará a los trabajadores que se jubilen la más beneficiosa de estas posibilidades: los 29 últimos años de carrera, descartando los 24 meses (2 años) peores; y el periodo de cómputo actual (25 últimos años). Y en segundo lugar se mejora la cobertura de lagunas, de forma que se cubrirán hasta cinco años de vacío de cotización con el 100% de la base mínima, frente a los cuatro actuales. El sexto y el séptimo año sin cotizar se cubrirá con un 80% de la base mínima, frente al 50% actual

-Sustitución del factor de sostenibilidad por un mecanismo de equidad Intergeneracional. El Mecanismo de Equidad Intergeneracional se configura a partir de dos elementos: a) Una cotización finalista aplicable en todos los regímenes y en todos los supuestos en los que se cotice por la contingencia de jubilación, que no será computable a efectos de prestaciones; y b) Los ingresos obtenidos mediante esta cotización finalista se ingresarán en el Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

-Adecuación de la base máxima de cotización del sistema. La base máxima de cotización se actualizará anualmente en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre del año anterior, y adicionalmente, desde 2024 hasta el año 2050, en 1,2 puntos porcentuales cada año. Este incremento de la base máxima de cotización incrementará los ingresos por cotizaciones. A su vez, la cuantía máxima de la pensión inicial contributiva desde 2025 fijada en los Presupuestos Generales del Estado también se actualizará anualmente de acuerdo con la inflación, e incorporará un incremento adicional de 0,115 porcentuales acumulativos cada año hasta 2050, compensando así la mayor carga que supondrá para algunos trabajadores el incremento de la cotización. Adicionalmente, se crea una cuota de solidaridad para los salarios más altos que queden por encima de la base máxima. Esta medida tendrá también un componente distributivo, se desplegará gradualmente, partiendo de cuotas del 1,17% en 2025 en su tramo más bajo, hasta alcanzar el 7% para el tramo más alto en 2045. Esta cotización tendrá en cuenta la remuneración total que se perciba, y variará en función del exceso de los rendimientos del trabajo por cuenta ajena sobre la base máxima de cotización establecida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado del correspondiente año. A este efecto se establecen tres tramos de rendimientos, a los que corresponde un tipo de cotización progresivo.

Otras medidas que el RD-ley 2/2023 incorpora son las dirigidas a la mejora de las pensiones de las mujeres y de aquellas más bajas como: a) Mejora del complemento de brecha de género: que aumentará en 2024 y 2025 un 10% adicional al IPC; b) Incremento de las pensiones mínimas y no contributivas; c) Ampliación del periodo cotizado en excedencias y reducción de jornada por cuidado de familiares; d) Reducción de jornada por cuidado de hijos; y e) Excedencia por cuidado de hijos

9 Un análisis de las mismas puede verse en Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020), Revista Derecho de la Seguridad Social, Laborum,25,13-32, accesible en https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/430.

Número	Rúbrica	Objetivos. Líneas de actuación
0	Defensa del mantenimiento y mejora del sistema público de pensiones	-Rechazo a la sustitución del sistema de reparto por otro de capitalización. -La financiación del sistema debe adecuarse a la naturaleza de la protección de modo que las prestaciones no contributivas deberá de hacerse vía aportaciones del Estado
1	Consolidación de la separación de fuentes y restablecimiento del equilibrio financiero	-Las cotizaciones sociales deben ser destinadas exclusivamente a financiar prestaciones contributivas. -La financiación de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social ha de efectuarse exclusivamente a través de aportaciones del Estado
2	Mantenimiento del poder adquisitivo y mejora de las pensiones	-Mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas mediante la revalorización anual de sus pensiones en base al IPC real, así como su garantía por Ley y su preservación mediante la adopción de medidas para asegurar el futuro equilibrio social y financiero del sistema.
3	Fondo de reserva	-Debe retomarse la regla según la cual los excedentes de las cotizaciones, sin límite alguno, han de incorporarse al Fondo de Reserva, así como que la disposición de sus activos debe ajustarse estrictamente al pago de prestaciones de naturaleza contributiva. -El Fondo de Reserva puede ser una importante ayuda para resolver desequilibrios coyunturales entre los ingresos y los gastos de la Seguridad Social, pero no es el mecanismo adecuado para resolver desequilibrios financieros de naturaleza estructural.
4	Integración y convergencia de regímenes.	Continuar avanzando hacia la plena equiparación de los derechos y obligaciones de los trabajadores autónomos con los del Régimen General. Deben promoverse, en el marco del diálogo social, las medidas necesarias para aproximar las bases de cotización de los autónomos a sus ingresos reales
5	Adecuación de las bases y periodos de cotización	-Evaluación de la ampliación de la progresiva del período de cálculo de la base reguladora de las pensiones. -Evaluación de la ampliación del periodo cotizado exigible, por Ley, para alcanzar una pensión del cien por cien de la base reguladora. -Resulta adecuado el mantenimiento y mejora de las pensiones mínimas, con una estructura y cuantías que no desincentiven la cotización.
6	Incentivos al empleo	Solamente debe priorizarse con este tratamiento preferente a los colectivos de personas con discapacidad o en riesgo de exclusión social y a las víctimas de violencia de género; asimismo, deben adoptarse medidas de fomento de la contratación de los parados de larga duración, y de los jóvenes, así como incentivarse el mantenimiento del empleo de las personas contratadas que tengan 55 o más años.

Número	Rúbrica	Objetivos. Líneas de actuación
7	Modernización e información al ciudadano	Dar cumplimiento a las obligaciones de información de modo que cada ciudadano pueda disponer de información periódica individualizada sobre sus futuros derechos de pensión
8	Gestión del sistema.	Potenciar la mejora de la gestión, a través de la creación de una agencia de la Seguridad Social que permita la gestión integrada de las funciones de afiliación, recaudatorias y de gestión de prestaciones, con arreglo al marco competencial establecido en la Constitución y los diferentes Estatutos de Autonomía. -Abordar de manera inmediata un plan integral de recuperación y renovación de la plantilla de personal al servicio de la Seguridad Social.
9	Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.	Completar el proceso de modernización y transparencia en el funcionamiento de las Mutuas, así como dotarlas de un cierto margen de flexibilidad en el uso de sus recursos, compatible con un estricto control por la Seguridad Social.
10	Lucha contra el fraude	Debe favorecerse que todas las Administraciones implicadas puedan cruzar la información existente en sus bases de datos. — Deben reforzarse los medios de la Inspección de Trabajo y el régimen sancionador a las empresas que no cumplan con sus obligaciones frente a la Seguridad Social.
11	Contributividad.	Preservar y reforzar el principio de contributividad sin menoscabo de la solidaridad del sistema
12	Edad de jubilación	Fomentar la permanencia de los trabajadores en activo. — Atender a las situaciones de vulnerabilidad que la prolongación de la vida laboral pueda generar en determinados colectivos
13	Prestaciones de viudedad y orfandad.	Llevar a cabo de manera gradual la reformulación integral de las prestaciones por muerte y supervivencia —en especial la de viudedad— manteniendo su carácter contributivo
14	Suprimida	
15	Solidaridad y garantía de suficiencia.	Fijar una referencia adecuada, que podría ser la tasa de sustitución (porcentaje de la pensión media sobre el salario medio de los trabajadores ocupados) — Establecer un ámbito territorial de medición comparada, en concreto el de los países más avanzados de la Unión Europea.
16	Sistemas complementarios	-Impulsar los planes de pensiones de empleo, sustentados en el marco de la negociación colectiva. En cuanto al tercer pilar, su gestión debe ser más transparente
17	Mujeres y Seguridad Social.	Adoptar medidas de carácter estructural para conseguir la equiparación de la cobertura por pensiones entre mujeres y hombres, y potenciar la corresponsabilidad entre géneros.
17 bis	Juventud y Seguridad Social	-Objetivo básico es que los jóvenes recuperen la confianza en el sistema.

Número	Rúbrica	Objetivos. Líneas de actuación
18	Personas con discapacidad.	Deben intensificarse las medidas dirigidas a su activación, favoreciendo su acceso al empleo. En particular, se propone la compatibilidad de la percepción de las pensiones por incapacidad permanente con la realización de un trabajo
19	Trabajadores migrantes	Deberán de apoyarse los puentes de inmigración legal para satisfacer la demanda del mercado laboral español. A tal fin, la Seguridad Social debe adecuar los procesos con medidas que faciliten la gestión de los trámites de contratación, afiliación e integración en el sistema.
19 bis	Seguridad Social y economía digitalizada.	Actuar frente a realidades relacionadas con las características de las actividades que se desarrollan a través de plataformas digitales, como son la economía informal, los falsos autónomos y la infracotización.
20	Control parlamentario, seguimiento, evaluación y reforma del Pacto de Toledo	Comparecer anualmente ante la Comisión para informar de la situación puntual de la Seguridad Social en relación con el cumplimiento de las recomendaciones efectuadas. Transcurridos cinco años, el Congreso de los Diputados habrá de proceder a una revisión general de las recomendaciones, así como evaluar a su grado de cumplimiento.

Como se puede apreciar los retos son múltiples, variados y de gran calado.

El análisis que se va a llevar aquí se va a limitar a unos concretos retos o desafíos que se consideran relevantes (algunos de ellos ya previstos total o parcialmente en las recomendaciones del Pacto de Toledo): 1) Que los jóvenes confíen en la Seguridad Social; 2) Reafirmar el valor positivo de la generación *baby booners* y no su visión negativa, a los que de alguna forma se pretende considerarles que ellos son los responsables de la situación actual y futuro próximo de la Seguridad Social; 3) Transparencia del marco normativo de la Seguridad Social, singularmente en la pensión "reina", la jubilación; 4) La racionalización de las compatibilidades de las pensiones con el trabajo; 5) La eliminación de anacronías, incongruencias y privilegios en el sistema de Seguridad Social; y 6) Mostrar la realidad de la Previsión Social Privada.

2. GANARSE LA CONFIANZA DE LOS JÓVENES EN LA SEGURIDAD SOCIAL

Lo primero que podría plantearse es si dan las condiciones para que los jóvenes confíen en el presente y futuro de la Seguridad Social ante las continuas e insidiosas informaciones que aparecen en los medios de comunicación, por ejemplo: "*Generación cautiva. La Seguridad Social de los jóvenes: pensiones más bajas y con planes complementarios. Los datos, los expertos y la experiencia muestran que la prestación inicial será más reducida en el futuro. Las nuevas generaciones ni siquiera confían en cobrar jubilación los políticos no les dan certidumbre muchas de ellas provocadas por las propias declaraciones de altos responsables políticos*[10]; o de los propios responsables políticos, por ejemplo: "*El mensaje a los jóvenes del responsable de la Seguridad Social: No pueden pretender jubilarse como su abuelo. El secretario de Estado de Seguridad Social en funciones, Octavio Granado, ha manifestado este martes que es necesario aumentar la edad de jubilación en algunos sectores por la tardía incorporación al trabajo de los jóvenes ...*"[11]. Y mucho más cercano en el tiempo,

[10] Noticia publicada en el diario El Mundo, en 1 de agosto de 2021, accesible en https://www.elmundo.es/economia/2021/08/01/61018c07fc6c8347048b465a.html.

[11] Noticia publicada en el diario El Independiente en 14 julio de 2019 https://www.elindependiente.com/economia/2019/07/16/mensaje-jovenes-responsable-seguridad-social-no-pueden-pretender-jubilarse-abuelo/.

declaraciones del Ministro de Inclusión y Seguridad Social: *"Escrivá confía en el retraso de la edad real de jubilación y la inmigración para apuntalar la Seguridad Social*" [12], intenciones que más tarde serían confirmadas en entrevista televisiva, proponiendo premiar a quienes amplíen la edad de jubilación que sería contestada por la Ministra de Trabajo: *"Nuevo encontronazo entre Díaz y Escrivá: Trabajo rechaza retrasar la edad de jubilación porque entorpece el acceso de los jóvenes al mercado laboral"*[13]. Declaración del Ministro de Inclusión y Seguridad Social que luego sería matizada "*el ministro Escrivá matiza sus palabras sobre trabajar hasta los 75 años y asegura que no se retrasará la edad de jubilación"*[14].

Resulta difícil, ante informaciones y declaraciones como estás, que los jóvenes puedan confiar su futura previsión social en la Seguridad Social. Es quizás por ello por lo que, en el seno del Pacto de Toledo en 2020, se tome conciencia de este problema e incorporé por primera vez una recomendación, la 17 bis (adviértase que originariamente no se había tomado en consideración), sobre "Juventud y Seguridad Social", en el sentido siguiente:

> *"Los jóvenes se ven especialmente perjudicados por la precariedad y el subempleo, lo que dificulta generar amplias carreras continuas de cotizaciones. Estas circunstancias determinan el descrédito de nuestro sistema de Seguridad Social entre la juventud. Un objetivo básico es que los jóvenes recuperen la confianza en el sistema".*

Los datos de ocupación por tramos de edad, ponen de relieve, entre otras cosas: a) Dificultad creciente de los jóvenes para ocupar y conservar un puesto de trabajo; b) Puestos de trabajo precarios; c) Y un fracaso escolar, con abandono del sistema educativo, debido -entre otras circunstancia- al alargamiento excesivo de los períodos formativos, lo que conlleva a un retraso en el acceso al trabajo y consecuentemente menores años de cotización.

El Plan Anual para el fomento del empleo digno 2024[15] hace una mención especial a los jóvenes entre 16 y 29 años que no se encuentran en una situación de empleo, educación y o formación. Tras un máximo de 1.097.000 personas en 2020, año de la pandemia, su número se redujo significativamente situándose en el cuarto trimestre de 2023 en 922.900 personas, cifra ligeramente inferior al año precedente.

Debiendo también recordarse varias de las características del Plan de Garantía Juvenil Plus 2021-2027[16], entre otras: a) Luchar de manera efectiva contra la precariedad laboral. Las políticas activas de empleo juvenil deben estar alineadas con el objetivo prioritario de la lucha contra la precariedad y temporalidad laboral; b) Evitar a toda costa el uso abusivo y fraudulento de becas y prácticas no laborales; c) Incorporar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, particularmente en materia de lucha contra la segregación laboral, que debe formar parte de la actuación de los Servicios Públicos de Empleo a todos los niveles, tanto en el ámbito de la intermediación, como en el de la formación o el diseño y aplicación de los programas; d) Integrar el principio antidiscriminatorio en todas las acciones, no solo por razón de género, sino también por edad, ideología o convicciones,

También puede verse en el diario Público, misma fecha, accesible en https://www.publico.es/economia/futuro-pensiones-octavio-granado-alguien-comienza-28-29-anos-no-pretender-jubilarse-abuelo.html.

12 Declaraciones en el Congreso de los Diputados, publicada en diario La Vanguardia en 27 de febrero de 2020, accesible en https://www.lavanguardia.com/economia/20200227/473808365635/escriva-pensiones-edad-jubilacion-baby-boom-inmigrantes-seguridad-social.html.

13 Noticia publicada en el diario El Economista en 14 septiembre de 2020

14 Noticia publicada en el diario Público el 27 septiembre de 2021, accesible en https://www.publico.es/economia/ministro-escriva-matiza-palabras-hasta-75-anos-y-asegura-no-retrasara-edad-jubilacion.html

15 Publicado por Resolución de 15 de julio de 2024, de la Secretaría de Estado de Trabajo (BOE 18 julio).

16 Publicado por Resolución de 24 junio de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social (BOE 25 de junio 2021).

discapacidad, orientación sexual, identidad de género y características sexuales; e) Otorgar prioridad o tratamientos específicos a los colectivos más vulnerables o con especiales dificultades en el mundo laboral; f) Situar a las personas jóvenes como protagonistas de su trayectoria hacia el empleo digno por medio de itinerarios personalizados integrados en un sistema de orientación para el empleo cualificado y estable, configurando itinerarios individualizados que se prolongarán tanto en las etapas de empleo como de eventual desempleo; g) Crear oportunidades de acceso a nuevos empleos en nuevos sectores, tomando como referencia la transformación hacia un contexto verde, sostenible, colaborativo y digital, impulsando el acceso al empleo de calidad de las personas jóvenes en sectores emergentes como la economía digital, economía verde, o del cuidado; h) Incrementar la cualificación de las personas jóvenes dotándolas de las competencias profesionales requeridas por el mercado de trabajo, incrementando sustancialmente el número de personas jóvenes con las competencias necesarias, técnicas y profesionales, para acceder al empleo, el trabajo decente y el emprendimiento; i) Reforzar la dimensión local de las políticas activas de empleo dirigidas a las personas jóvenes.

De aquí que se considere que la clave está en conseguir un mayor protagonismo de la juventud en el fortalecimiento del sistema de pensiones y del principio de solidaridad intergeneracional reforzando la confianza de ellos en el Estado de Bienestar Social[17]. Para ello, se habrá de tener en cuenta que:

-Un sistema de bienestar descansa principalmente en la solidaridad generacional (básico en un sistema público de pensiones en la modalidad de reparto).

-Su aceptación supone un contrato intergeneracional implícito, en el que la población trabajadora financia con sus aportaciones el coste de las prestaciones actuales, en el entendimiento de que la próxima generación de trabajadores harán frente al coste de sus pensiones.

Y para luchar contra ello, se considera necesario:

— Impulsar políticas que faciliten la transición del sistema educativo al mercado de trabajo.

— Tener en cuenta las altas tasas de temporalidad, parcialidad, elevados índices de rotación, contratos de escasa duración, subempleo, etcétera, que impiden acumular carreras de cotización mínimas y en consecuencia perjudicando el acceso a la protección y un desapego a la confianza en el sistema de Seguridad Social.

— Y además es preciso tomar en consideración de un sector de jóvenes "muy castigados", aquellos que se encuentran realizando prácticas formativas remuneradas o no y cuya figura merece una especial atención[18].

La única acción específica (desde 2020) dirigida a ganar la confianza de los jóvenes en la Seguridad Social es la relativa a la inclusión de los alumnos que realicen prácticas formativas (remuneradas o no) en el sistema como sujetos asimilados, en el Régimen General (o en el Régimen Especial de los Trabajadores de Mar). Fines declarados de esta inclusión es que con tal medida podrán comenzar una carrera de cotización que les permitirá generar derechos a futuro, puesto que supondrá el reconocimiento de este tiempo como cotizado a efectos de la futura pensión, al tiempo que estarán más protegidos durante el desarrollo de sus prácticas.

[17] Véase el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2020, págs. 59 y ss. Se puede consultar dicho informe en BOCG núm. 187 de 27 de noviembre de 2020.

[18] Véase VV.AA.: Trabajo y Seguridad Social de la juventud, I Jornadas ITSS/AESSS, obra colectiva dirigida por Illueca Ballester, H., Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G., Ediciones Laborum, Murcia, 2022.

Se mejora y amplían los derechos de los alumnos, incluyéndolos en el sistema de Seguridad Social. Hasta ahora su cobertura venía recogida en la acción protectora que dispensaba el Seguro Escolar y también en los seguros de accidentes que habitualmente los centros docentes concertaban para ellos durante las prácticas académicas.

En definitiva, esta medida supondrá que el alumno durante sus estudios comience ya su carrera de cotización y que además una cobertura -limitada- por la acción protectora de la Seguridad Social mientras realizan las prácticas. Se favorece así conexión con la Seguridad Social de los más jóvenes.

La medida se llevó a cabo por el RD-ley 2/2023, de 16 de marzo que añadió una nueva Disposición Adicional 52 al texto refundido de la LGSS, con vigencia -en principio- desde 1 de octubre de 2023.

Las controversias de tal medida llevaron a que antes de su entrada en vigor fuera modificada en dos ocasiones y se retrasara su entrada en vigor hasta 1 de enero de 2024, por los RR.DD-leyes 5/2023, de 28 de julio y 8/2023,de 27 de diciembre[19], a lo que se sumaron múltiples criterios interpretativos

[19] Véase por ejemplo el comunicado de CRUE de 5 de febrero de 2024 (accesible en https://crue.org/2024/comunicado-situación-practicas-académicas-externas),
"Desde la publicación de la Disposición adicional 52º del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, titulada «Inclusión en el sistema de Seguridad Social de alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en programas de formación», y pese a que debían haber sido las administraciones y empresas en las que se realizan estas prácticas las que asumieran estas tareas, las universidades españolas hemos realizado un ingente esfuerzo para su aplicación buscando siempre el interés de nuestro estudiantado.
Ante su efectiva entrada en vigor el pasado 1 de enero de 2024, la Conferencia de Rectores y Rectoras de las Universidades Españolas quiere hacer constar su extrema preocupación ante las siguientes circunstancias:
-A fecha de hoy, la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) sigue sin enviar a las Universidades instrucciones claras, precisas y estables sobre cómo implementar las altas y bajas en la Seguridad Social de los estudiantes en prácticas, sea cual sea su casuística y situación personal.
-Muchas de las consultas de dudas realizadas a la TGSS sobre los casos problemáticos que se preveían y aquellos otros que han ido surgiendo durante este primer mes de aplicación siguen sin tener contestación por escrito.
-En lugar de disponer de estas instrucciones con certidumbre, se nos trasladan instrucciones contradictorias, como las recibidas en relación con los estudiantes en movilidad internacional o como la recibida el día 1 de febrero (4ª ampliación del criterio 11/2023) por la que se modifican aspectos sustanciales de las instrucciones recibidas con anterioridad en lo que se refiere a las prácticas extracurriculares
-Esta pauta de desinformación, improvisación y modificación sorpresiva de sus indicaciones por parte de la TGSS está haciendo prácticamente imposible que las universidades podamos articular de manera correcta nuestros procedimientos; tanto es así que nos están llegando numerosísimas consultas de estudiantes para cuya resolución las universidades no disponemos de una información correcta
-A partir de este momento, para la resolución de estas consultas que exceden de nuestro conocimiento y ámbito de funcionamiento, las universidades recomendaremos a nuestro estudiantado, a las empresas y a las entidades interesadas que se dirijan directamente a la TGSS para formularlas.
-Por más que las universidades hayamos asumido en esta cuestión una responsabilidad que inicialmente la norma no nos atribuía, la situación es de tanta incertidumbre y gravedad que tememos que el sistema de prácticas formativas, esencial para la formación y la empleabilidad de nuestro estudiantado, pueda colapsar infligiendo graves perjuicios al mismo. De hecho, ante el desconcierto que se está produciendo son muchas las empresas que están retirando su oferta de prácticas formativas, incluso cuando la Universidad asume su gestión económica y administrativa.
-Ante estos hechos, las universidades no podemos responsabilizarnos de los errores o fallos que se cometan o de las consecuencias que esta situación pueda acarrear
-Por todo ello, consideramos que en este estado de cosas es imposible realizar una correcta aplicación de la mencionada Disposición Adicional, y ante el riesgo de paralización de los programas de prácticas formativas en las universidades españolas, requerimos que se exijan las responsabilidades que correspondan a los organismos implicados y se adopten de forma urgente cuantas medidas sean necesarias por parte de los Ministerios concernidos para garantizar el adecuado cumplimiento de esta norma, velando siempre por el legítimo interés y los derechos del estudiantado universitario."

que en algunos casos modificaban criterios anteriores, de la Administración sobre el contenido y alcance de dicha Disposición Adicional[20].

Las dudas y controversias han alcanzado a todos los aspectos del marco jurídico de la inclusión en el sistema de seguridad social de los alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas incluidas en los planes de formación, prácticas incluidas y excluidas; sujetos excluidos e incluidos; lugar de celebración de las prácticas; compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones; etcétera. Es más, no solo han alcanzado a los centros educativos que han visto en su mayoría como han tenido que hacer frente a toda la gestión administrativa y responsabilidades económicas de esta medida (básicamente de las prácticas curriculares), sino también a los propios alumnos a los que se dice que se quiere proteger y que han planteado numerosas dudas, fundamentalmente en relación a las compatibilidades de su situación personal/laboral con una nueva alta y cotización en el sistema de Seguridad Social.

Por otro lado, se suele advertir desde la administración el reducidísimo coste que la incorporación de los alumnos de prácticas curriculares no remuneradas supone. Lo cual es cierto, si hablamos de forma individual (un alumno para una empresa). Pero, la realidad es otra, los centros educativos ante esta nueva situación, han tenido en la práctica que asumir el coste de los miles de alumnos que tienen que llevar a cabo tales prácticas para cubrir las exigencias curriculares.

Y un aspecto del que nada se habla y es que el reducido coste de las prácticas se debe a una reducción del 95% de la cotización que correspondería para 2024 y que como toda reducción es con cargo a la propia Seguridad Social y además temporal.

Otra discrepancia ha sido la gestión de desarrollo reglamentario llevado a cabo por la Orden ISM/386/2024, de 29 de abril, de una de las previsiones de la Disposición adicional 52ª LGSS, concretamente su apartado 8, que establece que las personas a las que se refiere que, con anterioridad a su fecha de entrada en vigor, se hubieran encontrado en la situación en ella indicada podrán suscribir un convenio especial, por una única vez, en el plazo, términos y condiciones que determine el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, que les posibilite el cómputo de la cotización por los periodos de formación o realización de prácticas no laborales y académicas que hubieran realizado antes de esa fecha de entrada en vigor, hasta un máximo de cinco años. La crítica viene por el importante coste que para el suscriptor supone, pues la cuota mensual ascendería a 288,29 euros y que ha llevado al Gobierno unos meses después a dar marcha atrás y aprobar la Orden ISM/812/2024, de 26 julio, que modifica la anterior[21].

[20] En este sentido: Criterio Interpretativo 11/2023, de 5 de julio, que sería objeto de varias ampliaciones: 1ª ampliación en 7 de noviembre 2024; 2ª ampliación en 15 de diciembre 2023; 3ª ampliación en 29 de diciembre de 2023; y finalmente el criterio interpretativo 3/2024, de la Dirección General de Ordenación por el que se refunden su criterio 11/2023, de 5 de julio y sus sucesivas ampliaciones.

[21] La exposición de motivos de la Orden ISM/812/2024, es suficientemente ilustrativa de las críticas a la anterior orden: "La aprobación de la Orden ISM/386/2024, de 29 de abril, ha suscitado, por parte de los agentes sociales y de diferentes entidades representativas del colectivo afectado peticiones de revisión de determinados aspectos del régimen jurídico establecido para la suscripción del convenio especial a que esta se refiere que se consideran excesivamente gravosos.

Examinadas las peticiones a que se refiere el párrafo anterior, se ha considerado oportuno acometer la revisión de determinados aspectos regulatorios contenidos en la orden antes mencionada y a tal finalidad se dirige esta orden, que plantea modificaciones con el siguiente objeto:

Rebajar el coste del convenio especial mediante el establecimiento como base de cotización para el cálculo de la cuota de la base mínima de cotización del grupo 7 del Régimen General de la Seguridad Social vigente durante la realización de los períodos formativos o de prácticas certificados.

Permitir la compatibilidad de la suscripción de un convenio especial al amparo del artículo 1 de la Orden ISM/386/2024, de 29 de abril, con la suscripción de otro convenio especial al amparo de su disposición adicional segunda que posibilite el cómputo de hasta 1825 días de prácticas en cada uno de ellos, siempre que los períodos

Habrá que dar un margen de tiempo para valorar esta incorporación masiva de jóvenes (y no tan jóvenes a la Seguridad Social)

Hay un aspecto que no debe dejarse pasar por alto y que lamentablemente está al orden de día, la situación de los becarios ¿Cuándo podrán contar con un estatuto propio? La Disposición adicional segunda del RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, disponía que *"El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta norma, convocará a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas para, en el ámbito del diálogo social, abordar el Estatuto del Becario que tendrá por objeto la formación práctica tutorizada en empresas u organismos equiparados así como la actividad formativa desarrollada en el marco de las practicas curriculares o extracurriculares previstas en los estudios oficiales.*" Del Estatuto del Becario poco se sabe y la situación es la misma de siempre, desvirtuar su naturaleza, como mecanismo de aprendizaje complementario que no se respeta y ha conllevado que se produzca de un fraude generalizado de las prácticas de los becarios y se tolere o permita la huida del Derecho del Trabajo y se permite la sustitución de trabajadores por becarios en los centros de trabajo[22].

Y por último tres mensajes: El primero dirigido a los jóvenes -que se analizarán más adelante- es que tengan en cuenta que las generaciones pasadas no son su mayor problema, no son su lastre, ellos fueron los que sostuvieron con su esfuerzo a las generaciones previas a la suya (ver apartado 3). El segundo también para los jóvenes es, que fuera de la Seguridad Social "hace mucho frío" y si no que se lo digan aquellos que egoístamente optaron por una protección privada alternativa a la Seguridad Social (ver apartado 7). Y el tercero este para los responsables políticos es que si los jóvenes no acceden a un trabajo digno que les permita ver un futuro, no se puede pretender que piensen en su protección social[23].

objeto de cómputo en uno y otro no se superpongan ni hubieran sido objeto de cómputo, en su caso, en el convenio que se suscribió al amparo de la disposición adicional primera del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre.
Flexibilizar en mayor medida el pago de la cuota resultante, posibilitando que su pago pueda realizarse de manera fraccionada en un plazo máximo de hasta 84 mensualidades.
Ampliar hasta el 31 de diciembre de 2028 la fecha límite para poder suscribir el convenio especial.".

22 Sirva de ejemplo unas recientes noticias:
-Informativos Telecinco. Cataluña. 21 de marzo de 2024: "Falsos becarios, "explotados en sus prácticas: Haces el trabajo de los demás sin que te paguen". Noticia accesible en https://www.telecinco.es/noticias/catalunya/20240321/falsos-becarios-explotacion-practicas-trabajo-no-remunerado_18_012033135.html.
-Diario El País/Exprés, 12 de julio de 2024: 60 horas semanales y como falsos becarios: así trabajaban los bailarines de Nacho Cano. El pasado martes la policía detuvo a Nacho Cano por contratar a inmigrantes en situación irregular. Tras ser puesto en libertad, se presentó como víctima de una persecución política y minimizó los hechos. Esto es todo lo que se sabe al respecto.
¿Por qué fue detenido? Una bailarina extranjera de su musical, Malinche, denunció a Cano por tenerla trabajando sin contrato. Se le acusa de delitos de favorecimiento de la inmigración ilegal y contra los derechos de los trabajadores. La defensa de Cano. Dijo que los bailarines, procedentes de México, eran becados que llegaban a España con un contrato de prácticas.
¿Y qué dice la investigación? Los agentes comprobaron que los 17 "becarios" de Cano entraron en España camuflados como turistas en seis vuelos distintos desde Guadalajara, siguiendo las directrices de la producción del musical. A los dos meses de estar en Madrid solicitaron el visado de estudiantes. No se les concedió porque no consiguieron acreditar que estuviesen realizando ninguna clase de estudios.
¿En qué condiciones trabajaban? Ensayaban diez horas diarias, con un solo día de descanso a la semana. La paga era de 20 euros el fin de semana y 300 al mes, que luego subieron a 500. Además, vivían en un hostal del centro de Madrid en habitaciones compartidas de cuatro o cinco personas. Y si querían ganar más, debían trabajar en un bar del musical.

23 Ver Monereo Pérez, J. L.: La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales, Ediciones Laborum, Murcia, 2019.

3. LA GENERACIÓN *BABY BOOMER* NO ES EL PROBLEMA SINO UN RETO

La generación de las personas nacidas durante la explosión de la natalidad posterior a la Segunda Guerra Mundial, no deben ser considerados como el problema de nuestro sistema de Seguridad Social. Es curioso cómo se nos viene presentando en los últimos tiempos a esta generación. Es fácil encontrarnos con noticias como *"La jubilación de los baby boormers hace peligrar las cuentas de la Seguridad Social y puede haber sorpresas en 2025 ... Todas estas personas nacidas entre finales de los 50 y principios de los 70 son un motivo de preocupación debido a que la mayoría de ellos han gozado de mejores salarios que las generaciones que anteriores, por lo que sus pensiones serán más caras. Cuando toda esta generación se jubile en masa, no solo serán muchos cobrando una pensión, sino que también lo harán durante muchos más años*."[24]; "*La avalancha del "baby boom" ya rasga las costuras de las pensiones: los nuevos jubilados son un 23% más que las bajas*"[25]; e incluso desde instancias oficiales "*Refiriéndose a ese problema, el ministro de Seguridad Social, José Luis Escrivá, dijo hace un año que era peliagudo y que algo habría que hacer. Los baby boomers, afirmó entonces, tendrían que "cobrar menos o trabajar algo más". Casi de inmediato, a la vista de las muchísimas críticas que suscitó ese comentario, dio marcha atrás. "No tuve mi mejor día", subrayó, a modo de excusa*"[26]. En incluso se les llega a presentar como un problema o carga para los trabajadores que están en activo *"Los baby boomers recortan tu nómina de enero. Cobrarás menos en enero por el aumento en la contribución al Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI) que preservar el equilibrio generacional y fortalece las pensiones -sic-*"[27].

Una cosa es que la llegada de la generación *baby boom* sea un reto, por la concurrencia de múltiples circunstancias (la revolución 4.0, el cambio en la pirámide poblacional, la crisis económica, etc.) y otra es que quiénes han estado sosteniendo el sistema de Seguridad Social ahora, cuando precisen su atención, sean un problema. No es justo, ni decente presentarlos así.

4. TRANSPARENCIA Y SIMPLIFICACIÓN DEL MARCO NORMATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. DOS PRESTACIONES ESPECIALMENTE COMPLEJAS: LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONTRIBUTIVA Y EL INGRESO MÍNIMO VITAL

Resulta muy difícil para cualquier ciudadano conocer con claridad y precisión cómo, cuándo y en qué condiciones puede acceder y mantenerse en el disfrute de determinadas prestaciones de la Seguridad Social. Se señalarán dos casos nada más, una prestación del nivel contributivo y otra del no contributivo.

De aquella configuración inicial de la jubilación como cese total y voluntario en el trabajo por el cumplimiento de una determinada edad ¿Qué ha quedado? Todos esos elementos que lo caracterizaban se han diluido como un turrón de azúcar en el agua. Se admiten fórmulas que obligue al trabajador a jubilarse, que pueda seguir percibiendo la pensión y trabajar y oficialmente se mantienen dos edades de acceso 65 y 67 años (según la carrera de seguro del beneficiario) pero con múltiples excepciones. Aquél que pretenda jubilarse debe primero de enfrentarse a un complejísimo algoritmo: ¿a qué edad puedo jubilarme? ¿a qué edad me interesa? ¿me conviene jubilarme a la edad

[24] Ver diario el Periódico de España, de fecha 1 de agosto de 2023. Accesible en https://www.epe.es/es/activos/20230801/jubilacion-cuentas-seguridad-social-baby-boomers-90549166

[25] Ver diario "elEconomista.es", de fecha 30 de mayo de 2024. Noticia accesible en https://www.eleconomista.es/economia/noticias/12839392/05/24/la-avalancha-del-baby-boom-ya-rasga-las-costuras-de-las-pensiones-los-nuevos-jubilados-son-un-23-mas-que-las-bajas.html.

[26] Noticia publicada en varios medios de comunicación, entre otros se puede acceder a la misma en https://blog.segurosrga.es/jubilacion-baby-boomers/.

[27] Noticia diario AS de fecha 27 de enero de 2024, accesible en https://as.com/actualidad/sociedad/los-baby-boomers-te-haran-cobrar-menos-n/.

en la que pueda o retrasar la edad? ¿qué normativa se me va aplicar o me interesa escoger? voy a seguir trabajando tras la jubilación ¿cómo me interesa a tiempo total, parcial? ¿en qué condiciones? ¿hay beneficios en razón a trabajos realizados que bonifiquen y reduzcan mi edad y cuantía de la prestación? y así un largo etcétera de dudas y cuestiones que el ciudadano se tiene que plantear a la hora de tomar la decisión de jubilarse. Todo un reto que no solo está al alcance de unos poco y que resto tendrá que acudir al asesoramiento y asumir el coste de ello. Teniendo en cuenta además que las supuestas facilidades en orden a la solicitud de prestaciones (solicitudes vía certificado electrónico o cl@ve permanente o sin certificado; vía móvil, etc.) están al alcance de unos pocos versados.

El caso de la última prestación incorporada al sistema de la Seguridad Social, el Ingreso Mínimo Vital[28] es el claro paradigma de una prestación absurdamente compleja, teniendo en cuenta a quienes va dirigido, pues *"El Ingreso Mínimo Vital (IMV) es una prestación dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que viven solas o están integradas en una unidad de convivencia y carecen de recursos económicos para cubrir sus necesidades básicas*"[29]. Compárese su régimen jurídico con el establecido para las pensiones de jubilación e invalidez no contributivas.

Su aplicación ha sido caótica, con una alarmante inseguridad jurídica para las eventuales personas beneficiarias: alargamiento excesivo de plazos de gestión de las prestaciones, especialmente abuso del silencio administrativo, falta de motivación de muchas de las resoluciones adoptadas y, en los supuestos más graves, denegaciones de prestaciones a las personas más necesitadas[30].

Otros elementos que añaden inseguridad jurídica: a) Una gestión muy deficiente de la prestación, en parte motivada por las graves carencias materiales y de personal de las unidades administrativas a las que les ha sido encomendada (un caótico funcionamiento de la plataforma informática e imposibilidad de realización presencial de trámites; imposibilidad de obtener citas, etc.; b) Una concepción burocrática y caótica del sistema de concesión de prestaciones (resoluciones incomprensibles e inmotivadas); c) La revisión del mantenimiento de los requisitos, ha generado que la prestación no llegue donde tiene que llegar; y d) Una bolsa monumental de familias atrapadas, como explicaremos más adelante, en cobros indebidos y deudas con la Hacienda Pública inabordables, imprescriptibles y que han ocasionado que el Estado de con una mano lo que quita con la otra.

---

28 Un estudio completo del régimen jurídico del Ingreso Mínimo Vital puede verse en:
-Monereo Pérez, J, Rodríguez Iniesta, G. y Trillo García, A.R.: El Ingreso Mínimo Vital, 2ª edición, Ediciones Laborum, Murcia, 2023.
- Monereo Pérez, J, Rodríguez Iniesta, G. y Trillo García, A.R.: "El Ingreso Mínimo Vital. Del Pacto intergeneracional entre jóvenes y mayores. Cuatro años de su implantación en España (2020-2024). Número Especial núm. 4 conjunto Revista Derecho de la Seguridad Social y Revista Crítica de Relaciones Laborales, Ediciones Laborum, Murcia, 2024.

29 Información del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones de 1 de julio de 2024, accesible en https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2023/030323-que-es-ingreso-minimo-vital-imv.aspx.

30 Véanse: El Defensor del Pueblo y las propuestas que este efectúa en su informe relativo al ejercicio 2022 Defensor del Pueblo, 2022, Informe anual, vol I, accesible en https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2023/03/Defensor-del-Pueblo-Informe-anual-2022.pdf
- La Memoria del Consejo Económico y Social del año 2022, cap. III, págs. 431 y ss. Consejo Económico y Social, 2022, capítulo III, pág. 431 y ss., accesible en https://www.ces.es/memorias.
Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, 2022, estudio de opinión del IMV 1, pág. 50; accesible en https://www.airef.es/wp-content/uploads/2022/08/IMV/OPINION-AIREFIMV. pdf
-Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, 2023, estudio de opinión 2; accesible en https://www.airef.es/wp-content/uploads/2023/06/IMV/230615.-Opinio%CC%81n.-Segunda-Opinio%CC%81n-IMV_AIReF.pdf

Las continuas modificaciones en la normativa del IMV[31] han dado lugar a que la concesión de esta fuera cambiante y a una práctica administrativa muy criticable de la entidad gestora INSS, como: a) Inadmisión a trámite (cuando se comprueba a juicio del INSS que no hay vulnerabilidad económica), sin analizar toda la documentación y sin justificación; y b) Si durante el procedimiento resulta preciso requerir documentación el procedimiento se suspende y a los tres meses caducará.

5. LA RACIONALIZACIÓN DE LAS COMPATIBILIDADES DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS CON EL TRABAJO POR CUENTA AJENA O POR CUENTA PROPIA

Nuestro sistema de Seguridad Social presenta un marco jurídico de compatibilidades con otras prestaciones o con rentas de cualquier naturaleza que se caracteriza por su amplitud, su falta de coordinación y situaciones muy controvertidas[32]. Si nos centramos en las situaciones de compatibilidad con el trabajo por cuenta ajena o propia, en síntesis, la situación es la siguiente:

A) Compatibilidades e incompatibilidades de los subsidios económicos:

SUBSIDIOS	COMPATIBILIDAD CON EL TRABAJO POR CUENTA AJENA O POR CUENTA PROPIA		Observaciones
	SI	NO	
Incapacidad temporal (art. 175.1.b) LGSS)		x	
Nacimiento y cuidado de menor (art. 180 LGSS)		x	Salvo si se trata de la percepción del subsidio en régimen de jornada a tiempo parcial o en los supuestos de pluriempleo y pluriactividad
Riesgo durante el embarazo (art.31, 35, 36 y 43 RD 295/2009)		x	Salvo lo previsto en los supuestos de pluriactividad.
Riesgo durante la lactancia (art. 50 RD 295/2009)		x	Salvo lo previsto para los supuestos de pluriactividad
Cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (art. 190 LGSS	x		Parcialmente
Corresponsabilidad en el cuidado del lactante (art. 183 LGSS)	x		Parcialmente

Por su parte los subsidios por desempleo y de cese en la actividad presentan una singularidad específica:

[31] El RD-ley 20/2020, 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, sería modificado durante su vigencia por: RD-ley 18/2021, de 28 de septiembre; Ley 10/2021, de 9 julio; RD-ley 3/29021; 2 de febrero; RD-ley 35/2020, de 22 de diciembre; RD-ley 30/2020, de 29 septiembre; RD-ley 28/2020, de 22 de septiembre; y RD-ley 25/2020, de 3 julio.
Por su parte, la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, ha sido modificada por: RD-ley 2/2024, de 21 de mayo; RD-ley 8/2023, de 27 diciembre; RD-ley 20/2022, de 27 de diciembre; Ley 31/2022, de 23 diciembre; RD-ley 6/2022, 29 de marzo; y Ley 22/2021, 28 diciembre.

[32] Véase VV.AA.: Compatibilidad de Prestaciones de Seguridad Social con el Trabajo, obra colectiva dirigida por Sánchez Trigueros, C., Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

a) La prestación **contributiva y asistencial por desempleo** es incompatible con (art. 282 LGSS):

El régimen actual de incompatibilidades de la prestación por desempleo con el trabajo se encuentra recogido en el art. 282 LGSS[33]:

— Regla general: La prestación y el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social o en alguna mutualidad de previsión social alternativa al RETA.

— Prestación por desempleo. Esta será incompatible con el trabajo por cuenta ajena, salvo cuando éste se realice a tiempo parcial y se haya solicitado la compatibilidad por el trabajador, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación, la parte proporcional al tiempo trabajado.

— Subsidio por desempleo. Aquellos que accedan al mismo manteniendo uno o varios contratos a tiempo parcial, así como para quienes siendo beneficiarios del mismo inicien una relación laboral a tiempo completo o parcial, el subsidio se compatibilizará como complemento de apoyo al empleo conforme a lo previsto en el art. 282.3 LGSS.

— La prestación y el subsidio serán compatibles con la realización de prácticas formativas, prácticas académicas externas incluidas en programas de formación profesional o programas de formación en el trabajo.

— Cuando así lo establezca algún programa de fomento al empleo destinado a colectivos con dificultad de inserción en el mercado de trabajo, se podrá compatibilizar la percepción de la prestación contributiva por desempleo pendiente de percibir con el trabajo por cuenta propia, en cuyo caso la entidad gestora podrá abonar al trabajador el importe mensual de la prestación en la cuantía y duración que se determinen, sin incluir la cotización a la Seguridad Social.

b) **Prestación por cese en la actividad** (art. 342 LGSS)

En general es incompatible con cualquier otra situación que implique percepciones económicas públicas que sustituyan retribuciones dejadas de percibir por el cese en una actividad, manteniéndose un vínculo administrativo o laboral.

Concretamente la percepción de la prestación económica por cese de actividad **es incompatible** con:

— El trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en el RETA o en el RETM.

[33] El art. 282 LGSS fue modificado por el art. segundo once del RD-ley 2/2024, de 21 de mayo. Téngase en cuenta que conforme a su Disposición Transitoria 1ª, "… hasta el día 31 de octubre de 2024 continuará siendo de aplicación lo previsto en los artículos 269, 271, 272, 274 a 280, 282, 283, 284, 286, 287 y 299 del texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social en su redacción actual, salvo en lo relativo a las modificaciones que se incluyen en el artículo 275.5.c), el artículo 282.5, redactados respectivamente, por los números cinco y once del artículo segundo de la presente norma". La entrada general en vigor del RD-ley 2/2024, lo fue el 23 de mayo de 2024.
Un análisis de la reforma puede verse en Rodríguez Iniesta, G. y Sempere Navarro, A.V.: La protección por desempleo tras la reforma de 2024, Ediciones Laborum, Murcia, 2024.

— Con el trabajo por cuenta ajena, en general, salvo lo que más abajo se indica.

— Con la obtención de pensiones o prestaciones de carácter económico del sistema de la Seguridad Social, salvo que estas hubieran sido compatibles con el trabajo que dio lugar a la prestación por cese de actividad, así como con las medidas de fomento del cese de actividad reguladas por normativa sectorial para diferentes colectivos, o las que pudieran regularse en el futuro con carácter estatal.

— Con la percepción de las ayudas por paralización de la flota prevista en el RETM.

Sin embargo, resulta compatible la percepción de la prestación económica por cese de actividad con:

— **Situación de pluriactividad** en el momento del hecho causante de la prestación por cese de actividad: *«En los supuestos en los que el trabajador autónomo se encuentre en situación de pluriactividad, en el momento del hecho causante de la prestación por cese de actividad, la prestación por cese será compatible con la percepción de la remuneración por el trabajo por cuenta ajena que se venía desarrollando, siempre y cuando de la suma de la retribución mensual media de los últimos cuatro meses inmediatamente anteriores al nacimiento del derecho y la prestación por cese de actividad, resulte una cantidad media mensual inferior al importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del nacimiento del derecho».*

— El trabajo por cuenta ajena, cuando la percepción de prestación por cese de actividad venga determina por lo dispuesto en los epígrafes 4.º y 5.º del art. 331.1.a) de la LGSS, o por cese temporal parcial de la actividad derivado de fuerza mayor, que serán compatibles con la actividad que cause el cese, siempre que los rendimientos netos mensuales obtenidos durante la percepción de la prestación no sean superiores a la cuantía del salario mínimo interprofesional o al importe de la base por la que viniera cotizando, si esta fuera inferior.

— Los trabajos agrarios sin finalidad comercial en las superficies dedicadas a huertos familiares para el autoconsumo, así como los dirigidos al mantenimiento en buenas condiciones agrarias y medioambientales previsto en la normativa de la Unión Europa para las tierras agrarias. Esta excepción abarcará asimismo a los familiares colaboradores incluidos en el RETA que también sean perceptores de la prestación económica por cese de actividad[34].

B) Compatibilidades e incompatibilidades del trabajo con las pensiones contributivas

a) **Pensión de jubilación** (art. 213 LGSS)

No es compatible con:

— Con carácter general con la realización de cualquier trabajo del pensionista, por cuenta ajena o propia, que dé lugar a su inclusión en el Régimen General o en alguno de los Regímenes Especiales, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen (art. 213.1 LGSS).

[34] Excepción pendiente de desarrollo reglamentario.

— El desempeño de un puesto de trabajo en el sector público delimitado en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas (art. 213.2 LGSS). No obstante, hay excepciones como las relativas a profesores universitarios eméritos y personal licenciado sanitario (art. 137. c. LGSS).

— El desempeño de los altos cargos (a los que se refiere el art. 1. Ley 3/2015, de 30 de mayo).

Si es compatible con:

— Con un trabajo a tiempo parcial en los términos establecidos reglamentariamente -jubilación parcial- (art. 213.1.p.2 LGSS).

— El pensionista de jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión "causada" con un trabajo a tiempo parcial -jubilación flexible-.

— El pensionista de jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión "causada" con un trabajo a por cuenta propia o por cuenta ajena a tiempo parcial o a tiempo completo -jubilación activa- (art.214 LGSS)

— Con la realización de trabajos por cuenta propia, cuyos ingresos anuales totales no superen el SMI, en cómputo anual (art. 213.4 LGSS).

— El ejercicio de la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados en alta en una mutualidad alternativa o exentos de causar alta en el RETA.

— Con el mantenimiento de la titularidad del negocio y el ejercicio de las funciones inherentes a dicha titularidad.

— Con el trabajo de los facultativos de atención primaria, médicos de familia y pediatras, adscritos al Sistema Nacional de Salud con nombramiento estatutario o funcionario (tres años)

— Con la actividad artística, en los términos previstos en el art. 249 quater LGSS.

b) **Pensiones de incapacidad permanente** (art. 198 LGSS)

En atención a los grados en que puede ser calificada la situación patológica del beneficiario, el cuadro de compatibilidades e incompatibilidades es el siguiente:

— Grado de Incapacidad Permanente Parcial (en este grado la prestación es una indemnización). La prestación es compatible: a) Con el desarrollo de cualquier actividad laboral, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia (y con el trabajo que se viniera desarrollando).

— Grado de Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual. La prestación es una pensión del 55% de la base reguladora[35] que resulta: a) Es incompatible con la profesión

[35] La pensión se puede incrementar un 20% si se tienen cumplidos o se cumplen 55 años y no se realiza actividad por cuenta propia o ajena.

que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada; b) Es compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total.

— Grado de Incapacidad Permanente Absoluta. La prestación es una pensión del 100% de la base reguladora. La pensión no impedirá el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión. Si bien a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el artículo 213 LGSS.

— Gran Invalidez. La prestación es una pensión (la que corresponda en atención al grado de incapacidad permanente) con un incremento destinado atender los gastos que se precisan por precisar de otra persona para llevar a cabo actividades básicas de la vida. La pensión no impedirá el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión. Al igual que el anterior grado de incapacidad, a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el artículo 213 LGSS.

c) **Pensiones y prestaciones por supervivencia**

— Pensión de viudedad. La prestación es una pensión que es compatible con cualquier renta de trabajo del beneficiario y con la pensión de jubilación o incapacidad permanente a que el mismo tuviera derecho (art. 223 LGSS).

— Prestación temporal de viudedad. De igual cuantía que la pensión, pero limitada su disfrute a dos años. Igual que la pensión de viudedad durante su disfrute

— Pensión de orfandad. La prestación es una pensión compatible con cualquier renta de trabajo de quien sea o haya sido cónyuge del causante, o del propio huérfano, (art. 224.1 y 3y 225 de la LGSS. No obstante, debe tenerse en cuenta que reconocido el derecho a la pensión de orfandad o, en su caso, prolongado su disfrute, aquél queda en suspenso cuando el huérfano beneficiario realice un trabajo por cuenta ajena o propia, en virtud del cual obtenga unos ingresos (se tendrán en cuenta las retribuciones y las prestaciones de Seguridad Social -desempleo, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad- sustitutivas de aquéllas) que, en cómputo anual, sean superiores al 100% del SMI que se fije en cada momento, también en cómputo anual, produciéndose los siguientes efectos[36]:

[36] El derecho a la pensión se recuperará cuando se extinga el contrato de trabajo, cese la actividad por cuenta propia o, en su caso, finalice la prestación por desempleo, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o maternidad o, en los supuestos en que se continúe en la realización de una actividad o en el percibo de una prestación, cuando los ingresos derivados de una u otra no superen los límites establecidos.

- Si el huérfano es menor de 21 años o tiene reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, la pensión se abonará con independencia de la cuantía de los ingresos que obtenga derivados de su trabajo.

- Si el huérfano es mayor de 21 años, no incapacitado, la pensión de orfandad se suspenderá: 1) En la fecha del cumplimiento de los 21 años, únicamente, en aquellos casos en que los ingresos derivados del trabajo que viniese realizando el menor, no incapacitado, superen el límite establecido; 2) Desde el día siguiente a aquél en que inicie un trabajo por cuenta ajena o propia (siempre que los ingresos obtenidos del mismo superen el límite establecido), o desde el momento en que los ingresos que se viniesen obteniendo superen dicho límite.

La percepción de la pensión es compatible con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público, con las mismas condiciones y requisitos que en el sector privado.

— La prestación temporal de orfandad por violencia contra la mujer es compatible (art. 225 LGSS). La compatibilidad con el trabajo dependerá: 1) si el huérfano es menor de 21 años, la prestación de orfandad es compatible con cualquier renta de trabajo del propio huérfano; 2) Si el huérfano tiene entre 21 y 25 años, será compatible con las rentas de trabajo inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente para el salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual, incluidas dos pagas extraordinarias. prestación temporal en favor de huérfanos víctimas.

— Pensión favor familiares

La realización de trabajos por parte del nieto y hermano menor de 22 años produce los mismos efectos suspensivos que los indicados en la pensión de orfandad (art. 22 O. 13 febrero 1967).

— Prestación temporal en favor de familiares. Es incompatible con la percepción por parte del titular de cualquier pensión pública y con la percepción de ingresos de cualquier naturaleza que superen la cuantía, en cómputo anual, del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento.

C) Prestaciones no contributivas

— Pensión de invalidez[37]. La pensión de invalidez no contributiva no impide el ejercicio de aquellas actividades laborales, sean o no lucrativas, compatibles con la discapacidad del pensionista y que no representen un cambio en su capacidad real para el trabajo. Las personas que con anterioridad al inicio de una actividad laboral vinieran percibiendo una pensión no contributiva de invalidez, podrán compatibilizar el percibo de la pensión con los ingresos derivados de la actividad, durante los cuatro años siguientes al inicio de la actividad, si la suma de la cuantía anual de la pensión que tuviera reconocida el pensionista y de los ingresos anuales que perciba o prevea vaya a percibir de la actividad laboral no superan el límite anual establecido En caso de exceder de dicho límite, la cuantía anual de la pensión se reducirá en la cuantía necesaria para no sobrepasarlo (art.

[37] Respecto a la pensión de jubilación no contributiva la LGSS solo establece limitaciones en su acceso y mantenimiento al límite de ingresos establecido. Tampoco se recogen en el RD 357/1991, de 15 de marzo, que solo hace referencia en su art. 18 a la incompatibilidad entre prestaciones.
Véase RD 357/1991, de 15 de marzo y Orden PRE/3113/2009, de 13 de noviembre, sobre rentas o ingresos computables en materia de pensiones no contributivas.

366 LGSS)[38]. Si transcurrido el plazo de cuatro años, el pensionista continúa realizando una actividad laboral se suspenderá el derecho a la pensión y mantendrá dicha situación en tanto no se produzca el cese en la actividad.

— Ingreso Mínimo Vital (art. 19.4 LIMV). Su disfrute es compatible con rentas de trabajo o de la actividad económica por cuenta propia de la persona beneficiaria individual o, en su caso, de uno o varios miembros de la unidad de convivencia en los términos previstos en el RD 789/2022, de 27 de septiembre.

Las resultas de lo expuesto reflejan un complejo panorama de situaciones en que cabe la posibilidad de trabajar o seguir trabajando por cuenta propia o por cuenta ajena pese a que sobre el sujeto causante y/o beneficiario se ha actualizado el hecho causante de la prestación reconocida, en general la pérdida de ingresos (en alguna ocasión el exceso de gastos[39]) y ello sin contar con las numerosas posibilidades en las que es posible también compatibilizarlo con otras prestaciones del sistema.

A destacar algunas situaciones en las que es factible trabajar y ser pensionista: la jubilación[40] y determinados grados de incapacidad permanente.

Si el hecho causante -tradicionalmente entendido- es el cese total en el trabajo por el cumplimiento de una edad determinada, mal se entiende que se puede acceder o mantener el percibo de la pensión trabajando de forma parcial o total. Se ofrece como justificación la necesidad de introducir esquemas de convivencia entre la vida activa y la pasiva, que permitan e incrementen la coexistencia de salario y pensión, o como eufemísticamente se dice por el Gobierno "mejorar el tránsito a la jubilación" en el reciente Acuerdo social de 31 de julio de 2024[41]. Y para ello debe removerse la normativa que fuerza a colectivos o personas a la jubilación obligatoria en contra de sus deseos y capacidades[42]. No le falta un punto de razón, pero no hay que olvidar que hay un colectivo muy importante de personas que no quieren jubilarse o quieren seguir trabajando una vez jubilado por no alcanzar la pensión a cubrir la pérdida de ingresos que el cese en el trabajo provoca, tanto en las pensiones mínimas como en aquellas máximas por el efecto de tope en las pensiones.

En el caso de la incapacidad permanente absoluta resulta de muy difícil entendimiento que si el grado de absoluta supone la inhabilitación para toda profesión u oficio, no impida el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad en el trabajo a efectos de su revisión[43]. Y además se permita que si un pensionista de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez realizan trabajos incluidos

---

38 Para 2024 límite es 14.450,60 € es el resultado de sumar los importes anuales fijados en 2024 para el indicador público de renta de efectos múltiples (Iprem), que se cifra en 7.200,00 € y para la pensión de Invalidez no contributiva, que es de 7.250,60 €.

39 Por ejemplo, el complemento de pensión en situaciones de gran invalidez.

40 Un análisis de la misma puede verse en Rodríguez Iniesta, G.: La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo, Cuadernos del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, núm.9, CESRM, Murcia, 2018.

41 V. nota de prensa del Ministerio de Inclusión y Seguridad Social en su presentación del Acuerdo Social para la mejora de la compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo, para la regulación de un nuevo procedimiento de acceso a la pensión de las actividades con elevada peligrosidad y para el mayor aprovechamiento de los recursos de las mutuas con el fin de recuperar la salud de las personas (accesible en https://www.inclusion.gob.es/w/la-mesa-de-dialogo-social-de-seguridad-social-alcanza-un-acuerdo-para-flexibilizar-la-jubilacion-involucrar-mejor-a-las-mutuas-en-los-tratamientos-sanitarios-y-regular-las-profesiones-penosas.

42 Véase, por ejemplo, informe sobre la compatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación y la realización de una actividad, octubre de 2012, Secretaría de Estado de la Seguridad Social, accesible en https://www.inclusion.gob.es/w/el-gobierno-envia-al-pacto-de-toledo-un-informe-sobre-la-sostenibilidad-del-sistema-publico-de-pensiones.

43 Art. 198.3 LGSS en relación con el art. 194.5 LGSS/1994.

en el sistema queden sujetos a las obligaciones de alta y cotización en el régimen correspondiente, así como a cualquiera de otras obligaciones que puedan venir impuestas por las normas que lo rigen, sin que a ello ponga obstáculo su condición de pensionistas[44]. Situación que recientemente ha sido puesta en entre dicho por el TS en su sentencia 544/2024, de 11 abril[45] ha venido a cambiar su criterio hasta ahora favorable a que un ciego declarado en situación de gran invalidez pueda compatibilizar su situación de pensionista con la venta de cupones para la ONCE, reinterpretando el art. 194 LGSS/1994[46] en el sentido de que las actividades compatibles únicamente pueden referirse a tareas o funciones que no sean las correspondientes a alguna profesión u oficio, sino a labores de índole accesorio, marginal u ocasional o limitado que, siendo o no lucrativas, no den lugar a su inclusión en el sistema de Seguridad Social[47].

Y también situaciones incomprensibles como es el caso de la pensión de orfandad en que se limita las posibilidades del huérfano con ingresos superiores por trabajo al 100% pero nada impide que tenga rentas de otro tipo cualquiera que sea su cuantía.

¿Y qué trabajo o actividad queda entonces al margen del sistema? Los conflictos y controversias no se harán esperar. De momento el Acuerdo Social de 2024 no altera la situación actual está más preocupado por retrasar el acceso a la jubilación, aunque sea solo parcial, de ahí que se ofrezcan mayores incentivos en la jubilación demorada, mejoras en la jubilación activa, un mandato al Gobierno para que establezca una nueva regulación de la jubilación flexible con el fin de su incentivación, un nuevo marco regulador de la jubilación parcial y prolongación de su extensión a la industria manufacturera. Y así mismo se propugne una nueva regulación del procedimiento de establecimiento de coeficientes reductores de la edad de jubilación, que se adivina más complejo que el actual.

6. ELIMINAR ANACRONÍAS, DISPENDIOS, INCONGRUENCIAS, PRIVILEGIOS Y DESIGUALDADES EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

A lo largo de la Ley 193/1963, 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social se encuentran numerosas referencias a un ideal superar la noción de riesgo y avanzar hacia la consideración conjunta

44 Véase Resolución de 2 de noviembre 1992 de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social.

45 Roj:STS 1996/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1996.

46 En vigor según la DT. 26 LGSS.

47 Lo que pronto llevará a la Administración de la Seguridad Social a adoptar el siguiente criterio "1. La percepción de la pensión de IPA será incompatible con la realización de aquel trabajo o actividad que dé lugar a la inclusión en un régimen del sistema de la Seguridad Social.
A tal efecto, se suspenderá el pago de la pensión de IPA durante el desempeño de tales trabajos o actividades, dictándose resolución en la que se fundamente la suspensión en la nueva doctrina del TS, y se reanudará cuando cese la realización de dicho trabajo o actividad.
En aquellos casos en los que se tenga reconocido el complemento destinado a que el interesado pueda remunerar a la persona que le atienda previsto en el artículo 196.4 del TRLGSS, la suspensión de la pensión no impedirá que se siga percibiendo dicho complemento.
Lo establecido en este apartado no impide que el INSS pueda promover la revisión del estado del interesado conforme a lo dispuesto en el artículo 200 del TRLGSS.
2. En aquellos casos en los que, de acuerdo con la anterior doctrina del TS, el pensionista viniese compatibilizando el percibo de la pensión de IPA con el ejercicio de un trabajo por cuenta ajena o de una actividad por cuenta propia que hubiera dado lugar al alta en un régimen de la Seguridad Social, durante la vigencia de dichos contratos de trabajo o de las citadas actividades, se mantendrá la compatibilidad sin perjuicio de que se pueda iniciar, si así procediese, el procedimiento de revisión con el objeto de determinar si se mantiene el grado, en el supuesto de que el interesado no hubiera cumplido la edad de jubilación y de que dicho procedimiento no se hubiera ya iniciado cuando se tuvo conocimiento de que el interesado estaba trabajando." Criterio 11/2024, de 13 de junio, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.

de las contingencias. No tiene sentido que la alteración de la salud de una persona, la incapacidad temporal o definitiva para el trabajo o la muerte y supervivencia sea atendida de distinta forma según que el origen o causa secundaria/riesgo que ha provocado la actualización de la contingencia protegida. Y así nuestro sistema no protege de igual forma la atención sanitaria, incapacidad temporal, incapacidad permanente y la muerte del causante y supervivencia de familiares si el hecho tiene su origen en AT/EP o AC/EC, con una protección cuantitativa y cualitativamente superior en caso de riesgos profesiones. Lo cual no tiene mucho sentido ya que la situación de necesidad exceso de gastos/defecto de rentas es la misma. Han pasado más de 60 años y se mantiene la regresiva noción de riesgos singulares en atención a la causa.

Aunque ya se ha avanzado algo anteriormente en relación a la compatibilidad e incompatibilidad de algunas prestaciones con el trabajo, hay situaciones que no dejan de sorprender, quizás el caso más llamativo sea la política en relación con la jubilación, pues por un lado se endurecen los requisitos o condiciones de acceso o se promueve el retraso en la edad, pero luego para determinados colectivos se les facilita el acceso a la misma con discutibles criterios que luego no se aplican a otros colectivos en similares situaciones (en relación con el acceso a la jubilación anticipada). Es el caso de bomberos, policías locales, policía autónoma vasca, navarra y catalana. En incluso entre ellos hay diferencias que no se explican, véase el caso de la policía autónoma catalana y su privilegiada financiación.

O en relación a determinados colectivos con privilegios difícilmente explicables, En este sentido véase la situación en orden a su inclusión, cotización y cobertura de Seguridad Social de los artistas en espectáculos públicos incluidos en el régimen general[48], por ejemplo: un subsidio especial por maternidad durante el período de inactividad de trabajadora embarazada o en lactancia natural hasta que el hijo cumpla los nueve meses, que indique no ser contratada por dichos motivos; y la compatibilidad total de la pensión de jubilación con la actividad artística (incluyendo el complemento a mínimos y el de brecha de género)[49]. O también el reconocimiento como períodos cotizados a la Seguridad Social de aquellos que se puedan justificar que se dedicaron profesionalmente a la enseñanza del euskera antes de 29 de diciembre de 1978 regulado por el RD 788/2007, de 15 de junio y sin embargo el reconocimiento como período cotizado durante el servicio militar o prestación social sustitutoria todavía esté pendiente de ello.

7. LA REALIDAD DE LA PREVISIÓN SOCIAL PRIVADA QUE SE FORMENTA COMO COMPLEMENTARIA O SE AUTORIZA COMO ALTERNATIVA A LA SEGURIDAD SOCIAL

El componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia presenta como cuarto objetivo, el impulso de los sistemas complementarios de pensiones en el ámbito empresarial y profesional[50]. En particular, se trabajará en el desarrollo de fondos de pensiones de promoción pública que permitan extender los planes de pensiones al conjunto de trabajadores a través de la negociación colectiva y mediante incentivos fiscales. Se cuestiona el actual marco jurídico de la previsión social complementaria, centrado en incentivos fiscales a los planes de pensiones individuales que se entiende ineficaz, ineficiente y regresivo[51].

48 Art. 249.ter LGSS

49 Art. 249 quater LGSS.

50 Páginas 23 a 26.

51 Pág. 24 Evidencias, análisis y datos que motivan la necesidad de la reforma: El sistema no cumple en la actualidad con su principal objetivo que es el de incentivar el ahorro para la jubilación. De hecho, es fiscalmente regresivo y se presenta como un producto financiero con un alto coste lo que conlleva una escasa participación de la población más joven (únicamente los planes de pensiones del sistema de empleo, sometidos a un principio de no discriminación más estricto, abarcan a la población joven más eficazmente). Así lo ha puesto de manifiesto la AIReF y queda reflejado en los siguientes datos. Un 69% de los planes de pensiones en España se formalizan a través de la modalidad

Las medidas concretas que se pretenden llevar a cabo para ello son[52]:

— Creación de fondos de pensiones de empleo de promoción pública, gestionados por el sector privado, al que puedan adscribirse planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para la jubilación.

— Extender la población cubierta por planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para jubilación con financiación mixta de empresa y trabajadores a través de la negociación colectiva de dimensión preferentemente sectorial, para lo cual se han de establecer mecanismos e incentivos que hagan efectiva esta extensión.

— Simplificación de los trámites en la adscripción y gestión de los planes de pensiones usando especialmente la digitalización para que las operaciones de alta de la empresa y del partícipe, aportación, información de rentabilidad y movimientos, petición de prestaciones y cobro sean on-line.

— Diseño de mecanismos que favorezcan la movilidad de los trabajadores entre las diferentes empresas y sectores.

— Diseño de un nuevo incentivo fiscal dirigido a impulsar este tipo de instrumentos colectivos, que beneficie especialmente el ahorro de las rentas medias y bajas e incorpore a los jóvenes de manera más eficaz.

— Limitación de los costes de gestión de los planes de empleo por debajo del 0,30% de los activos gestionados.

El tiempo nos dirá la implantación y eficacia de este hito. Mientras tanto no debe olvidarse las medias verdades en las que se ha venido sustentando la permanente ofensiva contra el sistema público de Seguridad Social: su insostenibilidad; su elevado gasto; hay que recortar ahora para garantizar el futuro debido al envejecimiento de la población y la esperanza de vida; las bondades en su eficacia de los fondos privados de pensiones; etcétera. Venimos padeciendo un goteo constante de noticias como: «Ciudadanos pone fecha al "reventón" del sistema de pensiones»[53]; «Exigimos la verdad sobre las pensiones. Nonos engañen. Cada vez vivimos más años, cada vez nacen menos niños y cada vez es menor la población activa»[54]; «Hay que decirle la verdad a la gente. El sistema de pensiones es insostenible. El presidente del Colegio de Economistas de Valladolid, Palencia y Zamora advierte

individual, mientras que únicamente un 31% a través de la modalidad de empleo. El 10% de la población con más renta se beneficia de dos terceras partes de las reducciones fiscales por aportaciones a los planes. El volumen global de fondos de pensiones no supera el 10% del PIB (incluyendo las tres modalidades de planes de pensiones individuales, asociados y de empleo), muy por debajo de la media de los países de la Eurozona (35% del PIB), con la particularidad de que mientras los planes individuales crecen moderadamente, los planes de empleo permanecen estancados en el entorno de los 34.000 millones de euros desde 2014 y con una tendencia a la baja del número de partícipes desde 2011.

52 En cumplimiento de este hito véase la Ley 12/2022, de 3 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo; el RD 885/2022, de 18 octubre y el RD 688/2023, de 18 julio, sobre modificación del Reglamento de planes y fondos pensiones, aprobado por el RD 304/2004, de 20 febrero, para impulso de los planes de pensiones de empleo.

53 Diario El Mundo, 22 de octubre de 2022, accesible en https://www.elmundo.es/espana/2022/10/27/635a5844fc6c835f058b45a2.html.

54 Diario de Sevilla, 21 de octubre de 2022, accesible en https://www.diariodesevilla.es/opinion/articulos/Exigimos-verdad-pensiones_0_1731128990.html

que sin reducción del gasto público y una profunda reforma, pude producirse un estallido social»[55]: etcétera. Y claro, la salvación será de manos de la previsión social privada.

Ahora bien, el nuevo sistema complementario que se propugna tampoco se salva de críticas, recuérdese la situación actual de las entidades de previsión social vascas «Los afectados por Geroa toman las calles para exigir el dinero atrapado en una de las EPSV vasca que imita Escrivá. Los 113.000 trabajadores que integran el plan de pensiones quieren cobrar su prestación en forma de capital. Hay cientos de demandas interpuestas»[56]; «Lagun Aro subirá solo un 1% las pensiones a sus mutualistas menores de 72 años. Desliga la revalorización del IPC por ver primera para la mayoría de los socios, tras el impacto en su margen de solvencia, de la caída de los mercados»[57]

Y por último la realidad de la protección social alternativa al sistema. En los últimos meses se vienen sucediendo noticias acerca de la situación de los abogados que se jubilan o lo pretenden en todos los medios de comunicación (periódicos, radio, televisión, internet, etcétera) como, por ejemplo[58]: «Abogados y procuradores batallan por un*a pensión digna: "Tras 40 años cotizando nos dicen que nos quedan 300 euros al mes". Casi 80.000 profesionales liberales ahorran para su jubilación a través de mutualidades en lugar de con la Seguridad Social»*[59]*;* «Movimiento #J2, abogados contra las jubilaciones indignas de su m*utualidad: "Con 300 euros al mes no pueden dejar de trabajar»*[60]*;* «*Pasarela al RETA o jubilación miserable: la última oportunidad de los abogados mutualistas. Más de 70.000 letrados piden poder pasar el dinero acumulado en la Mutualidad al régimen de autónomos para poder percibir una pensión digna»*[61]

---

55 Diario El Español, 28 febrero de 2022, accesible en https://www.elespanol.com/castilla-y-leon/economia/20220228/margarida-decirle-verdad-gente-sistema-pensiones-insostenible/653434791_0.html

56 Diario El Español, 7 junio 2022, accesible en https://www.elespanol.com/invertia/mis-finanzas/planes-pensiones/20220607/afectados-geroa-calles-exigir-atrapado-epsv-escriva/678182501_0.html

57 Diario El Correo, 13 diciembre 2022, accesible en https://www.elcorreo.com/economia/lagun-advierte-solo-20221213221228-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F

58 Un análisis más detenido puede verse en Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: "¿Han tocado fondo las mutualidades de previsión social alternativas al RETA? El encuadramiento obligatorio en el RETA de los colectivos profesionales autónomos como destino coherente en un "sistema" de Seguridad Social", Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum, núm. 39, pág. 13-32.

59 Noticia publicada en el diario Cinco Días, 10 abril 2024, accesible en https://cincodias.elpais.com/fondos-y-planes/2024-04-10/abogados-y-procuradores-batallan-por-una-pension-digna-tras-40-anos-cotizando-nos-dicen-que-nos-quedan-300-euros-al-mes.html [consultado en 15 mayo de 2024].

60 Noticias de la Cadena SER en su entrevista a Ángel López en 20 de mayo de 2023, accesible en https://cadenaser.com/nacional/2023/05/20/movimiento-j2-abogados-contra-las-jubilaciones-indignas-de-su-mutualidad-con-300-euros-al-mes-no-pueden-dejar-de-trabajar-cadena-ser/ [consultado en 15 de mayo de 2024].

61 Noticia publicada en diario La Razón en 3 marzo 2024, accesible en https://www.larazon.es/espana/pasarela-reta-jubilacion-miserable-ultima-oportunidad-abogados-mutualistas_2024030365e4022e566e5f0001a1206f.html [consultado en 15 de mayo de 2024].

Y comenzarán apoyos e iniciativas, del Consejo General de la Abogacía[62]; del Colegio de la Abogacía de Madrid:"[63]; del Grupo Parlamentario Plurinacional SUMAR[64], de la Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos UPTA que ha elaborado lo que denomina "Propuesta Pasarela al RETA de Mutualistas Alternativos de la Abogacía y Procura".

Ante las crecientes movilizaciones de este colectivo el Gobierno ha comenzado "oficiosamente" a mover ficha [65]:

"*Novedades para mutualistas que pasen a la Seguridad Social: deben estar en la mutua antes de 2005 y mantendrán la pluriactividad. El Ministerio amplía así el colectivo que podrá acceder a la denominada 'pasarela al RETA' tras anunciar en un principio que el cambio solo se permitiría si se había cotizado antes de 1996*[66]*"*

"… Las novedades anunciadas este viernes por la Seguridad Social en el canal de Telegram del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones son fundamentalmente dos:

La primera es que incluirá en el futuro rescate de los fondos (cotizaciones acumuladas) o pasarela "a aquellos mutualistas en situación de vulnerabilidad que estuvieran en una mutualidad antes del cambio de sistema de capitalización colectiva a uno individual, que, en el caso de los abogados, la más numerosa de las mutualidades, fue en 2005". ... Y aquí llega la segunda de las novedades avanzadas este viernes por el departamento que dirige Elma Saiz, y es que el futuro encuadramiento obligatorio en el RETA no afectará a las situaciones de pluriactividad…"

Ya se verá en que queda todo, lo que sí debería de quedarnos claro es que el mutualismo alternativo a la Seguridad Social no es viable.

8. CONCLUSIONES

En los apartados anteriores ya se ha ido adelantando las conclusiones de este estudio y que telegráficamente podrían resumirse así: a) hay que conseguir un trabajo digno para los jóvenes que

62 "La Abogacía reclamará a la Seguridad Social que garantice pensiones mínimas equiparables a las de los autónomos para todos los mutualistas alternativos. El Pleno de la institución considera que los próximos gobiernos deben garantizar que los mutualistas alternativos reciban los mismos complementos que los autónomos Declaración del Pleno de la institución en 16 de junio de 2023, accesible en https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/la-abogacia-reclamara-a-la-seguridad-social-que-garantice-pensiones-minimas-equiparables-a-las-de-los-autonomos-para-todos-los-mutualistas-alternativos, [consultado en 13 mayo de 2024].

63 " … tras haber puesto en marcha distintas iniciativas para impulsar una salida, con contactos institucionales con todos los partidos y Administraciones, la Junta de Gobierno del ICAM ha confiado en la catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y expresidenta del Tribunal Constitucional, María Emilia Casas, para lograr concretar, en una propuesta legislativa, las peticiones que el Colegio y los colectivos de mutualistas vienen planteando: una pasarela voluntaria al RETA y la eventual recuperación de las aportaciones realizadas sin impacto fiscal Noticia publicada en la web de dicho Colegio Profesional en 21 de marzo de 2024, accesible en https://web.icam.es/el-colegio-de-la-abogacia-de-madrid-encarga-a-maria-emilia-casas-la-elaboracion-de-una-propuesta-legislativa-para-regular-una-pasarela-voluntaria-al-reta, [consultado en 13 de mayo de 2024].

64 Proposición no de Ley relativa a la protección social de la abogacía y la procuraduría 162/000065, instando al Gobierno a realizar las actuaciones y modificaciones necesarias, en relación con las y los profesionales de la abogacía y procuraduría que tienen contratado con las Mutualidades de la Abogacía y de la Procuraduría el sistema de protección social alternativo al RETABOCG, Congreso Diputados, serie D, núm. 40, 24 de noviembre de 2023, págs. 21 y 22.

65 Las propuestas que se conocen son a través de los medios de comunicación.

66 Titular, Diario El País, 12 de abril de 2024, accesible en https://elpais.com/economia/2024-04-12/novedades-para-mutualistas-que-pasen-a-la-seguridad-social-deben-estar-en-la-mutua-antes-de-2005-y-mantendran-la-pluriactividad.html; [consultado en 14 de mayo de 2024]. Se reproduce parcialmente la noticia elaborada por Raquel Pascual Cortés.

son futuro del sistema de Seguridad Social y sientan la necesidad de vincularse al mismo; b) El sistema de Seguridad Social debe recuperar claridad, transparencia y accesibilidad para el ciudadano medio; c) Dar cumplida cuenta a uno de los principios inspiradores de la Seguridad Social frente a los Seguros Sociales, la consideración conjunta de las contingencias; d) Evitar anacronías, dispendios y tratos privilegiados que no obedecen a la necesidad de un tratamiento singular, sino en algunas ocasiones a acuerdos políticos; e) Conseguir un sistema de Seguridad Social claro y transparente evitando contradicciones; f) Llevar al convencimiento, no solo a los jóvenes, de los ciudadanos de que la previsión social privada podrá ofrecer ayudas, que dependerán de su capacidad de ahorro, pero nunca podrán alcanzar lo que la Seguridad Social ofrece, pues esta tiene algo de lo que carece aquella, la solidaridad intergeneracional.

Y una última observación o denuncia que también se podría plantear como reto. Se trata del lento y silencioso avance de la protección social asistencial o no contributiva, frente a la contributiva. Por señalar, un ejemplo reciente: la práctica desaparición de la protección a la familia del nivel contributivo. Todo empezó con la Ley 26/1990, de 20 diciembre, que supuso una reforma radical en las prestaciones familiares y que poco a poco ha ido avanzado hasta su práctica reubicación en la última prestación no contributiva, el Ingreso Mínimo Vital. Si este es el camino que se pretende caminaremos a una protección social pública de mínimos que habrá que completarla -los que puedan- con otra complementaria y allí nos esperará la previsión social privada como salvadora de nuestro bienestar social. De poco servirá aquella superación de los Seguros Sociales y Mutualismo Social en 1963.

9. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Trabajo y Seguridad Social de la juventud*, I Jornadas ITSS/AESSS, obra colectiva dirigida por Illueca Ballester, H., Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, ediciones Laborum, Murcia, 2022.

Monereo Pérez, J. L.: La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales, Ediciones Laborum, Murcia, 2019

Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. : El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020), Revista Derecho de la Seguridad Social, Laborum,25,13-32, accesible en https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/430

Monereo Pérez, J.L y Rodríguez Iniesta, G. y Trillo García, A.R.: *El Ingreso Mínimo Vital*, 2ª edición, Ediciones Laborum, Murcia, 2023.

Monereo Pérez, J, Rodríguez Iniesta, G. y Trillo García, A.R.: "*El Ingreso Mínimo Vital*. Del Pacto intergeneracional entre jóvenes y mayores. Cuatro años de su implantación en España (2020-2024). Número Especial núm. 4 conjunto Revista Derecho de la Seguridad Social y Revista Crítica de Relaciones Laborales, Ediciones Laborum, Murcia, 2024.

Rodríguez Iniesta, G.: *La compatibilidad de la pensión de jubilación con el trabajo*, Cuadernos del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, núm.9, CESRM, Murcia, 2018.

Rodríguez Iniesta, G. y Sempere Navarro, A.V.*: La protección por desempleo tras la reforma de 2024*, Ediciones Laborum, Murcia, 2024.

Rodríguez Iniesta, G. y Trillo García, A.R.: *La cotización de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (Régimen jurídico tras las reformas de 2022-2024),* Laborum Ediciones, Murcia, 2024.

Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La Protección social de trabajadores migrantes y su proyección en el marco de los Derechos de Libre Circulación

The social protection of migrant workers and its impact on freedom of movement

Belén del Mar López Insua *Catedrática (acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-1248-6015

Cita Sugerida: LÓPEZ INSUA, B.M.: «La Protección social de trabajadores migrantes y su proyección en el marco de los Derechos de Libre Circulación». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 189-204.

Resumen

Al hilo del principio de libre circulación de trabajadores se plantea el problema de reconocer o no las prestaciones sociales, pues no quedan claras las fronteras entre Seguridad Social y Asistencia Social. La difícil tarea de deslinde entre uno y otro propicia que las fronteras entre ambas se hayan desdibujado. De igual modo, tampoco resulta nada fácil definir los conceptos de prestaciones contributivas y no contributivas, de ahí que para saber si una prestación se encuentra o no incluida en el campo de aplicación de los Reglamentos de coordinación los tribunales hayan de guiarse por el principio de condición más favorable (artículo 48 del TFUE). Siendo, por tanto, reconocidas como tales aquellas concedidas legalmente a sus beneficiarios y referidas a alguno de los riesgos que recogen los Reglamentos de Coordinación comunitaria.

Palabras clave

protección social; reglamentos de coordinación; asistencia social; Brexit y prestaciones sociales

Abstract

The principle of free movement of workers raises the question of whether social benefits are recognized, since the boundaries between social security and social assistance are not clear. The difficult task of drawing the lines between the two has led to blurring of the boundaries. Similarly, it is not easy to define the concepts of contributory and non-contributory benefits; Hence, in order to determine whether a benefit falls within the scope of the coordination regulations, the courts must be guided by the principle of the most favourable condition (Article 48 TFEU). The legal recognition of those granted to their beneficiaries and relating to one of the risks listed in the Community coordination regulations.

Keywords

social protection; coordination regulations; social assistance; Brexit and social benefits

"El derecho habla su propio idioma. Por eso interesa siempre el sentido técnico-jurídico que posee límites más exactos que el concepto de idioma cotidiano. Sin embargo, entre tanto hemos aprendido a ver que tampoco el uso idiomático técnico-jurídico de la ley es tan exacto como sostenía Binding"

Engisch, K[1]

[1] Engisch, K.: Introducción al pensamiento jurídico, edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2001, pág. 93.

1. LA LIBRE CIRCULACIÓN COMO PILAR FUNDAMENTAL EN LA UNIÓN EUROPEA: PLANTEAMIENTO GENERAL Y CONTROVERSIAS EN TORNO AL MANTENIMIENTO DE LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN SOCIAL

La libertad de circulación de trabajadores migrantes constituye un principio fundamental recogido en el artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) y el cual se desarrolla por el mismo Derecho derivado europeo, así como por la Jurisprudencia comunitaria del Tribunal de Justicia (TJUE). Desde sus orígenes este principio (que involucra un haz de derechos conexos) ha constituida clave fundamental para la instauración de un mercado único, así como para el progreso de integración en el espacio Schengen y la garantía de una igualdad ciudadana comunitaria. Las distintas manifestaciones de este derecho - dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia- implican que los ciudadanos de la Unión (y sus familiares) puedan, entre otros derechos vinculados: buscar empleo en otros países comunitarios, desempeñar una actividad profesional sin necesidad de permiso de trabajo, residir en otro país y recibir el mismo trato que los ciudadanos que el país de residencia en lo relativo al acceso al empleo, condiciones de trabajo y disfrute de derecho sociales. Por lo tanto, en términos amplios, este principio implica la movilidad de las personas migrantes por la Unión sin trabas burocráticas, ni legales.

Ahora bien, tal afirmación requiere de una matización respecto de los nacionales de terceros países y trabajadores en situación irregular administrativa. Y es que tanto el Sistema de los Tratados, como el Derecho derivado de la Unión Europea (UE) aún mantienen esa diferenciación por razón de la nacionalidad y residencia, la cual hace extensible a todos los ámbitos de la vida social. Y es que, tras la introducción del concepto de "ciudadanía" en el conjunto comunitario se hizo extensible la aplicación del principio de igualdad de trato a todos aquellos (trabajadores y ciudadanos de la UE) que quieran ejercer el derecho a la libre circulación, ya sea por razones de búsqueda de empleo o para el acceso a las prestaciones (contributivas y no contributivas). En este sentido, una de las trabas más graves que se produce a nivel europeo consiste en la falta de respeto debido hacia los Derechos humanos y libertades fundamentales, pues a pesar de los múltiples instrumentos normativos existentes, lo cierto, es que en la práctica los principios de libertad de circulación, no discriminación e igualdad no se respetan. Y ello, aun cuando, desde el campo de las Instituciones y Organismos Internacionales ya se hayan declarados ilegales muchas de las prácticas expulsivas por su contraposición con el estándar multinivel de Derechos humanos. Lamentablemente, en las políticas públicas migratorias impera todavía la racionalidad excluyente y represiva debida al redescubrimiento político-jurídico de la idea de "peligrosidad social". De ahí que el tratamiento que reciban los ciudadanos de terceros países sea inferior al que disfrutan los que ostentan la ciudadanía de países miembros de la Unión.

Actualmente, el derecho la libre circulación y residencia atraviesa uno de sus peores momentos en cuanto a su efectiva en la experiencia jurídica debido a la meta política llamada "Brexit". En efecto, el fenómeno del Brexit ya está afectando al país que, más directamente, venía acogiendo mano de obra de toda la Unión (y, principalmente, de España). De este modo, uno de los problemas primordiales que se cuestionan ahora es el de las prestaciones sociales vinculadas al derecho a la libre circulación. La persistencia de los efectos negativos de la crisis económica (con una débil recuperación), el creciente e imparable desempleo, así como el respeto y manteniendo de los derechos sociales (tanto para ciudadanos de la Unión, como de terceros países) son sólo algunos de los puntos más críticos que determinan una descausalización de los principios base que conforman el Derecho originario comunitario. A todo ello, hay que sumar las constantes contradicciones y aporías en la doctrina del TJUE y, cómo no, el confuso panorama que crean la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril[2] y los Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

[2] En esta Directiva se refunden todas las medidas normativas dispersas en el complejo corpus legislativo que había regulado previamente la libre circulación y residencia en la UE.

1.1. El derecho de residencia como condición "sine qua non" para el control de flujos migratorios y el acceso a los derechos de protección social

El espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE crea un espacio de movilidad en el interior del colectivo comunitario, el cual establece diferenciaciones en función de la condición o no de ciudadano de la Unión y, por tanto, del estatus jurídico de las personas migrantes resulta. Se entrecruzan así tres elementos clave, de un lado, los principios de libre circulación y residencia, de otro, los flujos migratorios y, finalmente, el respeto y el acceso a la protección de los derechos fundamentales.

En efecto, actualmente, se pone en práctica la lógica de seguridad interior frente a la entrada y permanencia de personas extracomunitarias en situación irregular, lo que al tiempo lleva a realizar una selección de personas y, por consiguiente, un endurecimiento de las políticas de protección social. A sensu contrario, lo ideal sería que las políticas comunitarias caminaran en un sentido más de integración y refugio, en lugar de fomentar la expulsión y la limitación de derechos. Este fenómeno no sólo está propiciando una desnaturalización del concepto de ciudadanía, sino también una mercantilización del estatuto jurídico de los nacionales de terceros países. A este respecto, algunos Estados miembros están llevando a cabo una serie de "prácticas" para la "venta" de la nacionalidad, a saber: países como Portugal, Grecia Chipre, Bulgaria, Hungría, España ya están facilitando la concesión de la nacionalidad y, por ende, la de ciudadanía de la Unión (y/o del permiso de residencia) a cambio de cuantiosas inversiones en propiedades inmobiliarias o compra de deuda soberana para los nacionales de estos países con un alto poder adquisitivo e inversor. La aplicación de la norma no parece que vaya a provocar un aumento significativo inmediato del número de beneficiarios del derecho a la libre circulación, pero incorpora un elemento selectivo y discriminatorio, esto es, un atajo para acceder primero a la residencia, después a la nacionalidad y, como colofón, a la ciudadanía de la UE.

La obligación de respetar los derechos fundamentales y el acceso al sistema de protección social vienen determinados no sólo por las políticas migratorias, sino también por los instrumentos normativos comunitarios. Y es que en ellos se determinan los requisitos y condiciones para el acceso a ese marco privilegiado de garantías y, por ende, a la condición de ciudadano. Los últimos constituyen piedra angular para la salvaguarda del derecho a la libre circulación en la Unión.

Desde el Tratado de la Comunidad Europea hasta el vigente TFUE se recoge este derecho como un principio esencial, en virtud del cual ningún trabajador migrante podrá ver mermado sus derechos (incluidos los nacionales de terceros países). El alcance material de este derecho no sufre, en principio, ningún cambio tras la publicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), pues la misma (con carácter vinculante) no puede alterar o distorsionar el régimen establecido en el sistema de Tratados. Recuérdese que la CDFUE establece el derecho a la libre circulación y residencia para los ciudadanos de la Unión (art. 45.1), pero además reconoce de forma expresa la facultad de atribuir este mismo derecho a los nacionales de terceros países que "residan legalmente" en el territorio de la UE. Por su parte, el Tratado de Lisboa vuelve a confirmar lo previsto en la Carta de DFUE, al establecer que la Unión adoptará medidas en el ámbito de la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros. Y, de igual modo, el TFUE insiste en esta materia al regular separadamente la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena en su artículo 45 y el disfrute de este derecho para los ciudadanos de la UE en su artículo 21.1. De esta dual diferenciación cabe extraer, en conclusión, la aplicación de un régimen distinto en función del derecho a residencia (ciudadanía en la Unión) el cual determina el acceso o no a las prestaciones no contributivas.

Aun cuando la actual legislación ha ampliado el ámbito personal y el contenido del derecho a la libre circulación, buscando así crear una Europa sin fronteras, lo cierto es que en la práctica este derecho se ha visto claramente mermado y limitado. A buen ejemplo, el artículo 48 del TFUE establece que: "El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes: a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros".

La ausencia de unas reglas de armonización para el colectivo comunitario, así como de una doctrina judicial europea uniforme en esta materia, propicia la aplicación de unas reglas de acoplamiento que construyen un "puente jurídico" entre los distintos sistemas de Seguridad Social para así garantizar el manteamiento de los derechos adquiridos. No se busca tanto la unión entre los dispares sistemas de protección social, sino que las pautas en este terreno quedan constreñidas al ámbito de la coordinación comunitaria. Cobra relevancia, en este punto, la promulgación del Reglamento CE nº 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, la cual se desarrolla por el Reglamento 987/2004. De este modo, se promueve el mantenimiento de distintos regímenes de Seguridad Social, al tiempo que los ciudadanos de la Unión y residentes legales podrán beneficiarse del derecho a la libre circulación ya sea por vía del Derecho Interno de cada uno de los Estados comunitario o del completado por la UE (vasos comunicantes)[3].

1.2. Ámbito personal y contenido esencial del derecho a la libre circulación y residencia

La construcción del concepto de ciudadanía europea parte de la inicial distinción entre "extranjeros procedentes de la Unión" y "extranjeros de fuera de la UE". Así pues, los primeros gozarán de un estatuto privilegiado de derechos, mientras que los segundos habrán de alcanzar la condición de residentes legales -según la legislación de cada uno de los países miembros de la UE- para poder disfrutar del contenido normativo que establece la libre circulación (artículo 20.1 del TFUE)[4].

La regulación del derecho a la libre circulación y residencia, en su versión primaria, ya potenciaba esta diferenciación entre ciudadanos de primera y segunda clase, de ahí que se haya erigido un concepto de Europa a distintos niveles. La ampliación de la libre circulación también a los nacionales de terceros países que cumplan con la condición de residencia supone que la acción normativa del colectivo comunitario la UE se ubica en el Espacio de libertad, seguridad y justicia (artículo 4 (2) letra j del TFUE). Ahora bien, cabe preguntarse ¿hasta qué punto son considerados éstos extranjeros? La concepción clásica de la dicotomía nacional-extranjero se transforma ahora, de tal modo que "el binomio" (extranjero de la UE y extranjero extracomunitario) se dirige hacia un trinomio que distingue al nacional, del europeo y de otros sujetos. Queda claro pues que el Derecho originario no amplía la libre circulación y residencia a todos los nacionales de terceros países, sino que diferencia entre los nacionales de terceros países ilegales y legales. La diferencia entre inmigrantes legales e ilegales podría parecer extremadamente simple, aunque por supuesto no lo es desde la perspectiva del Tratado de Lisboa. Por todo ello, estos colectivos de migrantes quedan abogados a sufrir constantes sospechas en cuanto a su situación administrativa, lo que repercute en el disfrute de sus derechos fundamentales como personas.

[3] Sentencias del TJUE de 3 de abril de 2008, C-331/06 y la de 21 de febrero de 2013, C-619/11.

[4] Sentencia del TJCE de 10 de julio de 2008, C-33/07 en el asunto Jipa.

No obstante, el derecho a la libre circulación y residencia de la UE se amplía también para los nacionales de terceros países "legales" por la triple vía del parentesco, residencia legal y voluntad declarada de facilitar la integración a los extranjeros en situación regular. Asimismo, los nacionales del Espacio Económico Europeo (EEE) podrán beneficiarse de ese estatuto jurídico privilegiado que integra a la libre circulación en el ámbito del Derecho de la Unión.

El contenido del derecho a la libre circulación, esto es, a la entrada, a circular libremente y a residir en el territorio comunitario, viene limitado por la duración de la estancia. Y ello es así porque la UE desarrolla y crea las condiciones a las que los nacionales de terceros países habrá de someterse para poder circular por el ámbito comunitario. Así pues, la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril se alza en guía diferenciadora entre aquellas estancias que son inferiores a tres meses (Art. 6 de la Directiva)[5] o superiores a tres meses (Art. 7 de la Directiva) y dentro del espacio de Schengen. En ambos casos, cabe reseñar que la libre circulación es plena, mientras que en caso de necesitar visado los extracomunitarios deberán cumplir con los requisitos que señala el art. 5.1 del Reglamento 562/2006, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras.

Finalmente, para períodos superiores a tres meses se establecen diferentes requisitos por parte de las directivas comunitarios que si se cumplen por los nacionales de terceros países se considerarán en situación legal. Dentro de la primera categoría se encuentran los trabajadores: a) altamente cualificados o titulares de la tarjeta azul, b) trabajadores temporeros, c) traslado intraempresarial de un directivo, especialista y de trabajador de formación o ICT móvil y d) trabajadores que residen legalmente en un Estado miembro. Forman parte de la segunda categoría, de un lado, los investigadores y, de otro, los estudiantes, alumnos, aprendices y voluntarios (se incluyen aquí también la movilidad "au pair"). Dentro de la tercera categoría se encuentran los residentes de terceros países que residan legalmente el territorio de un Estado miembro de la UE. Y, en cuarto lugar, aparecen los nacionales de terceros países con derecho a la reagrupación familiar, a saber: 1) el previsto para nacionales de terceros países y 2) los miembros o familiares de un ciudadano comunitario (el cónyuge; la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro; los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja; cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad y la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada).

2. ASISTENCIA SOCIAL Y SEGURIDAD SOCIAL A LA LUZ DE LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN Y LA DIRECTIVA 2004/38/CE

En principio la política migratoria de la UE no se dirige tanto a la articulación de mecanismos de derechos o de protección social, sino más bien al control de las fronteras para restringir el acceso de los nacionales de terceros países. Ahora bien, lo que es evidente es que una vez que éstos acceden se genera una dinámica hacia una más intensa integración gracias al establecimiento de los principios de solidaridad y reparto equitativo de responsabilidades entre los Estados comunitarios (Artículo 80 del TFUE), para lo cual se adoptarán las reglas que sean necesarias para facilitar su aplicación.

Así pues, la Carta Social Europea establece que "la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales" (Artículo 34.1). Sin embargo, por otra parte, insiste en

[5] Basta aquí con la posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos para que los ciudadanos de la Unión o del EEE puedan circular libremente por la UE.

el concepto de "residencia" al reconocer que "Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales" (Artículo 34.2). Y es que "con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales" (Artículo 34.3). Por todo ello, la Carta deja claro que el ejercicio de estos derechos depende "las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión, la legislación y las prácticas nacionales", de modo que su aplicación efectiva atiende, por el momento, a lo predispuesto en los sistemas nacionales de Seguridad Social (las prestaciones de Seguridad Social continúan estando "nacionalizadas", sin que existe un umbral mínimo o basamento mínimo de armonización legislativa comunitaria en esta materia). La coordinación intracomunitaria es la técnica legislativa instrumental (forma de "gobernanza legislativa suave", pero fuerte en la dimensión de política del Derecho) que podría evitar (o al menos atenuar) los impedimentos para la aplicación de las distintas legislaciones nacionales de Seguridad Social a los trabajadores en el espacio de la UE.

El principal problema que aparece en el colectivo comunitario a la hora de reconocer o no las prestaciones sociales radica en torno a la diferenciación entre Seguridad Social y Asistencia Social. La difícil tarea de deslinde entre uno y otro propicia que las fronteras entre ambas se hayan desdibujado. De igual modo, tampoco resulta nada fácil definir los conceptos de prestaciones contributivas y no contributivas, de ahí que para saber si una prestación se encuentra o no incluida en el campo de aplicación de los Reglamentos de coordinación los tribunales hayan de guiarse por el principio de condición más favorable (artículo 48 del TFUE). Siendo, por tanto, reconocidas como tales aquellas concedidas legalmente a sus beneficiarios y referidas a alguno de los riesgos que recoge el Reglamento 883/2004.

No obstante, todo este entramado se complica aún más en la práctica debido al juego que los tribunales hacen unas veces aplicando el Reglamento 883/2004[6] y, otras, añadiendo el plus que recoge la Directiva 2004/38/CE, el cual permite que los Estados miembro imponga a sus ciudadanos inactivos limites o restricciones para el disfrute de las prestaciones sociales por razón del requisito de "residencia"[7].

3. LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL VERSUS LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

El derecho de la Unión Europea se basa en un sistema de coordinación comunitaria que aspira a transferir los derechos adquiridos de un Estado a otro, pero siempre que el trabajador esté dentro del ámbito de cobertura que establece la Directiva 2004/38/CE y por la que se garantiza la "libre circulación". De este modo se trata de proporcionar seguridad a la persona migrante, al protegerlo mediante las normas de un Estado miembro (o sea, el que trabaja y reside). Se busca, en definitiva, prevenir el turismo social" que tanto debilita las arcas públicas.

Desde el mismo Tratado Constitutivo de la CEE (artículo 51) se establece que el Consejo de la Unión Europea, a propuesta de la Comisión, habrá de adoptar -en materia de Seguridad Social- las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores. No obstante,

[6] Ver la sentencia del TJUE de 19 de septiembre de 2013. Asunto C-140/12 y la sentencia de 15 de septiembre de 2015. Asunto C-67/14.

[7] Ver la STJUE de 11 de noviembre de 2014. Asunto C-333/13. STJUE de 25 de febrero de 2016. Asunto C-299/14.

aunque se crea un sistema especial que permitía garantizar a los trabajadores migrantes y sus derechohabientes la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales y al cálculo de éstas, por otro lado, se pretende además garantizar el pago de las prestaciones a las personas que residieran en los territorios de los Estados miembros.

A pesar de los intentos de la Comisión Europa para suplir esa laguna competencial, con iniciativas legislativas de índole social sobre la base del entonces artículo 100 del Tratado de la CEE, lo cierto es que con la adopción del Acta de la Unión Europea y el Tratado de la Unión Europea tampoco no se alcanzaron los resultados previstos. Las modificaciones realizadas por el Acta Única Europea en la esfera social fueron escasas. Aparte, todas ellas, se centraron sobre temas muy específicos como son: el fomento del diálogo entre los interlocutores sociales a nivel europeo, la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, así como el reforzamiento de la cohesión económica y social a través del apoyo financiero comunitario.

La entrada en vigor del Tratado de Maastricht supuso una lamentable distorsión, pues auspiciaba para el ámbito social la instauración de dos regímenes jurídicos distintos. De un lado, las disposiciones recogidas en el Título VIII, Cap. I del Tratado de la UE y que resultaban aplicables a todos los Estados miembros. Y, de otro, las disposiciones del Protocolo sobre la política social -anexo al Tratado de la UE- aplicables a todos los que en aquella época eran miembros, a excepción del Reino Unido. Este panorama desembocó, finalmente, en la adopción de un régimen comunitario de coordinación de los disimiles sistemas nacionales de Seguridad Social organizados y financiados por los Estados, cuyo objetivo principal era remover las trabas a la libre circulación de los trabajadores.

Los Reglamentos 3 y 4 indicarán que las competencias normativas en materia social de la Unión Europea deberán permitir el paso de un sistema jurídico a otro (puente jurídico), de modo que los derechos adquiridos o en vía de adquisición en un Estado podrán invocarse en otro Estado como si se hubieran producido en el primera. De este modo, la coordinación de los sistemas de Seguridad Social favorece el respeto y exigibilidad de las prestaciones sociales, además de distribuir las cargas entre los distintos regímenes nacionales.

No obstante, el eterno conflicto entre los distintos Estados de la Unión ha determinado que sea la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la que resuelva los distintos problemas de interpretación de la normativa en cuestión. A este respecto, de la doctrina del alto Tribunal de Luxemburgo se infiere que la coordinación, al no implicar unificación ni armonización de los sistemas de Seguridad Social, no conlleva su derogación, reforma, o modificación, sino que permite su subsistencia con todas sus peculiaridades, al tiempo que tampoco veda las competencias soberanas de los Estados para legislar en el ámbito de la Seguridad Social. Por todo ello, la libertad de movimiento no equivale a un libre acceso a los sistemas de Seguridad Social de otro Estado miembro, sino que las personas habrán de respetar una serie de principios comunitarios a fin de evitar que los trabajadores estén asegurados en más de un Estado miembro o carezcan de los beneficios de un sistema de Seguridad Social.

La problemática de los certificados acreditativos (en este caso, de idioma) no es la primera vez que se ha analizado. A buen ejemplo, cabe citar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 16 de noviembre de 2023 (asunto C-422/22).

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 6 y 16 del Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la

coordinación de los sistemas de seguridad social (DO 2009, L 284, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento (UE) n.º 465/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012 (DO 2012, L 149, p. 4) (en lo sucesivo, «Reglamento n.º 987/2009»). Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre el Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Toruniu (Organismo de Seguridad Social, Caja de Toruń, Polonia) (en lo sucesivo, «ZUS») y TE en relación con la decisión del ZUS de retirar a TE el certificado A1 que acredita su sujeción a la legislación polaca en materia de seguridad social para el período comprendido entre el 22 de agosto de 2016 y el 21 de agosto de 2017.

Como bien reconoce el TJUE, el derecho a la libre circulación de trabajadores se erige en un derecho fundamental que habrá de respetarse en el marco de la Unión Europea. A nivel comunitario, el Reglamento n.º 883/2004 establece las reglas aplicables en materia de Seguridad Social, así como la determinación de la legislación aplicable en caso de conflicto. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpreta que: "… la institución emisora de un certificado A1 que, tras un revisión de oficio de los elementos en los que se basa la expedición de dicho certificado, constata la inexactitud de tales elementos puede retirar el certificado sin iniciar previamente el procedimiento de diálogo y conciliación previsto en el artículo 76, apartado 6, del Reglamento n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, en su versión modificada por el Reglamento n.º 465/2012, con las instituciones competentes de los Estados miembros afectados con el fin de determinar la legislación nacional aplicable".

Por esta razón, el TJUE reitera lo siguiente: "… con respecto a las instituciones de los Estados miembros distintos del Estado miembro emisor se basa en el principio de cooperación leal, enunciado en el artículo 4 TUE, apartado 3, que implica también el principio de confianza mutua. En virtud de estos principios, la institución emisora debe proceder a una apreciación correcta de los hechos en los que se basa la expedición de dichos certificados y a un examen diligente de la aplicación de su propio régimen de seguridad social con el fin de garantizar la exactitud de las menciones que figuran en dichos certificados y, por lo tanto, la correcta aplicación del Reglamento n.º 883/2004, y las instituciones de los demás Estados miembros tienen derecho a esperar que la institución emisora cumpla tal obligación (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de febrero de 2018, Altun y otros, C359/16, EU:C:2018:63, apartados 37, 40 y 42 y jurisprudencia citada)".

Ahora bien, en la medida en que las modalidades de las actividades del trabajador de que se trate pueden evolucionar en relación con la situación tenida en cuenta en el momento de la expedición de un certificado A1 y en que los elementos que sirvieron de base para la determinación inicial de esta situación pueden posteriormente resultar inexactos, los principios de cooperación leal y de confianza mutua implican la obligación de la institución emisora de comprobar durante toda la ejecución de la actividad en la que se basa la expedición de tal certificado la exactitud de las menciones que figuran en él y de retirarlo si, habida cuenta de la situación real del trabajador de que se trate, comprueba que dicho certificado no es conforme con las disposiciones del título II del Reglamento n.º 883/2004.

Por todo ello, si una institución retira un determinado certificado o título acreditativo se debe a que no constituye un requisito obligatorio o, incluso, el documento presentado resulta inexacto. Lo que es coherente, esta interpretación, de acuerdo con la naturaleza, la finalidad y las condiciones de aplicación del procedimiento de diálogo y conciliación.

De acuerdo con esta doctrina, concluye el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respondiendo a las cuestiones prejudiciales planteadas de la siguiente forma: "… os artículos 5, 6 y 16 del Reglamento n.º 987/2009 deben interpretarse en el sentido de que la institución emisora de un certificado A1 que, tras un revisión de oficio de los elementos en los que se basa la expedición de dicho certificado, constata la inexactitud de tales elementos puede retirar el certificado sin iniciar

previamente el procedimiento de diálogo y conciliación con las instituciones competentes de los Estados miembros afectados con el fin de determinar la legislación nacional aplicable".

Otro de los conflictos que, recientemente, se ha elevado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con los Reglamentos de coordinación ha sido el determinar si, en base al derecho a la libre circulación de trabajadores migrantes, cabe que una persona extracomunitaria se beneficie de dos regímenes distintos de Seguridad Social. Y, en caso negativo, determinar qué sistema de Seguridad Social le resulta de aplicación. Por supuesto, habrá que tener en consideración aquí aspectos tales como el lugar en donde el trabajador realice la mayor parte de su actividad, así como otra lista de criterios o indicadores. En concreto, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de septiembre de 2024 analiza esta cuestión conflictiva al hilo de la normativa aplicable al caso concreto, a saber: el Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO 1971, L 28, p. 1), en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 28, p. 1), y con las modificaciones introducidas por el Reglamento (CE) n.º 631/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (DO 2004, L 100, p. 1) (en lo sucesivo, «Reglamento n.º 1408/71»), así como, por otra parte, del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO 2004, L 166, p. 1; corrección de errores en DO 2004, L 200, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento (UE) n.º 465/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012 (DO 2012, L 149, p. 4) (en lo sucesivo, «Reglamento n.º 883/2004»), y, en particular, de los artículos 13, apartado 2, y 87, apartado 8, de dicho Reglamento, en relación con el Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento n.º 883/2004 (DO 2009, L 284, p. 1), en su versión modificada por el Reglamento n.º 465/2012.

Resulta interesante destacar aquí los hechos controvertidos: El Sr. W.N es un trabajador de nacionalidad austriaca que solicitó ante el *Sozialversicherungsanstalt der Selbständigen* (Organismo de Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos) -en adelante- SVS- que le expidieran un certificado en donde se acreditara que estaba sometido al sistema de Seguridad Social austriaco durante un periodo determinado en donde estuvo simultaneando su actividad profesional por cuenta propia como médico en Suiza, Liechtenstein y Suiza.

Dado que el Reglamento n.º 883/2004 sustituyó al Reglamento n.º 1408/71, la SVS recalificó la solicitud del interesado como dirigida a obtener un formulario A1 sobre la base de los Reglamentos números 883/2004 y 987/2009 y la denegó mediante resolución de 21 de octubre de 2020. Esta negativa estaba motivada por el hecho de que, ciertamente, en las relaciones con el Principado de Liechtenstein, en virtud del Acuerdo EEE, y en las relaciones con la Confederación Suiza, debido al ALCP, estos Reglamentos se aplicaban a los tres Estados de que se trata. En el caso de autos, sin embargo, no existe un acuerdo que abarque a la vez a los Estados miembros del EEE y a la Confederación Suiza, de modo que las actividades de W.M durante el período en cuestión deben someterse por separado a las legislaciones de cada uno de dichos Estados.

Por otro lado, el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo de Austria estimó y emitió el certificado que solicitaba el interesado. Por lo que ya constaba que durante el periodo que determinaba el Sr. W.M estaba sometido a la Seguridad Social austriaca. No obstante, ¿qué pasaba con las actividades ejercidas en base al Acuerdo EEE? Esta cuestión se planteó, fundamentalmente, por el hecho de que el Sr. W.M simultaneó el ejercicio de su actividad en Austria con la realizada en otros países.

El órgano jurisdiccional remitente afirma que, antes del período en cuestión y del inicio de su actividad profesional adicional en Suiza, W M, que ejercía una actividad por cuenta propia simultáneamente en Austria y en Liechtenstein, estaba sometido a la legislación austriaca, por hallarse su domicilio en Austria, de conformidad con el artículo 14 *bis*, punto 2, del Reglamento n.º 1408/71. Pues bien, el Reglamento n.º 883/2004, que sustituyó al Reglamento n.º 1408/71, establece, en su artículo 13, apartado 2, que, en caso de actividades por cuenta propia ejercidas en varios Estados miembros, la legislación del Estado miembro de residencia solo se aplicará si una parte sustancial de las actividades se ejerce en dicho Estado y que, en su defecto, se aplicará la legislación del Estado miembro en el que esté situado el centro de interés de las actividades del interesado. Así pues, la legislación de Liechtenstein debería aplicarse a W.M durante el período en cuestión por razón del ejercicio de una parte sustancial de sus actividades en Liechtenstein. No obstante, con arreglo al artículo 87, apartado 8, del Reglamento n.º 883/2004, la legislación austriaca en materia de seguridad social siguió aplicándose al interesado, ya que su situación permaneció inalterada tras la entrada en vigor de este Reglamento.

Ante este dilema, el Tribunal Supremo de Austria decide suspender el procedimiento y plantear ante el TJUE tres importantes cuestiones prejudiciales: "1) ¿Son aplicables las normas del Derecho de la Unión relativas a la determinación de la ley aplicable en materia de seguridad social que contiene el Reglamento [n.º 883/2004], en relación con el Reglamento [n.º 987/2009], a una situación en que un ciudadano de la Unión trabaja simultáneamente en un Estado miembro de la Unión, en un Estado del AELC que es parte del Acuerdo EEE (Liechtenstein) y en Suiza? En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial: 2) ¿Debe aplicarse en un caso así el Reglamento [n.º 883/2004], en relación con el Reglamento [n.º 987/2009], de tal manera que haya de valorarse por separado la aplicabilidad de las disposiciones en materia de seguridad social en la relación entre el Estado miembro de la Unión y el Estado del AELC que es parte del Acuerdo EEE, por un lado, y en la relación entre el Estado miembro de la Unión y la Confederación Suiza, por otro, por lo que en cada caso será preciso emitir un certificado específico sobre la legislación aplicable? 3) ¿Constituye un cambio de la "situación que haya prevalecido" en el sentido del artículo 87, apartado 8, del Reglamento [n.º 883/2004] el hecho de que se emprenda una actividad en un nuevo Estado en el que sea aplicable el citado Reglamento, aunque ello no implique cambio alguno en la normativa aplicable, ya sea con arreglo al Reglamento [n.º 883/2004] o con arreglo al Reglamento [n.º 1408/71], y la actividad sea tan secundaria que con ella solamente se obtenga en torno a un 3 % de los ingresos totales? ¿Es relevante a este respecto la cuestión de si, a efectos de la segunda cuestión prejudicial, la coordinación en las relaciones bilaterales se ha de llevar a cabo de forma separada, a saber, por una parte, entre los Estados hasta ese momento afectados y, por otra parte, entre uno de estos Estados y el "nuevo" Estado?".

Resuelve, en este sentido, el TJUE que aun cuando la actual legislación ha ampliado el ámbito personal y el contenido del derecho a la libre circulación, buscando así crear una Europa sin fronteras, lo cierto es que en la práctica este derecho se ha visto claramente mermado y limitado. A buen ejemplo, el artículo 48 del TFUE establece que: "El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes…".

La ausencia de unas reglas de armonización para el colectivo comunitario, así como de una doctrina judicial europea uniforme en esta materia, propicia la aplicación de unas reglas de acoplamiento que construyen un "puente jurídico" entre los distintos sistemas de Seguridad Social para así garantizar el manteamiento de los derechos adquiridos. No se busca tanto la unión entre los dispares sistemas de protección social, sino que las pautas en este terreno quedan constreñidas

al ámbito de la coordinación comunitaria. Cobra relevancia, en este punto, la promulgación del Reglamento CE nº 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, la cual se desarrolla por el Reglamento 987/2009. De este modo, se promueve el mantenimiento de distintos regímenes de Seguridad Social, al tiempo que los ciudadanos de la Unión y residentes legales podrán beneficiarse del derecho a la libre circulación ya sea por vía del Derecho Interno de cada uno de los Estados comunitario o del completado por la UE (vasos comunicantes).

A efectos teóricos quedan claras las reglas de coordinación comunitaria que establecen los reglamentos comunitarios de 2004 y 2009, empero el problema se complica desde una perspectiva práctica cuando son varios los países en los que ha trabajado el solicitante. Y es que, tal y como se indica en la sentencia: "… la aplicación de los Reglamentos números 883/2004 y 987/2009 a una situación como la controvertida en el litigio principal, que afecta a tres Estados diferentes, reduce el riesgo de que el interesado esté sometido simultáneamente a la legislación en materia de seguridad social de varios Estados, ya que, conforme al principio de unicidad de la legislación aplicable perseguido por dichos Reglamentos, procede someter a las personas a las que estos Reglamentos son aplicables a la legislación de un solo Estado miembro, con el fin de evitar las complicaciones que pueden resultar de la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales y suprimir las complicaciones que, para las personas que se desplazan dentro de la Unión, en los Estados de la AELC que son parte del Acuerdo EEE y en Suiza, son consecuencia de una acumulación parcial o total de las legislaciones aplicables…". Por lo tanto, en tanto que la base jurídica es distinta, también podría ser diferente la legislación aplicable en materia de Seguridad Social.

Para evitar la vulneración del derecho a la libre circulación de trabajadores el TJUE, en su sentencia de 26 de septiembre de 2024, indica que procede "… aplicar dichos Reglamentos de manera separada, a saber, por un lado, por lo que respecta a las relaciones entre la República de Austria y el Principado de Liechtenstein, sobre la base del Acuerdo EEE, como ya sucedía antes de que W M comenzase a ejercer una actividad profesional adicional por cuenta propia en Suiza, y, por otro lado, en lo que atañe a las relaciones entre la República de Austria y la Confederación de Suiza, sobre la base del ALCP".

Finalmente, a efectos de determinar que parte se beneficiará de un acuerdo y que parte del otro habrá que tener en cuenta: 1) el volumen de negocios, el tiempo de trabajo, el número de servicios prestados o los ingresos (deberá ser superior al 25%), 2) el "centro de interés" de las actividades del trabajador por cuenta propia en todos los aspectos de sus actividades profesionales y 3) el carácter habitual o la duración de las actividades que se ejerzan, así como el número de servicios prestados (tal y como indica el artículo 13, apartados 1 y 2 del Reglamento de Coordinación 883/2004 en materia de Seguridad Social).

4. LIMITACIONES A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES ANTE UN CONTEXTO DE ENCRUCIJADA EUROPEA: LA SALIDA DEL REINO UNIDO DE LA UE (BREXIT)[8]

El derecho la libre circulación y residencia ha sido puesto en duda debido a la meta política del "Brexit". En efecto, este fenómeno ha venido afectando al país que, más directamente, venía acogiendo mano de obra de toda la Unión (y que, principalmente, ha sido España). Uno de los problemas que más quebraderos de cabeza ha originado es el relativo a las prestaciones sociales vinculadas al derecho a la libre circulación. La persistencia de los efectos negativos de la crisis económica (con una débil recuperación), el creciente e imparable desempleo, así como el respeto y manteniendo de los derechos

[8] Para un estudio más exhaustivo véase Monereo Pérez, J.L y López Insua, B.M: "Mantenimiento de la coordinación en materia de Seguridad Social tras el Brexit", Revista La Ley (UE) número 100 de 2022.

sociales (tanto para ciudadanos de la Unión, como de terceros países) son sólo algunos de los puntos más críticos que determinan una descausalización de los principios base que conforman el Derecho originario comunitario. A todo ello, hay que sumar las constantes contradicciones y aporías en la doctrina del TJUE y, cómo no, el confuso panorama que crean la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril y los desbordados Reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social (*Reglamentos UE* nº 883/04 y nº 987/09).

4.1. Panorámica general: puntos conflictivos

A fin de salvaguardar los derechos de asistencia sanitaria y de reconocimiento de las pensiones de Seguridad Social de los ciudadanos nacionales del Reino Unido residentes en España surge, de un lado, el "Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte" (con entrada en vigor a partir del 1 de mayo de 2021) en donde, principalmente, se establecen las cuestiones sociales y de coordinación de Seguridad social entre la Unión Europa y el Reino Unido) y, de otro, el "Real Decreto-Ley 38/2020, de 29 de diciembre, por el que se adoptan medidas de adaptación a la situación de Estado tercero del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte tras la finalización del periodo transitorio previsto en el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 31 de enero de 2020" (aplicable desde 1 de enero 2021 para las cuestiones internas entre la Administración de la Seguridad social y los ciudadanos del Reino Unido).

Desde la entrada en vigor del Brexit han surgido algunos problemas de aplicación y de restricción en el reconocimiento de prestaciones que han puesto en duda los principios y bases mismas del sistema de Seguridad Social, es por ello que, todavía, se esté a la espera de un convenio bilateral de Seguridad Social con el Reino Unido sobre la materia, sin que el convenio del año 1975 (publicado en el BOE 31 de marzo de 1975) pueda volver a retomar vigencia al haber sido anulado por el Reglamento comunitario de Coordinación de Seguridad Social.

4.2. Las prestaciones del sistema de Seguridad Social a la luz del Brexit

Ante un momento de gran inestabilidad política y social en todo el ámbito de la Unión Europea como consecuencia de factores tales como: la aplicación de una política de ajustes ante la grave situación de recesión económica, los crecientes niveles de desempleo, la amenaza terrorista y la crisis de refugiados; el Reino Unido retoma en 2013 de la mano del primer ministro David Cameron un debate acerca de la permanencia del país en la Unión. No se trata de un primer intento, pues ya en el año 1975 se había celebrado un primer referéndum sobre la permanencia del país en la Comunidad Económica Europea, la cual finalizó con resultados favorables a la permanencia.

El peligro que para la sociedad británica suponía la gran oleada de inmigrantes que ya soporta fue determinante para que ésta vaticinara importantes cambios en los ámbitos objetivos y subjetivos de la libre circulación de trabajadores. Y es que, para muchos nacionales de otros Estados europeos, Inglaterra era vista como la "tierra prometida" para escapar de la situación de crisis económica, buscar empleo o estudiar inglés. Sin embargo, los resultados del referéndum no vinculante que, el 23 de junio de 2016, se celebró no eran los que esperaba el primer ministro. De ahí que, en octubre de ese mismo año, Cameron dimitiera de su cargo argumentando así que un liderazgo fresco debe llevar al país a la opción elegida en la votación. No obstante, recordemos como pocos meses antes del anuncio del referéndum en 2013, la Comisión Europea publicó un comunicado sobre "Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familiares: cinco medidas clave". Tras toda una declaración de principios, sorprendentemente, la Comisión se pone del lado del Reino Unido al aceptar que ésta pueda imponer

límites a la libre circulación de trabajadores. En esta misma línea, el Consejo de Europea se pronuncia en 2016 en el ámbito de la libre circulación de trabajadores y lo hace anunciando una propuesta de modificación del Reglamento (UE) 492/2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión. En ella se contendrá un mecanismo de alerta y garantía que responda a situaciones de flujos de entrada de trabajadores procedentes de otros Estados miembros de una magnitud excepcional durante un período prolongado... Igualmente, el 13 de diciembre de 2016, la Comisión presenta una propuesta de reforma del Reglamento 2004/38/CE a fin de clarificar, por razones de seguridad jurídica y transparencia, las circunstancias en las cuales un Estado comunitario puede limitar el acceso a las prestaciones sociales por parte de ciudadanos europeos económicamente inactivos. En este sentido, se propone añadir un inciso segundo al artículo 4 del mencionado reglamento para así condicionar el requisito de la "residencia" legal a la hora del acceso a las prestaciones sociales (tal y como ya indica la Directiva 2004/38). Lo cual refuerza inevitablemente la idea fuerza de una Europa a distintos niveles en donde se distingue entre ciudadanos de primera, segunda y tercera clase.

En estos momentos de enorme tensión, se produce el debate en sede judicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en la sentencia de 14 de junio de 2016, asunto C-308/14, Caso Comisión versus Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en donde se debate la aplicación de los Reglamentos de Coordinación o, en su caso, la Directiva 2004/38/CE. En este asunto, el TJUE trata de enjuiciar acerca de los complementos familiares del art. 141 de la Ley de 1992 (*child benefit*) en materia de cotizaciones y prestaciones de Seguridad Social, por los que toda persona con uno o más hijos menores o un joven que tenga la consideración de hijo a cargo durante la semana que se trate tiene derecho a determinadas prestaciones correspondientes a esa semana por cada uno de los hijos o joven. Y, de igual modo, también se debate la aplicación o no del crédito fiscal por hijo a cargo de la Ley 2002 (*child tax credit*), financiado mediante impuestos y por el que se ayudaba a las familias por una prestación social única que englobaba otras.

De manera insólita y manteniendo la línea ya inicia en las sentencias Dano y García Nieto, el TJUE considera que las prestaciones sociales controvertidas forman parte de la asistencia social y, por ello, a fin de preservar la Hacienda Pública nacional británica se permite al Reino Unido que pueda limitar el acceso a dichas prestaciones familiares siempre que el solicitante no tenga derecho a la residencia en los términos que establece la legislación nacional. Por ello, aunque esta normativa favorezca de forma indirecta a los nacionales del propio Estado, frente a otros condicionantes menos fáciles o más gravosos para tener tal derecho para quienes no lo son, lo cierto es que se le da primacía al derecho nacional. Y todo ello siempre en un marco de proporcionalidad, pues de no ser así tal restricción sería inadmisible desde el derecho de la Unión Europea.

Ante este contexto de incertidumbre, muchos nacionales comunitarios se plantearon el interrogante relativo a qué pasará con las cotizaciones sociales efectuadas en el Reino Unido. La respuesta a esta pregunta no fue unánime, pues todo se hacía depender de los acuerdos (o convenios) que en materia de Seguridad Social se suscribieran por parte de los distintos gobiernos con el Reino Unido o, al menos, la Unión Europea con el país británico. Lo más importante era garantizar la "exportabilidad" de las cotizaciones (a efectos prestacionales) de forma que las mismas se disfruten en el país de origen del trabajador emigrante. Y es que, de no ser así, las consecuencias serían muy gravosas para los trabajadores, en tanto que ya no podrían computarse las cotizaciones efectuadas en cada país a efectos del otro, por lo que únicamente se accedería a las cotizaciones ingresadas bien en España o bien en el Reino Unido. De ser así, la situación restringiría, claramente, el derecho fundamental a la libre circulación de trabajadores. Y es que el desmoronamiento de los cimientos mismos que sustentan a los sistemas de Seguridad Social europeos suponía un reto importante que, por otra parte, no resulta fácil de conseguir debido a la difícil coyuntura económica, así como a la crisis sanitaria originada por el COVID-19.

El 25 de noviembre de noviembre de 2018, los líderes europeos alcanzaron un acuerdo sobre los términos del Acuerdo de Retirada de Reino Unido de la Unión Europea (aunque el mismo fue revisado en octubre de 2019) y que, tras ser rechazado en varias ocasiones fue, finalmente, aprobado por el Parlamento Británico el 20 de diciembre de 2019. Tras dicho Acuerdo de Retirada (firmado entre el Gobierno británico y las instituciones comunitarias), el Reino Unido ha perdido su condición de Estado miembro de la Unión Europea, por lo que ahora es considerado un tercer país. Aunque el Acuerdo de Retirada entró en vigor el 1 de febrero de 2020, durante un periodo transitorio que duró hasta el 31 de diciembre de 2020, le fue de aplicación todo el Derecho de la Unión Europea.

Tras el Brexit, la Unión Europea sigue respetando los derechos adquiridos de aquellas personas que, confiando en el proyecto europeo, hayan hecho uso de la libre circulación de trabajadores hasta la fecha de finalización del periodo transitorio; de igual modo, se garantizan los futuros derechos que puedan adquirirse en base a los trabajos realizados con anterioridad a dicha fecha.

El principio de primacía normativa del Derecho europeo, el Acuerdo de retirada y sus previsiones sobre Seguridad Social resultan plenamente aplicables en las relaciones internacionales de la Unión Europea y el Reino Unido. Y así, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros (tal y como se expone en la sentencia 1334/2021 del Tribunal Constitucional publicada a fecha de 15-11.-2021). En todo lo referente a pensiones y asistencia sanitaria de los ciudadanos británicos en España le son de aplicación las normas del Acuerdo de la UE con el Reino, debiendo subsidiariamente aplicarse la normativa interna (aunque no para el caso de los ciudadanos residentes en el Reino Unido).

Sin embargo, este principio de primacía no afecta al territorio de Gibraltar, donde se aplica con preferencia a la normativa estatal. Para los ciudadanos españoles en Gibraltar o los británicos residentes allí no rige el Acuerdo, pues se aplica el RD-Ley 38/2021 de 29 de diciembre, en todo lo referente a pensiones y asistencia sanitaria. En efecto, aunque entró en vigor el Acuerdo de relación futura entre la Unión Europea y el Reino Unido con previsiones sobre Seguridad Social, las partes excluyeron a dicho territorio. De ahí que, la Orden PCM/1482/2021, de 28 de diciembre, prorrogue las medidas contenidas en los artículos 11 y 15 del Real Decreto-ley 38/2020, de 29 de diciembre.

Por medio del Real Decreto-ley 38/2020 se incorporan las medidas de adaptación del ordenamiento jurídico español a las consecuencias de la retirada de la Unión Europea del Reino Unido, una vez finalizado el período transitorio previsto en el Acuerdo de Retirada. Así, las medidas contempladas se orientan a tutelar los intereses de ciudadanos y operadores económicos que pueden verse afectados por el fin del periodo transitorio al pasar el Reino Unido a ser un Estado tercero a todos los efectos. Todas ellas tienen un carácter temporal, de modo que sólo estarán vigentes hasta que transcurra el plazo que en cada caso se indica o antes, de que se adopten -a nivel interno o internacional- instrumentos para regular con carácter permanente las relaciones con el Reino Unido.

Respecto al desplazamiento de trabajadores, el Real Decreto-ley 38/2020, establece que los trabajadores de empresas del Reino Unido o de la Unión Europea que ya se encuentren desplazados en el territorio de la Unión Europea o del Reino Unido, respectivamente, dejarán de estar comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996. Esto supone que su derecho a seguir prestando servicios, una vez concluido el período transitorio, dependerá para los trabajadores desplazados al Reino Unido de la legislación nacional del Reino Unido y, para los trabajadores desplazados a la Unión Europea, de la legislación de la Unión Europea y el Derecho nacional de los Estados miembros de la Unión Europea, sin que, con carácter general, estos trabajadores sean considerados beneficiarios del Acuerdo de Retirada.

En este sentido, los trabajadores desplazados a España por una empresa establecida en el Reino Unido antes del 31 de diciembre de 2020 pueden, durante los años sucesivos, permanecer en España y continuar prestando sus servicios sin la obtención de una previa autorización para residir y trabajar, siempre y cuando el Reino Unido conceda un tratamiento similar a los trabajadores desplazados en el Reino Unido por una empresa establecida en España (artículo 9 del RD-Ley 38/2020).

En materia de asistencia sanitaria, el artículo 11 del RD-Ley 38/2020 prevé la continuidad, durante seis meses, del acceso a esta prestación "en los mismos términos y con las mismas condiciones establecidas con anterioridad al 1-01-2021". Por lo que, la titularidad a la asistencia sanitaria se tiene con las tarjetas sanitarias comunitarias ya expedidas y aún vigentes, así como las sustitutivas de éstas. Y, de igual modo, se prevén las reglas procedimentales para efectuar la facturación y el reembolso entre instituciones sanitarias de ambos países.

Por su parte, los trabajadores de empresas establecidas en el Reino Unido que sean desplazados a España a partir del 1 de enero de 2021 deberán obtener los preceptivos visados o autorizaciones de residencia y trabajo previstas en la normativa de extranjería española sin perjuicio de los compromisos que se asuman en el marco de un eventual acuerdo en materia comercial.

En materia de desempleo, este Real Decreto regula las medidas que tienen como objeto que los nacionales del Reino Unido puedan acceder a las prestaciones por desempleo por los periodos cotizados hasta el 31 de diciembre de 2020, en cualquier Estado miembro de la Unión Europea incluidos los periodos cotizados en el Reino Unido. Se pretende así que los nacionales de la Unión Europea puedan acceder a las prestaciones por desempleo por los periodos cotizados en el Reino Unido antes de la finalización del período transitorio, siempre que las últimas cotizaciones se hayan realizado en España y se mantenga el derecho a residir legalmente en España.

Finalmente se crea un sistema de contingencia -a partir de julio de 2021- por la que se procede a la prórroga de la regulación de forma provisional hasta que se firme, entre la Unión Europea y el Reino Unido, el Convenio que supere el convenio bilateral de 1975 de Seguridad Social con el Reino Unido y se establezcan los cómputos de periodos cotizados en ambos países para acceso a prestaciones y totalización de periodos en los sistemas de Seguridad social de ambos países.

5. BIBLIOGRAFÍA

Engisch, K: *Introducción al pensamiento jurídico*, edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2001.

García de Cortázar y Nebreda, C: "Brexit y Tribunal de Justicia "cualquier tiempo pasado fue mejor". El asunto C-308/14, Comisión contra Reino Unido", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº11, 2017.

Gortázar Rotaeche, C.J: "Identity, Member States Nationality and EU Citizenship: Restitution of Former European Nationals v. Naturalisation of New European Residents", en *The Reconceptualisation of European Union Citizenship*, Leiden, Brill Nijhoff, 2013.

Kelsen, H: *Principios de Derecho Internacional P*úblico, trad. H. Caminos y E. C. Hermida, revisión, edición crítica y estudio preliminar, "Soberanía y Derecho Internacional en Hans Kelsen", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2013.

López Cumbre, L: "Seguridad Social tras el Brexit", *Análisis Gómez-Acebo y Pombo*, septiembre de 2016.

López Insua, B.M: *La protección social de las personas inmigrantes: un modelo garantista*, Barcelona, Atelier, 2020.

Monereo Pérez, J.L: "El derecho a la Seguridad Social y a la ayuda social", en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2007.

Monereo Pérez, J.L: "Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº34, 2013.

Monereo Pérez, J.L: "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 41, 2016.

Monereo Pérez, J.L: "Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George", *Documentación Laboral*, nº 83, 2008.

Monereo Pérez, J.L y López Insua, B.M: "Mantenimiento de la coordinación en materia de Seguridad Social tras el Brexit", *Revista La Ley (UE)* número 100 de 2022.

Sánchez-Rodas Navarro, C: "Libre circulación en la Unión Europea y prestaciones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº10, 2017.

Sánchez-Rodas Navarro, C: *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2014.

Sobotovicova, S: "El contenido del (in)existente "derecho" a la libre circulación y residencia de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la Unión Europea", VV.AA., Ugartemendia Eceizabarrera, J.I (Dir), *La Tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Comunidad Autónoma de Euskadi, Instituto Vasco de Administración Pública, 2016.

VV.AA., Monereo Atienza, C y Monereo Pérez, J.L (Dir y Coord), *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Granada, Comares, 2012.

VV.AA., Monereo Atienza, C y Monereo Pérez, J.L (Dir y Coord), *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.

Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Concurrencia de sistemas de Seguridad Social en el ámbito Iberoamericano. Reglas de determinación del instrumento jurídico de coordinación de sistemas de Seguridad Social adecuado

Concurrency of Social Security system in the Ibero-american level. Rules for determining the appropriate legal instrument for coordination of Social Security Systems

Andrés Ramón Trillo García *Letrado de la Administración de la Seguridad Social*

Cita Sugerida: TRILLO GARCÍA, A.R.: «Concurrencia de sistemas de Seguridad Social en el ámbito Iberoamericano. Reglas de determinación del instrumento jurídico de coordinación de sistemas de Seguridad Social adecuado». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 205-216.

Resumen

La necesidad de que la protección de la Seguridad Social no resulte ser un obstáculo para la migración de trabajadores se suele instrumentar mediante el establecimiento de normas de coordinación que aseguren en caso de emigración la aplicación del principio de igualdad de trato, la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición. En este sentido, han proliferado diversos instrumentos jurídicos internacionales que en muchos casos se superponen, de manera que no siempre resulta sencillo determinar el instrumento jurídico internacional adecuado, por lo que se ha hecho necesario establecer diversas reglas de conflicto. Así, algunos instrumentos establecen reglas excluyentes de otros instrumentos, en otros casos hay que estar a las reglas que determinan el ámbito subjetivo u objetivo de aplicación del instrumentos, o en otros casos se podrá acudir a fórmulas de determinación de la norma más favorable, ya lo sea para determinar para la determinación de la ley aplicable, de los requisitos de acceso o de la cálculo de las prestaciones.

Palabras clave

convenios internacionales; concurrencia; ley aplicable

Abstract

The need for Social Security protection not be an obstacle to the migraton of workers is usually implemented through the establishment of coordination standards that ensure, in the event of emigration, the application of the principle of equal treatment, the conservation of acquisition. In this sense, various international legal instruments have proliferated, which in many cases overlap, so hat it is not always easy to determine the appropriate international legal instrument, which is why it has become necessary to establish various conflict rules. Thus, some instruments establish rules that exclude other instruments, in other cases it in necessary to adhere to the rules that determine the subjective scope of application of the instruments, or in other cases one may resort to formulas for determining the most favorable norm, since whether to determine the applicable law, the access requirements or the calculation of benefits.

Keywords

international agreements; competition; applicable law

1. INTRODUCCIÓN

Condicionantes como la configuración de la Seguridad Social como seña de identidad del Estado Social, la creciente internacionalización de las relaciones humanas y en particular, el

incremento de la migración internacional de trabajadores, han provocado una ingente profusión de normas internacionales en materia de Seguridad Social.

Estas normas internacionales las podemos clasificar en tres grupos:

a) Las normas internacionales dogmáticas que configuran el derecho a la Seguridad Social como un derecho humano. Así, por ejemplo, el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (París 10.12.1048 establece que "*Toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social*" o el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York 18.12.1966) dispone que "*los Estados reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social*".

b) Las normas internacionales que determina el contenido del derecho a la Seguridad Social, como un derecho reconocible. Así, por ejemplo, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y particularmente el Convenio OIT 102 sobre norma mínima, determinan el contenido que caracteriza la protección de la Seguridad Social como un derecho concreto y diferenciado de otros derechos sociales.

c) Normas que garantizan derechos de Seguridad Social a trabajadores migrantes, con la finalidad de que el miedo a la pérdida de derechos o de expectativas de derecho desincentive la migración. En este sentido abundan convenios bilaterales y multilaterales que establecen medidas de coordinación de los diferentes sistemas de Seguridad Social con la finalidad de asegurar la igualdad de trato del trabajador migrante respecto del nacional de un Estado, la conservación de los derechos adquiridos del trabajador migrante y la conservación de los derechos en curso de adquisición de este trabajador o la colaboración administrativa entre Estados para facilitar el ejercicio de los derechos.

La proliferación de convenios multilaterales y bilaterales que se superponen hace necesario establecer reglas para determinar la norma aplicable a una situación concreta de trasnacionalidad entre las distintas fórmulas posibles.

Así, por ejemplo, en el ámbito de la comunidad iberoamericana resultan de aplicación los siguientes instrumentos:

— Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, aplicable a Argentina, Bolivia, Brasil, Chile. Colombia, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana y Uruguay.

— Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de Quito de 1978, aplicable a Argentina, Bolivia, España, Ecuador, Portugal, Uruguay y Venezuela.

— Convenio Multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur de 12 de diciembre de 1997, de aplicación a Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay.

— Reglamentos de Coordinación de la Seguridad Social de la Unión Europea (UE) 883/2004 y (UE) 987/2009 aplicable a España y Portugal, pero cuya aplicación también se extiende a nacionales de terceros Estados por aplicación del Reglamento (UE) 1231/2010, por el que se amplía la aplicación del Reglamento 883/2004 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por el citado reglamento.

Igualmente, los distintos Estados tienen suscritos convenios bilaterales en materia de coordinación de sistemas de Seguridad Social, y así, por ejemplo:

— España tiene suscritos convenios bilaterales con Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay. Uruguay, Perú. República Dominicana, Venezuela y Portugal.

— Argentina tiene suscritos convenios bilaterales con Chile. España y Portugal.

— Bolivia tiene suscrito convenio bilateral con Uruguay.

— Ecuador tiene suscrito convenio bilateral con Colombia, España y Uruguay.

— Paraguay tiene suscrito convenios bilaterales con Andorra, Argentina, Brasil, Chule, Uruguay y Venezuela.

— Uruguay tiene suscrito convenios bilaterales con Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, España, México, Perú, Portugal y Venezuela.

Pues bien, en el presente trabajo, consecuencia de mi intervención en el VI Congreso Internacional de la Red Iberoamericana de Investigación en Seguridad Social celebrado en Málaga los días 26 y 27 de septiembre de 2024, me propongo apuntar algunas reglas que permiten discernir la norma aplicable cuando concurren distintos convenios multilaterales o bilaterales llamados a ser aplicados a una concreta situación de trasnacionalidad.

2. PRIMERA REGLA. NORMA QUE ESTABLECE LA EXCLUSIÓN DE OTRAS

Determinados instrumentos internacionales excluyen y sustituyen los convenios suscritos con anterioridad por los Estados a los que les resulte de aplicación el citado instrumento.

La norma más caracterizada a este respecto es el artículo 8 del Reglamento 883/2004 que establece en su primer apartado: "*En su ámbito de aplicación, el presente Reglamento sustituirá a cualquier otro convenio de Seguridad Social aplicable entre los Estados miembros. No obstante, continuarán siendo de aplicación determinadas disposiciones de convenios de seguridad social suscritos por los Estados miembros con anterioridad a la fecha de aplicación del presente Reglamento, siempre que resulten más favorables para los beneficiarios o deriven de circunstancias históricas específicas y tengan un efecto temporal limitado. Para que estas disposiciones sigan siendo aplicables, deberán ser inscritas en el anexo II. Se especificará asimismo si por razones objetivas no es posible extender algunas de ellas a todas las personas a las que se aplica el Reglamento*".

No obstante, este principio de exclusión se matiza en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 7 de febrero de 1991 (Asunto C-227/89 Rönfeldt) y de 9 de febrero de 1995 (Asunto C-475/93 Thevennon) al establecer como aplicables las normas del convenio bilateral, en cuanto derecho nacional, que sean más favorables que las establecidas en el derecho comunitario siempre y cuando dichas normas respeten los principios establecidos en los Reglamentos de coordinación, y siempre que cuando se prestaran los servicios por el trabajador afectado solo fuera aplicable el convenio bilateral para regular el derecho que se invoca.

Por tanto, a un nacional español o portugués o un nacional de un tercer Estado que por razón de su trabajo o actividad por cuenta propia haya estado sujeto al convenio bilateral suscrito entre

España y Portugal y posteriormente a los reglamentos comunitarios más favorable les resultará de aplicación la norma más favorable.

En este sentido, el artículo 17.1.c) del Convenio bilateral de Seguridad Social suscrito entre España y Portugal establece un sistema de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación que el establecido en el Reglamento (UE) 883/2004, al determinar que para la determinación de la base reguladora de la pensión se aplicará a los periodos de seguro en Portugal el promedio de las cotizaciones satisfechas en España en los meses que se tomen es consideración dentro del periodo elegido o, en su defecto, el de los veinticuatro meses consecutivos anteriores a la última salida de España al constituir una norma más favorables que la contemplada en el Reglamento. Esta cuestión fue contemplada en la sentencia TJCE de 17 de diciembre de 1998 (Asunto C-153/97 Grajera) que indicaba la aplicación del Convenio Hispano-Alemán como la norma más favorable, en detrimento del Reglamento Comunitario en el cálculo de las bases reguladoras de las pensiones de incapacidad permanente y de jubilación, toda vez que el cálculo de la base reguladora por el organismo español es más favorable si se calcula sobre las bases medias de un trabajador de la misma categoría profesional como establecía el convenio bilateral, que si calculara sobre las bases remotas del trabajador actualizada.

3. SEGUNDA REGLA. INCLUSIÓN EN EL ÁMBITO SUBJETIVO

Los convenios multilaterales y bilaterales no son uniformes a la hora de determinar el ámbito subjetivo de aplicación, de manera que uno de los criterios de selección del instrumento jurídico adecuado será el de determinar cuál de los instrumentos jurídicos posibles se ajusta a la situación particular de la situación de trasnacionalidad que afecta a un sujeto concreto.

En este sentido, hay instrumentos que para determinar su ámbito subjetivo de aplicación apelan al criterio de nacionalidad, otros al de profesionalidad, a la condición de beneficiario de un sistema de Seguridad Social o a criterios mixtos.

El Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de Quito de 1978 se aplica a las personas protegidas que presten o hayan prestado servicios en cualquiera de los Estados contratantes, entendiéndose por persona protegida a los beneficiarios de los Sistemas de Seguridad Social, Previsión Social y Seguros Sociales.

Por su parte, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social se aplica a las personas que con independencia de su nacionalidad trabajen o hayan trabajado en uno o varios Estados Parte, así como a sus beneficiarios y derechohabientes.

Entre los convenios bilaterales suscritos por España con otros Estados iberoamericanos también existen distintos criterios para determinar el ámbito subjetivo aplicable, y así podemos distinguir:

a) Convenios que incluyen a los nacionales. Así, se recoge en el Convenio suscrito con Venezuela[1].

[1] El convenio de seguridad social entre España y Venezuela de 12 de mayo de 1988, establece en el artículo 3 que el convenio se aplicará a los nacionales de ambas Partes Contratantes, así como a los miembros de su familia que tengan derecho a prestaciones según la legislación de cada Parte. Asimismo, se aplicará a los refugiados de acuerdo con el Convenio de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 y a los apátridas según el Convenio de 28 de septiembre de 1954, que residan habitualmente en el territorio de una de las Partes.
Además, el Convenio será igualmente de aplicación a los familiares beneficiarios de un trabajador que sean nacionales de una de las Partes Contratantes cualquiera que sea su nacionalidad del trabajador.

b) Convenios bilaterales que utilizan el criterio de la profesionalidad y de la nacionalidad, entrando en su ámbito de aplicación el trabajador nacional, como es el caso de los convenios suscritos entre España y Chile[2], Ecuador[3], México[4], República Dominicana[5].

c) Convenios bilaterales que utilizan únicamente el criterio de profesionalidad, resultando de aplicación a los trabajadores, como es el caso del convenio de, Colombia[6], Paraguay[7], Uruguay[8].

d) Convenios que utilizan el criterio personal, como el caso de Brasil[9].

e) Convenios que incluye a familiares y derechohabientes como los convenios suscritos entre el Reino de España y Brasil, Chile, Colombia, México. Paraguay, República Dominicana y Venezuela.

4. TERCERA REGLA. INCLUSIÓN DE LA PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO OBJETIVO

Otro de los criterios que pueden determinar el instrumento jurídico adecuado es el de la determinación del ámbito objetivo del convenio, pues no todos los convenios protegen por las mismas contingencias. En este sentido, los instrumentos de nueva generación tienden a excluir de su ámbito de aplicación las prestaciones de desempleo, la asistencia sanitaria y los subsidios.

El Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de Quito de 1978 establece en su artículo 1 que el convenio se aplicará respecto de los derechos de asistencia médico-sanitaria y prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivientes previstos en los sistemas obligatorios de Seguridad Social, Previsión Social y seguros sociales vigentes en los Estados Contratantes.

---

2 El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Chile, de 28 de enero de 1997, establece en su artículo 3 que se aplicará a los trabajadores nacionales de las Partes Contratantes que estén o hayan estado sometidos a la legislación de una o ambas Partes Contratantes y a sus familiares beneficiarios.

3 El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Ecuador de 4 de diciembre de 2009, establece en su artículo 3 que será de aplicación

4 El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos de 25 de abril de 1994, establece en el artículo 3 que el convenio se aplicará a los trabajadores nacionales de cada una de las Partes Contratantes que acrediten estar o haber estado inscritos en el sistema de Seguridad Social correspondiente, así como a los miembros de sus familias reconocidos como beneficiarios por la legislación aplicable, en las mismas condiciones que sus propios nacionales.

5 El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Dominicana de 1 de julio de 2004 establece en su artículo 3 que se aplicará a los trabajadores nacionales de cada una de las Partes Contratantes, así como a los miembros de sus familias.

6 El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y República de Colombia, de 3 de marzo de 2008, establece en su artículo 3 que el Convenio se aplicará a los trabajadores y pensionistas que estén o hayan estado sujetas a las legislaciones enumeradas en el propio convenio, en uno o ambas partes contratantes, así como a los miembros de sus familias y derechohabientes en cada caso.

7 El Convenio de Seguridad Social entre la República del Paraguay y el Reino de España de 24 de junio de 1998 establece en su artículo 3 que el convenio se aplicará a los trabajadores que estén o hayan estado sujetos a las legislaciones de Seguridad Social de una o ambas Partes Contratantes, así como a sus familiares, beneficiarios y supervivientes.

8 El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Oriental de Uruguay de 1 de diciembre de 2000 establece en el artículo 3 que el convenio se aplicará a los trabajadores que estén o hayan estado sujetos a las legislaciones de Seguridad Social de una o ambas Partes Contratantes, así como a sus familias y supervivientes.

9 El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil de 16 de mayo de 1991, establece en su artículo 3 que el convenio se aplica a las personas que estén o hayan estado sometidas a la legislación de una o ambas Partes Contratantes y sus familiares y derechohabientes.

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social resulta de aplicación para las prestaciones económicas de invalidez, vejez, supervivencia y las prestaciones económicas derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

El Convenio bilateral de Seguridad Social suscrito entre el Reino de España y la República Argentina prevé en el artículo 2 que el convenio será aplicable en España a las prestaciones contributivas de Seguridad Social por maternidad, vejez. Invalidez, muerte y supervivencia y las derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

En Argentina, se aplicará los regímenes de jubilaciones y pensiones basados en el sistema de reparto o en el de capitalización individual, regímenes de asignaciones familiares en lo que se refiere exclusivamente a la Asignación de Maternidad, el régimen de Riesgos del Trabajo.

El convenio bilateral suscrito entre el Reino de España y la República Federativa del Brasil resulta de aplicación en relación con España a las prestaciones del nivel contributivo de incapacidad permanente, vejez y muerte y supervivencia, accidente de trabajo y enfermedad profesional; y en relación con Brasil a las prestaciones por invalidez, jubilación por edad, por fallecimiento y accidente de trabajo y enfermedades profesionales.

El convenio bilateral suscrito entre el Reino de España y la República de Chile incluye en relación con España las prestaciones de asistencia sanitaria por maternidad, enfermedad o accidente, las prestaciones económicas de incapacidad temporal y cuidado y nacimiento del menor, las prestaciones por incapacidad permanente. Vejez y muerte y supervivencia, prestaciones de protección familiar, prestaciones por desempleo y prestaciones económicas por accidente de trabajo y enfermedad profesional.

En relación con Chile se incluyen las prestaciones de asistencia sanitaria en casos de maternidad, enfermedad común y accidente no laboral comprendidas en el sistema público de salud, prestaciones económicas por incapacidad laboral transitoria derivada de maternidad, enfermedad común o accidente no laboral comprendidas en el sistema público de salud, prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia del Nuevo Sistema de Pensiones basado en el régimen de capitalización individual y en los regímenes administrativos por el Instituto de Normalización Previsional, prestaciones familiares, prestaciones por desempleo; prestaciones de asistencia sanitaria y prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

El convenio bilateral entre el Reino de España y la República de Colombia incluye en su ámbito de aplicación en relación con España las prestaciones contributivas de incapacidad permanente y muerte y supervivencia en los casos de enfermedad común o accidente no laboral y jubilación. En relación con Colombia, las prestaciones económicas dispuestas en el Sistema General de Pensiones (Prima Media con Prestación Definida y Ahorro individual con Solidaridad, en cuanto a vejez, invalidez y sobrevivientes, de origen común.

El convenio bilateral entre el Reino de España y la República de Ecuador incluye en su ámbito objetivo en relación con España las prestaciones del nivel contributivo, con excepción de los regímenes especiales de funcionarios civiles y militares por incapacidad temporal en los casos de enfermedad común y accidente no laboral, prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo, prestaciones por incapacidad permanente, jubilación y supervivencia, prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional y auxilio por defunción.

En relación con Ecuador se contemplan las prestaciones contributivas del Seguro General Obligatorio a cargo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por subsidio de maternidad, subsidio de enfermedad, prestaciones del Seguro de invalidez, vejez y muerte incluyendo las pensiones de supervivencia a viudas y huérfanos, prestaciones del seguro de riesgos de trabajo, auxilio de funerales.

El convenio bilateral de seguridad social acordado por el Reino de España y los Estados Unidos de México incluye en relación con España las pensiones de incapacidad permanente, vejez, muerte y supervivencia y las pensiones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, mientras que en relación con México se incluyen los regímenes obligatorio y voluntario contemplados en la Ley del Seguro Social en cuanto a las pensiones derivadas de los seguros de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte y las pensiones derivadas del seguro de riesgos de trabajo.

El convenio bilateral acordado por el Reino de España y la República de Paraguay incluye en relación con España las prestaciones por incapacidad temporal por enfermedad común o accidente no laboral, prestaciones económicas por maternidad, prestaciones económicas de invalidez, vejez, muerte y supervivencia, prestaciones económicas de protección familiar y prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

En relación con Paraguay se aplica a las prestaciones económicas por incapacidad temporal, por enfermedad común o accidente no laboral, prestaciones económicas por maternidad, prestaciones económicas por invalidez, vejez, muerte y supervivencia y prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

El convenio bilateral de seguridad social acordado por el Reino de España y la República del Perú incluye en relación con España las prestaciones contributivas del sistema español de Seguridad Social de asistencia sanitaria, en los caos de enfermedad común o profesional, accidente sea o no de trabajo y maternidad, incapacidad temporal en los casos de enfermedad común y accidente no laboral, maternidad y riesgo durante el embarazo, incapacidad permanente, jubilación y supervivencia, prestaciones familiares por hijo a cargo, prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, subsidio de defunción.

En relación con la República del Perú se incluyen las prestaciones del régimen contributivo de la Seguridad Social en Salud y de otros regímenes de Seguridad Social en lo que se refiere a prestaciones sanitarias y económicas, el Sistema Nacional de Pensiones, así como a sus regímenes especiales en lo referente a prestaciones económicas de invalidez. Jubilación y sobrevivencia, las prestaciones del sistema privado de pensiones en lo referente a las prestaciones económicas de jubilación, invalidez, sobreviviente y gastos de sepelio.

El convenio bilateral de seguridad social acordado por el Reino de España y la República Dominicana incluye en relación con España las prestaciones por incapacidad temporal en los casos de enfermedad común y accidente no laboral, prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo, prestaciones de incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia, prestaciones familiares por hijo a cargo y prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

En relación con la República Dominicana se incluye las pensiones y jubilaciones, prestaciones de vejez, discapacidad total y parcial. Prestaciones por cesantía por edad avanzada, prestaciones de sobrevivencia, subsidios por enfermedad, maternidad y lactancia, servicios de estancias infantiles.

El convenio bilateral de Seguridad Social suscrito por el Reino de España y la República Oriental del Uruguay incluye en relación con España las prestaciones económicas por maternidad,

prestaciones por incapacidad permanente, vejez, muerte y supervivencia, prestaciones de protección familiar y prestaciones económicas por accidente de trabajo y enfermedad profesional. En relación con Uruguay las prestaciones de la Seguridad Social en el régimen en materia de prestaciones por maternidad, los regímenes de la Seguridad Social en materia de prestaciones por maternidad, los regímenes de jubilaciones y pensiones basadas en el sistema de reparto o de capitalización individual, el régimen en materia de accidente de trabajo y enfermedades profesionales.

El convenio bilateral de Seguridad Social suscrito por el Reino de España y Venezuela incluye en relación con España las prestaciones de carácter contributivo del sistema de la Seguridad Social por incapacidad temporal en casos de enfermedad común y accidente no laboral y por maternidad, prestaciones por incapacidad permanente, vejez, muerte y supervivencia y prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional. En relación con Venezuela se incluyen las prestaciones por incapacidad temporal, incapacidad parcial o invalidez, vejez, sobrevivientes, asignación por muerte.

Pues bien, como vemos, muchos de los convenios bilaterales contemplan en su ámbito objetivo prestaciones y contingencias que no son coordinadas en el convenio multilateral iberoamericano, lo que determinará que se apliquen los primeros y no el segundo a la hora de coordinar los sistemas de Seguridad Social nacionales para el acceso al derecho de esas prestaciones ignoradas por el convenio iberoamericano.

5. CUARTA REGLA. APLICACIÓN DEL CRITERIO DE APLICACIÓN SUBSIDIARIA Y DE APLICACIÓN DEL INSTRUMENTO MÁS FAVORABLE

Otro de los criterios a aplicar en los casos de concurrencia entre distintos convenios es el de la aplicación del instrumento más favorable.

Así, el artículo 8 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social establece que el Convenio Multilateral tendrá plena aplicación en todos aquellos casos en que no existan convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social vigentes entre los Estados Parte. En los casos en que sí existan convenios bilaterales o multilaterales se aplicarán las disposiciones que resulten más favorables al beneficiario.

A este respecto, pongamos dos ejemplos de supuestos en los que se puede elegir el instrumento jurídico más favorables, sería el caso de la forma de determinación de las prestaciones totalizando periodos de cotización o la determinación de La legislación aplicable en el caso de desplazamiento de trabajadores.

5.1. Determinación de las prestaciones mediante la totalización de periodos

Los instrumentos internacionales de coordinación de sistemas de Seguridad Social establecen diversas fórmulas de totalización de periodos de cotización para reconocer las prestaciones, así, por ejemplo, encontramos las siguientes fórmulas de totalización:

a) La totalización exclusiva, de manera que los periodos cotizados en otros Estados serán siempre considerados.

b) La fórmula subsidiaria. En estos casos la totalización se realiza únicamente cuando el beneficiario no tenga derecho a la prestación contando únicamente con las cotizaciones

efectuadas en el Estado competente, como por ejemplo es el caso del Convenio bilateral de Seguridad Social suscrito entre el Reino de España y Venezuela[10].

c) Aplicación del principio pro-beneficiario, de manera que la institución competente procederá a la totalización de periodos únicamente cuando esta operación resulte más beneficiosa para el beneficiario. Es el caso, de los convenios suscritos por el Reino de España con Argentina[11], Brasil, Ecuador, Perú, República Dominicana o Uruguay.

En esta última fórmula la institución competente procederá a efectuar un doble cálculo para determinar la solución más favorable tal como se prevé en el artículo 13 del Convenio Multilateral Iberoamericano[12].

---

[10] El artículo 11 del Convenio establece: "El trabajador que haya estado sucesiva o alternativamente sometido a la legislación de una y otra Parte contratante, causará derecho a las prestaciones reguladas en este Capítulo en las siguientes condiciones:
1. Si se cumplen los requisitos exigidos por la legislación de una o ambas Partes Contratantes para causar derecho a las prestaciones, la institución o las instituciones competentes aplicarán su propia legislación interna, teniendo en cuenta únicamente los periodos de seguro cumplidos bajo dicha legislación.
2. Si se cumplen los requisitos exigidos por la legislación de una o de ambas Partes Contratantes para causar derecho a las prestaciones, la institución o las instituciones competentes totalizarán con los propios, los periodos de seguro cumplidos bajo la legislación de la otra Parte. Cuando efectuada la totalización se alcance el derecho a la prestación, para el cálculo de su cuantía se aplicarán las reglas siguientes:
a) Cada Parte o ambas Partes en su caso, determinará por separado la cuantía de la pensión a la cual el interesado hubiera tenido derecho, como si todos los periodos de seguros totalizados hubieran sido cumplidos bajo su propia legislación (pensión teórica).
b) El importe de la pensión que corresponda pagar a cada Parte, se establecerá por ella aplicando a la pensión teórica calculada según su legislación la misma proporción existente entre el periodo de seguro cumplido en la Parte a la que pertenece la institución que calcula la pensión y la totalidad de los periodos de seguro cumplidos en ambas Partes.
c) Si la legislación de alguna de las Partes exige una duración máxima de periodos de seguro para el reconocimiento de una pensión completa, la institución competente de esa Parte tomará en cuenta, a los fines de la totalización, solamente los periodos de cotización en la otra Parte necesarios para alcanzar derecho a la pensión.

[11] El artículo 9 del Convenio Bilateral de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Argentina establece que "el trabajador que haya estado sucesiva o alternativamente sometido a la legislación de una y otra Parte Contratante tendrá derecho a las prestaciones reguladas en este Capítulo en las condiciones siguientes:
1. La institución Competente de cada Parte determinará el derecho y calculará la prestación, teniendo en cuenta únicamente los periodos de seguro acreditados en esa Parte.
2. Asimismo la Institución Competente de cada Parte determinará el derecho a las prestaciones totalizando con los propios, los periodos de seguro cumplidos bajo la legislación de la otra Parte. Cuando efectuada la totalización se alcance el derecho a la prestación, para el cálculo de la cuantía a pagar, se aplicarán las reglas siguientes:
A) Se determinará la cuantía de la prestación a la cual el interesado hubiera tenido derecho, como si todos los periodos de seguro totalizados hubieran sido cumplidos bajo su propia legislación (haber o pensión teórica).
B) El importe de la prestación se establecerá aplicando al haber o pensión teórica, calculado según su legislación, la misma proporción existente hubieran sido cumplidos bajo su propia legislación, la misma proporción existente entre el periodo de seguro cumplido en la Parte a que pertenece la institución que calcula la prestación y la totalidad de los periodos de seguro cumplidos en ambas partes (haber o pensión prorrata).
C) Si la legislación de alguna de las Partes exige una duración máxima de seguro para el reconocimiento de una prestación completa, la Institución competente de esa Parte tomará en cuenta, a los fines de la totalización solamente los periodos de cotización de la otra Parte necesarios para alcanzar derecho a dicha Prestación.
3. Determinados los derechos conforme se establece en los párrafos precedentes, la institución Competente de cada parte reconocerá y abonará la prestación que sea más favorable al interesado, independientemente de la resolución adoptada por la Institución Competente de la otra Parte.

[12] El artículo 13 del Convenio multilateral Iberoamericano de Seguridad Social establece que los periodos de seguro, de cotización o de empleo cumplidos en cualquiera de los Estados Parte serán considerados para el reconocimiento de las prestaciones por invalidez, vejez y supervivencia, en las siguientes condiciones:
a) Cuando se reúnan las condiciones requeridas por la legislación de uno o varios Estados Parte para tener derecho a las prestaciones, sin que sea necesario recurrir a la totalización de periodos, la institución o instituciones competentes reconocerán la prestación conforme a los previsto en dicha legislación, considerando únicamente los periodos de

Por otra parte, existen instrumentos jurídicos en los que para poder realizar la totalización de los periodos se exige que se acredite un periodo mínimo de cotización en el Estado competente[13] y otros en los que esta limitación se establece de forma facultativa[14].

seguro, de cotización o empleo cumplidos en ese Estado parte, sin perjuicio de que el interesado pueda solicitar la totalización de los periodos cumplidos bajo otras legislaciones.

b) Cuando considerando únicamente los periodos de seguro, de cotización o empleo cumplidos en un Estado Parte no se alcance el derecho a las prestaciones, el reconocimiento de éstas se hará totalizando los periodos de seguro, cotización o empleo cumplidos en otro Estado Parte.

En este supuesto, la Institución Competente determinará, en primer lugar, el importe de la prestación a la que el beneficiario tendría derecho como si todos los periodos totalizados se hubieran cumplido íntegramente bajo su propia legislación (prestación teórica) y a continuación, establecerá el importe real de la prestación aplicando a dicho importe teórico la proporción existente entre la duración de los periodos de seguro, de cotización o empleo cumplidos, antes de producirse la contingencia, bajo la legislación del Estado Parte y los periodos totalizados (prestación real).

Si la legislación de un Estado Parte condiciona el reconocimiento, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones a que el interesado estuviera asegurado en el momento en el que éstas se generan, este requisito se entenderá cumplido cuando el interesado estuviera asegurado según la legislación o percibiera una pensión basada en sus propios periodos de seguro en otro Estado Parte. Para el reconocimiento de pensiones de supervivencia se tendrá en consideración, de ser necesario si el sujeto causante estaba asegurado o percibía pensión de otro Estado Parte.

Si la legislación de un Parte condiciona el derecho a la concesión de determinados beneficios al cumplimiento de periodos de seguro, cotización o empleo en una profesión o empleo determinados , para el reconocimiento de tales prestaciones o beneficios se tendrá en cuenta los periodos cumplidos en otro Estado Parte en una profesión o empleo similares.

Si la duración total de los periodos de seguro, cotización o empleo, una vez totalizados, es superior al periodo máximo requerido por la legislación de alguno de los Estados Parte para la obtención de una prestación completa, la Institución competente de ese Estado parte considerará el citado periodo máximo en lugar de la duración total de los periodos totalizados, a efectos del cálculo. Lo dispuesto anteriormente no será aplicable en el supuesto de prestaciones cuya cuantía no esté en función de los periodos de seguro, cotización o empleo.

Si la legislación de un Estado Parte establece que, a efectos de la determinación de la cuantía de la prestación, se tomen en consideración ingresos, cotizaciones, bases de cotización, retribuciones o una combinación de estos parámetros, la base de cálculo de la prestación se determinará tomando en consideración, únicamente, los ingresos, cotizaciones, bases de cotización o retribución es correspondientes a los periodos de seguro, de cotización o empleo acreditados.

Las cláusulas de reducción, suspensión o retención previstas en la legislación de un Estado Parte en el caso de perceptores de pensión que ejercieran una actividad laboral, serán aplicables, aunque dicha actividad se ejerza en el territorio de otro Estado Parte.

[13] El artículo 14 del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social establece:

"1. No obstante, lo dispuesto en los artículos anteriores, cuando la duración total de los periodos de seguro, cotización o empleo, cumplidos bajo la legislación de un Estado Parte no alcance a un año y, con arreglo a la legislación de ese Estado Parte, no se adquiera derecho a prestaciones económicas. La institución competente de dicho Estado Parte no reconocerá prestación económica alguna por el referido periodo.

2. Los periodos citados se tendrán en cuenta, si fuera necesario, por las Instituciones Competentes de los demás Estados Parte para el reconocimiento del derecho y la determinación de la cuantía de la pensión según su propia legislación.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando los periodos acreditados en cada uno de los Estados Parte fueran inferiores a un año, pero totalizando los mismos fuera posible adquirir el derecho a la prestación bajo la legislación de uno o varios Estados Parte, deberá procederse a la totalización, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13, apartado 1.b).

[14] El artículo 13 del Convenio Bilateral de la Seguridad entre España y Venezuela de 12 de mayo de 1988, dispone:

1. Si la duración total de los periodos de seguro cumplidos bajo la legislación de una Parte Contratante no llega a un año y si, teniendo en cuenta únicamente estos periodos no se adquiere ningún derecho según su legislación no estará obligada esta Parte a conceder prestaciones en razón de dichos periodos. Sin embargo, estos periodos serán tomados en consideración por la Institución de la otra Parte para la adquisición del derecho a la pensión se aplique el artículo 11, apartado 2.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando existan periodos de seguro inferiores a un año, cumplidos bajo la legislación de ambas Partes, éstos deberán totalizarse de acuerdo con el artículo 11, apartado 2, si dicha titulación se adquiere derecho a prestaciones bajo la legislación de una o de ambas Partes".

5.2. Determinación de la ley aplicable en los casos de desplazamiento

La determinación de la legislación en los casos de desplazamiento puede establecer condiciones más favorables si el trabajador desplazado desea que se le aplique la legislación a la que estaba sometido antes del desplazamiento, o al contrario si lo que se desea es que se aplique la legislación del Estado al que se emigra.

En este sentido, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social solo se aplica a efectos de determinar la legislación aplicable trabajadores desplazados a los Estados de Bolivia, El Salvador, Chile en el caso de trabajadores con nacionalidad diferente a la española o chilena y Uruguay para los trabajadores por cuenta propia.

En cambio, para los trabajadores desplazados a Argentina, Chile para trabajadores españoles y chilenos. Brasil, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay para trabajadores por cuenta ajena, se siguen aplicando las disposiciones establecidas en los Convenios bilaterales acordados con España.

A este respecto, el artículo 10.a) del convenio bilateral suscrito entre el Reino de España y la República de Chile dispone que los trabajadores por cuenta ajena, al servicio de una empresa con sede en España, que desempeñen tareas profesionales, de investigación, científicas, técnicas, de dirección o actividades similares y que sean desplazados a prestar servicios de carácter temporal en el territorio de otro Estado parte, continuará sujeta a la legislación del Estado parte de origen hasta el plazo de doce meses, susceptible de ser prorrogado por un plazo similar, con carácter excepcional, previo consentimiento expreso de la Autoridad Competente del otro Estado Parte.

Por otra parte, en relación con los desplazamientos temporales de trabajadores por cuenta propia, el artículo 10.b) del Convenio establece que las personas que ejerzan una actividad no dependiente que realice cualquiera de las actividades profesionales, de investigación, científicas, técnicas, de dirección o actividades similares que se trasladen para ejercer tal actividad en el territorio de otro Estado Parte, continuará sometida a la legislación del primer Estado, a condición de que la duración previsible del trabajo no exceda de doce meses y previa autorización de la Autoridad Competente del Estado de Origen.

Pues bien, el 7 del Convenio suscrito entre España y Chile dispone que el trabajador por cuenta ajena de una empresa con sede en el territorio de una de las Partes Contratantes que sea enviado por dicha empresa al territorio de la otra Parte para realizar trabajos de carácter temporal quedará sometido a la legislación de la primera Parte, siempre que la duración previsible del trabajo para el que ha sido desplazado no exceda de tres años. Asimismo, establece que, si el trabajador por cuenta propia que ejerza normalmente su actividad en el territorio de una Parte en la que está asegurado y pase a realizar un trabajo en el territorio de la otra Parte, continuará sometido a la legislación de la otra Parte, a condición de que la duración previsible del trabajo no exceda de tres años. Ahora bien, si por circunstancias imprevisibles, la duración del trabajo excediera de los tres años, el trabajador continuará sometido a la legislación de la primera Parte, por un nuevo periodo, no superior a otros dos años, a condición de que la Autoridad competente de la segunda Parte de su conformidad.

En el mismo sentido, el artículo 7.1.a) del Convenio suscrito entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay dispone que el trabajador de una empresa con sede en el territorio de una de las Partes Contratantes que desempeñe tareas profesionales, de investigación, científicas, técnicas, de dirección o actividades similares y que sea trasladado para prestar servicios en el territorio de otra Parte, por un periodo no mayor de veinticuatro meses, continuará sujeto a la legislación del país de origen, siendo susceptible de ser prorrogado este periodo, en supuestos especiales, mediante

expreso consentimiento de la autoridad competente de la otra Parte. Igual regulación será aplicable a aquellos trabajadores que presten servicios especiales de carácter complementario o auxiliar de los señalados anteriormente, con los requisitos y en los supuestos indicados en el acuerdo administrativo de aplicación[15].

Hemos puesto dos ejemplos en los que determinar la condición más favorable no resulta fácil y en los que a veces la elección depende de los deseos del propio sujeto afectado, pero estas reflexiones las podríamos extender a otras cuestiones como la determinación de la legislación en la pensión de invalidez, la aplicación de cláusulas de residencia, o de cláusulas anticúmulo.

[15] El artículo 8 del Acuerdo administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Oriental de Uruguay, hecho en Madrid el 24 de julio de 2000, establece: "En los supuestos de trabajadores que presten servicios de carácter complementario o auxiliar a quienes sean trasladados para desempeñar tareas profesionales a los que acompañan y que sean también tras trasladados por un periodo equiparable o similar al de éstos".

Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Los ingresos del sistema de Seguridad Social en el espacio de una reforma global y su concreción en el RD-Ley 2/2023

The income of the Social Security system in the space of a global reform and its implementation in the RD-Law 2/2023

Francisca Moreno Romero *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0002-3651-2150

Cita Sugerida: MORENO ROMERO, F.: «Los ingresos del sistema de Seguridad Social en el espacio de una reforma global y su concreción en el RD-Ley 2/2023». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 217-239.

Resumen

El presente estudio se centra fundamentalmente en el análisis de las medidas introducidas por el Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo, operadas para garantizar la sostenibilidad del sistema público de pensiones, tanto económica y financiera como social, pero no únicamente desde la visión normativa y sus posibles resultados que, en buena medida, solo el transcurso del tiempo podrá responder, sino sobre la oportunidad y la conveniencia de adoptar medidas que aumenten los ingresos del sistema, en contraposición con el período anterior al año 2019 que había apostado exclusivamente, y debilitado con ello la fortaleza del sistema, por la disminución de los gastos. Además, se analiza la importante tarea que se ha propuesto la normativa, de preservar el pacto intergeneracional tan necesario en nuestro Sistema de Seguridad Social.

Palabras clave

sostenibilidad económica y social, pacto intergeneracional, medidas de incremento de ingresos

Abstract

The present study focuses fundamentally on the analysis of the measures introduced by Royal Decree-Law 2/2023, of March 16, operated to guarantee the sustainability of the public pension system, both economic, financial and social, but not only from the regulatory vision and its possible results that, to a large extent, only the passage of time will be able to respond, but about the opportunity and convenience of adopting measures that increase the income of the system, in contrast to the period prior to 2019 that had been exclusively, and thereby weakened the strength of the system, due to the decrease in expenses. In addition, the important task that the regulations have proposed is analyzed, of preserving the intergenerational pact so necessary in our Social Security System.

Keywords

economic and social sustainability, intergenerational pact, measures to increase income

1. INTRODUCCIÓN

La financiación del sistema de Seguridad Social es la principal preocupación tanto a nivel interno, del propio sistema, como a nivel externo, esto es, la percepción de los ciudadanos, personas trabajadoras y no trabajadoras, en relación con el conjunto del sistema. En esta expresión se contiene buena parte de las cuestiones que justifican la superación del sistema profesional hacia otro, universal que, desde su creación, ha caracterizado el sistema español -también los europeos- de Seguridad Social.

Como decimos, se trata de "preocupación", que no problema, puesto que no es el régimen jurídico de la cotización tal y como está establecido lo que se cuestiona[1], sino el impacto del cambio

[1] Ya lo ha apuntado la doctrina, así Desdentado Daroca, D. "Las reformas en materia de cotización en el marco de los problemas actuales de financiación de la Seguridad Social", en AA.VV. (Directores: De La Puebla Pinilla, A.

demográfico, cuestión de primer orden, así como las nuevas formas de trabajo y la ampliación del ámbito subjetivo de cobertura del sistema, fundamentalmente, sobre las fuentes de financiación de la Seguridad Social y su capacidad financiera para responder a ellos. Por ello, conviene situar el problema de la infrafinanciación del sistema, por cuanto este no proviene de la normativa de cotizaciones sino de circunstancias sociales que, por supuesto, tienen su impacto en el Sistema pero que le son ajenas -en relación con la influencia que se puede ejercer sobre ellas desde dicho Sistema-.

Parece obvio que el análisis de la situación debe partir de la "adecuación" del sistema a la "renovada función" del Sistema, esto es, no debe centrarse en si nuestro sistema de financiación, con escasas modificaciones hasta los últimos años, se adaptaba al cuasi sistema profesional que nos caracterizaba como país en cuanto a su protección en materia de Seguridad Social hasta hace pocos años. Lo que se debe analizar, rediseñar -y a ello se han dedicado buena parte de las reformas que se han llevado a cabo en el último período 2019-2023- es el régimen de cotización y el sistema de fuentes, conjuntamente, que debe darse a un mecanismo protector actualizado[2] que se enfrenta a elementos que le son ajenos en su devenir.

Así es, nuestro Sistema ha ido avanzando desde la protección de los trabajadores a la protección de los ciudadanos, por cuanto ha demostrado ser la herramienta social con mayor capacidad para redistribuir rentas en base a principios básicos como la contributividad, la solidaridad, la caja única, la igualdad inter e intra generacional e inter e intra territorial. La sociedad ha encontrado en el régimen de Seguridad Social una política efectiva en la lucha contra las necesidades clásicas y las necesidades propias de una sociedad contemporánea, puesto que, como ha mantenido la doctrina, la desigualdad de las situaciones individuales es el origen del problema social, por lo que la redistribución de los ingresos a través de la Seguridad Social constituye una de las soluciones necesarias para resolver la cuestión social[3]. Cuando una estructura política sólida funciona y aporta ventajas sobremanera respecto de sus dificultades, tiende a ser ampliada en su ámbito subjetivo con la esperanza de que funcione a mayores. Por ello, como ha recogido la doctrina, la combinación de los factores coyunturales y estructurales (vectores sociales en transformación, demográficos, tecnológicos y económicos, supuesto del envejecimiento de la población, los costes derivados de las nuevas tecnologías sanitarias, etc.), "ha traído consigo un reforzamiento del interés político, social y doctrinal por la materia de los modelos

y Mercader Uguina, J.R.) Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social, Edit. Tirant Lo Blanch, 2019. Págs. 635 a 675.

2 Las necesidades de las personas están jerarquizadas según su importancia; según avanza una sociedad desarrollada, estas necesidades se han visto ampliadas y, en tanto el propósito de los sistemas de Seguridad Social es la cobertura de las necesidades establecidas normativamente, consecuentemente el ámbito subjetivo del mismo también se ha visto ampliado. El debate sobre esa ampliación, entre otros y en uno y otro sentido, Rodríguez Cardo, I. A. Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social, Tesis publicada en Repositorio Institucional de la Universidad de Oviedo, 2006; Tortuero Plaza, J. L. "La evolución de la Seguridad Social (1978-1995): el inicio de la modernización del Sistema en clave continuista", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 44, 2003. Vicente Palacio, A. "El Sistema de Seguridad Social en el contexto de la nueva sociedad del riesgo", Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social CEF, núm. 363, 2013, págs. 5-58; Moreno Gené, J. "La extensión de la protección social a todos los alumnos en prácticas: un paso más en la dignificación de las prácticas no laborales", Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum, núm. 35, 2023. Págs. 13 y ss. Al respecto, es interesante establecer una relación entre el poder de la Seguridad Social para cubrir necesidades de los individuos/as y la Pirámide de necesidades de Abraham Maslow, que identifica desde el tramo inferior al superior, hasta ocho subcategorías de necesidades. En la base se encuentra el subgrupo denominado "nivel inferior" que podría explicarse como el conjunto de necesidades básicas del individuo en sociedad, a saber, las necesidades fisiológicas, de seguridad, sociales o de pertenencia a un grupo y de estima. Todas ellas encuentran, por supuesto unidas a otras muchas facetas vitales, una respuesta en un sistema público de Seguridad Social como aquél del que goza nuestro país. En el origen, la obra de Maslow, A.H. A Theory of Human Motivation, Editorial Martino Fine Books (edic.2013), 1943.

3 Durand, P.: "Les équivoques de la redistribution du revenu par la Sécurité sociale", en Droit social, 1953.

de financiación de la Seguridad Social, buscando sobre todo la sostenibilidad de los mismos, aunque sin desdeñar la obtención de otros objetivos"[4].

La expresión que se utiliza actual y comúnmente para referirse a las dificultades del Sistema de Seguridad Social para financiar los gastos en los que incurre, es la de sostenibilidad económica a la que se refiere el Título del presente número. Hay una diferencia, a los efectos, relevante cuando hablamos de financiar y de sostener; en la financiación convergen todas las aportaciones (económicas, patrimoniales, etc.) destinadas a sufragar el pago de todas las prestaciones configuradas por el sistema. Sin embargo, la sostenibilidad se refiere a la capacidad de sostener aquello que se ha diseñado, es decir, interviene un matiz diferente en la medida en que no solo se refiere a los recursos económicos con los que se cuenta, sino que cobra un notable protagonismo la relación que tienen esos factores, y su peso, respecto del modelo diseñado, que es el que ha de ser sostenible económicamente, garantizando su adecuación y suficiencia en cumplimiento del mandato constitucional[5]. Por tanto, la sostenibilidad no habla únicamente de financiación, habla de sustento cualificado del modelo de Seguridad Social, de protección social de nuestro país, en este caso. O, dicho de otra forma, financiación son recursos financieros y elementos contables mientras que la sostenibilidad, a los efectos de la protección social, pasa por incorporar la sostenibilidad tanto económica como social, que no se puede medir exclusivamente desde su perspectiva financiera; esto es, presenta un doble sentido, a saber, "el de sostener el sistema y hacerlo a través del cumplimiento de sus objetivos básicos, por cuanto a ellos se debe y sin ellos deja de tener sentido"[6]. A este respecto, a mayor abundamiento en el sustrato de lo que supone el cumplimiento de esa doble vertiente, el Tribunal Constitucional (TC), en su sentencia 37/1994 determinó, respecto del art. 41 LGSS, que "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 recognoscibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar" (F.D. 3º)[7].

Así es, la sostenibilidad financiera que nos ocupa se centra en esa disyuntiva tan frecuentemente invocada, entre las circunstancias socioeconómicas imperantes y el derecho de los ciudadanos reconocido constitucionalmente, a la Seguridad Social. Esto, en la medida en que este último es un derecho de estricta configuración legal[8] y, por tanto, en el que el legislador puede regular con amplio margen atendiendo a las circunstancias económicas y sociales para, a continuación, advertir sobre el hecho de que los límites de este ejercicio se encuentran circunscritos al "respecto del principio de igualdad, la prohibición de arbitrariedad y el derecho a la asistencia y a prestaciones sociales suficientes para situaciones de necesidad que la Constitución garantiza en su artículo 41"[9].

---

4 Ruesga Benito, S.M. "Hacia un nuevo modelo de financiación de la Seguridad Social en España", disponible en: https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/48101206-c9b7-41c9-9fd1-67803f052c83/7.Hacia+un+nuevo+modelo+de+financiaci%C3%B3n.Resumen+ejecutivo.pdf?MOD=AJPERES (consultado el 02/08/2024).

5 Art. 50 C.E.: "Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. (…)".

6 Vila Tierno, F. y Moreno Romero, F. "Equilibrio entre suficiencia y sostenibilidad: pensiones mínimas revalorización automática y factor de sostenibilidad", en AA.VV. Álvarez Cortes, J.C. (Director), Trabajadores maduros y Seguridad Social, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pág. 71

7 Respecto a la doctrina emanada por el Tribunal Constitucional en orden a interpretar el conjunto del bloque constitucional en materia de sistema de pensiones y, en general, de Seguridad Social véase Martín-Serrano Jiménez, E. "¿Es inevitable la presencia de las pensiones privadas como complementarias de las públicas? Evaluación jurídico-social del modelo constitucional de pensiones en España y su alcance práctico con relación a la reforma de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, respecto de la pensión de jubilación", en AA.VV. La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social; el nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo, Laborum, 2022.

8 Véase, entre otras, STC 367/2003.

9 Véanse, entre otras, STC 128/2009 y STC 205/2011.

En ese contexto de búsqueda de sostenibilidad financiera que se proyecta hacia futuro, en cuanto se requiere garantizar la existencia de recursos para mantener y responder a la configuración del Sistema, no podemos obviar el pasado. Lo social no se abstrae en un momento concreto para legislar conforme a una situación específica, coyuntural o precisa; más bien al contrario, legisla contextualizando y en consideración de su situación presente y futura. Resulta imprescindible abundar en esa doble vertiente para no tener la tentación de caer, de nuevo, en reformas que esquiven el mandato constitucional en su aplicación, así como nuestros compromisos internacionales en la materia, haciendo prevalecer lo cuantitativo frente a lo cualitativo, esto es, dando un papel preponderante a lo económico sobre cualquier otro vector con base en la finalidad de los principios mencionados, sobre todo en épocas de crisis.

Para poder enfrentar el problema de la sostenibilidad económica en los términos descritos se hace necesaria una política a corto, medio y largo plazo. Desde el año 2011, con la reforma introducida por la Ley 27/2011, se han ido diseñando políticas en este sentido, si bien abruptamente interrumpidas por otras reformas posteriores, fundamentalmente las operadas por -en lo que se vino a denominar muy acertadamente como una "ruptura del pacto social generacional"[10]-, 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 que, como también calificó la doctrina, caminaba "hacia la desnaturalización del elemento redistributivo y la dimensión intergeneracional del sistema de reparto"[11]. Es precisamente esa ruptura del pacto social[12] intergeneracional el más grave problema que pudiera tener nuestro sistema, de producirse; sin embargo, como se mencionaba, una serie de reformas promovidas desde el año 2019 y hasta el 2023, parecen estar subsanando los coqueteos que la anterior situación mantuvo con esa ruptura a través de unas políticas de merma de derechos y de promoción de la incertidumbre entre las nuevas generaciones activas laboralmente y sus expectativas de derechos en materia de Seguridad Social.

Respecto de estas últimas reformas, nos referimos en concreto a tres medidas[13]: a) Se garantiza la actualización anual de la base máxima de cotización en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del IPC de los doce meses previos a diciembre del año anterior, sin perjuicio de que, conforme a la nueva disposición transitoria trigésima octava, desde 2024 hasta el año 2050 se incremente dicha base máxima por encima del indicado porcentaje, con una cuantía fija anual de 1,2 puntos porcentuales; b) La introducción del mecanismo de equidad intergeneracional (MEI), incorporado por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, por el que se sustituye el factor de sostenibilidad previsto por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, y que fue reformulado por el R.D. Ley 2/2023, de 26 de marzo, con efectos a partir del 1 de enero de 2023; y c) la denominada cotización de solidaridad, con el fin de gravar, de forma gradual y moderada, la masa salarial que supera la base máxima de cotización, medida que entrará en vigor el 1 de enero de 2025.

---

10 Tortuero Plaza, J.L. "Las claves de las reformas del sistema de pensiones y la ruptura del pacto intergeneracional", en AA.VV. Cavas Martínez, F. y Luján Alcaraz, J. (Directores) Crisis económica, reformas laborales y protección social" Homenaje al profesor Jesús María Galiana Moreno, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2014. Cit. Pág. 1096.

11 Suárez Corujo, B. "Las sombras de la inquietante ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de seguridad social", Documentación Laboral, núm. 99, 2013, pág. 36.

12 Así nos advertía Tortuero Plaza, precisamente, sobre la ruptura de ese "consenso social", además de por el fondo de la Ley, también porque esta no había sido consensuada "en el marco del Pacto de Toledo ni con los interlocutores sociales"; Tortuero Plaza, J. L. "De la solidaridad intergeneracional al riesgo del fraude piramidal", Revista de Trabajo y de Seguridad Social, CEF, núm. 429 (diciembre 2018), págs. 105-135.

13 Las tres medidas se encuentran incorporadas o modificadas por el R.D. Ley 2/2023, de 26 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

No obstante, antes de realizar un análisis de las medidas enunciadas, corresponde el estudio de ciertos elementos referidos al principio básico de solidaridad de nuestro Sistema de Seguridad Social, fundamento explicativo de la situación de partida por la que se adoptan estas medidas y, por tanto, que trata de explicar sus objetivos y la fórmula elegida para alcanzarlos.

2. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD INTERGENERACIONAL COMO BASE DEL SISTEMA DE REPARTO Y LA NECESIDAD DE SU PRESERVACIÓN

La solidaridad en el Derecho tiene su propio significado y estructura, diferente del resto de acepciones estrictas o abiertas con las que comúnmente se identifica el sustantivo. A los efectos, en materia de Seguridad Social, es un modo de derecho u obligación *in solidum,* donde radica la fortaleza del sistema y sin cuya singularidad no sería posible su existencia tal y como está diseñado. En concreto, hablamos de solidaridad orgánica, la cual tiene su origen en la división del trabajo, e "implica, (…), que los individuos son diferentes unos de otros, que cada uno tiene una esfera de acción propia. No prevalece ya la lucha y concurrencia entre semejantes, sino la coordinación de especialidades diferentes; en esa coordinación consiste precisamente la solidaridad social"[14]. Es el trabajo, precisamente, el lazo social más fuerte para construir la solidaridad orgánica, frente a las semejanzas sociales[15].

Sin duda, no es este el espacio para desarrollar la conveniencia o inconveniencia de la aplicación de la solidaridad orgánica en el Derecho de la Seguridad Social y sus implicaciones, pero conviene recordar cuando se está planteando la adaptación de un sistema a un nuevo contexto, la realidad empírica de un modelo que ha funcionado y funciona en base, si bien no solo pero sí de forma nuclear, al principio de solidaridad, eso sí, aquella que se estructura sobre los cimientos de una sociedad avanzada.

Cuando nos referimos al principio de solidaridad que rige en nuestro sistema, son varios los vectores que promulga, diferentes las aristas sobre las que impacta; así es, "cuando hablamos de sistema prestacional (…) estamos hablando de solidaridad y de redistribución, que no son palabras huecas. Cuando hablamos de solidaridad, estamos hablando de una multiplicidad de formas de solidaridad, desde la solidaridad intergeneracional, la solidaridad interterritorial, la solidaridad de colectivos y la solidaridad entre individuos"[16]. También hablamos de la solidaridad vinculada a la dignidad humana, la igualdad y la justicia social. Y también, no conviene olvidarlo, una solidaridad que, explicada con base en la parábola de los talentos[17], favorece también a los que se encuentran mejor situados en el sistema profesional. Por último, la solidaridad constituye la base primigenia de un sistema financiero de reparto, como el español, en el que las cotizaciones de hoy sirven para el pago de las pensiones de hoy, obligación primero y derecho, después, de cada generación. De esta forma, nuestro sistema financiero de reparto es un sistema solidario basado en las contribuciones de los obligados -empresario y persona trabajadora-, contributivo, por tanto. Diferenciado, a su vez y en cuanto a su régimen jurídico y separación de fuentes, de las prestaciones del nivel no contributivo.

---

[14] Durkheim, É. De la division du travail social, París, Alcan, Cit. Págs. 142-147, Disponible en: https://gallica. bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56859610?rk=64378;0, 1893.

[15] Ídem, pág. 4

[16] Ídem, pág. 109.

[17] Mateo 25, 14-30, donde se recoge la parábola, vinculada con gran acierto por Desdentado Daroca, D. "Las reformas en materia de cotización en el marco de los problemas actuales de financiación de la Seguridad Social"… op. cit. ´con la situación en la que las personas trabajadores presentan carreras de seguro irregulares o incompletas, puesto que al no alcanzar los mínimos de cotización requeridos para dar lugar a la prestación/prestaciones de que se trate, pierden sus aportaciones, financiando con ellas un plus de protección para los que tienen carreras completas. Pág. 637.

En un marco más amplio y dentro del Constitucionalismo del Estado Social, "toda situación de desigualdad que se traduzca en situación de debilidad debe tener relevancia constitucional. Lo que se traduce en que la solidaridad es en este ámbito un principio constitucional básico en cuanto traduce una de las especificidades del Estado social"[18]. En la materia concreta de Seguridad Social, como veremos, el derecho a la misma es un derecho de configuración legal; por tanto, la situación económica y social de cada momento, así como las decisiones políticas van a modular el ámbito de protección social y de seguridad social que el derecho positivo va a recoger.

Dicho lo cual, nuestra Constitución Española determina la base de nuestro sistema en su art. 41 con la referencia a que "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", utilizando una fórmula blanda o flexible de aplicación o, dicho de forma más específica, el artículo se refiere a un concepto abierto susceptible de desarrollo múltiple y recoge una amplia facultad de acción por parte del legislador, en aplicación del margen de decisión política. El enmarque del art. 41 dentro de los principios rectores de la política social y económica (Capítulo III del Título I), determina la aplicación del atenuado o blando régimen de garantías establecido en el art. 53.3 CE, resultando que el derecho a la Seguridad Social, en este caso, solo puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las normas que desarrolle aquél. Sin duda, queda de manifiesto en nuestra Constitución, la "débil protección constitucional del sistema de Seguridad Social y, por extensión, de todo el modelo de protección social"[19]. Es necesario complementar el tratamiento constitucional, a los efectos, con la literalidad del importante art. 50 C.E., que establece que "los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad", ubicado también en el Capítulo III del Título I, por tanto, de aplicación "flexible" en los términos referidos.

Vista, a grandes rasgos, la ubicación constitucional de nuestro derecho a la Seguridad Social y su relativa debilidad es preciso hacer hincapié en la necesaria fortaleza de los principios en los que el Sistema de Seguridad Social basa su acción, para defenderlos y protegerlos frente a incursiones externas e interesadas, por un lado, y frente a los problemas de sostenibilidad -económica y social[20]- a los que se enfrenta, por otro. Las primeras, incursiones interesadas, generan desafección de los ciudadanos hacia el Sistema público, objetivo central en el ánimo de quien las plantea.

En este caso, nos vamos a centrar en la solidaridad intergeneracional, si bien su tratamiento conlleva acercarnos, en ocasiones, a la solidaridad interpersonal y a la interterritorial. Es más, probablemente existan otras formas de solidaridad de la Seguridad Social, como institución pública y con fondos de sus cotizantes, extra muros del Sistema y para con la sociedad en su conjunto, que convenga incluir en el análisis de situación.

---

18 De Cabo Martín, C. "La solidaridad como principio en el actual horizonte reformista", en AA.VV. Vidal Beltrán, J. M. y García Herrera, M.A. (Coordinadores), El Estado autonómico. Integración, solidaridad y diversidad., Volumen I, Estudios Goberna, Ministerio de Administraciones Públicas, Editorial Colex, 2005, pág. 382. Cabe destacar, no obstante y como apunta el autor, la inexistencia de vinculación entre el principio de solidaridad y el Estado Social tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucionales.

19 De La Villa Gil, L. E. "Sobre la Seguridad Social en la Constitución española, a la altura del año 1990", Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum y Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz (2023): 189-199.

20 Puesto que, como ha recogido la doctrina, "un sistema de pensiones que no sea capaz de dar cumplimiento a la función que tiene atribuida tampoco podría ser considerado socialmente sostenible". Villar Cañada, I.A., "la garantía de la sostenibilidad integral como objetivo esencial en el sistema de pensiones. También, y más aún, en épocas de crisis", Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social, num. 8, 2024, cit. Pág. 101.

3. SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA MIRADA PUESTA EN EL RETORNO DE RIQUEZA QUE APORTAN LAS PENSIONES Y PRESTACIONES A LA ECONOMÍA DE UN PAÍS

Sin duda, son muchos los datos que habría que analizar, el retorno de las políticas que habría que estudiar, el impacto en la economía del consumo que favorece la obtención de las prestaciones en Seguridad Social, los ingresos en impuestos que supone la percepción de las pensiones y demás prestaciones - verdaderamente relevante a efectos de IVA e IRPF, por decir los impuestos cuantitativamente más relevantes- por parte de los beneficiarios de las mismas en favor de la recaudación fiscal del país y un largo etcétera. Al fin y al cabo, el análisis del retorno del gasto en prestaciones de la Seguridad Social traducido a lo que verdaderamente es, inversión económica y social y no únicamente en clave de gasto. Dicho esto, y mostrando el más absoluto respeto por la ingente cantidad de variables que influyen en la sostenibilidad del Sistema y sus beneficios, el presente estudio pretende analizar el caldo de cultivo en el que se han gestado las medidas de aumento adicional de las bases de cotización, el Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI) y la cotización adicional de solidaridad, por cuanto únicamente cabe analizarlas de forma mínimamente solvente en la medida en que se relacione con su idoneidad o falta de ella, así como su motivación y el encuadre de su propósito en un Sistema que cuenta con un bagaje de más de cien años.

De esta forma y para iniciar ese contexto, vamos a referirnos a -casi enumerar- tres elementos básicos, no únicos, que tienen que ver con las "cuentas" del Sistema de Seguridad Social y que son recurrentes a la hora de argumentar sobre las dificultades que presenta de cara a su sostenimiento financiero.

Nos referimos, en primer lugar, a los préstamos que el Estado realiza y ha realizado al Sistema; en segundo lugar, a los gastos impropios que asume la Seguridad Social y, por último, a la presión que ejerce la cotización -y su incremento- en relación con la posible no creación de empleo.

Cuando hablamos de sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social es frecuente recurrir a la necesidad, provocada por sus dificultades presupuestarias, de solicitar transferencias en forma de préstamo -por tanto, presumiblemente a devolver por el Sistema al Estado- que realiza el Estado a las arcas de la Seguridad Social. Así es, en los años de déficit presupuestario del Sistema, en ocasiones el Estado ha prestado a la Seguridad Social partidas económicas suficientes para afrontar los gastos a los que se enfrenta y a los que no puede responder con su liquidez.

El endeudamiento total del sistema a fecha 31 de diciembre de 2018, alcanzaba un total de 50.273 millones de euros, en concepto de préstamos concedidos a largo plazo por el Estado y a las obligaciones contraídas con la Administración General del Estado durante los ejercicios 1992 a 1999, que traían su origen del traspaso de las funciones y servicios de asistencia sanitaria y Servicios Sociales a la Comunidad Autónoma de País Vasco y a la Comunidad Foral de Navarra. Por tanto, como decimos, la Seguridad Social tenía una deuda de algo más de 50.000 millones de euros a favor del Estado[21].

En términos generales y con mayor o menor precisión, estos datos son manejados por la sociedad en su conjunto y por numerosas investigaciones y estudios acerca de la (in)sostenibilidad del Sistema. Dicho lo cual, son muchos menos los estudios y, por supuesto, muy poco conocidos

[21] Datos incluidos en el Informe de fiscalización sobre la evolución económico-financiera, patrimonial y presupuestaria del sistema de la seguridad social y su situación a 31 de diciembre de 2018, del Tribunal de Cuentas. Disponible en: https://www.tcu.es/repositorio/de226696-6741-4ff2-ba7a-5a334e86e7f6/I1381.pdf

socialmente, los que aluden al importante endeudamiento del Estado con el sistema de Seguridad Social.

En palabras del Tribunal de Cuentas en su Informe de fiscalización sobre la evolución económico-financiera, patrimonial y presupuestaria del sistema de la seguridad social y su situación a 31 de diciembre de 2018 (núm. 1381, aprobado en sesión de 18 de julio de 2020), "aunque normativamente se han clarificado y separado las fuentes de financiación, en función de la naturaleza de los gastos, y tanto la Seguridad Social como el Estado han cumplido con lo previsto por las disposiciones legales en relación con el sistema de financiación de los complementos por mínimos y de la asistencia sanitaria, sin embargo, los dilatados periodos transitorios fijados legalmente, desde la clarificación hasta la efectiva asunción por parte del Estado de estos gastos, no fueron regulados obedeciendo a criterios de racionalidad económico-financiera. Esta demora en la asunción por el Estado de sus compromisos de financiación ha causado un serio perjuicio al sistema, ya que ha tenido que soportar con cargo a sus recursos contributivos (principalmente cotizaciones sociales) un importe estimado en, al menos, 103.690 millones de euros, siendo en parte responsable de la situación de endeudamiento y de las tensiones de liquidez que han afectado y afectan actualmente a la Seguridad Social".

En el siguiente cuadro se muestra la tabla recogida en el citado Informe del Tribunal de Cuentas en el que se representa esa mayor proporción de costes asumidos por el Sistema de Seguridad Social que suponían obligaciones contraídas por el Estado, en relación con el endeudamiento del Sistema para con el Estado.

Costes asumidos por el sistema de la Seguridad Social por cuenta del estado versus endeudamiento del sistema con el estado (Millones de euros)



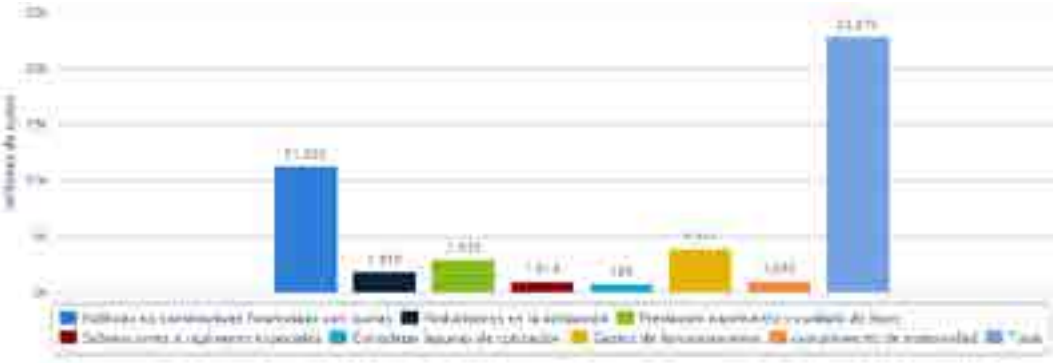
Podemos concluir así, únicamente haciendo trasposición de los datos económicos y, por tanto, sin tener en cuenta la vertiente social de la sostenibilidad que no nos informa sobre datos contables, que el Estado una vez liquidada la deuda de la Seguridad Social para con él, debe al Sistema público de Seguridad Social la cantidad de 53.417 millones de euros.

Sin duda, no sería riguroso hacer una valoración de este resultado contable a la vista del Derecho de la Seguridad Social, de cualquier rama del Derecho Social, sin más lectura que la artitmética. Como tampoco lo es hacerlo en sentido contrario, esto es, el Sistema no es sostenible económicamente porque debe solicitar, cada cierto tiempo, préstamos al Estado para mantener su capacidad protectora, sin tener en cuenta las inversiones anteriores ni las sinergias creadas socialmente. Los problemas complejos nunca tienen soluciones sencillas, tampoco la interpretación y estudio de aquéllos.

Los datos mostrados tratan de sintetizar en unas líneas, basándose en estudios fidedignos de instituciones públicas, el estado de la cuestión -cierto que es a cierre de cuentas de 2018, pero resulta ser el último informe de esta institución disponible- respecto a una de las principales sombras que sobrevuelan de forma constante sobre la capacidad del Sistema de mantenerse financieramente hablando.

Por otro lado, y únicamente a modo de apunte, nos encontramos con la variable de lo que se vino a denominar los gastos impropios del sistema, que también afectan sobremanera a las arcas de la Seguridad Social. Según la opinión de la AIReF sobre sostenibilidad de pensiones 2019[22], el importe de estos gastos impropios, esto es, gastos que no deberían ser asumidos por las cotizaciones de los empleadores y personas trabajadoras, ascendía en dicho año a 22.781 millones de euros.

Gastos impropios de la Seguridad Social
Opinión AEReF sobre sostenibilidad de las pensiones 2019



Respecto de estos gastos, si bien no así denominados, se hizo eco el mencionado Informe de la AIReF (2019), al referirse entre sus propuestas de reformas factibles a corto plazo, a la de "cerrar el déficit estructural existente en la Seguridad Social, mediante la asunción por parte del Estado de determinados gastos que ahora soportan las cotizaciones. El déficit estructural identificado en el corto plazo supone un riesgo limitado para la sostenibilidad de la Seguridad Social ya que debe verse en el contexto del conjunto de las Administraciones Públicas. Es factible cerrar el déficit mediante el traspaso de recursos desde otras partes de la administración, reduciendo la incertidumbre respecto a la sostenibilidad del Sistema, que genera distorsiones en la toma de decisiones de los agentes económicos, tanto en los pensionistas como en los cotizantes, llevando a niveles de consumo sub-óptimos y a una desafección generalizada con el funcionamiento del sistema. El traspaso del déficit de una administración a otra puede realizarse en la medida en que el Estado asuma la financiación de determinados gastos del Sistema de Seguridad Social que ahora soportan las cotizaciones" (subapartado 4.2).

En el último lugar de este breve análisis de aristas problemáticas, lugar que nos servirá para hilvanar su argumento con el de la creación y puesta en marcha de las medidas de aumento de cotización mencionadas, nos referiremos a la presión de cotización sobre los empleadores, fundamentalmente.

Son varios los estudios e informes que sostienen que el aumento de las cotizaciones traerá consigo efectos negativos sobre la creación de empleo. De entre ellos, se ha seleccionado el Informe Anual 2023 del Banco de España. Según este Informe, el crecimiento de la remuneración por asalariado en el año 2023 (primer año de aplicación del MEI) fue de algo más de 5 puntos porcentuales. La

[22] Informe de la AIReF 1/2019 disponible en (consulta realizada en fecha 24/07/2024): https://www.airef.es/wp-content/uploads/2019/01/opinion-pensiones/190109_Opinion_SS.pdf

subida se vincula al incremento de la inflación -por cierto, no reflejada en este apartado explicativo del Informe y que ascendió en el año 2022, el de referencia, en un 8,4%- por lo que, "en términos reales, este incremento habría sido relativamente contenido"[23]. A continuación, el Informe plantea que, a esta subida, recordemos "contenida", ha contribuido el incremento de cotizaciones a la Seguridad Social, tanto por la introducción del MEI como por el aumento de la base de cotización. En base a los ejercicios de simulación realizados con el modelo trimestral del Banco de España[24], un incremento de un punto porcentual en el tipo efectivo medio de las cotizaciones sociales podría generar, transcurridos cuatro años, una caída en el número de ocupados cercana al 0,25%. En conclusión, si la simulación termina convirtiéndose en una realidad, estaríamos hablando de un escenario en el que, de subirse un punto porcentual la cotización -se ha subido un 0,6 en 2023, alcanzando el 0,7 en 2024[25], por tanto, menos de ese punto-, una vez transcurridos cuatro años podría caer el número de ocupados en un porcentaje cercano al 0,25%.

Tomando como referencia esta simulación, nos encontramos así un proceso computacional que permite imitar la conducta de un proceso complejo con el objetivo de simular el comportamiento que previsiblemente tendrá el mercado de trabajo. Sus ventajas, las de la simulación, ayudan a predecir los resultados de un proceso teniendo en cuenta la existencia de fuentes de error en las previsiones, positivas o negativas, que pueden alterar -y así suele suceder, obviamente- los resultados obtenidos por el ejercicio de simulación[26].

No es propósito de este estudio entrar a valorar la aplicación de los resultados de simulaciones que, sin duda, resultan imprescindibles para cuantificar los posibles efectos de diversas medidas de política económica y social. Pero sí se entiende que ha de valorarse, siquiera mínimamente, el alcance de aquéllos como base para la confrontación de argumentos jurídicos a los económicos, o viceversa en el caso de los economistas. O, especificando algo más, partir del escenario de probabilidad que arrojan las simulaciones del estudio elaborado por un ente solvente y riguroso como es el Banco de España, para analizar sus implicaciones en cuanto al valor añadido, social y económico, que la medida de aumento de costes -subida de cotizaciones- traerá consigo, teniendo en cuenta las diversas aristas de su aplicación y no solo la proyección negativa sobre el empleo. También sería conveniente, a los efectos, relacionar los datos de la posible pérdida de ocupación con los de la previsión del aumento del PIB que tendrán las medidas aprobadas en 2021 y 2023 respecto de las cotizaciones sociales,

---

23 Informe Anual 2023 del Banco de España. Disponible en https://www.bde.es/f/webbe/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/23/Fich/InfAnual_2023.pdf, cit. Pág. 191.

24 El Modelo Trimestral del Banco de España (MTBE) es el principal modelo macroeconométrico que se utiliza en la elaboración de las proyecciones a medio plazo de la economía española. Esta herramienta también ha demostrado ser de gran utilidad en la cuantificación de los posibles efectos de diversas medidas de política económica o de perturbaciones de diversa índole. Hurtado, S., Fernández, E., Ortega, E. y Urtasun, A. Nueva actualización del modelo trimestral del Banco de España, Documentos ocasionales, núm. 1106, 2011. Pág. 7

25 El porcentaje del MEI aplicable a empresarios y personas trabajadoras irá creciendo hasta alcanzar el 1,2% en el año 2029, manteniéndose en este porcentaje en tanto persista la aplicación de este mecanismo.

26 "Hay, por lo tanto, diversas fuentes de error en las previsiones, entre las que destacan, sin ánimo de ser exhaustivos, las siguientes: · La propia incertidumbre asociada al modelo, tanto en la estimación como en la especificación de las ecuaciones. · Las revisiones históricas que se producen en la parte ya observada de las variables económicas. En el caso de España, el INE introduce algunas revisiones en las cuentas nacionales una vez al año y, aunque normalmente estas no son importantes para el PIB agregado, sí lo pueden ser para algunos componentes. · Las diferencias entre la senda prevista para los supuestos externos y los datos finalmente observados. · La posibilidad de incorporar add-factors (que son una forma de introducir juicio en el modelo) que finalmente no tengan reflejo en la evolución económica. La experiencia con el uso del MTBE indica que la mayor parte de los errores de previsión se deben al cambio en los supuestos externos y a las revisiones de datos. El hecho de que esta versión del modelo haya permitido reducir de forma significativa los residuos de las ecuaciones se refleja en una mejora de la capacidad predictiva, especialmente cuando se controla por las revisiones de datos y por los cambios en las variables exógenas". Hurtado, S., Fernández, E., Ortega, E. y Urtasun, A. Nueva actualización del modelo trimestral del Banco de España, Documentos ocasionales, págs. 27 y 28.

estimadas en un crecimiento del 0,6% del PIB en 2030 y de un 0,9 en 2050[27]. Es decir, vamos a contemplar los datos desde una visión integral y no únicamente aritmética porque su lectura aislada no lleva a una solución del problema.

La ciencia económica y estadística, en este caso, nos habla de la posible destrucción de empleo y su impacto proporcional sobre el total de ocupados. Sin embargo, es razonable entender, de cara a la implementación de una política, que la tarea del i*uslaboralismo* sea la de dar contexto a un dato -si bien negativo-, aislado, sin confrontación con otros datos de política económica y social. Esto es, la finalidad del aumento de la cotización que provoca, solo en parte, el aumento de los costes salariales no es un propósito cuya implicación finaliza en su "recaudación". Bien al contrario, lo que pretende este aumento de la cotización, gasto a los efectos del Informe, es ser una inversión. ¿Qué impacto económico tiene generar unos ingresos mayores en las arcas del Sistema público de Seguridad Social?, ¿qué impacto económico tiene fidelizar y hacer parte del Sistema, no solo obligacionalmente hablando, a las generaciones jóvenes que han sentido, y aún sienten, amenazado su futuro derecho a pensión? ¿qué impacto económico tiene la percepción de unas pensiones y prestaciones adecuadas y suficientes sobre el consumo?, ¿qué impacto tiene sobre la confianza, y lo que ella trae consigo a efectos económicos, en un sistema solvente de Seguridad Social público para el país?, ¿qué impacto tendrá sobre el PIB la solidez del sistema y de las prestaciones y pensiones equivalentes a las que ahora se están percibiendo?. Estas cuestiones, entre otras, se plantean si hablamos exclusivamente de efectos económicos, que es lo que, a la postre, se está dirimiendo. Porque si lo que hacemos es preguntarnos por el impacto positivo en materia social, las respuestas positivas son innumerables.

Retomando la presión de cotización sobre los empleadores que supone la aplicación del MEI, el incremento gradual de la base máxima de cotización o la nueva cotización de solidaridad, debemos recordar -porque amplía la contextualización del papel de la Seguridad Social en nuestra sociedad actual- que la cotización se redujo de manera importante entre los años 1982 y 1995. Así es, la presión de cotización sobre las personas empleadoras se redujo en un 13,5% durante ese período y de forma paulatina. De esta forma, en el año 1982 los empleadores cotizaban por contingencias comunes a un tipo del 27,28% (régimen general) reduciéndose progresivamente hasta el 23,60% en el año 1995, momento desde el que permanece sin variación. En el caso de la evolución de los tipos de cotización para las personas trabajadoras, la disminución fue menor, alcanzando el 2,5% en igual período (desde el 4,82% vigente en el año 1982 hasta el 4,70% alcanzado en 1995 y vigente aún hoy)[28]. Por tanto, se demuestra que el sistema ha ido respondiendo cuando correspondía, situación de superávit, bien para bajar los tipos como acabamos de recoger o bien para crear un fondo de reserva fundamental para el saneamiento de las cuentas en tiempos de déficit o ante situaciones concretas de mayor gasto (fundamentalmente, llegada de las generaciones del *baby boom* a la edad pensionable).

4. EL RD-LEY 2/2023, DE 16 DE MARZO: SOSTENIBILIDAD FINANCIERA, UNA MIRADA MÁS ALLÁ DEL CORTO PLAZO

Precisamente con esta expresión enuncia el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, el objetivo de la implantación de medidas en orden a reforzar la capacidad financiera del sistema con el fin de establecer las bases que garanticen la sostenibilidad del sistema en los próximos treinta años. Y, como hemos anunciado, principalmente nos referimos al incremento gradual de la base máxima

[27] Brindusa, A., Puente, S. y Ramos, R. "Un análisis de la incidencia del incremento de las cotizaciones aprobado en 2023", Boletín económico 2023/T2, Banco de España, 2023.

[28] Datos extraídos del Proyecto de Presupuestos del Ejercicio 2018, Anexo al Informe económico-financiero, Vol. V, Tomo 2, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2018.

de cotización (más allá del dato del IPC), la reformulación del MEI y la inclusión de la cotización de solidaridad. Estas medidas constituyen algunas de las piezas más destacadas del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia dentro del conjunto de reformas que integran el Componente 30 relativo a la sostenibilidad del sistema público de pensiones.

La cotización es un elemento clave en el sostenimiento del Sistema de Seguridad Social y constituye su más importante garantía de sostenibilidad. Consecuentemente, el impacto de las medidas sobre la cotización es el que más visos de éxito, a efectos de viabilidad, puede presentar. Sin duda, la decisión es política y, por tanto, no carente de riesgos[29]. Dicho lo cual, el escenario de mercado laboral, que es el origen de las cotizaciones, en el que se han promovido estas políticas de aumento de las bases de cotización superior al establecido previamente, es un escenario positivo[30].

Tras numerosas reformas que tuvieron su origen con el incremento de la edad de jubilación normada por la Ley 27/2011, la línea legislativa incorporada a partir del año 2013 marcó el inicio de una época de disminución del gasto. Así es, las políticas promovidas en el período 2013-2018 fueron encaminadas a reducir la partida de gastos del Sistema para tratar de dar respuesta a los problemas financieros que, tras la crisis de 2008, atenazaban su viabilidad económica.

Fundamentalmente a partir de la Renovación del Pacto de Toledo de 2020, tras la consiguiente aprobación por el pleno del Congreso de los Diputados del Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo en relación con el Plan de recuperación, transformación y resiliencia que debía guiar la ejecución de fondos europeos hasta 2023 a través del instrumento Next Generation EU[31], se inició una senda de reformas del sistema de pensiones que, claramente, apostaba por el aumento de los ingresos, tratando de corregir, a su vez, el impacto negativo de las políticas de recortes que habían caracterizado el período anterior.

Como ha recogido la doctrina, respecto de las medidas introducidas por el R.D.-Ley 2/2023, este "se ha de enmarcar necesariamente en el programa constitucional de solidaridad intergeneracional proyecto en el sistema de pensiones; un programa que afecta a todas las generaciones en lo largo del

---

29 En este sentido, véase Cano Galán, Y. "Las cotizaciones como garantía del sistema de pensiones: el incremento de cotizaciones, el mecanismo de equidad intergeneracional y la cotización adicional de solidaridad", Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 6, 2024.

30 "El mercado laboral español ha demostrado un fuerte dinamismo en el último año, pero el desempleo continúa siendo elevado en comparación a la OCDE. La tasa de empleo ha alcanzado niveles récord desde hace más de una década, con un 65,7% de adultos en edad laboral ocupados en el primer trimestre de 2024. Igualmente, la tasa de actividad siguió aumentando con respecto al año pasado, alcanzando el 74,6% en el mismo periodo, un punto porcentual por encima de los niveles anteriores a la crisis del COVID-19. Aunque el desempleo se sitúa en mínimos históricos desde la crisis financiera del 2008, la tasa de desempleo sigue siendo la más alta de todas las economías de la OCDE, situándose en el 11,7% en mayo, casi 7 puntos porcentuales por encima de la media (Figura 1).
Se prevé que el PIB español siga creciendo, pero a menor ritmo que en años anteriores. Se espera que el crecimiento del PIB se modere hasta el 1,8% en 2024 y el 2% en 2025, tras altas tasas de crecimiento en 2023 y 2022. La tasa de desempleo seguirá disminuyendo, pero a un ritmo más lento, ya que es probable que un menor crecimiento económico modere la creación de empleo: las proyecciones indican que podría alcanzar el 11,5% a finales de año y el 11,1% en el último trimestre de 2025". OECD, Perspectivas del empleo de la OCDE 2024 Nota de país: España, 07/2024. Disponible en: https://www.oecd.org/es/publications/perspectivas-del-empleo-de-la-ocde-2024-nota-de-pais_7af876a7-es/espana_aa3b1b42-es.html#:~:text=El%20mercado%20laboral%20espa%C3%B1ol%20ha,el%20primer%20trimestre%20de%202024.

31 Sobre la figura y su análisis en la materia, véase Chabannes, M. "Los fondos europeos NextGenerationEU y las propuestas de reforma de los sistemas de pensiones en los Planes de Recuperación y Resiliencia de España", en AA.VV. La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo pacto de Toledo y su desarrollo legislativo, Editorial Laborum, 2022. Págs. 337-366.
Italia, Francia y Alemania1

ciclo vital (es decir, a las generaciones presentes y futuras en un nexo finalista inescindible)"[32] que simplifica de manera precisa la relevancia de la norma en relación con el pacto intergeneracional en materia de Seguridad Social.

4.1. Incremento gradual de la base máxima de cotización

Como se ha referido *ut supra,* en un sistema financiero de reparto la financiación procedente de las cotizaciones a cargo de empresario y trabajador constituye la principal fuente de ingresos en el nivel contributivo. Según la serie histórica, en el año 1995 las cotizaciones representaban el 67% de los ingresos del sistema[33], manteniéndose en línea ascendente constante -obviando, como no puede se de otra forma, el año 2020 por el fuerte impacto de la crisis provocada por la Covid-19- hasta alcanzar en el año 2023 el 74,54% del peso del total de los ingresos del sistema. Si nos abstraemos del efecto de las medidas referidas al aumento de las cotizaciones, esto es, si nos retrotraemos al año 2022, entonces los ingresos por cotizaciones sociales supusieron el 74,76%, es decir, un peso de las cotizaciones sociales sobre el total de ingresos prácticamente idéntico[34]. Por supuesto, esto no se puede interpretar a la luz de este único dato, pues ha de ponerse en relación con el aumento del empleo en 2023, respecto de 2022[35]. De esta forma, mientras que el año 2023 finalizó con 21.389.700 ocupados, al cierre del año 2022 esta cifra se situaba en los 20.640.700 ocupados[36]. La lectura obvia es que si, habiendo un mayor número de empleados, esto supone un porcentaje de ingresos similar de aportaciones sociales al sistema a través de la cotización, el resto de partidas aumentaron su influencia proporcional sobre el total de ingresos.

---

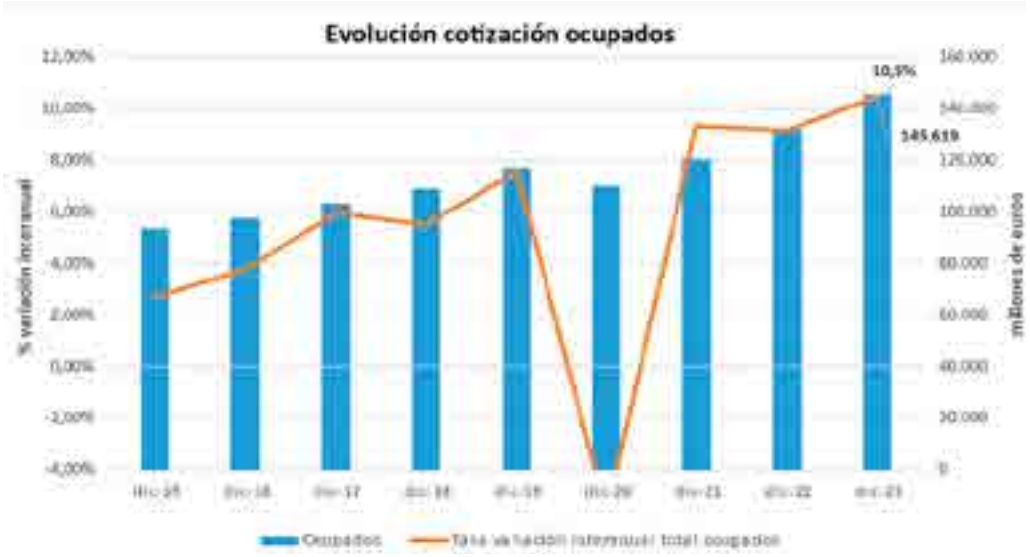
[32] Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G. "Ampliación de derechos de los pensionistas, reducción de la brecha de género y nuevo marco de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social(A propósito del cumplimiento legal de los hitos del Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia)", Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum, núm. 35, 2023. Págs. 13-41.

[33] Serie histórica por rúbricas económicas homologadas a la estructura presupuestaria de 2023.

[34] Todos los datos referenciados han sido extraídos porcentualmente a partir de los datos ofrecidos por la Serie histórica por rúbricas económicas (períodos 1995 a 2023) elaborado por la sección de Estadística del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, disponible en: https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST66/EST67

[35] También es relevante a los efectos y entre otros, la importante subida del SMI a lo largo de los últimos años, marcando un punto de inflexión el año 2019, cuando subió un 22,3%, senda de aumento que se ha mantenido constante desde entonces, excepto en el año 2021, sumando una subida desde 2020 hasta hoy de 23,8%. Por tanto, la subida acumulada frente a los tímidos incrementos anteriores, ha alcanzado un 46,1% en los últimos 6 años.

[36] Datos obtenidos en la sección de Estadística del Instituto Nacional de Estadística. Disponible en: https://www.ine.es/prensa/epa_tabla.htm



Fuente: Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. https://www.inclusion.gob.es/w/los-ingresos-por-cotizaciones-a-la-seguridad-social-crecen-un-7-8-interanual-hasta-alcanzar-los-67.889-millones-de-euros

Con esta aproximación somera a las cuentas del Sistema, queda mencionar la situación presupuestaria en fecha actualizada, siendo que los últimos datos obrantes nos informan de un superávit en las cuentas de la Seguridad Social, a 30 de junio de 2024, "de 14.998 millones de euros frente a los 14.007 millones de euros de saldo positivo obtenidos en la misma fecha del año 2023. Estos 14.998 millones, son el resultado de la diferencia entre unos derechos reconocidos por operaciones no financieras de 112.894 millones de euros, que muestran un incremento del 8,3%, y obligaciones reconocidas de 97.896 millones, que crecen en un 8,5% interanual"[37].

La medida del incremento adicional de la base máxima de cotización encuentra su origen en la Recomendación 11 del Pacto de Toledo, denominado "Contributividad". Así, la Comisión establece la necesidad de "preservar y reforzar el principio de contributividad, entendido como la existencia de una relación equilibrada entre el importe de la prestación reconocida y el esfuerzo de cotización previamente realizado por cada trabajador". De esta forma, la Comisión señala la necesidad de combinar la consecución del mencionado con el principio de solidaridad en su triple dimensión, a saber, generacional, sectorial y territorial. A continuación, se insiste en la recomendación de arbitrar en cada momento las medidas transitorias oportunas que salvaguarden la proporcionalidad entre el esfuerzo contributivo como cotizante y la pensión como jubilado/a, mediante el pertinente diálogo social y respetando el principio de suficiencia[38].

Pues bien, sobre esa base se acuerda la adopción de la medida de incremento gradual de las bases máximas de cotización, homologándose con ello nuestro sistema al nivel de los estándares europeos, ampliando la masa salarial sujeta a cotización. Como indica la propia norma en su preámbulo, tal incremento en un sistema contributivo ha de llevar aparejado el correspondiente aumento de la pensión máxima sujeta a un desajuste temporal, con el objeto de maximizar el refuerzo de los ingresos

[37] Revista de la Seguridad Social, Secretaría de Estado de Seguridad Social y pensiones. Disponible en: https://revista.seg-social.es/-/ejecucion-presupuestaria-junio-2024.

[38] Recomendación núm. 11 Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, 2020.

durante el tiempo en el que las tensiones del sistema serán mayores ante el aumento de pensionistas que traerá en los próximos años la llegada de las generaciones del *baby boom* a la jubilación.

La medida queda concretada en el articulado del R.D.-Ley 2/2023, modificando el art. 19 LGSS, por cuanto incorpora un nuevo apartado -enumerado como 3), desplazando el antiguo apartado 3 hasta el 4- que establece que "el tope máximo establecido para las bases de cotización de la Seguridad Social de cada uno de sus regímenes se actualizará anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado en un porcentaje igual al que se establezca para la revalorización de las pensiones contributivas". Por otro lado, se añade una Disposición Transitoria trigésima octava, encargada de la norma transitoria para la aplicación del tope máximo de la base de cotización, indicando que "desde el año 2024 hasta el año 2050, las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado aprobadas para ese período fijarán el tope máximo de las bases de cotización de los distintos regímenes de Seguridad de Social conforme a lo establecido en el artículo 19.3, si bien al porcentaje al que se refiere dicho artículo se le sumará una cuantía fija anual de 1,2 puntos porcentuales"[39]. El control y evaluación de los resultados de la aplicación de la regla aplicable se realizará por el Gobierno en el marco de diálogo social.

Por su parte, en cuanto a las bases mínimas y según el art. 19.2 LGSS, "las bases de cotización a la Seguridad Social, en cada uno de sus regímenes, tendrán como tope (…) mínimo las cuantías del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, incrementadas en un sexto, salvo disposición expresa en contrario".

Como compensación parcial, la revalorización de la pensión máxima también queda vinculada a la evolución, del IPC, si bien el exceso de aumento sobre los precios que se ha fijado hasta 2050 es mucho menor que el establecido para la base máxima[40].



Fuente: Banco de España[41]

[39] Las bases máximas y mínimas estipuladas para 2024 quedan recogidas, con efectos retroactivos a 1 de enero de 2024 en el art. 3 de la Orden PJC/51/2024, de 29 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2024.

[40] Informe Anual 2023 del Banco de España.. op. cit.

[41] Un análisis de la incidencia del incremento de las cotizaciones sociales aprobado en 2023.. op. cit.

Lo obvio, a partir de un análisis sencillo, es concluir que las cotizaciones se incrementan para quienes tienen salarios más elevados y, en la medida en que sus futuras prestaciones no van a reflejar el cien por cien de lo que supondría económicamente aquella subida de cotización, el impacto negativo en sus costes laborales. Sin embargo, el hecho de que sí repercuta positivamente en el aumento de la cuantía de sus pensiones es un activo que no debe olvidarse en el análisis de impacto de esta medida que supondrá, además, un importante incremento de los ingresos del Sistema de cara a enfrentar su reto económico en los próximos años. Por otro lado, que aumente el importe de las bases máximas con un reflejo atenuado en la cuantía de las pensiones futuras, de forma controlada y temporal, en un escenario de crecimiento económico y datos macroeconómicos positivos, es una opción que parece responder adecuadamente a los principios que rigen nuestro Sistema de Seguridad Social. Parece malintencionada[42] la lectura exclusiva del impacto de la medida en orden a establecer el incremento de las cotizaciones para quienes tienen salarios más elevados, sin atender al paquete de medidas al que pertenece y a las consecuencias positivas en el conjunto del Sistema y de nuestro Estado de bienestar que supone su adopción.

4.2. El mecanismo de equidad intergeneracional

El MEI se incorporó a nuestro sistema por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, que optó por la derogación del factor de sostenibilidad introducido por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, y su sustitución por un nuevo mecanismo de equidad intergeneracional. Posteriormente, el MEI ha sido modificado por el R.D.-Ley 2/2023, de 26 de marzo, que busca, según el preámbulo de la norma, despejar cualquier duda sobre la capacidad de esta cotización adicional como instrumento de estabilización financiera del sistema.

En opinión, compartida, de la doctrina, la inclusión del paquete de medidas en el que se enmarca el MEI, relacionada en este estudio, y que impacta sobre la sostenibilidad financiera del Sistema "redunda a largo plazo en la suficiencia, en tanto que toda propuesta que se haga debe pasar por el tamiz de garantizar la viabilidad del sistema, que es lo que permitirá mantenerlo eficiente. Busca, por tanto, el reforzamiento de la equidad y contributividad del sistema y, por ende, su sostenibilidad"[43].

El mecanismo, acordado en el espacio del diálogo social entre el gobierno y las organizaciones sindicales -y rechazado por las organizaciones empresariales[44]-, tiene como principio básico el del equilibrio entre generaciones a través del fortalecimiento de la sostenibilidad en el largo plazo[45],

---

[42] La expresión se hace eco de la utilizada por Tortuero Plaza, J. L. respecto del Mecanismo de Equidad Intergeneracional, otra medida dentro del paquete de medidas aludido, cuando califica de "equívoca y malintencionada la valoración aislada del MEI, con las argumentaciones conocidas, reiteradas, cansinas e insolidarias de la patronal, que anuncian catastróficamente el impacto negativo sobre el empleo", Tortuero Plaza, J.L. "El Mecanismo de Equidad Intergeneracional", en Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2022, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Editorial Cinca, 2022. Pág. 21.

[43] Maldonado Molina, J.A. "El borrador de reforma de la base reguladora de la jubilación y el incremento de los topes máximos de las bases de cotización y de las pensiones", Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 473,2023. Pág. 28

[44] El Acuerdo social de 1 de julio de 2021, firmado tanto por patronal como sindicatos, contempló que «en cumplimiento del PRTR, los firmantes se comprometen a negociar la sustitución del FS por un nuevo mecanismo de equidad intergeneracional que operará a partir de 2027», recogido en el Acuerdo social sobre el primer bloque de medidas para el equilibrio del sistema, el refuerzo de su sostenibilidad y la garantía del poder adquisitivo de los pensionistas en cumplimiento del Pacto de Toledo y del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

[45] Interesante el análisis realizado, en este sentido, por Ludovico, G. "Il Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI) del sistema pensionistico spagnolo. Spunti per un dibattito sulla solidarietà intergenerazionale". Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, 24(2), 431-436.

puesto que opera como una medida temporal de carácter finalista con el objeto de nutrir el, ahora mermado, Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

La estrategia que se diseña para desarrollar la aplicación del MEI, que constaba inicialmente de dos fases, denominadas componentes, una vinculada a la cotización y otra a la posterior verificación del gasto que informaría sobre la necesidad o no de mantener la medida, se ha transformado aumentando el intervalo temporal de aplicación que ha determinado la nueva estructura del MEI, subsumiendo aquella verificación por una real aplicación del mecanismo hasta 2050.

De esta forma:

Se utiliza una cotización finalista aplicable sobre la base de cotización por contingencias comunes, a todos los regímenes y en todos los supuestos en los que se cotice por la contingencia de jubilación. Según el art. 127 bis LGSS, en la nueva redacción operada por el R.D.-Ley 2/2023, se amplía el porcentaje de la cotización por este concepto desde el 0,6% inicial (de los que 0,5 puntos corrían a cargo del empresario y 0,1 a cargo del trabajador) hasta el 1,2% (de los que 1 punto corresponde a la cotización empresarial y 0,2 a la persona trabajadora, en el caso de trabajadores por cuenta ajena). Por tanto, se duplica la aportación por este concepto.

Se establece un carácter reforzado de protección de esta cotización al determinar que, por ser el objeto de su aplicación el de nutrir el Fondo de Reserva, "no podrá ser objeto de bonificación, reducción, exención o deducción alguna. De igual forma no podrá ser objeto de disminución por la aplicación de coeficientes u otra fórmula que disminuya la cotización ni por cualquier otras variables que puedan resultar de aplicación respecto de las aportaciones empresariales o de los trabajadores, en función de las condiciones de cotización aplicables a los mismos por su inclusión en cualesquiera de los regímenes y sistemas especiales de la Seguridad Social, o en función de las situaciones de alta o asimilada al alta que determine la obligación de ingreso de cuotas, así como del sujeto responsable del ingreso de las mismas (…)" (art. 127.2 bis LGSS, en redacción dada por R.D.-Ley 2/2023).

El aumento previsto desde el 0,6 p.p. hasta el 1,2 sigue el hábito de aplicación progresiva de normas en materia de Seguridad Social, siendo que se aplicará el 0,6 en el año 2023, para posteriormente y a partir de 2024, incrementarse una décima de punto porcentual cada año hasta alcanzar los 1,2 p.p. en 2030, momento a partir del cual se mantendrá constante hasta 2050.

Importante es, a los efectos, resaltar que el aumento de la cotización que supone el MEI, por cuanto es una cotización finalista, no es computable a los efectos de prestaciones o, lo que es lo mismo, no supondrá un incremento de la cuantía de las pensiones de jubilación, protegidas estas por otros mecanismos (revalorización a través del IPC), por cuanto su finalidad exclusiva la constituye el nutrir al Fondo de Reserva de la Seguridad Social[46].

Sobre este mecanismo pesa la duda de si observa y es fiel al principio de contributividad de nuestro sistema[47]. Las dudas pivotan fundamentalmente cuando se tiene en cuenta este principio en su

[46] Respecto del impacto de la medida del MEI, véase, por su interesante estudio sobre las modificaciones operadas en la normativa del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, Aguilera Izquierdo, R. y Gil Plana, J. "El fondo de reserva de la seguridad social y el mecanismo de equidad intergeneracional", en AA.VV. (Directores: Monereo Pérez, J.L. y Moreno Romero, F.) Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social, Libro homenaje al profesor Tortuero Plaza. Editorial Laborum, 2024. Págs. 139-153.

[47] En el sentido de considerar que el MEI no respeta el principio de contributividad, véase Blázquez Agudo, E., "El MEI. Otro mecanismo para tratar de garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones", en Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2022, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Editorial Cinca, 2022. Págs. 17-20.

acepción de principio de proporcionalidad, esto es, la contributividad implica una proporcionalidad entre lo aportado y lo recibido. Sin embargo, esta lectura del principio de contributividad resulta ser una visión reduccionista de lo que significa puesto que tal y como menciona "de manera expresa el Pacto de Toledo, la garantía de la contributividad del sistema, mediante el equilibrio entre las aportaciones realizadas y las prestaciones percibidas debe llevarse a cabo "sin menoscabo de la dimensión solidaria del sistema". Una exigencia esta derivada de la exigencia constitucional de una asignación equitativa de los recursos públicos (art. 31 CE)"[48].

Por ello, debe existir proporcionalidad, si bien la pregunta que cabe hacerse es ¿la proporcionalidad se refiere en exclusiva al montante económico de aquello que se recibe y por lo que se ha cotizado? o ¿interviene también la proporcionalidad alícuotamente en el sostén del sistema que cubre nuestras prestaciones, en cuanto elemento cualitativo?; ¿la proporcionalidad debe entenderse, a su vez, como plena identificación entre lo aportado económicamente y lo recibido de igual forma y porcentualmente hablando, respecto de lo establecido genéricamente por nuestro sistema? O, por el contrario ¿debe entenderse que existe proporcionalidad cuando a través de una mayor cotización se ve aumentada la cuantía de las prestaciones, aunque no sea en aplicación de una proporcionalidad estricta?. Todos estos interrogantes pueden responderse con una sola fórmula: la proporcionalidad estricta no existe en nuestro modelo, por lo que esta depende de diferentes ponderaciones que serán las que definan el equilibrio entre lo aportado y lo recibido en cada figura de protección de que se trate.

En este orden, podemos hacer referencia también a la respuesta que encontramos en el Informe de Reforma del Pacto de Toledo de 2020 que nos informa sobre este principio, al determinar que se entiende por "la existencia de una relación equilibrada entre el importe de la prestación reconocida y el esfuerzo de cotización previamente realizado por cada trabajador". Es una relación, por tanto, entre una prestación económica y el esfuerzo hecho para obtenerla; como los esfuerzos de cotización no son iguales para todos, las respuestas del sistema contributivo son ponderadas en base al principio de proporcionalidad.

En fin, no corresponde en este espacio realizar un estudio exhaustivo de lo que entendemos por contributividad en nuestro sistema y sus anomalías, entre otras, como la aplicación del coeficiente reductor por el trabajo a tiempo parcial que suponía no considerar un día trabajado por un día cotizado -elemento clave en la contributividad- y que ha permanecido hasta hace poco tiempo vigente en nuestro sistema[49]. No se trata de defender la posición de una norma a la que se ha considerado contraria al Derecho de la UE, como no puede ser de otra forma, sino que, en ocasiones, los mecanismos temporales de proporcionalidad pueden impactar positivamente en quienes han visto perjudicado su derecho por aplicación de una norma que no contemplaba aquel principio en orden al esfuerzo realmente realizado.

Desde luego, de lo que no cabe duda es que el factor de sostenibilidad legislado en 2013 al que sustituye el MEI era contrario a este principio de contributividad, puesto que constituía un "factor reductor de las pensiones de gran calado (que podía alcanzar el 20 por 100) en las generaciones más

[48] Villar Cañada, I.A., "La garantía de la sostenibilidad integral como objetivo esencial en el sistema de pensiones. También, y más aún, en épocas de crisis", Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social, num. 8, 2024, cit. Pág. 107.

[49] Respecto de ese principio de contributividad y el trabajo a tiempo parcial, en el sentido expuesto, la STC 91/2019, de 3 de julio de 2019, recogía la posición de la Fiscal en el sentido de la fiscal general del Estado reitera que ni siquiera desde el principio de contributividad del sistema de seguridad social se puede justificar el porcentaje de reducción en la base reguladora de la pensión de jubilación que se aplica a los trabajadores a tiempo parcial, pese a las medidas correctoras vigentes. De todo ello resulta que los trabajadores a tiempo parcial no pueden alcanzar el 100 por 100 de la base reguladora de su pensión, ni siquiera con periodos muy dilatados de vida laboral. Por ello, la fiscal general del Estado concluye que la norma cuestionada vulnera el art. 14 CE (…).

jóvenes"[50] por el hecho de pertenecer a una generación. Por ello, el peso de esa reducción recaía individualmente sobre cada beneficiario en el momento de acceder a su pensión. Sin embargo, el MEI, lo "transforma en una aportación finalista y solidaria -sin reflejo en las prestaciones individuales- destinada a incrementar el Fondo de Reserva para hacer frente a los gastos de pensiones de la generación del *baby boom* sin finalmente éste fuese superior al previsto"[51]. Este planteamiento resulta acorde con la definición dada por el Pacto de Toledo, al suponer una relación equilibrada entre contributividad, proporcionalidad y solidaridad.

4.3. La cotización adicional por solidaridad

La denominada "Cotización adicional por solidaridad" tiene su origen en lo estipulado por el Componente 30, *Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo,* incluido en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. La medida forma parte del propósito general del Componente, preservar la sostenibilidad a largo plazo del sistema de pensiones, puesto que no figura en la enumeración de medidas complementarias entre sí que propone el mencionado Componente 30.

Al margen de marco regulador que veremos a continuación, es destacable y diferenciador respecto del MEI, el carácter de impacto inmediato de la medida, proyectada así en el presente y a futuro puesto que supone una cotización, de aplicación gradual desde 2025 hasta 2045, cuyos ingresos pasan a formar parte de la partida de cotizaciones sociales con igual régimen que estas.

De esta forma, la regulación de la cotización adicional por solidaridad (a partir de ahora, CAS) introducida por el R.D.-Ley 2/2023, de 16 de marzo, incorpora un art. 19 bis a la LGSS. La medida de la CAS entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2025.

Pues bien, esta cotización supone la introducción de una medida absolutamente innovadora en nuestro sistema, al constituir una cotización destopada de los salarios que excedan de la base de cotización máxima, límite infranqueable hasta ahora, eso sí, lo hace "suavizando, la diferencia hasta el salario real, mediante la aplicación de unos tipos inferiores de cotización"[52]. . Así es, según la norma "el importe de las retribuciones a las que se refiere el artículo 147 -*base de cotización*-, que supere el importe de la base máxima de cotización establecida para las personas trabajadoras por cuenta ajena del sistema de la Seguridad Social a los que resulte de aplicación dicho artículo, quedará sujeto, en toda liquidación de cuotas, a una cotización adicional de solidaridad" de acuerdo con unos tramos establecidos. Parece acertada la aplicación del principio de progresividad en función de la mayor o menor distancia existente entre la base máxima y el importe de la retribución del trabajador.

Los tramos señalados son tres, a saber, la cuota de solidaridad será el resultado de aplicar:

— El 5,5% de la parte de retribución comprendida entre la base máxima de cotización y la cantidad superior de la referida base máxima en un 10%.

— El 6% a la parte de retribución comprendida entre el 10% superior a la base máxima de cotización y el 50%.

---

50 Tortuero Plaza, J.L. "El Mecanismo de Equidad Intergeneracional", en Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2022, op. cit. Pág. 3.

51 Ídem.

52 Fernández Orrico, F.J. "Reforma de las pensiones públicas y otros cambios de seguridad social por real decreto-ley 2/2023", Revista Española de Derecho del Trabajo num. 264, parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., 2023.

— El 7% a la parte de retribución que supere aquel 50%.

Estos porcentajes serán aplicables en 2045, puesto que, como es tradicional por su singularidad e impacto en materia de Seguridad Social, se ha previsto una aplicación progresiva en su implementación, de tal forma que en 2025 la cotización por los tramos mencionados será de 0,92, 1 y 1,17%, respectivamente, incrementándose anualmente conforme a lo establecido por la D.T. 42ª LGSS.

De nuevo, la distribución del tipo de cotización por solidaridad entre empresario y trabajador mantendrá la misma proporción que la distribución del tipo de cotización por contingencias comunes.

Al igual que sucedía con el MEI, como es tradicional por su singularidad e impacto en materia de Seguridad Social, se ha previsto una aplicación progresiva en su implementación.

El desarrollo reglamentario de aplicación de la CAS se ha introducido por el Real Decreto 322/2024, de 26 de marzo, por el que se modifican el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, y el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, al objeto de incorporar la regulación necesaria para hacer posible la aplicación de la cotización adicional de solidaridad a que se refiere el artículo 19 bis del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Más allá de la forma de cálculo de la cotización por solidaridad, el art. 72 bis.1) determina que "el plazo reglamentario de ingreso de la cotización adicional de solidaridad finalizará el último día del mes siguiente a aquél en que deban abonarse las retribuciones a las que se refiere el artículo 19 bis LGSS", esto es, el plazo de ingreso será idéntico al previsto para la cotización por contingencias comunes y profesionales.

5. UNA BREVE REFLEXIÓN FINAL

Las medidas analizadas, entre otras, constituyen el núcleo de aquellas destinadas a incrementar los ingresos del sistema de Seguridad Social y tratar de garantizar su sostenibilidad frente a los principales retos financieros a los que se enfrenta el Sistema y que tienen como buque insignia la llegada de las generaciones del *baby boom*, adoptadas fundamentalmente en el periodo 2020-2023. Sin duda, constituyen una fuerte apuesta por el aumento de los ingresos, frente al período anterior caracterizado por la disminución de gasto.

Los objetivos establecidos por el Pacto de Toledo así como los establecidos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia marcaron la línea de incremento de ingresos para tratar de mantener el poder adquisitivo de las pensiones que garantice una vida digna a sus beneficiarios, ello en el marco de la renovación del pacto generacional, tan desapegadas como estaban -y aún lo están-, en ocasiones, las generaciones jóvenes por los mensajes apocalípticos que ensombrecían, en exceso, el panorama a medio y largo plazo sobre la posibilidad de acceder a una pensión. Sin ese pacto generacional no puede existir nuestro modelo de Seguridad Social. Era imprescindible incluir medidas que apostaran por el mantenimiento de un sistema sólido en el que convivamos todas las generaciones sin fricciones entre unas y otras. Quienes apostamos por un Sistema público de pensiones dignas, tenemos claro que éste pasa por el fortalecimiento de ese pacto generacional, mientras que otros intereses buscan el debilitamiento del modelo a través del ataque -sin justificación que lo sustente, en su caso- y la política del miedo que tan bien funciona para dividir.

Las medidas adoptadas, en su conjunto, no carecen de interrogantes, tampoco de aristas negativas, cuyo impacto habrá de tratar de minimizarse pero que, en su globalidad, tratan de

"compensar una mejora de la calidad prestacional, asumiendo el coste que de ello se deriva, con fórmulas de incremento de los ingresos (…).[53]. Es una apuesta política, sin duda, cuya eficiencia y eficacia ha de mostrarse, en su caso, con el transcurso de los años en un escenario con posibles fluctuaciones difíciles de prever.

6. BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Izquierdo, R. y Gil Plana, J. "El fondo de reserva de la seguridad social y el mecanismo de equidad intergeneracional", en AA.VV. (Directores: Monereo Pérez, J.L. y Moreno Romero, F.) *Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social, Libro homenaje al profesor Tortuero Plaza.* Editorial Laborum, 2024. Págs. 139-153.

Blázquez Agudo, E., "El MEI. Otro mecanismo para tratar de garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones", en *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2022,* Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Editorial Cinca, 2022. Págs. 17-20.

Brindusa, A., Puente, S. y Ramos, R. "Un análisis de la incidencia del incremento de las cotizaciones aprobado en 2023", *Boletín económico 2023/T2,* Banco de España, 2023.

Cano Galán, Y. "Las cotizaciones como garantía del sistema de pensiones: el incremento de cotizaciones, el mecanismo de equidad intergeneracional y la cotización adicional de solidaridad", *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 6, 2024.

Chabannes, M. "Los fondos europeos NextGenerationEU y las propuestas de reforma de los sistemas de pensiones en los Planes de Recuperación y Resiliencia de España", en AA.VV. *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social. El nuevo pacto de Toledo y su desarrollo legislativo,* Editorial Laborum, 2022. Págs. 337-366.

De Cabo Martín, C. "La solidaridad como principio en el actual horizonte reformista", en AA.VV. Vidal Beltrán, J. M. y García Herrera, M.A. (Coordinadores), *El Estado autonómico. Integración, solidaridad y diversidad.*, Volumen I, Estudios Goberna, Ministerio de Administraciones Públicas, Editorial Colex, 2005.

De La Villa Gil, L. E. "Sobre la Seguridad Social en la Constitución española, a la altura del año 1990", *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum y Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, Número especial de 2023, homenaje al profesor D. Efrén Borrajo Dacruz, 2023: 189-199.

Desdentado Daroca, D. "Las reformas en materia de cotización en el marco de los problemas actuales de financiación de la Seguridad Social", en AA.VV. (directores: De La Puebla Pinilla, A. y Mercader Uguina, J.R.) *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social,* Edit. Tirant Lo Blanch, 2019.

Durand, P.: "Les équivoques de la redistribution du revenu par la Sécurité sociale", en *Droit social*, 1953.

Durkheim, É. *De la division du travail social*, París, Alcan, Disponible en: https://gallica. bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56859610?rk=64378;0, 1893.

Fernández Orrico, F.J. "Reforma de las pensiones públicas y otros cambios de seguridad social por real decreto-ley 2/2023", *Revista Española de Derecho del Trabajo* num. 264, parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., 2023.

[53] González Ortega, S. "El segundo (por ahora) paquete de reformas en materia de Seguridad Social", Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2023, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ediciones Cinca, 2024, págs. 137-139.

González Ortega, S. "El segundo (por ahora) paquete de reformas en materia de Seguridad Social", *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2023,* Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ediciones Cinca, 2024, págs. 137-139.

Hurtado, S., Fernández, E., Ortega, E. y Urtasun, A. *Nueva actualización del modelo trimestral del Banco de España, Documentos ocasionales, núm. 1106,* 2011.

Ludovico, G. "Il Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI) del sistema pensionistico spagnolo. Spunti per un dibattito sulla solidarietà intergenerazionale". *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, *24*(2), 431-436.

Maldonado Molina, J.A. "El borrador de reforma de la base reguladora de la jubilación y el incremento de los topes máximos de las bases de cotización y de las pensiones", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF,* núm. 473,2023. Págs. 25-59.

Martín-Serrano Jiménez, E. "¿Es inevitable la presencia de las pensiones privadas como complementarias de las públicas? Evaluación jurídico-social del modelo constitucional de pensiones en España y su alcance práctico con relación a la reforma de la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, respecto de la pensión de jubilación", en AA.VV. *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social; el nuevo Pacto de Toledo y su desarrollo legislativo,* Laborum, 2022.

Maslow, A.H. *A Theory of Human Motivation,* Editorial Martino Fine Books (edic. de 2013), 1943.

Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G. "Ampliación de derechos de los pensionistas, reducción de la brecha de género y nuevo marco de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social(A propósito del cumplimiento legal de los hitos del Componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resilencia)", *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 35, 2023. Págs. 13-41.

Moreno Gené, J. "La extensión de la protección social a todos los alumnos en prácticas: un paso más en la dignificación de las prácticas no laborales", *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum,* núm. 35, 2023.

Rodríguez Cardo, I. A. *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social,* Tesis publicada en Repositorio Institucional de la Universidad de Oviedo, 2006.

Ruesga Benito, S.M. "Hacia un nuevo modelo de financiación de la Seguridad Social en España", disponible en: https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/48101206-c9b7-41c9-9fd1-67803f052c83/7.Hacia+un+nuevo+modelo+de+financiaci%C3%B3n.Resumen+ejecutivo.pdf?MOD=AJPERES (consultado el 02/08/2024).

Suárez Corujo, B. "Las sombras de la inquietante ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de seguridad social", *Documentación Laboral,* núm. 99, 2013.

Tortuero Plaza, J.L. "El Mecanismo de Equidad Intergeneracional", en *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2022,* Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Editorial Cinca, 2022.

Tortuero Plaza, J. L. "De la solidaridad intergeneracional al riesgo del fraude piramidal", *Revista de Trabajo y de Seguridad Social, CEF,* núm. 429 (diciembre), 2018, págs. 105-135.

Tortuero Plaza, J.L. "Las claves de las reformas del sistema de pensiones y la ruptura del pacto intergeneracional", en AA.VV. Cavas Martínez, F. y Luján Alcaraz, J. (Directores) *Crisis económica, reformas laborales y protección social" Homenaje al profesor Jesús María Galiana Moreno,* Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2014. Págs. 1077 a 1117.

Tortuero Plaza, J. L. "La evolución de la Seguridad Social (1978-1995): el inicio de la modernización del Sistema en clave continuista", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración,* núm. 44, 2003.

Tortuero Plaza, J. L. "De la solidaridad intergeneracional al riesgo del fraude piramidal", *Revista de Trabajo y de Seguridad Social, CEF,* núm. 429 (diciembre 2018), págs. 105-135.

Vicente Palacio, A. "El Sistema de Seguridad Social en el contexto de la nueva sociedad del riesgo", *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social CEF,* núm. 363, 2013

Vila Tierno, F. y Moreno Romero, F. "Equilibrio entre suficiencia y sostenibilidad: pensiones mínimas revalorización automática y factor de sostenibilidad", en AA.VV. (Álvarez Cortes, J.C., Director), *Trabajadores maduros y Seguridad Social,* Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

Villar Cañada, I.A., "La garantía de la sostenibilidad integral como objetivo esencial en el sistema de pensiones. También, y más aún, en épocas de crisis*", Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social,* num. 8, 2024. Págs. 98-119.

Otras referencias bibliográficas:

Informe Anual 2023 del Banco de España. Disponible en https://www.bde.es/f/webbe/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/InformesAnuales/23/Fich/InfAnual_2023.pdf,

Informe de la AIReF 1/2019 sobre sostenibilidad de pensiones 2019, disponible en (consulta realizada en fecha 24/07/2024): https://www.airef.es/wp-content/uploads/2019/01/opinion-pensiones/190109_Opinion_SS.pdf

Informe de fiscalización sobre la evolución económico-financiera, patrimonial y presupuestaria del sistema de la seguridad social y su situación a 31 de diciembre de 2018, del Tribunal de Cuentas. Disponible en: https://www.tcu.es/repositorio/de226696-6741-4ff2-ba7a-5a334e86e7f6/I1381.pdf

OECD, *Perspectivas del empleo de la OCDE 2024 Nota de país: España,* 07/2024. Disponible en: https://www.oecd.org/es/publications/perspectivas-del-empleo-de-la-ocde-2024-nota-de-pais_7af876a7-es/espana_aa3b1b42-es.html#:~:text=El%20mercado%20laboral%20espa%C3%B1ol%20ha,el%20primer%20trimestre%20de%202024.

Proyecto de Presupuestos del Ejercicio 2018, Anexo al Informe económico-financiero, Vol. V, Tomo 2, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2018.

Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El impacto tecnológico en el ámbito socio-laboral: ¿obstáculo u oportunidad para la sostenibilidad del sistema de pensiones?[1]

The technological impact in the socio-labour field: obstacle or opportunity for the sustainability of the pension system?

Isabel María Villar Cañada *Profesora Titular Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de Jaén
https://orcid.org/0000-0002-3539-8173

Cita Sugerida: VILLAR CAÑADA, I.M.: «El impacto tecnológico en el ámbito socio-laboral: ¿obstáculo u oportunidad para la sostenibilidad del sistema de pensiones?». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 241-261.

Resumen

El proceso de digitalización de la economía y del mercado de trabajo es una realidad incuestionable. En el ámbito de la Seguridad Social, desde hace años las Entidades Gestoras y Servicios Comunes vienen incorporando, de manera progresiva, herramientas de inteligencia artificial y gestión y almacenamiento masivo de datos como instrumento adecuado para la mejora de la eficacia y calidad de la gestión y para la lucha contra el fraude. No obstante, las consecuencias que la digitalización de los entornos laborales proyecta en el sistema de Seguridad Social pueden contribuir a acrecentar las dudas sobre su sostenibilidad futura, no sólo desde una perspectiva económica, sino también desde un enfoque social, en cuanto garantía de una protección suficiente y adecuada frente a las necesidades cambiantes de la población.

Palabras clave

Seguridad Social; sostenibilidad; suficiencia protectora; nuevas tecnologías; inteligencia artificial; brecha digital

Abstract

The process of digitalisation of the economy and the labour market is an unquestionable reality. In the social security, for years the Management Entities and Common Services have been incorporating artificial intelligence tools and data storage and management as an appropriate instrument to improve the efficiency and quality of management and to fight fraud. But the consequences of the digitisation of working environments on the social security system may contribute to increasing doubts about its future sustainability, not only from an economic perspective but also from a social approach, as a guarantee of adequate protection against the changing needs of the population.

Keywords

Social security; sustainability; protective sufficiency; new technologies; artificial intelligence; digital gap

1. INTRODUCCIÓN

A estas alturas, parece una obviedad plantear la intensa y rápida transformación tecnológica a la que estamos asistiendo en los últimos años. Las nuevas tecnologías, la robótica, la inteligencia artificial, el Big Data, la sociedad 4.0, van ganado terreno en nuestro día a día, un proceso este al que, evidentemente, no resultan ajenas ni la Administración Pública ni las empresas.

En el ámbito laboral, la incorporación de las nuevas tecnologías a la organización empresarial se presenta como una vía para aumentar la eficacia y eficiencia, así como para reducir costes. No obstante estos beneficios, no puede obviarse que de esos procesos de digitalización se derivan una

[1] Trabajo realizado en el marco del Proyecto Estatal de I+D+I "La Sostenibilidad del Sistema de Pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica" (PID2022-140298NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, convocatoria Proyectos de Generación del Conocimiento 2022. IP Francisco Vila Tierno.

serie de consecuencias para los tradicionales modelos productivos y para los sujetos afectados, en particular para las personas trabajadoras. Las nuevas formas de trabajo derivadas de la digitalización y tecnificación de las empresas presentan importantes consecuencias que se relacionan fundamentalmente con la limitación de la protección y la capacidad de adaptación de los/as trabajadores/as. Unas consecuencias estas que deben recibir una respuesta adecuada por parte de los poderes públicos, con el objetivo de aportar seguridad jurídica y garantizar el respeto a sus derechos, tanto mientras se encuentran en activo como al finalizar sus vidas laborales activas.

Numerosos son los estudios que, entre la doctrina iuslaboralista, abordan en los últimos años las consecuencias y los retos para el mercado de trabajo derivados de los procesos de transformación digital[2]. Resulta de sobra conocido a estas alturas que la incorporación de las nuevas tecnologías genera nuevos puestos de trabajo, para cuya cobertura las empresas van a demandar trabajadores/as especializados/as. Sin embargo, buena parte de las personas trabajadoras carecen en la actualidad de los conocimientos y habilidades necesarias para poder desempeñar esos nuevos puestos emergentes. Cierto es que seguirán existiendo tareas, por lo general menos especializadas, que previsiblemente no podrán ser automatizadas y otras que no pueden ni deben serlo, como las relacionadas con el ámbito de los cuidados, en uno y otro caso, caracterizadas generalmente por su precariedad. El riesgo de segregación laboral resulta así evidente, afectando de manera particular a colectivos como mayores, mujeres, jóvenes sin formación, etc.

No tan frecuentes, sin embargo, son los análisis referidos a los efectos en el sistema protección social, en particular en el de Seguridad Social, y más en concreto, en el de pensiones. Y eso pese a que indudablemente, entre las consecuencias directas de la implantación de las nuevas tecnologías en las empresas ocupan un lugar central la antes mencionada transformación de las formas tradicionales de empleo y de las carreras profesionales clásicas, así como la destrucción de puestos de trabajo tradicionales, con la consiguiente expulsión del mercado laboral de personas trabajadoras[3] y, por ende, la reducción de los ingresos, vía cotizaciones, para nuestra Seguridad Social[4]. Y es que es una realidad incuestionable que los cambios cuantitativos o cualitativos, en el mercado de trabajo, no pueden dejar de repercutir en el funcionamiento y la sostenibilidad del sistema de protección social[5].

Además, el período de transición entre la destrucción de empleos tradicionales y la creación y cobertura de los nuevos empleos supondrá necesariamente la salida -temporal en algunos casos, definitiva en otros- de un importante número de personas del mercado de trabajo. Los sistemas de protección social deberán desempeñar un papel clave para hacer frente a las consecuencias derivadas de este tránsito. Así, la "Revolución tecnológica" dará lugar también a una "Revolución en la

---

2 Simplemente, a título de ejemplo, Álvarez Cuesta, H. Rodríguez Escanciano, S.: El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo, Aranzadi, 2022; Mercader Uguina, J.: "Datos biométrico en los centros de trabajo", en VV.AA. (Baz Rodríguez, J. dir.): Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España: vigilancia tecnificada, teletrabajo, inteligencia artificial, Big Data. Wolters Kluwer. Madrid, 2021, pp. 169-198; o Asquerino Lamparero, M.J.: "Algoritmos y discriminación", en VV.AA. (Morales Ortega, J, coord.): Realidad social y discriminación: Estudios sobre diversidad e inclusión laboral. Laborum, Murcia, 2022, pp. 335-382.

3 Según el Informe sobre el Futuro del Empleo 2023, del Foro Económico Mundial, se espera que hasta 2027 alrededor de un 23 % de los puestos de trabajo se vean afectados por los cambios derivados de la digitalización, con la creación de 69 millones de nuevos empleos y la eliminación de otros 83 millones. https://www.weforum.org/publications/the-future-of-jobs-report-2023/

4 Sobre los efectos de la digitalización en la financiación de la Seguridad, vid. *v. gr.* Tortuero Plaza, J.L.: "Las pensiones del futuro y la cotización de los robots. Un apunte sobre el nuevo mecanismo de equidad intergeneracional", en VV.AA. (López Cumbre, L. dir.): Efectos laborales, sindicales y de Seguridad Social de la digitalización. Aranzadi, Navarra, 2022, pp- 253 y ss. Anteriormente también, López Cumbre, L.: "Financiación por cotización y alternativas complementarias para financiar la Seguridad Social". Revista Trabajo y de Derecho, nº 2, 2015, pp. 1-29.

5 Goerlich Peset, J.M: "Digitalización, Robotización y protección social", Revista Teoría y Derecho, nº 23, 2018, p.110.

protección social"[6], con el objetivo de adaptarse y dar respuesta a las nuevas necesidades y demandas de la población.

Este proceso que, como decimos, todo apunta a que va a ir aumentando en el futuro inmediato, viene a añadirse, así, a los factores que, desde hace tiempo, contribuyen a acrecentar las dudas e incertidumbre sobre la sostenibilidad de nuestro sistema de pensiones (la evolución demográfica y el progresivo envejecimiento de la población, la situación del mercado de trabajo, la jubilación de la generación del *baby boom*, etc.). Una sostenibilidad que, no hemos de olvidar, no puede plantearse únicamente desde la tradicional perspectiva económico-financiera, sino que debe ir más allá, integrando también la dimensión de la sostenibilidad social[7] del sistema, en la cual ocupa un lugar esencial la garantía constitucional del derecho de la ciudadanía a una protección suficiente frente a las situaciones de necesidad (art. 41 CE) y la elevación progresiva del "ideal de cobertura (art. 12 Carta Social Europea).

Es decir, los efectos en el sistema de Seguridad Social de la automatización y digitalización de nuestro tejido empresarial no sólo deben abordarse desde el riesgo que de los mismos puede derivar para su viabilidad económica, debido a la disminución de ingresos, vía cotizaciones, por la destrucción o transformación de puestos de trabajo. Resulta necesario también tener presente que, más allá de esa necesaria viabilidad económica, el sistema debe cumplir la función que tiene asignada constitucionalmente que no es sino proteger de forma adecuada las situaciones de necesidad, garantizando también, evidentemente, la igualdad de todas las personas.

2. LA INCORPORACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Resulta incuestionable el importante papel que pueden desempeñar las nuevas tecnologías en el ámbito socio-laboral y su potencialidad futura. Sus beneficios en parcelas como los servicios de empleo, la seguridad y salud en el trabajo, la sanidad o la atención a personas mayores o dependientes parecen obvios.

La búsqueda de mayores niveles de eficacia y agilidad en la actuación administrativa que den adecuada respuesta a las necesidades y demandas sociales se viene configurando como el principal objetivo de la progresiva incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación en el sector público. En el caso concreto de la Administración de la Seguridad Social, las posibilidades que ofrecen las herramientas de inteligencia artificial y el Big Data tanto para la lucha contra el fraude como para la mejora de los procedimientos internos de gestión y la simplificación de trámites, aumentando la eficacia y la eficiencia gestora, las configuran como instrumentos adecuados para contribuir al cumplimiento del objetivo esencial del sistema: proporcionar una protección suficiente y adecuada frente a situaciones de necesidad de la ciudadanía (art. 41 CE, art. 12 Carta Social Europea) y para hacerlo conforme a los principios sobre los que ha de desarrollarse nuestro modelo de gestión: simplificación, racionalización, economía de costes, eficacia social…. (art. 66.1 LGSS).

Son varios los ámbitos concretos en los que el uso de la IA y de las herramientas Big Data puede resultar particularmente útil en la gestión del sistema de Seguridad Social: el registro y control de sujetos obligados a cotizar y de personas beneficiarias de prestaciones; la liquidación y recaudación

[6] López Cumbre, L.: "La Seguridad Social ante la nueva "revolución digital", en VV.AA.: Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital. Por una salud y Seguridad Social digna e inclusiva. Laborum. Murcia, 2023, p. 1.

[7] Sobre esta necesidad de abordar la sostenibilidad del sistema de pensiones desde una perspectiva amplia en Villar Cañada, I.M.: "La garantía de la sostenibilidad integral como objetivo esencial del sistema de pensiones. También, y más aún, en épocas de crisis. Revista de Estudios Jurídico-laborales y de Seguridad Social, nº 8, 2024, pp. 98 a 119.

de cuotas; la gestión de las solicitudes de prestaciones y el cálculo de la cuantía de las mismas, el control sobre su adecuado percibo y la detección y prevención de posibles situaciones de fraude, el análisis de los indicadores sobre la implantación de los distintos procesos, con objeto de llevar a cabo la evaluación de los mismos, etc.

Desde su inicio, el Pacto de Toledo viene abogando por las nuevas tecnologías como medio para ofrecer un servicio cercano, transparente y eficaz a la ciudadanía y para conseguir una gestión de carácter integral del sistema[8]. Su último informe, de 2020[9], (Recomendación 7), deja constancia expresa de que el refuerzo de la utilización por parte de la Administración de la Seguridad Social de las nuevas tecnologías ha facilitado las relaciones con las personas trabajadoras, pensionistas y demás usuarios/as y ha favorecido el cumplimiento de las obligaciones de empresas y autónomos/as a través del desarrollo de servicios electrónicos de consulta de información y de gestión de trámites para los actos de inscripción de empresas y afiliación de personas trabajadoras y para el sistema de liquidación directa, basado en la facturación de las cuotas a las empresas por la Administración de la Seguridad Social a través de medios electrónicos.

Siguiendo esta línea, desde hace años las Entidades Gestoras están avanzando en la implementación del uso de las nuevas tecnologías tanto en la relación entre la Administración y la ciudadanía como en las relaciones entre los organismos públicos. Su utilización está desempeñando un papel estratégico en la gestión de la Seguridad Social, permitiendo, no sólo la automatización de actuaciones concretas, sino también la transformación de procedimientos en su conjunto, permitiendo mejoras en la calidad del rendimiento y de los servicios de las instituciones de Seguridad Social[10].

De manera progresiva, pues, la digitalización de la actuación administrativa va ganando terreno también en el ámbito de la Seguridad Social con el objetivo de la mejora de la gestión del sistema y del ahorro de costes. Claro ejemplo de este avance lo constituyó el RD ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo. Este RD ley supuso "un salto cualitativo en el uso del big data, con un régimen de decisiones automatizadas mediante sistemas de gestión algorítmica para los procedimientos sancionadores en el orden social"[11]. Su disposición final quinta modifica diversos preceptos de la LGSS, apostando por las nuevas tecnologías como instrumento para la mejora y agilización de los procesos de intercambio de información entre las administraciones públicas y de acceso, por parte de la Administración de la Seguridad Social, a los datos de las personas trabajadoras y perceptoras de prestaciones. Todo ello con el objetivo general de garantizar la eficaz gestión de la acción protectora del sistema.

Así, desde los primeros avances en la gestión electrónica, llevados a cabo por la TGSS (creación de los ficheros generales de afiliación, bases de cotización y recaudación en los años noventa; el proyecto CRET@, implantado en 2008 para el control de la recaudación de cada persona trabajadora, la generalización para todas las empresas del uso del sistema RED, para la transmisión electrónica a la Seguridad Social de los datos de afiliación alta y cotización por parte de la empresa,

[8] La Asociación Internacional de la Seguridad Social viene defendiendo también la utilidad del uso de las nuevas tecnologías en la gestión de los sistemas de Seguridad Social. En dos informes publicados en 2019 ("Directrices de la AISS sobre la Recaudación y Cobranza de Cotizaciones" y "Directrices de la AISS sobre los Errores, la Evasión y el Fraude en los Sistemas de Seguridad Social") aboga por la implantación de bases de datos interconectadas para mejorar la gestión de la Seguridad Social y contribuir a la prevención del fraude. En el mismo sentido, la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social.

[9] Boletín Oficial de las Cortes Generales nº 175, de 10 de noviembre de 2020.

[10] Maldonado Molina, J.A.: "EL impacto de la transformación digital en los sistemas de protección social. Especial referencia a la jubilación", en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. dirs.): Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital. Comares, Granada, 2023, p. 273.

[11] Molina Navarrete, C.: "«Duelo al sol» (digital). ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también". Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, núm. 457, 2021, pág. 16.

etc.), paulatinamente las TICs y las herramientas de inteligencia artificial y Big Data han ido ganando terreno en la Administración de la Seguridad Social. Sin ningún afán de exhaustividad, entre las manifestaciones más recientes de este avance pueden señalarse:

— La implantación del sistema electrónico de liquidación directa de cuotas por la TGSS (Ley 34/2014, de 26 de diciembre, de medidas en materia de liquidación e ingreso de cuotas de la Seguridad Social), con los objetivos de simplificar el cumplimiento de la obligación de cotizar, reduciendo las cargas administrativas, al eliminar la duplicidad en la aportación de datos a la Seguridad Social por los empresarios, que sólo deben comunicar los datos de que no disponga previamente la TGSS y que resulten imprescindibles para efectuar la liquidación; reducir costes, optimizando los recursos humanos y económicos y mejorando en la calidad del servicio; mejorar la efectividad en el control de aspectos de la gestión liquidatoria y recaudatoria de la Seguridad Social, como la aplicación de beneficios en la cotización y de compensaciones por el pago de prestaciones de incapacidad temporal; y lograr una mejora de la calidad de la información utilizada para la liquidación de cuotas, reforzando la seguridad de ésta, al tener que contrastarse, previamente a su cálculo, los datos existentes en la TGSS con los aportados por el sujeto responsable. La gran cantidad de información y documentación que ha de ser transmitida, examinada y validada en el proceso de liquidación y recaudación de cuotas exige un adecuado proceso de tratamiento de los datos y de intercambio de información[12], principalmente con el Servicio Público de Empleo Estatal en lo referido a los contratos objeto de bonificación o reducción de cuotas. Así, los datos son cruzados con los de los trabajadores cuyas liquidaciones están bonificadas con objeto de comprobar si son correctas.

— El asistente virtual ISSA, en la web oficial de la Seguridad Social. Un chatbot que combina Inteligencia Artificial con la gestión de datos con el objetivo de proporcionar información útil y orientar a las personas usuarias sobre los servicios y trámites más demandados, utilizando para ello datos históricos de uso (requisitos para el acceso a prestaciones, solicitud de las mismas, tramitaciones de altas y bajas, etc…).

— El empleo de la analítica predictiva por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) principalmente en la gestión y control de la prestación de Incapacidad Temporal, en concreto en el procedimiento que corresponde realizar a la Inspección Médica del INSS en la revisión de las bajas laborales, con el objetivo de decidir el alta o la continuación de la situación de baja de la persona trabajadora. Entre los aplicativos informáticos empleados en este procedimiento para la obtención y tratamiento de datos, uno de ellos, el SAS, utiliza la técnica predictiva mediante el análisis de la información profesional de la persona trabajadora en situación de baja (características profesionales, datos sobre afiliación, cotización…), y el diagnóstico de la patología que ha dado lugar a la baja en el trabajo, a través de la historia clínica facilitada por los Servicios de Salud o las Mutuas colaboradoras. Resultado de dicho análisis, se lleva a cabo la selección de los expedientes en los que existe una mayor probabilidad de producirse alta médica, tras lo cual, y una vez revisadas por los facultativos inspectores la historia clínica y los datos de la actividad profesional del trabajador/a, se decide citar o no a la revisión. Y al mismo tiempo, los datos relativos a esa decisión de citar o no a la persona en situación de baja y el resultado, en su caso, de la revisión se utilizan para retroalimentar al sistema y mejorar la precisión de las predicciones, optimizando, por ejemplo, las tablas de duración estándar de los

[12] Aibar Bernard, J.: "El Big Data y el análisis de datos aplicados por la Tesorería General de la Seguridad Social como medio de lucha contra el fraude en la Seguridad Social", Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, nº 11, 2020, p. 9

procesos de incapacidad temporal y la adecuada selección de los procesos susceptibles de reconocimiento médico[13].

— La utilización por la TGSS en el ámbito del control del fraude de herramientas de metodología analítica predictiva, sustentadas en la base de datos electrónica DATAMAR, que es tratada mediante reglas basadas en el uso de algoritmos con el objetivo de proporcionar información exhaustiva relativa al cumplimiento por parte de las empresas de sus obligaciones en materia de Seguridad Social[14].

  Una vez analizada la información obtenida con la ayuda de un equipo especializado en analítica de datos y con la colaboración de la Gerencia de Informática, herramientas de investigación predictiva permiten su utilización para identificar a las empresas con riesgo elevado de incurrir en incumplimientos (riesgo de entrar en procedimiento concursal en los 5 meses siguientes al inicio de la observación, porcentaje alto de incumplimiento en los casos de solicitud de aplazamientos de cuotas, etc.), pudiendo así anticiparse a esas situaciones y ejecutar, en su caso, las acciones preventivas que se consideren necesarias[15].

— El empleo de la tecnología Big Data en el diseño, configuración y puesta en práctica del Ingreso Mínimo Vital, manejándose un volumen ingente de información procedente de las bases de datos de la Administración de la SS, de la Administración Tributaria y del Instituto Nacional de Estadística, con el objetivo de identificar, de manera adecuada y precisa, a las potenciales personas beneficiarias y de simplificar la tramitación de la prestación.

Pese a los objetivos previstos y al optimismo inicial, este ámbito del IMV es un ejemplo evidente de que la simple incorporación de las herramientas de IA en el procedimiento de gestión de las prestaciones de SS no es suficiente, por sí sola, para conseguir una mejora en la eficacia y eficiencia gestora. Desde su aprobación, las dificultades para su adecuada puesta en práctica dejaron en evidencia las numerosas deficiencias del proceso de gestión (mal funcionamiento de la plataforma informática, imposibilidad de realizar trámites de manera presencial, complejidad del proceso de solicitud y tramitación, falta de información adecuada, exclusión de gran parte de las potenciales personas beneficiarias, retrasos generalizados en el reconocimiento de la prestación, etc)[16]. Unas

[13] Redondo Rincón, M.G.: "Las nuevas tecnologías en el control de la incapacidad temporal; la aplicación de la analítica predictiva. Revista Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, nº 11, 2020, pp. 15 y ss.

[14] En particular, sobre detección de empresas ficticias, de conductas delictivas contra la Seguridad Social (arts. 307, 307 bis y 307 ter del Código Penal), de sucesiones no declaradas de empresas y de redes de empresas constituidas para el fraude organizado. Vid. Aibar Bernard, J.: "EL Big Data y el análisis de datos aplicados por la Tesorería General de la Seguridad Social…, op. cit, p. 2 y ss.

[15] Villar Cañada, I.M.: "La digitalización y los sistemas de protección social: oportunidades y desafíos". Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, nº 459, p. 183.

[16] Varias reformas han intentado corregir esas deficiencias. Entre ellas, el RD-ley 28/2020, de 22 de octubre, de trabajo a distancia, modificó los procedimientos de reconocimiento de la prestación de agilizar el acceso a la prestación y dar cobertura al mayor número de personas posible (Disp. Transitoria cuarta y Disp. Final undécima); o el RD-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico que introdujo la figura "mediador social del ingreso mínimo vital" como mecanismo transitorio de cooperación de las entidades del Tercer Sector de Acción Social en la tramitación de la prestación con el objetivo de agilizar y facilitar a la entidad gestora la acreditación de determinados requisitos exigidos para el acceso a la misma mediante la expedición de los correspondientes informes; y más recientemente, el RD ley 2/2024, de 21 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo…, regula la transición del subsidio por desempleo al IMV, con el objetivo de facilitar la misma y eliminar cargas administrativas, mejorando la coordinación entre las entidades que gestionan cada prestación.

deficiencias que adquieren una trascendencia mayor por el colectivo de población a la que va dirigida, individuos o unidades de convivencia con particulares condiciones de vulnerabilidad, y por tratarse de una prestación que está llamada a desempeñar un papel protagonista en el objetivo de hacer frente a las consecuencias de la revolución tecnológica y la transición digital.

Recientemente, el 4 de junio de 2024, la ONG "Mouvemet International Atd Quart Monde", presentó, en aplicación del Protocolo Adicional de la Carta Social Europea, una reclamación colectiva frente al reino de España, por la no conformidad de diversos artículos de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el Ingreso Mínimo Vital y de su aplicación, con diversos preceptos de la Carta Social Europea (arts. 1, 7, 13, 15, 16, 17, 27, 30 y 31).

Entre los fundamentos de la reclamación ocupan un papel central las deficiencias en la ejecución práctica de la Ley generadora de, la que se considera, una alarmante inseguridad jurídica para las potenciales personas beneficiarias, con un alargamiento excesivo de los plazos de gestión de las prestaciones, un abuso del silencio administrativo, falta de motivación de muchas de las resoluciones adoptadas y, en los supuestos más graves, denegaciones de prestaciones a las personas más necesitadas[17]. La deficiente gestión[18], en gran parte derivada de la carencia de recursos, tanto materiales como de personal, en las Administraciones implicadas en la misma, ha limitado de forma importante la efectividad del IMV, "desprestigiando excesivamente una prestación que, sin embargo, está destinada a ser un hito jurídico-social en el Sistema de Seguridad Social"[19] y que, como se indicaba, ha de desempeñar un crucial papel para atender las situaciones de necesidad derivadas del proceso de transición digital.

Así pues, a pesar del indudable avance que suponen y de los beneficios que pueden generar, la utilización de las herramientas de IA en la Administración del sistema de Seguridad Social genera también incertidumbres, en parte derivadas de los resultados realmente obtenidos de las experiencias ya implementadas, que no terminan de cumplir las expectativas generadas, y en parte también por la rápida evolución de los sistemas informáticos que pueden ejercer un impacto negativo en la estabilidad de los procesos de gestión[20]. El objetivo de mejorar la calidad, efectividad y eficiencia del sistema de SS que se persigue con la implementación de nuevas tecnologías basadas en la IA no puede conseguirse sin una adecuada estrategia, una planificación de la actuación administrativa que haga posible la compatibilidad de los procedimientos ya implantados con la incorporación de las nuevas tecnologías[21].

Es necesario asimismo que, como ha quedado apuntado con anterioridad, cada una de las entidades disponga de los recursos, tanto humanos como materiales, adecuados para aprovechar la potencialidad de las nuevas tecnologías y llevar a cabo su implantación con garantías de éxito, Por tanto, además de, evidentemente, realizar las inversiones adecuadas, resulta imprescindible la adaptación de las plantillas, ofreciendo al personal una formación suficiente y adecuada que le permita adaptar a las TICs los conocimientos jurídicos y del procedimiento administrativo, así como seguir incorporando en las Entidades Gestoras y Servicios Comunes a profesionales especialistas en análisis

17 Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G. y Trillo García, A.R.: "El Ingreso Mínimo Vital: nuevo pilar del pacto social intergeneracional entre jóvenes y mayores. Cuatro años de su implantación en España (2020-2024)". Revista de Derecho de la Seguridad Social/Revista Crítica de Derecho del Trabajo, nº 4 especial, 2024, p. 197.

18 Estas deficiencias en la gestión de la prestación y sus consecuencias negativas para la efectividad de la prestación han sido puestas de manifiesto desde diversas instancias: Defensor del Pueblo, Consejo Económico y Social, AIREF…

19 Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G. y Trillo García, A.R.: "EL Ingreso Mínimo Vital…", op. cit. p. 201.

20 Romero Coronado, J.: "Impacto del Big Data y la Inteligencia Artificial en la gestión de la Seguridad Social". Revista de Derecho de la Seguridad Social, nº extraordinario 6, 2024, p. 51.

21 Ibidem, p. 53.

y tratamiento de datos, salvaguardando siempre, evidentemente, el principio de gestión pública sobre el que se sustenta nuestro sistema[22].

Y resulta esencial también seguir avanzando en la colaboración y cooperación entre administraciones para aprovechar el potencial que ofrecen las herramientas de IA y el Big Data[23]. El Pacto de Toledo incide en esta necesidad de una más estrecha y adecuada coordinación entre el sistema de prestaciones de la Seguridad Social y los sistemas asistenciales autonómicos y de desarrollar políticas cooperativas que permitan conocer con detalle el destino de las prestaciones y reforzar las mejores prácticas con el propósito de mejorar el grado de cumplimiento de los objetivos perseguidos (Recomendación 8).

En esta línea, el art. 40.1 LGSS establece el deber de proporcionar a la TGSS cualquier información con incidencia en las competencias de la Administración de la Seguridad Social, especialmente en el ámbito de la liquidación, control de la cotización y de recaudación de los recursos de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta. Un deber que fue reforzado por el RD ley 2/2021, de 26 de enero, extendiéndolo a toda persona o entidad, pública o privada y que también amplió los supuestos de cesión o comunicación a terceras personas de los datos e informes obrantes en la Administración de la Seguridad Social, contemplados en el art. 77.1 LGSS, aumentando, pues, las excepciones al carácter reservado de los mismos[24].

Y en el ámbito específico de la colaboración entre la Seguridad Social y la Administración sanitaria, el RD ley llevó a cabo la modificación del art. 71.3 LGSS, facilitando el suministro de la información médica relevante en la gestión y control las prestaciones de incapacidad permanente, incapacidad temporal, orfandad y prestaciones familiares por hijo a cargo y el acceso a las historias clínicas de las personas trabajadoras por parte de las inspecciones médicas del INSS y de los servicios públicos de salud, sin necesidad de consentimiento de la persona interesada.

En definitiva, solamente con un detenido y profundo análisis, con carácter previo a la implementación de cualquier innovación tecnológica, puede contribuirse a garantizar la efectividad de la misma y la mejora de la calidad del servicio prestado a la ciudadanía, una mejora para la que resulta imprescindible también la actuación conjunta y coordinada de los distintos sujetos implicados.

3. EL PROCESO DE DIGITALIZACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SOSTENIBILIDAD INTEGRAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

3.1. El principio de suficiencia protectora como objetivo de las últimas reformas del sistema de pensiones

Pese a que el principio de suficiencia protectora frente a las situaciones de necesidad aparece configurado constitucionalmente como uno de los rasgos esenciales de nuestro sistema de Seguridad

[22] Villar Cañada, I.M.: "La digitalización y los sistemas de protección social: oportunidades y desafíos", op, cit, pp. 183 y 196.

[23] La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público regula, en los arts. 47 a 53, el intercambio de información entre las Administraciones Públicas con el objetivo de mejorar la eficiencia de la gestión pública y facilitar la utilización conjunta de medios y servicios. Un análisis de los convenios de colaboración de la Seguridad Social con otras Administraciones en Romero Coronado, J.: "Impacto del Big Data en la gestión…", op. cit. p. 64.

[24] Así, junto al objetivo de colaboración en la lucha contra el fraude se añadieron el suministro de la información necesaria para el reconocimiento y control de las prestaciones sociales competencia de las Comunidades Autónomas y entidades locales; finalidades de estadística pública; y fines de investigación científica en el ámbito de la protección social. Y se habilitó a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para acceder a los datos informes o antecedentes que obren en poder de la Seguridad Social y resulten necesarios para la preparación y ejercicio de sus funciones de inspección.

Social, indisponible, pues, por el legislador, durante años las distintas reformas orientadas hacia la garantía de su sostenibilidad, parecieron dejarlo "olvidado"[25].

Así, hasta las reformas de 2021 y, sobre todo, de 2023, la balanza entre viabilidad económico-financiera y suficiencia protectora del sistema se vino inclinando del lado de la primera[26]. La necesaria sostenibilidad de nuestro sistema de Seguridad Social y, en particular, de pensiones se venía considerando por parte del legislador desde una visión reduccionista, únicamente enfocada hacia la garantía de los, necesarios evidentemente, recursos económicos. Pero un sistema que pretenda ser sostenible, debe serlo también desde un enfoque social, proporcionando una protección adecuada y suficiente frente a las cambiantes necesidades y demandas de la población. Es decir, la dimensión económica y la dimensión social no pueden ser contrapuestas, sino complementarias. Una interpretación adecuada de la sostenibilidad del sistema, no puede valorarse aplicando exclusivamente criterios económicos, sino que, siendo éstos imprescindibles, junto a ellos, y con la misma trascendencia, ha de situarse también su dimensión social[27], tal y como refleja el componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, ("Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo"), que parte de esta visión amplia de la sostenibilidad al señalar como objetivo principal del sistema de pensiones el de "preservar la sostenibilidad a largo plazo…, garantizando su poder adquisitivo, su contribución a la lucha contra la pobreza y la justicia intergeneracional"[28].

Pues bien, como decíamos, el proceso de reforma iniciado con la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, comienza a poner de relieve ese cambio de enfoque del legislador a la hora de abordar las reformas necesarias para contribuir a la sostenibilidad del sistema[29]. Un cambio que se consolida y se profundiza en la "segunda fase de la reforma" operada en 2023 por el RD ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, y sus normas de desarrollo[30].

Así, desde el enfoque de sostenibilidad financiera, junto a las tradicionales medidas orientadas hacia una reducción de gastos para el sistema, objeto casi exclusivo de las reformas precedentes, el legislador ha ido aprobando también distintas reformas dirigidas a aumentar los ingresos del sistema (culminación de la separación de fuentes de financiación, sacando los gastos impropios de su financiación vía cuotas, creación del Mecanismo de Equidad Intergeneracional como cotización adicional finalista destinada al Fondo de Reserva de la Seguridad Social para hacer frente a las

25 Recuérdese, entre todas, la reforma de 2013 (Ley 23/2013, de 23 de diciembre), que aprobó el, ya derogado, índice de revalorización y el, ni siquiera nacido, factor de sostenibilidad, ejemplos evidentes de esa opción legislativa por la sostenibilidad exclusivamente financiera del sistema.

26 Villar Cañada, I. M.: "La última -por el momento- reforma del sistema público de pensiones en clave de género. La garantía de una protección suficiente como objetivo, también para las mujeres pensionistas". Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, nº 477, 2023, p. 98.

27 Monereo Pérez, J. L., "Notas sobre la sostenibilidad económica y social de las pensiones en la perspectiva constitucional y legal. Propuestas de mejora". Derecho de las Relaciones Laborales, nº 2, 2018, p. 190.

28 Interesante análisis sobre este concepto amplio de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social es el realizado por Pérez del Prado, D.: "La sostenibilidad integral de las pensiones: un análisis cuantitativo". Revista de Derecho de la Seguridad Social, nº 30, 2022, pp. 271-292.

29 Villar Cañada, I.M.: "La garantía de la sostenibilidad integral como objetivo esencial del sistema de pensiones…", op. cit. p. 103.

30 Entre ellas, el RD 370/2023, de 16 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161.bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento; o el RD 371/2023, de 16 de mayo, por el que se desarrolla el régimen jurídico del complemento económico establecido en el artículo 210.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

consecuencias derivadas de la, ya iniciada, jubilación de la generación del *baby boom;* la reforma y desarrollo de los incentivos para los supuestos de prolongación voluntaria de la vida laboral; el incremento progresivo de las bases de cotización; o el establecimiento de una cuota adicional de solidaridad aplicable a la parte de los rendimientos percibidos que supere el importe de la base máxima de cotización establecida para las personas trabajadoras por cuenta ajena).

Pero, además de este enfoque económico-financiero, se comienza a poner el foco legislativo también en la dimensión social de la sostenibilidad del sistema, mediante la aprobación de diversas medidas orientadas hacia la garantía de una protección suficiente, la reducción de las desigualdades y la equidad del sistema. Entre ellas:

— La mejora del procedimiento de jubilación anticipada de las personas trabajadoras con discapacidad en grado igual o superior al 45% (RD 370/2023, de 16 de mayo).

— La derogación del Índice de Revalorización y la vuelta al sistema tradicional de revalorización anual de las pensiones para garantizar su poder adquisitivo, vinculado a la evolución del IPC.

— La ampliación (progresiva y a partir de 2026) a 29 años del período para la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación, pudiendo descartarse de oficio los dos años menos favorables[31]. Una medida esta que, pese a que en principio pudiera pensarse que tiene como finalidad la reducción del gasto para el sistema, fruto del diálogo social va a traducirse en un incremento de la cuantía de la pensión, principalmente para quienes acrediten vidas laborales más cortas e inestables.

— El reforzamiento del principio de suficiencia protectora mediante el establecimiento del "umbral de pobreza" como indicador de referencia para la determinación de la cuantía de las pensiones mínimas y de las no contributivas[32]. Además, se establece la obligación del Gobierno de realizar un informe anual de seguimiento sobre la evolución de esas pensiones, evaluando su impacto en la reducción de la pobreza, y proponiendo, en su caso, las revisiones que resulten necesarias para contribuir a que eliminen la pobreza y dignifiquen el nivel de vida de las personas beneficiarias.

— El establecimiento de medidas tendentes a la reducción de la brecha de género prestacional, particularmente necesarias para contribuir a la igualdad y equidad del sistema en uno de los ámbitos del ordenamiento "más viciados jurídicamente en perspectiva de género"[33]. Así, el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género (RD ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico); el reconocimiento del derecho a prestación por desempleo a las empleadas de hogar; la equiparación entre trabajo a tiempo parcial y a tiempo completo a efectos del cómputo del período de carencia para el acceso a las prestaciones de jubilación, incapacidad

[31] Esta técnica aparecía prevista en la Recomendación 11 del Pacto de Toledo 2020, aunque con carácter excepcional y siempre que no supusiera un quebranto grave sobre la sostenibilidad financiera del sistema.

[32] El "umbral de pobreza" se determina multiplicando por 1,5 el umbral de la pobreza correspondiente a un hogar unipersonal en los términos establecidos en el último dato disponible de la Encuesta de Condiciones de Vida del Instituto Nacional de Estadística, actualizada hasta el año correspondiente de acuerdo con el crecimiento medio interanual de esa renta en los últimos ocho años.

[33] Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C.: Una reinvención sistemática de la Seguridad Social: reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género. Bomarzo. Albacete, 2023, pág. 17.

permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, nacimiento y cuidado de menor, y para establecer el porcentaje determinante de la cuantía de la pensión de jubilación; el avance en el tradicional reconocimiento de períodos de cotización presuntos, correspondientes a las interrupciones de la relación de trabajo derivadas el ejercicio de derechos de conciliación, con el objetivo de atenuar, al menos parcialmente, sus efectos negativos sobre las carreras de cotización de quienes los ejercitan (las mujeres mayoritariamente)[34]; o el establecimiento de un procedimiento particular y más favorable de integración de las lagunas de cotización para las mujeres trabajadoras por cuenta ajena y las personas trabajadoras a tiempo parcial, ámbito este el del trabajo a tiempo parcial con una también marcada dimensión de género.

Tal y como reflejan estas medidas apenas apuntadas, la tradicional búsqueda de la sostenibilidad económica de nuestro sistema de Seguridad Social ha sido sustituida por la de su sostenibilidad integral, incorporando también el necesario e imprescindible enfoque social en las últimas reformas operadas. El reforzamiento del principio de suficiencia y adecuación protectora se configura así, actualmente, como uno de los objetivos del legislador.

Sin embargo, del proceso de digitalización de la economía y del mercado de trabajo derivan -y derivarán con más intensidad en un futuro próximo- una serie de consecuencias en el ámbito socio laboral que, cuanto menos, pueden dificultar el avance en la garantía de una protección social suficiente, algo que previsiblemente, puede afectar sobre todo a colectivos con particulares condiciones, laborales y personales, de vulnerabilidad.

3.2. Principales retos derivados de la implantación de las nuevas tecnologías para la garantía de una protección suficiente y adecuada

Tal y como se viene indicando, las nuevas tecnologías y su adecuada implantación en los sistemas de protección social y, particularmente, en el de Seguridad Social, se configuran como herramientas de gran utilidad a la hora de contribuir al objetivo general de garantizar la sostenibilidad del sistema. Como se ha puesto ya de relieve, la simplificación y agilización de los procedimientos, el reforzamiento de la lucha contra el fraude, la mejora, en definitiva, de la gestión integral del sistema, tienen una incidencia positiva en el aprovechamiento de sus recursos y en el mejor funcionamiento del mismo, aumentando así la confianza de la ciudadanía. No obstante, es una realidad que las nuevas formas de trabajo derivadas de la digitalización también van a tener incidencia en los recursos económicos de la Seguridad Social, particularmente en los ingresos vía cotizaciones como fuente principal del bloque contributivo.

Pero, ¿y desde el punto de vista de la sostenibilidad integral del sistema? ¿De qué manera puede influir el proceso de digitalización del ámbito socio-laboral y sus efectos en la garantía de una protección suficiente, adecuada y en condiciones de igualdad para toda la ciudadanía?

La nueva era digital presenta riesgos evidentes para el funcionamiento del Estado social tal y como se configura en la actualidad[35]. Como ya se ha expuesto, la digitalización de la economía y del mercado de trabajo proyecta una serie de consecuencias en el sistema de Seguridad Social, en

[34] Así se amplía estos períodos, considerando como cotizados tres años en el caso de excedencia por cuidado de familiares; los tres primeros años de reducción de jornada por guarda legal; o el período de reducción de jornada por nacimiento y cuidado de menor y entre los 9 y los 12 meses del lactante cuando ambos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores ejerzan el derecho a la reducción de jornada por lactancia con la misma duración y régimen.

[35] Ruiz Saura, J.E.: "Riesgos y oportunidades de la Seguridad Social ante la digitalización del trabajo", en VV.AA.: Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos…", op. cit. p. 372.

lo relativo a su financiación, en el alcance e intensidad de la protección dispensada a las personas trabajadoras que se ven inmersas en esos procesos de innovaciones tecnológicas, y también en la garantía del principio constitucional de igualdad. Unas consecuencias estas que no deben ser obviadas.

3.2.1. La adaptación del sistema de financiación

Entre esas consecuencias, un papel central en los análisis de la doctrina iuslaboralista lo vienen ocupando desde hace tiempo las que afectan a la financiación. La digitalización de los mercados de trabajo, unida a la evolución demográfica, marcada por el progresivo envejecimiento de la población, convergen en la actual erosión del "cotizante humano"[36]. Y es que la paulatina y constante incorporación de las nuevas tecnologías a los entornos laborales supone un cambio de las formas tradicionales de trabajo subordinado, dando lugar a una mayor flexibilización e inestabilidad de las relaciones laborales; una mayor externalización y subcontratación; una mayor presencia del teletrabajo, diluyéndose los tradicionales conceptos de tiempo y lugar de trabajo; una destrucción de puestos de trabajo tradicionales y la aparición de nuevos empleos cualificados, vinculados a las nuevas tecnologías, con el consiguiente aumento de la rotación ente empleo y de la segmentación del mercado de trabajo[37]; una mayor fragmentación de la representación unitaria y sindical de las personas trabajadoras….[38].

Es incuestionable, por tanto, que los efectos en el ámbito laboral de la revolución tecnológica (la economía de plataformas digitales, la proliferación de formas de autoempleo o empleo atípico y precario, que no responden a la tradicional idea de trabajo subordinado sobre la que se sustenta el bloque contributivo de nuestra Seguridad Social, el proceso de robotización en las empresas, la flexibilización del tiempo de trabajo, la mayor intermitencia de los períodos de actividad, etc.) requerirán un replanteamiento de aspectos basados en una concepción clásica del trabajo como los requisitos de acceso a las prestaciones, los períodos de carencia, protección dispensada al trabajo a tiempo parcial…

Además, estas nuevas formas de actividad previsiblemente se van a traducir en una disminución de ingresos para el sistema que requerirá también, por tanto, un replanteamiento de su sistema de financiación, si se pretende mantener el concepto de "Estado de Bienestar"[39].

Este replanteamiento, tal y como recoge el Pacto de Toledo 2020 (Recomendación 19 bis) pasa, sin duda, por la diversificación de las fuentes de ingresos mediante la búsqueda de mecanismos innovadores que complementen de manera efectiva la financiación de la Seguridad Social. Se trata, pues, de profundizar en el estudio de fórmulas alternativas a las tradicionales cotizaciones vinculadas al salario derivado de la realización de una actividad.

---

[36] Molina Navarrete, C.: "Derecho y trabajo en la era digital: ¿"Revolución industrial 4.0" o "Economía sumergida 3.0"?, en VV.AA.: El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Palacio de Zurbano, Madrid. Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019), Vol. II. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Madrid, 2017, p. 413.

[37] Sobre esta cuestión, Cabeza Pereiro, J.: "La digitalización como factor de fractura del mercado de trabajo". Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, nº 155, 2020, pp. 13-40.

[38] Un interesante estudio al respecto de los efectos de la digitalización en el ámbito laboral en VV.AA. (Pérez García, F. dir.): Cambios tecnológicos, trabajo y actividad empresarial: el impacto socioeconómico de la economía digital. CES, Madrid, 2020.

[39] Fernández Sánchez, S.: "Incidencia de la revolución tecnológica en el sistema de Seguridad Social". Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, nº 48, 2018, p. 24.

Son varias las opciones que se vienen planteando al respecto[40]. Las mismas van desde aquellas que defienden la intensificación de la vía impositiva como complementaria a las cotizaciones, mediante, por ejemplo, el establecimiento de nuevos impuestos finalistas destinados directamente a la financiación de la Seguridad Social y vinculados a los beneficios obtenidos en los entornos digitales; la implantación de medidas fiscales dirigidas a mejorar la formación y adaptación de las personas trabajadoras a las innovaciones tecnológicas o la incorporación a las fuentes de financiación del bloque no contributivo de tributos medioambientales o de una parte del tipo de gravamen del IVA[41], hasta las que apuestan por el incremento de las cotizaciones empresariales relacionadas con la transformación digital de las empresas y la eventual destrucción de empleo consecuencia de la misma. Entre ellas, por ejemplo, la suscripción y financiación de un convenio especial para las personas trabajadoras que sean despedidas como consecuencia de la transformación digital de su empresa; la aportación de una cuota adicional por parte de las empresas robotizadas o que eliminen puestos de trabajo por la automatización de los procesos productivos; la vinculación de las contingencias profesionales a la peligrosidad de la robotización; o la capitalización del importe de la prestación por desempleo y de la pensión de jubilación en los supuestos de automaticidad de los procesos productivos.

Y, junto a ellas, y más a largo plazo la, tan comentada, cotización de los robots[42] (el "dividendo robot", los "robotributos"[43]). Una opción esta que resulta compleja. La propia OIT plantea las dudas sobre la capacidad de los gobiernos nacionales para "gravar a los propietarios de robots, o al capital en general, ambos sumamente móviles, en una economía globalizada con una importante competencia fiscal, de una manera que permita proporcionar una fuente de ingresos a los sistemas nacionales de protección social"[44]. Son varias las opciones que se plantean para la materialización de esta cotización de los robots, pero coincidimos con aquéllas que rechazan dotarles de personalidad jurídica. Una cotización obligatoria de los robots implicaría cambiar la naturaleza del sistema de Seguridad Social[45].

En cualquier caso, resulta evidente la necesidad de un profundo análisis y reflexión sobre cuáles son las vías más adecuadas para adaptar el sistema de financiación de la Seguridad Social a las nuevas realidades derivadas de transformación digital de la economía y del ámbito laboral, a los nuevos modelos de empleo de la sociedad 4.0, si pretende asegurarse la sostenibilidad del sistema[46].

---

40 Un detallado planteamiento de estas fórmulas novedosas de financiación en VV.AA. (Serrano Falcón, C. coord.): El impacto de la transformación digital en la financiación de la Seguridad Social. Universidad de Granada, 2019, pp. 14 y ss.

41 Haro Izquierdo, M.: "La financiación de las pensiones mediante impuestos. Una propuesta a debatir". Revista de Contabilidad y Tributación, nº 418, 2018, pp. 92 y ss.

42 Gómez Salado, M.A.: "Robótica, empleo y seguridad social: la cotización de los robots para salvar el actual estado de bienestar". Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, vol. 6, nº 3, 2018, pp. 139-170.

43 Maldonado Molina, J.A.: "La protección de las personas mayores en la Sociedad 5.0". Revista de Derecho de la Seguridad Social, nº extraordinario 6, 2024, p. 218 y ss.

44 OIT: Enfoques innovadores para garantizar una protección social universal para el futuro del trabajo, 2018, pág. 4. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_618377.pdf (consultado el 3 de agosto de 2024).

45 Aguilera Izquierdo, R.: "Digitalización y robótica: cuestiones a debate en materia de Seguridad Social", en VV.AA. (Monreal, Thibault y Jurado coords.): Derecho del Trabajo y Nuevas Tecnologías. Tirant lo Blanch, Valencia 2020, p. 931.

46 Un interesante análisis al respecto en Mercader Uguina, J.: El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017.
También de interés, Guindo Morales, S.: "Tecnología y sostenibilidad de la Seguridad Social". Revista de Derecho de la Seguridad Social, nº extraordinario. 6, 2024, pp. 71-91.

3.2.2. La brecha digital y sus consecuencias para la garantía de una protección suficiente. Particular trascendencia de la dimensión de género

Pero, además de esta incertidumbre sobre la disponibilidad futura de los recursos necesarios para poder dar respuesta suficiente y adecuada a las necesidades de la ciudadanía, el proceso de digitalización del mercado de trabajo presenta otro importante desafío para los sistemas de Seguridad Social y es el derivado del riesgo de brecha digital y sus consecuencias. Y es que, la exclusión digital impacta más duramente en los grupos más vulnerables, agudizando las desigualdades[47].

Entre los objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la ONU se incluye la obligación de los Estados de potenciar y promover el crecimiento económico y social inclusivo[48]. Para ello es imprescindible reducir la desigualdad de oportunidades, debiendo establecerse las condiciones necesarias para fomentar el trabajo decente y una protección social adecuada y suficiente para atender las situaciones de necesidad, así como trabajar para reducir la brecha digital y garantizar el acceso igualitario a la información y el conocimiento que se transmite por las redes.

Sin duda, las nuevas tecnologías se configuran como un nuevo ámbito de oportunidades, un nuevo yacimiento de empleo para aquellos colectivos con adecuadas competencias y habilidades en el ámbito digital. Sin embargo, las desigualdades actualmente existentes en el conocimiento y posibilidades de acceso a esas nuevas tecnologías entre los individuos en función de elementos como la edad, el territorio, los recursos económicos o el género pueden dar lugar a un agravamiento de la discriminación de determinados colectivos que no pueden ser obviado por nuestros poderes públicos y tampoco, evidentemente, en el ámbito socio-laboral[49]. La mayoría de los análisis elaborados al respecto, coinciden en que, como consecuencia del proceso de digitalización, vamos a asistir a una segmentación extrema del mercado de trabajo, dividido en dos grupos claramente diferenciados: por una parte, las actividades digitales, cualificadas, con unas condiciones de trabajo más ventajosas y, por otra, aquéllas que resulten afectadas por la digitalización que, o bien desaparecerán o bien se mantendrán, pero con peores condiciones[50].

Como se apuntaba, este riesgo de brecha digital presenta una particular dimensión de género. Mujeres y hombres siguen ocupando una posición diferente en el mercado de trabajo. Continúa siendo una realidad la segregación ocupacional, con sectores de actividad masculinizados o feminizados en función de los roles tradicionalmente atribuidos a unas y otros. La presencia femenina en los ámbitos vinculados a las nuevas tecnologías sigue siendo limitada, una limitación que ya es apreciable en nuestro panorama universitario[51] en el que, pese a ser mayoritario el porcentaje de mujeres matriculadas (56%) egresadas (60%), siguen siendo minoría en titulaciones STEM (ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas)[52]. El Consejo Económico y Social, en su Informe 3/2017 sobre

47 Maldonado Molina, J.A.: "La protección de las personas mayores en la Sociedad 5.0", op. cit. p. 224.

48 https://www.un.ºrg/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/

49 Villar Cañada, I.M.: "La digitalización y los sistemas de protección social: oportunidades y desafíos", op, cit. p. 197.

50 Pérez del Prado, D.: "La Seguridad Social ante los riesgos derivados de la digitalización", en VV.AA.: Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital…", op. cit. p. 342.

51 Así se refleja en el informe Datos y Cifras del Sistema Universitario Español 2022-2023, tanto en lo relativo al estudiantado como al profesorado. https://www.universidades.gob.es/wp-content/uploads/2023/04/DyC_2023_web_v2.pdf (consultado el 23 de julio de 2024).

52 A título de ejemplo, tal y como recoge el informe Mujer y Tecnología, 2022, elaborado por UGT, el porcentaje de mujeres en la titulación de Informática es sólo de un 12,8%; un 9,9% en Ingeniería de Computadores; un 12,3% en Desarrollo de software y de aplicaciones; o un 22,9% en Ingeniería de Telecomunicación. https://www.ugt.es/sites/default/files/220802_no_26_-_mujer_y_tecnologia_edicion_2022_-_resumen_ejecutivo_4.pdf (consultado el 24 de julio de 2024).

La digitalización de la economía[53] incidió en la necesidad de superar barreras y estereotipos sociales y familiares en la elección de estudios profesionales, fomentar la incorporación de más mujeres en los estudios relacionados con las profesiones STEM y disponer medidas positivas en el acceso femenino a prácticas en empleos relacionados con el ámbito de las TICs, para evitar el agravamiento de las desigualdades de género.

Este panorama desigual, evidentemente, tiene su proyección posterior en el mercado laboral[54], en el que la presencia femenina en sectores y empleos tecnológicos no llega al 20% y únicamente un 0,5% de mujeres desempeñan su actividad en ámbitos relacionados con la IA. Entre nuestras empresas, un 11% tienen menos de un 10% de mujeres especialistas en TICs[55] y sólo en un 8% existe paridad en los puestos tecnológicos[56].

Así pues, el creciente y progresivo proceso de digitalización de la economía y del mercado laboral se configura como un elemento incrementador del riesgo de desigualdad por género. Los hombres son quienes, en mayor medida, lideran el proceso de innovación digital y gestionan estas nuevas tecnologías, mientras que las mujeres siguen ocupando una posición desfavorable en competencias digitales, lo que, de no revertirse, supondrá su exclusión de los sectores y ámbitos en los que van a residir en el futuro los principales centros de poder y de toma de decisiones.

Además, las mujeres previsiblemente se van a ver más afectadas por el proceso de transición digital, corriendo un mayor riesgo de ver automatizados sus puestos de trabajo y encontrando mayores dificultades para encontrar un nuevo empleo, derivadas tanto de sus menores conocimientos y competencias digitales como de la necesidad de compatibilizar el trabajo con las responsabilidades de cuidado, lo que limita el tiempo dedicado a adquirir esas nuevas competencias. Esta situación, probablemente, se traducirá en un mayor y más complejo período de transición entre la pérdida de un puesto de trabajo consecuencia de su automatización y el acceso a uno nuevo.

Y la desigualdad entre mujeres y hombres se manifiesta también en la brecha salarial existente en el ámbito de las nuevas tecnologías. Si bien es cierto que esta brecha retributiva se está reduciendo lentamente y que España es el país de la Unión en el que la brecha salarial de género en sectores tecnológicos es inferior (un 8,6%)[57], las diferencias retributivas siguen siendo una realidad derivada en gran parte de la tendencia de las empresas tecnológicas a contratar mayoritariamente a hombres en puestos de dirección o responsabilidad y a mujeres en puestos menos cualificados, principalmente administrativos o de oficina[58]. Y también de las diferentes condiciones laborales que, con carácter general, se ofrecen a unos y otras. Así, en su primer empleo las mujeres reciben un salario inferior que a sus compañeros. A título de ejemplo, los salarios superiores a 2.500 €, se ofrecen a un 20,6% de hombres, frente a un 11,2% de mujeres; el porcentaje de ingenieras con un salario inferior a 700 euros en su primer empleo es del 26,8% frente al 20,6% de hombres; o el número de contratos indefinidos en el ámbito de la informática es un 7% superior en el caso de ellos[59].

---

53 https://www.ces.es/documents/10180/4509980/Inf0317.pdf

54 Un interesante análisis sobre las diferencias por razón de género derivadas de la digitalización en Rodríguez González, S.: "Brechas de género y transformación digital". Revista de Derecho Social, nº 88, 2019, pp. 199-218.

55 Mujer y Tecnología, 2022, cit. p. 5

56 INE 2023.

57 Brecha digital de género 2023. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. https://www.ontsi.es/sites/ontsi/files/2023-03/brecha-digital-de-genero-2023.pdf (consultado el 30 de julio de 2024).

58 Según el FMI "en el sector de tecnología, las mujeres tienen un 15% menos de probabilidades que los hombres de ser gerentes y profesionales, y un 19% más de ocupar funciones administrativas y de servicio más rutinarias". Fondo Monetario Internacional. Gender, Technology, and the Future of Work. October, 2018. https://www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/2018/10/09/Gender-Technology-and-the-Future-of-Work-46236 (consultado el 27 de julio de 2024).

59 Mujer y Tecnología, 2022, cit. p. 8.

Pues bien, pese a los esfuerzos realizados por el legislador en las últimas reformas en pro de la reducción de la brecha de género en el sistema de Seguridad Social, la situación de desigualdad entre mujeres y hombres derivada de la brecha digital inevitablemente va a proyectar sus efectos en un modelo eminentemente contributivo como el nuestro, dificultando el acceso de ellas -nosotras- a una protección adecuada y suficiente.

Y esta misma situación afecta, como se apuntaba, a otros colectivos particularmente vulnerables: jóvenes sin formación, personas trabajadoras mayores, personas trabajadoras con discapacidad o con algún grado de dependencia, personas con bajos recursos… Una situación que no debe ser obviada[60]. Los sistemas de protección social, particularmente los de Seguridad Social, deben actuar como instrumentos correctores de las diferencias que, por distintos factores, puedan producirse en el mercado laboral y no presentarse como simples transmisores de las mismas, extendiendo y consolidando las desigualdades[61]. Resulta necesario, pues, que los poderes públicos promuevan el desarrollo de competencias digitales y la reducción de la brecha digital, atendiendo especialmente a los grupos de población en desventaja y garanticen la conectividad digital adecuada para toda la población[62]. El proceso de digitalización debe, pues, ser inclusivo[63], atendiendo especialmente a aquellos colectivos afectados por un mayor riesgo de exclusión, y debe ir acompañado de otras medidas en el terreno de las políticas del bienestar y la protección social, de modo que se garantice la igualdad de oportunidades y de capacidad de acceso a las redes para todos los grupos sociales[64]. Se trata, en definitiva, de poner a las personas en el centro del proceso, transitando de manera justa por la vía de la digitalización, para reequilibrar las razones económicas del mercado y las razones individuales y sociales de las personas[65].

4. A MODO DE CONCLUSIÓN. LA NECESARIA ADAPTACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL A LA NUEVA REALIDAD DIGITAL

Como se ha señalado, la digitalización y sus consecuencias vienen a unirse a los factores (envejecimiento de la población, globalización, jubilación de los *baby boomers…)* que ponen en cuestionamiento la sostenibilidad de nuestro sistema de Seguridad Social. El proceso de transición digital está dando lugar a la aparición de nuevas formas de trabajo (intermitentes, esporádicas, a tiempo parcial, etc) que no se ajustan al sistema tradicional, que se sigue sustentando en un empleo estable y a tiempo completo, lo que con frecuencia se traduce en insuficientes carreras de cotización y, por tanto, en situaciones de insuficiencia protectora, además de los problemas de financiación que de las mismas pueden derivar. Aparecen también nuevos riesgos sociales, derivados de la mayor rotación del empleo y los procesos de transición entre diversas situaciones relacionadas con la actividad profesional de la persona trabajadora a lo largo de su vida laboral activa, los cuales deben ser objeto de una especial atención por parte de la Seguridad Social para facilitar esas transiciones. Se hace necesaria, pues, la adaptación de la estructura tradicional del sistema y de la configuración y alcance de su acción

60 Sobre los efectos de la brecha digital en el ámbito de los cuidados, Villar Cañada, I.M.: "Nuevas tecnologías para el cuidado de personas, (robots, medios telemáticos, teleasistencia y otros medios tecnológicos", en VV.AA.: Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital…, op. cit. p. 677 y ss.

61 La OIT, la su Recomendación R202 relativa a los pisos de protección social, de 2012, incide en ese papel de la Seguridad Social como instrumento para la reducción de las desigualdades.

62 Jiménez Rojas, F.: "El Estado Social y los derechos extensibles a la ciudadanía digital", en VV.AA.: Las transformaciones de la Seguridad Social…", op. cit. p. 196.

63 Existen ya algunas experiencias en este sentido como el III Plan de Acción Integral para las personas con discapacidad en Andalucía que incorpora entre sus Programas uno específicamente dedicado a la reducción de la brecha digital a través de la accesibilidad web, entre cuyos objetivos se encuentra el de incrementar la actividad sociolaboral de este colectivo.

64 Maldonado Molina, J.A.: "La protección de las personas mayores en la Sociedad 5.0", op. cit. p. 224.

65 Molina Navarrete, C. y Villar Cañada, I.M.: Industria 5.0, transición ecológica y pilares de las pensiones: del ingreso mínimo vital a la nueva previsión social profesional. Centro de Estudios Financieros. Madrid, 2022, p. 15.

protectora. "Tal vez debería admitirse con valentía que el modelo tradicional de Seguridad Social no sirve en la concepción dinámica y modulable del trabajo previsto para el siglo XXI"[66].

Pero la capacidad de transformación no resulta ajena a la Seguridad Social. Desde su origen, uno de sus rasgos fundamentales es, precisamente, su dinamicidad, con el objetivo de ir adaptándose a las demandas y necesidades sociales en cada momento. Y en el momento actual, como mantiene la Asociación Internacional de la Seguridad Social, "los regímenes de seguridad social, han de adaptarse para poder extender y garantizar una cobertura eficaz a las personas más vulnerables del mercado de trabajo, entre ellas los trabajadores atípicos, los de plataformas en línea y los del sector informal de la economía. Para ello, han de hacer frente a los desafíos que suponen los historiales de vida laboral incompletos y fragmentados"[67].

A este respecto, son varias las propuestas de cambio que se vienen planteando. Algunas opiniones defienden un necesario mayor peso de la -todavía débil- vertiente asistencial o universalista del sistema, como vía adecuada para extender y fortalecer la protección de las formas de empleo atípico y de quienes se vean afectados por procesos de transición tecnológica. En esta línea se está avanzando, como pone de relieve el Ingreso Mínimo Vital, aún con la perentoria necesidad de seguir mejorando su gestión y efectividad, y la reforma del nivel asistencial de la prestación por desempleo, llevada a cabo por el Real Decreto-ley 2/2024, de 21 de mayo, con el objetivo de simplificar el procedimiento para su percepción, reduciendo cargas administrativas, mejorar la protección, extendiendo el ámbito subjetivo, e impulsar la búsqueda de empleo por parte de las personas beneficiarias, aumentando las posibilidades de compatibilizar los subsidios y prestaciones por desempleo con la actividad laboral[68].

Se aboga incluso por el establecimiento de una renta básica universal como derecho social individual vinculado a la condición de ciudadanía. Estas opiniones consideran que la renta básica evitaría las trampas de la pobreza, la exclusión social, el desempleo y la estigmatización de las medidas asistenciales de ayuda, destacando su carácter preventivo y redistributivo, más acorde a la idea de justicia social[69]. Así, frente a la insuficiencia de los actuales sistemas de protección social para atender a la nueva cuestión social planteada por la "sociedad del riesgo"[70], el establecimiento de una renta básica permitiría hacer frente a los nuevos desafíos (modificación de las formas tradicionales de trabajo, precariedad, riesgo de desigualdad y exclusión social…), derivados del proceso de digitalización, aportando un efecto de seguridad frente a un entorno cada vez más caracterizado por la incertidumbre[71]. Las rentas básicas se presentan, así, como las protagonistas de los sistemas de protección social en la Sociedad Digital[72].

Evidentemente, esta reorientación de la configuración del sistema requeriría de una adecuada transición y de una profunda reflexión sobre su diseño, viabilidad e implementación. La instauración de la renta básica universal requeriría la simplificación y racionalización del bloque no contributivo de la Seguridad Social y de las medidas protectoras de naturaleza asistencial, con el objetivo de evitar duplicidades, pero no debiera conllevar, en ningún caso, el desmantelamiento del Estado de Bienestar,

66 López Cumbre, L.: "La Seguridad Social ante la nueva "revolución digital", op. cit. p. 26.

67 OIT: 10 desafíos mundiales para la seguridad social, 2019. https://www.issa.int/sites/default/files/documents/publications/3-10-challenges-Global-2019-WEB-263632.pdf (consultado el 3 de agosto de 2024).

68 Un detenido análisis de esta reforma en Álvarez Cuesta, H.: "La protección social a través de la "reforma" de los subsidios de desempleo para una transición justa climática". Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social, nº 8, 2024, pp. 43-72.

69 Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G. y Trillo García, A.R.: "El Ingreso Mínimo Vital: nuevo pilar del Pacto Social…", op. cit., p. 61

70 Beck, U.: La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad, Paidos. Barcelona, 1998.

71 Sobre la configuración y alcance de la renta básica universal, Standing, G.: La renta básica. Un derecho para todos y para siempre. Ediciones de Pasado y Presente. Barcelona, 2018.

72 Maldonado Molina, J. A.: "La protección de las personas mayores en la Sociedad 5.0", op. cit. p. 226.

el cuestionamiento de las prestaciones contributivas y el establecimiento de un sistema protector de mínimos.

Se defiende también la necesaria ampliación de la acción protectora, particularmente en ámbitos como el del trabajo autónomo o el de los empleos atípicos, necesidad esta puesta de manifiesto por la OIT cuando recomienda "eliminar o reducir los límites mínimos respecto a las horas de trabajo, los ingresos o la duración mínima de un empleo; permitir mayor flexibilidad con respecto a las cotizaciones exigidas para poder percibir las prestaciones y a los períodos de interrupción en el pago de las cotizaciones; facilitar la transferibilidad de los derechos a prestaciones entre distintos sistemas de seguridad social y situaciones de empleo; o simplificar procedimientos administrativos para la inscripción y el pago de las cotizaciones"[73].

Dentro de estas opiniones, se plantea la necesidad de que la Seguridad Social establezca mecanismos que permitan incluir dentro del sistema a nuevas manifestaciones del trabajo autónomo. Las formas de trabajo están cambiando y esto tiene una particular incidencia en el ámbito del trabajo por cuenta propia. La OIT de manera expresa defiende la necesidad de adaptar los mecanismos protectores para garantizar la protección social de este colectivo de personas trabajadoras[74]. En esta línea se inserta la modificación del sistema de cotización para las personas trabajadoras por cuenta propia y la mejora de la protección por cese de actividad, llevada a cabo por el RD ley 13/2022, de 26 de julio. Pero yendo más allá, y siguiendo el ejemplo de experiencias ya existentes en derecho comparado[75], se apuesta por incluir dentro del sistema de Seguridad Social los trabajos esporádicos y marginales, las microtareas (una "Gig Social Security")[76], vinculadas frecuentemente al autoempleo, al empleo atípico y al empleo sumergido[77]. La inclusión de estas tareas dentro del sistema permitiría, además de controlar y dar cobertura legal a las mismas, protegiendo a colectivos de personas trabajadoras particularmente vulnerables, obtener también una fuente adicional de ingresos[78], cuestión esta particularmente útil en un momento como el actual en el que la viabilidad futura del sistema se encuentra en entredicho.

Y en esta necesidad de adaptación del sistema a las nuevas realidades derivadas de la digitalización, hay voces que llegan, incluso, a inclinarse por la superación de rasgos esenciales del sistema, como el principio de solidaridad y la dimensión intergeneracional del mismo, propia del sistema de reparto, y su sustitución, parcial o total, por un modelo más individualista, que atienda a las peculiares condiciones de las nuevas formas de trabajo derivadas de la revolución tecnológica.

Parece evidente, en cualquier caso, que el futuro del sistema de Seguridad Social pasa por su flexibilización. No obstante, coincidimos con las opiniones que mantienen que modificar las reglas del sistema de forma absoluta no resulta una alternativa, tanto por la imposibilidad económica como

---

73 OIT: El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas. 2016. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_534518.pdf (consultado el 3 de agosto de 2024).

74 OIT: Enfoques innovadores para garantizar una protección social universal para el futuro del trabajo, cit. p.3
En esta línea, la AISS considera necesario flexibilizar los criterios para facilitar e incentivar la afiliación de los trabajadores independientes, autónomos y atípicos. AISS: 10 desafíos mundiales para la Seguridad Social, cit. pág. 9.

75 Por ejemplo, la figura de los "microemprendedores" en Francia.

76 Pérez del Prado, D.: "La Seguridad Social ante los riesgos derivados de la digitalización", op. cit. p. 336.

77 Un intento en este sentido fueron la, fuertemente cuestionadas, cooperativas de facturación, surgidas en el sector privado como fórmula para dar cobertura legal a la actividad freelancer. Al respecto Hernández Bejarano, M.: "Nuevos modelos de cooperativas de trabajadores autónomos: un análisis de las cooperativas de impulso empresarial y las cooperativas de facturación", en VV.AA. (Rodríguez-Piñero Royo, M. y Hernández Bejarano, M. eds.): Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidad y desafíos. Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 147-185.

78 Pérez del Prado, D.: "La Seguridad Social ante los riesgos derivados de la digitalización", op. cit. p. 338.

porque ideológicamente no resultaría defendible[79]. La Recomendación 19 bis del Pacto de Toledo incide en esta idea cuando establece que la digitalización de la economía y la aparición de nuevas formas de autoempleo y empleo atípico requiere "llevar a cabo las adaptaciones normativas que permitan la identificación y atención de nuevas necesidades sociales y colectivos vulnerables, al tiempo que se preservan las señas de identidad de nuestro modelo de protección social".

La respuesta a los desafíos que para el sistema de Seguridad Social derivan del proceso de digitalización de la economía y de las relaciones de trabajo no puede articularse, por tanto, sin tener presentes las bases del Derecho social, tomando como referencia, como objetivo central, la justicia social, la protección de los colectivos más vulnerables de trabajadores/as[80]. Así, características como la universalidad, la solidaridad y el sistema de reparto o el principio de contributividad, aunque sea interpretado de manera amplia o flexible para adaptarse a las nuevas realidades del mercado de trabajo derivadas de la digitalización, constituyen hoy por hoy, elementos esenciales de nuestro sistema. Y también lo debe ser la exigencia de suficiencia y adecuación protectora.

Y es que un sistema de Seguridad Social que no sea capaz de llevar a cabo la función que tiene atribuida constitucionalmente, ofrecer una protección suficiente y adecuada frente a las necesidades de las personas, también será un sistema en crisis[81].

5. BIBLIOGRAFÍA

Aguilera Izquierdo, R.: "Digitalización y robótica: cuestiones a debate en materia de Seguridad Social", en VV.AA. (Monreal, Thibault y Jurado coords.): *Derecho del Trabajo y Nuevas Tecnologías*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2020.

Aibar Bernard, J.: "El Big Data y el análisis de datos aplicados por la Tesorería General de la Seguridad Social como medio de lucha contra el fraude en la Seguridad Social", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 11, 2020.

Álvarez Cuesta, H. y Rodríguez Escanciano, S.: *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo*, Aranzadi. Navarra, 2022.

Álvarez Cuesta, H.: "La protección social a través de la "reforma" de los subsidios de desempleo para una transición justa climática". *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, nº 8, 2024.

Asquerino Lamparero, M.J.: "Algoritmos y discriminación", en VV.AA. (Morales Ortega, J, coord.): *Realidad social y discriminación: Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*. Laborum, Murcia, 2022.

Beck, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidos. Barcelona, 1998.

Cabeza Pereiro, J.: "La digitalización como factor de fractura del mercado de trabajo". *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 155, 2020.

Fernández Sánchez, S.: "Incidencia de la revolución tecnológica en el sistema de Seguridad Social". *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 48, 2018.

Goerlich Peset, J.M: "Digitalización, Robotización y protección social", *Revista Teoría y Derecho*, nº 23, 2018.

[79] López Cumbre, L.: "El "derecho" a la pensión futura". Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social, nº 3, 2021, pp. 85 y ss.

[80] Fernández Sánchez, S.: "Incidencia de la revolución tecnológica en el sistema de Seguridad Social", op. cit, p. 34.

[81] Vicente Palacio, A.: "Crisis y Seguridad Social". Revista Derecho Social y empresa, nº 3, 2015, pág.133.

Gómez Salado, M.A.: "Robótica, empleo y seguridad social: la cotización de los robots para salvar el actual estado de bienestar". *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, nº 3, 2018.

Guindo Morales, S.: "Tecnología y sostenibilidad de la Seguridad Social". *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº ext. 6, 2024.

Haro Izquierdo, M.: "La financiación de las pensiones mediante impuestos. Una propuesta a debatir". *Revista de Contabilidad y Tributación*, nº 418, 2018.

López Cumbre, L.: "El "derecho" a la pensión futura". *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, nº 3, 2021.

López Cumbre, L.: "Financiación por cotización y alternativas complementarias para financiar la Seguridad Social". *Revista Trabajo y Derecho*, nº 2, 2015.

López Cumbre, L.: "La Seguridad Social ante la nueva "revolución digital", en VV.AA.: *Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital. Por una salud y Seguridad Social digna e inclusiva*. Laborum. Murcia, 2023.

Maldonado Molina, J.A.: "EL impacto de la transformación digital en los sistemas de protección social. Especial referencia a la jubilación", en VV.AA. (Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A. dirs.): *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital*. Comares, Granada, 2023.

Maldonado Molina, J.A.: "La protección de las personas mayores en la Sociedad 5.0". *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº extraordinario 6, 2024.

Mercader Uguina, J.: "Datos biométrico en los centros de trabajo", en VV.AA. (Baz Rodríguez, J. dir.): *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España: vigilancia tecnificada, teletrabajo, inteligencia artificial, Big Data*. Wolters Kluwer. Madrid, 2021.

Mercader Uguina, J.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017.

Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C.: *Una reinvención sistemática de la Seguridad Social: reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género*. Bomarzo. Albacete, 2023.

Molina Navarrete, C.: "«Duelo al sol» (digital). ¿Un algoritmo controla mi trabajo? Sí; a tu empresa también". *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 457, 2021.

Molina Navarrete, C.: "Derecho y trabajo en la era digital: ¿"Revolución industrial 4.0" o "Economía sumergida 3.0"?, en VV.AA.: *El futuro del trabajo que queremos*. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Palacio de Zurbano, Madrid. Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019), Vol. II. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Madrid, 2017.

Monereo Pérez, J. L., "Notas sobre la sostenibilidad económica y social de las pensiones en la perspectiva constitucional y legal. Propuestas de mejora", *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, 2018.

Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Iniesta, G. y Trillo García, A.R.: "El Ingreso Mínimo Vital: nuevo pilar del pacto social intergeneracional entre jóvenes y mayores. Cuatro años de su implantación en España (2020-2024)". *Revista de Derecho de la Seguridad Social/Revista Crítica de Derecho del Trabajo,* nº 4 especial, 2024.

Pérez del Prado, D.: "La sostenibilidad integral de las pensiones: un análisis cuantitativo". *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 30, 2022.

Pérez Del Prado, D.: "La Seguridad Social ante los riesgos derivados de la digitalización", en VV.AA.: *Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital. Por una salud y Seguridad Social digna e inclusiva.* Laborum. Murcia, 2023.

Redondo Rincón, M.G.: "Las nuevas tecnologías en el control de la incapacidad temporal; la aplicación de la analítica predictiva. *Revista Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 11, 2020.

Rodríguez González, S.: "Brechas de género y transformación digital". *Revista de Derecho Social*, nº 88, 2019.

Romero Coronado, J.: "Impacto del Big Data y la Inteligencia Artificial en la gestión de la Seguridad Social". *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº extraordinario 6, 2024.

Ruiz Saura, J.E.: "Riesgos y oportunidades de la Seguridad Social ante la digitalización del trabajo", en VV.AA.: *Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital. Por una salud y Seguridad Social digna e inclusiva*. Laborum. Murcia, 2023.

Standing, G.: *La renta básica. Un derecho para todos y para siempre*. Ediciones de Pasado y Presente. Barcelona, 2018.

Tortuero Plaza, J.L.: "Las pensiones del futuro y la cotización de los robots. Un apunte sobre el nuevo mecanismo de equidad intergeneracional", en VV.AA. (López Cumbre, L. dir.): *Efectos laborales, sindicales y de Seguridad Social de la digitalización*. Aranzadi. Navarra, 2022.

Villar Cañada, I. M.: "La última -por el momento- reforma del sistema público de pensiones en clave de género. La garantía de una protección suficiente como objetivo, también para las mujeres pensionistas". *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 477, 2023.

Villar Cañada, I.M.: "Nuevas tecnologías para el cuidado de personas, (robots, medios telemáticos, teleasistencia y otros medios tecnológicos", en VV.AA.: *Las transformaciones de la Seguridad Social ante los retos de la era digital. Por una salud y Seguridad Social digna e inclusiva*. Laborum. Murcia, 2023.

Villar Cañada, I.M.: "La digitalización y los sistemas de protección social: oportunidades y desafíos". *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 459, 2021.

Villar Cañada, I.M.: "La garantía de la sostenibilidad integral como objetivo esencial del sistema de pensiones. También, y más aún, en épocas de crisis. *Revista de Estudios Jurídico-laborales y de Seguridad Social*, nº 8, 2024.

VV.AA. (Pérez García, F. dir.): *Cambios tecnológicos, trabajo y actividad empresarial: el impacto socioeconómico de la economía digital*. CES, Madrid, 2020.

VV.AA. (Rodríguez-Piñero Royo, M. y Hernández Bejarano, M. eds.): *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidad y desafíos*. Bomarzo, Albacete, 2017.

VV.AA. (Serrano Falcón, C. coord.): *El impacto de la transformación digital en la financiación de la Seguridad Social*. Universidad de Granada, 2019.

Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Tributación de las concesiones públicas y financiación de las pensiones no contributivas

Taxation of public concessions and financing of non-contributory pensions

Miguel Gutiérrez Bengoechea *Catedrático de Derecho Financiero*
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0002-2769-7579

Cita Sugerida: GUTIÉRREZ BENGOECHEA, M.: «Tributación de las concesiones públicas y financiación de las pensiones no contributivas». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 263-285.

Resumen

Desde finales del siglo XX hasta la actualidad, los entes públicos acuden con más asiduidad a que las prestaciones de servicios públicos se gestionen de forma indirecta por el sector privado. Este hecho incide positivamente en la celeridad, eficacia y eficiencia en la ejecución de los servicios públicos, así como la reducción del déficit presupuestario. En la medida en que el concesionario va a obtener un beneficio industrial durante la explotación de la concesión pública denota una capacidad económica susceptible de ser gravada en la imposición directa e indirecta Estatal, así como en la imposición local.

Palabras clave

Concesión; dominio; exención; impuestos; riesgo

Abstract

From the end of the 20th century to the present, public entities resort more regularly to the provision of public services being managed indirectly by the private sector. This fact has a positive impact on speed, effectiveness and efficiency in the management of public services, as well as the reduction of the budget deficit denotes an economic capacity susceptible to taxation in indirect and direct State taxation, as well as in local taxation.

Keywords

Concession; domain; exemption; taxes; risk

1. INTRODUCCIÓN

El proceso de modernización de la gestión pública emprendido a través de la externalización de los servicios públicos constituye un proceso común para todos los países de la OCDE.

Esto ha implicado un cambio de paradigma en la función y característica de la Administración pública cifrado en un paso de un estado gestor directo de servicios públicos a un estado relacional o estado garantizador.

De esta forma el Estado regula la economía y vela por el buen funcionamiento del mercado asumiendo el rol de un gestor indirecto de los servicios públicos.

Entre las causas que han coadyuvado a que el Estado tienda a descentralizar funcionalmente la gestión de los servicios públicos está la creciente especialización técnica en la prestación de algunos servicios lo que en aras a ganar una mayor eficiencia acude al sector privado para realizar contratos administrativos de prestación de servicios públicos.

Por tanto, la decisión de transferir la prestación de servicios públicos al sector privado se legitima como consecuencia de la mayor eficiencia y el menor coste, ganando el ciudadano una mayor calidad y rapidez en la percepción del servicio público[1].

A título ilustrativo, hoy día existe una gran externalización en los sistemas tecnológicos para la Comunicación e Información lo que habilita a una renovación tecnológica actualizada sin incurrir en grandes inversiones.

Desde un punto de vista financiero, el hecho de que los entes públicos gestionen servicios públicos mediante concesiones administrativas a empresas privadas va a incidir positivamente en la suficiencia financiera de los entes públicos y, por lo tanto, en el cumplimiento constitucional del equilibrio presupuestario del artículo 135 de la Constitución Española (CE).

Desde un punto de vista tributario, el agotamiento de las fuentes de riqueza que justifican la imposición de los tributos hace más viables este tipo de gestión indirecta de los servicios públicos.

2. CONCEPTO JURÍDICO DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

La concesión administrativa es un negocio jurídico público en virtud del cual las administraciones públicas conceden a los particulares la explotación de una parcela de actuación originariamente pública bien cediendo la explotación de bienes de dominio público o bien, la cesión de la gestión de servicios públicos. Existe, por lo tanto, una relación sinalagmática entre Administración y concesionario, aunque no sea necesariamente a nivel contractual[2].

Es ilustrativo, el artículo 284 Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP), el cual, dispone que: "*La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares.*

En ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos".

La característica fundamental de esta institución reside en que la Administración pública concedente conserva en todo momento potestades de control que le permiten asegurar el cumplimiento del fin contemplado por el ordenamiento jurídico; corolario de estas potestades públicas es, en su caso, el derecho a la reversión de los bienes una vez concluida la concesión y la posibilidad de sancionar al concesionario si incumple las cláusulas administrativas.

---

1 Según Watrin Germain: L´Administration de la III République, Beyrouth, 1944, hay dos grandes ventajas en la concesión:
1.° Que la Administración queda libre del problema aleatorio de montar una empresa industrial, pasando el problema al particular concesionario.
2.° Que al fin de la concesión la Administración hereda un servicio en funcionamiento, en perfecto estado (al menos, teóricamente).
Frente a estas ventajas, se pueden señalar los siguientes inconvenientes:
1.° El concesionario obtiene todas las ganancias. Se puede decir que el servicio saldrá más caro a los usuarios que si lo explota la Administración misma. 2.° En compensación, el concesionario soporta las pérdidas de la explotación, estando templada esta rigidez solamente por la teoría de la imprevisión cuando se produzca una perturbación económica que entrañe un, desequilibrio provisional del régimen financiero, caso en que se tendrá derecho a una ayuda por parte de la Administración. Frente a este sistema, la gestión interesada se propone obtener una asociación más estrecha entre la sociedad gestora y la Administración

2 Romero García, F., "La base imponible en el ITP de las concesiones administrativas con canon periódico tras la Ley 4/2008" QF, 2009, p. 31

En este tipo de contrato es esencial que el concesionario corra a su cargo con el riesgo operacional[3]. *De facto*, en el pliego de cláusulas administrativas se regularán la distribución de riesgos entre la Administración y el concesionario, teniendo en cuenta, que, en todo caso, el riesgo operacional le corresponde al contratista[4].

Las concesiones públicas pueden ser de distintas clases distinguiéndose fundamentalmente entre las de dominio público, las de servicios y las de obras públicas.

En las concesiones de dominio público la Administración cede la utilización del dominio público a una empresa para su utilización y prestación de un servicio público excluyendo de ese uso a otras personas[5].

La concesión de obras públicas a tenor del artículo 14.1 LCSP es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de obras, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

La concesión de servicio público a tenor del artículo 15 LCSP es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado de percibir un precio.

A pesar de estar bien definidas los tres tipos de concesión administrativas a veces, existe confusión para determinar si una concesión es de servicio público o de obras pública, sobre todo, cuando se lleva bajo un contrato de concesión pública una construcción para afectarla a la prestación de un servicio público.

En el Informe 17/2009, de 25 de septiembre de la DGT distingue entre concesión de servicios públicos y obras públicas en los casos en que funcionalmente estén vinculadas, a saber: Un contrato por el que se cede al contratista la gestión y explotación de un inmueble que sirve de soporte a la prestación de un servicio público a cambio de la obligación de satisfacer un canon a la Administración y revertir el inmueble con todas sus mejoraras al término del contrato debe calificarse como concesión de servicios públicos siempre que, además, el contratista asuma el riesgo de la gestión del servicio en sí.

Por otra parte, un contrato por el que el contratista se obligue a construir un inmueble que ha de servir de soporte a la prestación de un servicio a cambio de la gestión y explotación del mismo acompañada de la obligación de satisfacer un canon a la Administración y revertir el inmueble con

[3] El artículo 14.4 LCSP dispone que: "El derecho de explotación de las obras, deberá implicar la transferencia al concesionario del riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el del suministro, o ambos".

[4] El anterior precepto considera que el concesionario asume el riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de concesión. Es decir, el concesionario en la prestación del servicio público va a estar sometido a las incertidumbres del mercado.

[5] La Administración realizar contratos administrativos o privados cuando se ceda el uso de bienes de carácter patrimonial, pero no bajo un contrato de concesión pública (DGT 27 de septiembre de 2007)

todas sus mejoras al término del contrato debe calificarse como concesión de obra pública siempre que, además, el contratista asuma el riesgo de la gestión del servicio público[6].

Cuestión distinta son los contratos administrativos de obras en que la Administración saca a concurso la realización de una obra pública para su posterior entrega al ente público mediante la fijación de un precio. En este caso, no podemos hablar exactamente de una concesión pública porque faltan dos requisitos esenciales, a saber: que exista un desplazamiento patrimonial hacia los particulares y el propio riesgo operacional que debe asumir el concesionario[7]. A este respecto, como apunta ALMUDI CID no puede calificarse como concesión pública "cuando se ponga a disposición del ente público una infraestructura para su utilización por el ente público como puede ser ciudad de la justicia, comisarías y hospitales"[8]. No obstante, el contratista puede estar autorizado a explotar anexos al edificio público como cafeterías o aparcamientos en los que tendrá que repercutir el IVA por los servicios prestados.

A tenor de lo expuesto, el contrato de concesión de obra pública se configura jurídicamente como un híbrido en el sentido de que se trata inicialmente de la ejecución de una obra y posterior prestación de un servicio público por el concesionario con el objeto de recuperar la inversión y obtener eventualmente el correspondiente beneficio[9].

Como aduce FALCON Y TELLA "en sentido técnico tributario, la realización de la obra no es más que una actividad preparatoria de la posterior explotación sin que suponga ni una entrega de bienes ni una prestación de servicios a efectos del IVA, sin perjuicio de que implique el inicio de la actividad y, en consecuencia, confirme el derecho a deducir el soportado a partir de ese momento o con anterioridad"[10].

Así para los casos de construcción y explotación, el contrato integra dos fases: la de construcción y la de explotación que se iniciará una vez finalizadas las obras[11].

Junto a estas notas hay que tener también en cuenta tres rasgos definitorios del mismo, a saber:

a) El principio de que el contrato se celebra a riesgo y ventura del concesionario

---

6 La Resolución de la DGT de 28 de septiembre de 2009 (V2159-09) apunta que: "Cuando la construcción de la obra es realizada por el concesionario para afectarla a la explotación de un servicio público y ambos estén ligados funcionalmente debe considerarse una única concesión siempre que el riesgo de la explotación la asuma el concesionario". Además, el Centro directivo concluye que si hay una única operación esta debe calificarse como de prestación de servicio público. De no ser así, el concesionario tendría un poder de disposición sobre la obra ejecutada en el momento de la reversión de la concesión.

7 Cuando el ente público pague un canon a la empresa concesionaria por la prestación de un servicio público obligatorio (Itv) en el que no existe la transferencia del riesgo operativo, entonces el ingreso que percibe el ente público se califica como de prestación patrimonial coactiva de carácter no tributario (disposición adicional primera de la LGT).

8 Almudi Cid, J.M., "La tributación indirecta del contrato de concesión de obras públicas a la luz de la Ley 30/2007, de contratos del sector público, y de la reciente doctrina de la Dirección General de Tributos" Crónica Tributaria, nº 132, 2009, p. 81.

9 Vid DGT 28 de noviembre de 2009 (V2159-09)

10 Falcon y Tella, R., Régimen fiscal de la concesión de obra pública (IVA, ITPAJD, ICIO e IBI), Marcial Pons, 2007, p. 68.

11 No obstante, en este tipo de concesión la ejecución de una obra pública con la posterior prestación de un servicio público hay que definir cuál es el negocio jurídico más importante de ambos y a partir de ahí definir las consecuencias jurídicas tributarias que se realizarían en la constitución de la concesión administrativa. En este sentido, la Resolución de la DGT de 5 de noviembre de 2007: "Existe una prestación única cuando dos o varios elementos o actos que el sujeto pasivo realiza para el cliente se encuentran tan estrechamente ligados que objetivamente forman una sola prestación económica indisociable cuyo desglose resultaría artificial".

b) La necesidad de respectar en todo caso el equilibrio económico-financiero de la concesión

c) La posibilidad de que las entidades concedentes contribuyan a la financiación parcial de la obra[12].

Los sistemas de retribución del concesionario son muy diversos: el más habitual es el que el concesionario reciba como remuneración las tarifas de los usuarios de los servicios previo pago del canon de explotación a la Administración concedente, identificándose fiscalmente con el contrato de concesión pública. Sin embargo, existen otras posibilidades como que la Administración puede subvencionar la prestación del servicio público a través de lo que se denomina peaje en sombra. En este supuesto, el Ente público puede remunerar periódicamente al concesionario dependiendo del grado de utilización de los usuarios de la obra ejecutada o de disponibilidad de la misma. También se puede pactar que sea la Administración concedente la que otorgue ayudas o subvenciones al concesionario para compensar económicamente el coste de la ejecución de la obra y en su caso, ejecución del servicio público.

3. ASPECTOS TRIBUTARIOS SOBRE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

El gravamen de las concesiones públicas puede considerarse como un cuerpo extraño o excepcional en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos Documentados (ITPAJD) dado que este impuesto grava fundamentalmente las relaciones jurídicas de Derecho privado o entre particulares. No obstante, el referido impuesto, regula la tributación de las concesiones administrativas siempre que exista una transmisión onerosa del patrimonio público y, lógicamente facultades públicas a una empresa para la prestación de un servicio público[13].

La tributación de las concesiones administrativas se regula en el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 1/1993 *Texto refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos Documentados* (TRITPAJD) como un régimen especial en la determinación de la base imponible[14] en la que se producen unas transmisiones patrimoniales al concesionario a través de un derecho real administrativo con eficacia *erga omnes* en la prestación de un servicio público.

El desplazamiento del derecho a la utilización del dominio público para la prestación de un servicio público al concesionario conlleva -como se ha expuesto *supra*- el devengo de algunos tributos que se asocian -como se ha expuesto- a la utilización y explotación del dominio público o a la propia prestación de un servicio público.

El devengo a tenor del artículo 49.1.a) del TRITPAJD se produce "El día en que se realice el acto o contrato gravado". En este punto, habría que diferenciar el tipo de concesión administrativa. En primer lugar, en las concesiones demaniales el aprovechamiento del bien de dominio público en que la duración de la concesión excede de 4 años, la realización del acto o contrato puede reputarse

12 Vid DGT de 26 de noviembre de 2018 (V3038-18)

13 La transmisión patrimonial del ente público al sector privado se puede dar por las autorizaciones y las concesiones. Sin embargo, la STS 17 de junio de 1987, argumenta que en las autorizaciones el uso del dominio público es menos intenso, las instalaciones no son fijas ni están sujetas a reversión. Por otra parte, la remuneración del autorizado no suele estar sometido a tarifas salvo si así lo exige el interés público y, finalmente, con frecuencia no se trata de un servicio propio de la Administración.

14 Por este motivo, Muñoz del Castillo, JL. "Artículo 13" en la obra colectiva: Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Thomson. Cívitas, Madrid, 2004, p. 265, critica el poco rigor sistemático del impuesto, encajando la fiscalidad de las concesiones administrativas dentro del régimen especial

producido en la fecha de la resolución administrativa en que se acuerde el otorgamiento o concesión[15], o bien en la fecha de la formalización del oportuno documento administrativo, título suficiente para acceder al registro de la propiedad. En mi opinión, esta última opción da más legitimidad a la eficacia del contrato de concesión puesto que el adjudicatario-concesionario se da por notificado en el momento de la firma.

En las concesiones de obras públicas y gestión de servicios públicos, la perfección del contrato de concesión no se produce hasta que no tenga lugar su formalización en documento administrativo que constituye título suficiente para el acceso al registro público.

Del párrafo descrito en la SAN de 13 de junio de 2000 se concluye que el hecho de que el ente público otorgue la concesión a un sujeto y, por tanto, la cesión de facultades administrativas le confiere al concesionario un beneficio que se materializará en la ejecución que conlleva la concesión administrativa y, por tanto, integrándose en el patrimonio empresarial del concesionario

El sujeto pasivo de este tributo en el caso del ITPAJD será la empresa concesionaria, pues es el que recibe la transmisión patrimonial de la Administración que explotará para la obtención de un beneficio industrial[16].

En la referida norma tributaria, en su artículo 13, dispone que: "*Se equipararán a las concesiones administrativas, a los efectos de este impuesto, los actos y negocios administrativos cualquiera que sea la modalidad o denominación por lo que, como consecuencia del otorgamiento de facultades de servicios públicos o de atribución del uso privado o del aprovechamiento especial del dominio o uso público, se origine un desplazamiento patrimonial en favor de los particulares"*[17].

Del precepto transcrito se observa que el concepto de concesión administrativa en la norma tributaria tiene un ámbito mayor que en el Derecho administrativo, así se recoge en las SSTS de 15 de enero de 2016 y 31 de octubre de 1996 sin que por esta razón suponga una extensión del hecho imponible prohibida en la LGT, sino que es el resultado de la propia autonomía científica del Derecho tributario[18].

---

15 En este sentido, la SAN de 13 de junio de 2000 es clara en este aspecto al apuntar que puede "Afirmarse de manera inequívoca que el derecho a la concesión a favor de la adjudicataria nació por el acto de adjudicación, momento a partir del cual nacieron para adjudicataria los derechos y las obligaciones que se derivan del acuerdo de adjudicación en relación con el pliego de cláusulas administrativas que rigieron en concurso público seguido para dicha adjudicación, produciéndose un desplazamiento patrimonial desde la Administración hacia la concesionaria a la que se facultaba para la utilización privativa de los bienes de dominio público para la construcción en primer término de los aparcamientos y su posterior explotación económica. Este acto contractual es por tanto el hecho gravado y el que determina la fecha de devengo del impuesto". En el mismo sentido la Resolución del TEAC de 23 de marzo de 2000 deja claro que la escritura pública no es un requisito de existencia de un título jurídico sino de forma, con una finalidad probatoria. Realmente lo que devenga la imposición en la Resolución administrativa es la adjudicación de la concesión administrativa.

16 Como afirma Carvajo Vasco, D., "La fiscalidad y la contabilidad de los concesionarios. Algunas notas", RCT, 2006, p. 160. Con la Ley 51/2002, de 27 de diciembre de reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre reguladora de las Haciendas Locales, se encamina a evitar discriminaciones entre empresarios privados dependiendo de si son concesionarios o no y coadyuvar al mantenimiento de la ya reducida capacidad de ingreso de las Haciendas Locales.

17 A tenor de la DGT 10 de marzo de 2022 V 0487/2022 en la que un Ayuntamiento cede la gestión de una residencia de ancianos de la tercera edad a una empresa. Se puede decir que es una concesión ya que se trata de un centro que una Administración que ofrece de forma genérica a sus propios administrados sin que esta característica quede desvirtuada por el hecho de que los beneficiarios potenciales pertenecen al colectivo de personas de la tercera edad.

18 Martínez Lafuente, A., "Algunas concesiones sobre la tributación de las concesiones administrativas" Boletín Informativo tributario, nº 262, 2021, p. 5

En mi opinión, el precepto amplía la concepción del hecho imponible para evitar negocios jurídicos indirectos o anómalos que impidan la aplicación del gravamen a determinadas autorizaciones administrativas[19].

Con carácter general, el hecho de no poder calificar un contrato administrativo como de concesión pública, impide que se devengue el gravamen sobre transmisiones patrimoniales onerosas, pero no, la sujeción al Impuesto sobre Valor Añadido (IVA) cuando se realice la prestación del servicio público bajo un contrato administrativo especial[20].

En este sentido, la Resolución de la DGT de 15 de abril de 2003 V (0543-03) analiza el supuesto en que un Ayuntamiento adjudica el servicio de un hotel o alojamiento turístico municipal a una persona jurídica a cambio de un pago de un canon periódico. A pesar de que el Ayuntamiento adquiere la condición de sujeto pasivo porque realiza la explotación de un bien corporal con la intención de obtener unos ingresos continuados en el tiempo no se encontraría en el supuesto de no sujeción del artículo 7.9 de la LITPAJD ya que de acuerdo con el dictamen de la Asesoría Jurídica de fecha 30 de julio de 1997, a consulta por este Centro Directivo, resulta que: "*Los contratos que tienen por objeto la explotación de cafeterías y comedores en Centros públicos son contratos administrativos especiales. Los citados contratos no pueden ser calificados como contratos de gestión de servicios públicos ni tampoco como concesiones administrativas de dominio público*".

Al no poder calificarse la cesión del inmueble objeto de consulta de concesión administrativa, dicha cesión será una prestación de servicios a la que no afectará la no sujeción del artículo 7.9 LITPAJD, por lo que la cesión de dicho inmueble realizada por el Ayuntamiento es una prestación sujeta y no exenta en el IVA.

Estas calificaciones tributarias cambian con la *Ley 33/2003, de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas* (LPAP) en la que se recoge expresamente que estos contratos administrativos se otorgan a través de autorizaciones o concesiones administrativas y, por lo tanto, en mi opinión, tendrían que tributar por transmisiones onerosas en el ITPAJD[21].

En los contratos de recogida de basuras y su transporte en el cual las empresas alegan que no se realiza el hecho imponible al entender que el contrato de recogida de basuras no es una concesión administrativa, sino una prestación de servicios de la empresa al Ayuntamiento sujeta al IVA y no a transmisiones patrimoniales. Consideran que el que presta el servicio es el Ayuntamiento y no la empresa contratista[22].

Otro caso, en que se ha modificado la calificación fiscal se produce en el caso de que el contratista realice una construcción para posteriormente prestar un servicio de aparcamientos como se expone a continuación. En este sentido, hay que reseñar la STSJ de la Comunidad de Valencia de 16 de junio de 1996, en el cual un Ayuntamiento constituye un derecho sobre una parcela y permite la construcción de garajes en el subsuelo para explotarlos por un tiempo máximo, satisfaciendo el contratista un canon anual. La operación se calificó como derecho de superficie y no como concesión

19 Vid Resolución del Tribunal Económico Administrativo de 24 de julio de 2005

20 A tenor de la STS de 18 de junio de 1987 la autorización remueve obstáculos para el ejercicio de un derecho que se tiene, por cumplir los requisitos legales. En la concesión hace surgir un Derecho en la esfera del destinatario que no existía hasta el momento de la concesión.

21 Vid artículo 86 LPAP

22 La STS 17 de marzo de 1979 establece que si la empresa percibe unas tarifas de los usuarios sería una concesión administrativa, pero si la empresa es remunerada por la Administración entonces es arrendamiento de servicios. El TEAR de Madrid en la Resolución de 25 de abril de 2000 establece que: "El contrato de recogida de basuras domiciliarias y limpieza viaria no es una concesión a efectos de transmisiones patrimoniales onerosas por lo que las prestaciones estarán sujetas al IVA".

por lo que la prestación de servicios estaría sujeta al IVA. No obstante, las SSTS de 28 de septiembre de 2000 y la del 14 de marzo de 2004 califican la operación como de concesión administrativa y, por lo tanto, estas concesiones administrativas (de explotación de garajes) tributarán por transmisiones onerosas en el ITPAJD

Otro supuesto diferente, se recoge en la Resolución de la DGT de 9 de febrero de 1996 en las concesiones para construir una obra y afectarla a un servicio público sin pagos de cánones. En este caso, no se devengaría el IVA, pero sí transmisiones onerosas por las reglas subsidiarias y sólo cuando se entregase la edificación al ente público a título de dueño habría una entrega gravada por IVA, sin perjuicio de que pudiera quedar sujeta y exenta de IVA, si el concesionario ha hecho uso de ella durante más de dos años.

Los pronunciamientos judiciales y administrativo, en los dos párrafos anteriores, denotan que la sujeción a la imposición indirecta estatal es muy amplia lo que puede generar falta de seguridad jurídica en la realización del hecho imponible[23]. Como expresa la Resolución de la DGT del 17 de marzo de 2022 V 0538/2022 "*Dependerá de la naturaleza del bien o el título en virtud del cual puede tener lugar esta cesión que será mediante una concesión o autorización administrativa si fuera demanial o a causa de un contrato diferente de naturaleza administrativa o civil, en el supuesto en que estemos ante un bien de carácter patrimonial*". Esta resolución tan sólo marca una distinción entre el hecho imponible del ITP de las concesiones administrativas de aquellas otras, que van a estar sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) sin perjuicio de los supuestos específicos de sujeción al IVA regulados en la LIVA.

Como se ha expuesto, en la imposición indirecta Estatal adquiere un papel relevante en la constitución y transmisión de las concesiones administrativas siempre que exista un desplazamiento patrimonial a favor del concesionario[24].

La regla general es que las concesiones administrativas no están sujetas al IVA[25]. En principio no se cumple el requisito de la transmisión del poder de disposición de un bien corporal porque lo que se transmiten son facultades públicas que no son consideradas como un bien mueble corporal. No obstante, podría entrar en juego la cláusula general que incluye el artículo 24.1 de la Directiva 2006/112/CE, según la cual son prestaciones de servicios todas las operaciones en el ámbito de una actividad económica que no constituyan entregas de bienes.

---

23 Vega Herrero, M., "Las concesiones administrativas en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales" Hacienda Pública Española" n 74, 1982, p. 180

24 Como afirma García Novoa, C., "Las concesiones en la imposición indirecta. Especial referencia a la concesión de obra" en Las nuevas fórmulas de financiación de infraestructura públicas. LI semana de Estudios de Derecho Financiero, I.E.F, 2008, pp. 199-200. Parece obvio que las concesiones de obra pública no estarán gravadas por Transmisiones Patrimoniales Onerosas" el citado autor esgrime que en este tipo de concesión pública no existe una transmisión patrimonial a favor del concesionario. De facto, en las concesiones de obra pública, el concesionario construye a su costa y gestiona una infraestructura para la Administración pública llevando a cabo actuaciones de conservación y mantenimiento. De igual forma tampoco estaría grava la constitución de este tipo de concesión por el IVA salvo que existiesen zonas afectas a la concesión que se dedicasen al arrendamiento de locales o plazas de garajes, etcétera. Como expone Falcon y Tella, R., Régimen fiscal de la concesión de obra pública (IVA, ITPAJD, ICIO e IVA), Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 30-31 en relación a la reversión de la obra a la Administración; una vez finalizada la concesión, la entrega de los activos afectos a la concesión, entre ellos, la edificación construida, deben considerarse como una operación instrumental sin ninguna implicación fiscal.

25 Con la derogada Ley 30/1985 (LIVA) no se regulaba la no sujeción de las concesiones administrativas porque la Ley de Tasas y Exenciones Parafiscales de 1958 consideraba que la remuneración que realizaba el concesionario tenía la consideración jurídica de tasa y, por tanto, se acogía a los supuestos de no sujeción LIVA. Con la Ley 8/1989 de Tasas y Precios Públicos no atribuye naturaleza tributaria a la contraprestación por concesionario y por esa razón se incorpora los supuestos de no sujeción tributaria de las concesiones administrativas en el artículo 7.9 de la actual LIVA

En sentido contrario, el artículo 13.1 de la Directiva 2006/112/CE apunta a que no está sujeta la prestación de servicios si es realizada por un ente público.

En este aspecto, el Alto Tribunal aduce que, en el acto de constitución de una concesión, no se realiza una entrega o prestación de servicios en el marco de una actividad económica[26]. Otro argumento, por el que las concesiones no deberían quedar gravadas en el IVA, está en concordancia con el sujeto que las otorga, es decir, un ente público de forma directa no ejerce una actividad empresarial o profesional, consustancial con la naturaleza económica del IVA. *De facto* el artículo 7.8. A) LIVA establece "*La no sujeción al IVA de aquellas operaciones realizadas directamente por el ente público de forma gratuita o cuando la remuneración es a través de un tributo*"[27]. A pesar de ello, el artículo 7.9 LIVA si recoge cuatro supuestos en los que la constitución de una concesión pública está sujeta y no exenta al IVA, a saber:

a) "Las que tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar el dominio portuario". En este caso, es ilustrativa la Resolución de la DGT de 18 de enero de 2000 V (0040-00) en el que una empresa es la adjudicataria de una concesión administrativa para la explotación de sendas explotaciones de embarcaciones de recreo y de instalaciones deportivas y recreativas sitas a las orillas de los ríos Miño y Sil. En este sentido, hay que determinar si esta explotación se realiza en una zona portuaria para que la constitución de la concesión esté gravada por IVA.

   En la citada resolución y a tenor del artículo 2.1 Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (*Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante*) "*A los efectos de esta ley, se denomina puerto marítimo al conjunto de espacios terrestres, aguas marítimas e instalaciones que, situado en la ribera de la mar o de las rías, reúna condiciones físicas, naturales o artificiales y de organización que permitan la realización del tráfico portuario, y sea autorizado para el desarrollo de estas actividades por la Administración competente*".

   De lo expuesto, las instalaciones situadas en las orillas de los ríos Miño y Sil no forman parte del dominio público portuario. En consecuencia, la concesión administrativa no está sujeta al IVA y sí, al ITPAJD como transmisión onerosa.

b) "*Las que tengan por objeto la cesión de inmuebles e instalaciones en aeropuertos*

c) *Las que tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar infraestructuras ferroviarias.*

d) *Las autorizaciones para la prestación de servicios al público y para el desarrollo de actividades comerciales e industriales en el ámbito portuario*".

e) En estos supuestos en los cuales se devenga el IVA, la base imponible a tenor del artículo 78.uno LIVA estará constituida por el importe total del canon o cánones que tenga que satisfacer el concesionario. Si el pago de los cánones es periódico, se trataría de una operación de tracto sucesivo, en la que habrá que repercutir el IVA por el montante de cada canon exigible. No obstante, si la remuneración es a través de un solo canon se producirá el devengo anticipado del IVA si este se exige al comenzar la explotación de la concesión.

[26] Vid STS de 4 de junio de 2002

[27] García Novoa, C., "Las concesiones en la imposición indirecta. Especial referencia en la concesión de obra" " op. cit, p. 171

La cuestión a dilucidar es el caso de la constitución de una concesión administrativa mediante un desplazamiento patrimonial desde la Administración hacia el concesionario sin estipular el pago de un canon de explotación. En mi opinión, caben dos interpretaciones: la primera sería cuantificar la base imponible atendiendo a las reglas del autoconsumo de servicios en el IVA.

La segunda interpretación no es factible desde un punto de vista fiscal, pues consistiría en aplicar la regla del artículo 13.4 LITPAJD, aunque en este precepto hay dos subapartados que sí podrían aplicarse y no precisamente, por estar regulados en otra norma tributaria, y es el valor comprobado por la Administración o el declarado por el contribuyente, sin perjuicio, en este último supuesto de la posterior comprobación administrativa.

4. BASE IMPONIBLE EN EL GRAVAMEN DE LAS CONCESIONES PÚBLICAS POR TRANSMISIONES ONEROSAS

La base imponible como medición cuantitativa del hecho imponible va a estar formada por el precio que hay que satisfacer a la Administración pública por el uso del dominio público o por la prestación de un servicio público. No obstante, como alude CALVO VERGEZ, "con el devenir económico se produce un desajuste entre el Derecho administrativo y la normativa tributaria sobre las concesiones administrativas porque hoy día hay muchas concesiones administrativas en las que el ente público es el que satisface el pago del servicio público que va a realizar la empresa concesionaria". Por este hecho, el concepto del canon de explotación presenta una casuística compleja en función de qué parte contratante asuma el coste de la prestación del servicio público y sobre la naturaleza de las retribuciones que el concesionario puede asumir en la constitución de la concesión pública[28].

Desde un punto de vista financiero, el canon de exploración se identifica con un pago monetario por parte del concesionario al Ente público, por lo tanto, y atendiendo a la literalidad de la LITPAJD excluye los posibles pagos que realice el propio ente público[29]. Sin embargo, en el pliego de cláusulas administrativas pueden acordarse prestaciones en especie vinculadas al otorgamiento[30].

Si se sigue una interpretación literal del artículo 13 LITPAJD tan sólo habrá que incluir en la base imponible el pago monetario, es decir, el canon de explotación. Sin embargo, esta interpretación motivaría a que los contribuyentes pudiesen discrecionalmente incidir en la cuantificación de la base imponible de las concesiones gravadas proponiendo como forma de pago la entrega de aportaciones no dinerarias.

Para evitar las posibles estrategias dirigidas por los contribuyentes *v. gr.*, en cargar las retribuciones a la Administración concedente de forma no monetaria o en especie, la STS de 7 de junio de 2010 establece que: "*Las prestaciones no dinerarias forman parte del desplazamiento patrimonial propio de cualquier concesión administrativa*". Así es posible que se estipule que el concesionario

[28] Es posible que en un contrato administrativo se entremezclen varias concesiones administrativas y cada una de ellas con unas características específicas en cuanto a la transmisión patrimonial del Ente público al concesionario. En opinión de Cedillo López, L., "La concesión administrativa como fórmula de financiación de las infraestructuras públicas. La tributación de las concesiones administrativas en la modalidad de transmisiones onerosas. en la obra las nuevas fórmulas de financiación de infraestructura públicas, LI Semana de estudios de Derecho Financiero, I.E.F, 2008, p.333. La tributación en los supuestos de concesiones complejas, con más de una concesión administrativa cedida al concesionario habría que determinar las bases imponibles de forma individualizada porque cada una se consideraría como una convención independiente

[29] Vid artículo 13.3 LITPAJD

[30] Se podrían considerar como tales la obligación del concesionario de realizar a su cuenta una obra pública o una parte de la autopista que va a ser objeto de una posterior utilización del dominio público por el contribuyente en la explotación de la concesión pública. En parecidos términos, ocurre cuando es la Administración la que subvenciona total o parcialmente el coste de la concesión

retribuya al ente público con un inmueble propio de aquel. La particularidad de este supuesto es que la base imponible se cuantifica aplicando la regla del artículo 10 del TRITPAJD, es decir, por el valor real del inmueble entregado al ente público.

Es posible, que en algunos supuestos no se estipule el pago de un canon. En este caso, el concesionario puede ser gravado por ITP por aplicación de la regla del artículo 13.4 TRITPAJD y por los posibles bienes que tengan que revertir a la Administración concedente.

En cuanto a las distintas formas de cuantificar la base imponible (en la constitución y ampliación de una concesión administrativa) del impuesto hay que diferenciar si se estipula el pago de un canon único o bien si realiza el pago de cánones periódicos[31].

En este sentido, el artículo 13.3 ITPAJD dispone que:

a) Si la Administración señalase un canon o precio total, este constituye la base imponible del impuesto.

   Quizás sea esta forma de valoración la más equitativa, pues hace coincidir el coste de la concesión con su temporalidad. Sin embargo, plantea el problema de que el pago del canon se haya pactado en el último año de vigencia de la concesión. Lógicamente no es lo mismo, *v. gr.*, si estamos ante una concesión administrativa a 20 años y por el pago de un único canon de 10.000.000 millones de euros que el pago de este se realice el primer año o en el año 20. En este supuesto, el pago del canon por el concesionario en el primer año es mucho más oneroso.

b) Si la Administración señalase un precio o canon, participación o beneficio mínimo que deba satisfacerse periódicamente y la duración de la concesión fuese inferior a un año, la base imponible estará constituida por la suma total de las participaciones periódicas. Este segundo método evita la pérdida de recaudación tributaria si se pactase la carencia mensual en el pago de los cánones.

c) Si la concesión es por más de un año y con prestaciones periódicas la base imponible se obtiene capitalizando 10 % el canon anual que deba satisfacer el concesionario[32]. La capitalización fiscal tal como afirma la Resolución de la DGT de 12 de junio de 2003 es diferente de la financiera, es decir, no se aplican las fórmulas matemáticas de interés simple o compuesto sino simplemente se divide el canon de explotación por el porcentaje que fije la norma. Sin embargo, capitalizando el canon al 10 % pueden surgir diferencias de tributación ostentosas (como ya se ha expuesto) en función de la temporalidad de las mismas. Así, si el pago del canon es al final de la concesión la tributación en TPO será más beneficiosa para el contribuyente[33] y por el contrario para las concesiones a más de un año en el que el pago del canon coincide con el devengo del impuesto la situación se invierte para el concesionario. Por este motivo, el TEAC en la Resolución de 1 de junio de

[31] En los supuestos de rehabilitación o ampliación de las concesiones administrativas, la STS de 25 de septiembre de 2000, no puede constituir el hecho imponible del ITP porque no supone ningún incremento patrimonial. En este sentido, Muñoz Del Castillo, JL., "Artículo 13, en la obra colectiva, comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y actos Jurídicos Documentados" op. cit , p. 269

[32] Hay que distinguir el supuesto en que se haya establecido el pago de un único canon, pero se decide fraccionar el pago del mismo de los supuestos en que se haya estipulado el pago de cánones anuales de forma periódica. Al primer supuesto se le aplicaría la regla a del artículo 13 LITPAJD y al segundo caso la letra b del mismo precepto

[33] Quizás la solución pasaría por hacer tributar por la suma de los cánones que vayan a ser satisfechos.

2005 debería realizarse una capitalización para los primeros 10 años y así sucesivamente hasta agotar el período de la concesión administrativa[34].

Esta situación cambio significativamente con la promulgación de la Ley 4/2008, de *supresión del Impuesto sobre el Patrimonio*, la cual, introdujo un nuevo inciso en el gravamen de las concesiones públicas en transmisiones patrimoniales según el cual la capitalización al 10 % ha de realizarse según el plazo de la concesión, lo que indica que en vez de tratarse de una capitalización en sentido técnico lo que se pretende es que se actualicen los pagos al momento en que se devenga el gravamen de la concesión administrativa y la cantidad actualizada conforma la base imponible de la concesión.

No obstante, aun así, se pueden presentar estrategias fiscales tendentes a minorar la carga tributaria por TPO en la constitución de las concesiones públicas con pago periódico a más de un año como acordar el pago de los cánones de forma creciente o bien dejar algún año de carencia.

Para evitar estas estrategias, la STS de 26 de octubre de 2021 admite la aplicación combinada de los dos apartados del artículo 13.3 TRITPAJD con el fin de evitar las citadas estrategias fiscales tendentes al fraude fiscal[35]. En este sentido, GARCÍA GIL y GARCÍA GIL señalan que "no es habitual, pero puede suceder que las reglas contenidas en las tres letras (a, b y c) tengan que aplicarse y entonces el valor real de la concesión será el resultado de sumar las mismas"[36].

A título ilustrativo, si nos encontramos con una concesión administrativa a 10 años en el que el primer año se hace un pago de 3000.000 de euros y en los siguientes años pagos periódicos de 100.000 euros, habría que aplicar las reglas a y b del artículo 13 LITPAJD, es decir, la base imponible sería el resultado de sumar a los 3000.000 euros el valor actual de los cánones al momento del devengo del impuesto tomando como interés el 10 %.

Cuando para la aplicación de esta regla hubiese que capitalizar una cantidad anual que fuese variable como consecuencia de la aplicación del IPC se capitaliza el primer año[37]. Este supuesto, por no conocer la Administración tributaria la evolución del índice económico tomado como referencia obliga por Ley a capitalizar el primer año. No obstante, de *lege ferenda*, al igual que ocurre con otros impuestos como el de instalaciones construcciones y obras, el contribuyente podría hacer una liquidación inicial y después una vez finalizada la concesión administrativa realizar una autoliquidación complementaria con toda la información económica sobre el índice tomado como referencia. En el mismo sentido, se presenta el problema si los cánones varían según un índice que no esté recogido en la LITPAJD como puede ser el IPREM, etcétera. Se podría pensar que por analogía se podría capitalizar el canon del primer año como en el caso de aplicar el IPC; sin embargo, se podría infringir la prohibición en la utilización de la analogía para extender más allá de sus términos estricto el hecho imponible.

En mi opinión, la base imponible se podría calcular actualizando todos los cánones al momento de la constitución de la concesión, o bien, utilizar las reglas subsidiarias que establece la propia normativa.

---

34 No obstante, la base imponible en este tipo de concesiones no puede superar la suma de los cánones satisfechos

35 El contribuyente podría establecer inicialmente un canon mínimo y luego el resto a través de otras variables que se satisfagan con posterioridad con el único propósito fiscal de disminuir la tributación.

36 García Gil, J.L y García Gil, F.J. "Tratado del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y Actos Jurídicos documentados". Difusa, 2004, p. 651

37 En este supuesto sería más correcto realizar una actualización de los cánones al tipo de interés previsto y obtener así, el valor de la concesión en el momento actual

d) Si los cánones varían según una ley matemática, la cantidad a capitalizar será la media anual de las que el concesionario deba satisfacer durante la vida de la concesión. Es habitual, en este supuesto que los cánones sigan una progresión aritmética o geométrica.

e) Cuando el concesionario está obligado a revertir a la Administración bienes (en el caso de una concesión en la construcción de una obra pública y su explotación durante un tiempo estipulado), se computará, además, el valor neto contable estimado de los bienes a la fecha de la reversión más los gastos previstos para la reversión[38]. En este sentido, hay que aplicar la media de la amortización de las tablas del Impuesto sobre Sociedades para determinar cuál será el valor neto de los activos que hay que revertir al ente público al que habría que deducir los cánones satisfechos por la Administración[39].

Este supuesto está justificado porque el concesionario con las tarifas que exige a los usuarios va a cubrir el valor del activo a revertir que no haya sido objeto de amortización más una rentabilidad propia de cualquier actividad económica. No obstante, desde un punto de vista contable la reversión de los activos por el concesionario supone un coste o un gravamen sin perjuicio de la tributación por TPO[40].

Para hacer frente financieramente a la restitución de los activos a la Administración el Plan General de Contabilidad de 1991 establecía la dotación de una provisión para responsabilidades durante el período de la concesión administrativa lo que incidía en la financiación de los activos que debían ser entregados a la Administración[41]. No obstante, existía un problema de temporalidad en el sentido de que es difícil conocer el valor de los activos al final del período concesional y, sin embargo, la liquidación del impuesto se realiza al constituir la concesión administrativa. En este sentido, la cuantificación de la base imponible distaba del valor real de la concesión.

Posteriormente la Doctrina del TEAC de 16 de julio de 2003 y 24 de mayo de 2000 así como la STSJ Madrid de 8 de octubre de 2004 interpretaron que la base imponible de las concesiones tendría que estar formada por el coste de ejecución de las obras necesarias para la explotación de la concesión administrativa.

Posteriormente, la Resolución de la DGT de 1 de febrero de 2000 como criterio correcto el regulado por la normativa contable. De este modo, la Resolución de 21 de enero de 1992 del Instituto

38 No existe una definición de qué debe entenderse incluido en el concepto de gastos previstos para la reversión, en opinión de Fernández Picazo Callejo, JL., "Notas acerca de la tributación indirecta en los contratos de concesión de obra pública", en la obra. Las nuevas fórmulas de financiación de infraestructuras públicas, LI Semana de estudios de Derecho Financiero, I.E.F, 2008, p. 213

39 Hay que puntualizar que en determinados tipos de concesiones públicas por razones de competencia administrativas o constitucionales el ente público que recibirá los bienes revertidos no coincide con el ente titular de la concesión pública.

40 La reversión de activos a la Administración concedente se produce en las concesiones de obra con prestación de servicios en las cuales, la obra la ejecuta el concesionario porque en las concesiones de servicios públicos sólo existen gastos asociados a la recuperación del servicio público por la Administración concedente.

41 Vid RD 1643/1990, de 20 de diciembre (el derogado Plan General de Contabilidad)

de Contabilidad y Auditoría de Cuentas[42] afirmaba por reconstituir el valor neto contable estimado del activo a revertir en el instante en que finalizaba el período concesional[43].

Dado la importancia del valor neto contable hay que matizar que en realidad este, tiene una naturaleza mixta, pues se aplican criterios contables y fiscales[44]. A estos efectos, el valor neto al que se refiere la reversión va a estar determinado por el precio de adquisición del elemento patrimonial (material o intangible) más mejoras y revalorizaciones admitidas contablemente menos las amortizaciones acumuladas fiscalmente a través del promedio de las tablas del Impuesto sobre Sociedades; de esta forma se eliminaba la discrecionalidad en la que podían incurrir las empresas a la hora de optar por los coeficientes de amortización[45].

El hecho de aplicar el porcentaje medio de las tablas podría producir desajustes entre el valor real de la concesión y el valor neto de la concesión, a este respecto FALCON Y TELLA "la obtención de un mayor valor contable por la aplicación de un porcentaje medio que resulte de las tablas aprobadas a efectos fiscales no tiene por qué suponer necesariamente un mayor valor de la concesión debiendo estarse al valor real de esta" .

Con la aprobación del Plan General de Contabilidad (RD 1514/2007, de 16 de noviembre) desaparece la necesidad de dotar el fondo de reversión porque se hará coincidir la amortización de los activos a revertir con la duración de la concesión y dotando sólo una provisión por los gastos asociados a la reversión SAN de 15 de diciembre de 2017[46].

Complementando lo anterior, el TEAC de 24 de febrero de 2011 acude a la posterior Ley 62/2003, de 30 de diciembre y da, una nueva redacción al artículo 13.3.c) del Texto Refundido en los siguientes términos: *"Cuando el concesionario esté obligado a revertir a la Administración bienes determinados, se computará el valor neto contable estimado de dichos bienes a la fecha de la reversión, más los gastos previstos para la reversión. Para el cálculo del valor neto contable de los bienes se aplicarán las tablas de amortización aprobadas a los efectos del Impuesto sobre Sociedades en el porcentaje medio resultante de las mismas"*.

---

42 Esta última resolución del ICAC (BOE de 7 de abril de 1992), establece en su regla tercera normas para la valoración de dicho fondo disponiendo que:
"2. Las concesiones administrativas figurarán en el Activo de las Empresas valoradas por el importe total de los gastos incurridos para su obtención.
3. El coste de las concesiones administrativas se imputará a Resultados, a través de su amortización, durante un plazo que no podrá superar el periodo concesional, utilizando para ello un método sistemático de amortización.
4. En el caso de que a la concesión administrativa se afecten activos del inmovilizado material que deban revertir a la entidad de Derecho público otorgante de la concesión al finalizar el plazo concesional, se procederá a la constitución de un «Fondo de Reversión», cuyas dotaciones se realizarán de acuerdo con un plan sistemático a lo largo del periodo concesional, debiendo reconstituir el valor neto contable estimado del activo a revertir en el momento de la reversión más los gastos necesarios para llevarla a cabo.
5. El plan sistemático a que debe responder la dotación del «Fondo de Reversión» se establecerá en función de la duración del periodo concesional, independientemente de la vida útil del activo a revertir, y la dotación anual se calculará en función de los ingresos que se espere obtener en el futuro".

43 El hecho de ignorar el concepto de fondo de reversión fue el de objetivar el valor neto contable de los bienes que deben revertir a la Administración

44 A efectos contables la consulta nº 1 del BOICAC nº 88 aclara que las inversiones que por la fecha en que se lleven a cabo, tengan una vida económica superior a la vida útil motivarán el registro del activo intangible y una provisión del mismo importe, que será el valor actual de la obligación asumida equivalente al valor en libros que teóricamente aparece al término del período concesional en el supuesto de que el no tuviese que ser entregado a la Administración que concede la concesión.

45 En el TRITPAJD el valor contable es estimado; sin embargo, la Administración tributaria va a aceptar las estimaciones realizadas por las empresas concesionarias en las autoliquidaciones por transmisiones onerosas, sobre todo, porque deben amortizarse con los coeficientes fijados en la normativa tributaria.

46 La cuenta contable que recoge esta provisión es la (143) Provisión por desmantelamiento, retiro y rehabilitación.

A tenor de lo anterior, entiende el Tribunal Central que la lectura del artículo 13.3.c) del TRITPAJD, en la redacción introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, *de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social,* no puede suscitar duda alguna en que la base imponible del impuesto es el valor neto contable más los gastos previstos para la reversión, omitiendo toda referencia al fondo de reversión[47]. Por tanto, la base imponible, que en definitiva debe corresponder a la contraprestación que el concesionario satisface por los derechos concedidos, debe estar determinada en función de los cánones a satisfacer y por el valor neto contable que se prevea que tendrán los activos reversibles en el momento de reversión, aplicándose las tablas de amortización aprobadas a efectos del Impuesto sobre Sociedades[48].

Siguiendo a FALCON Y TELLA "no se deben computar en la base imponible de la concesión los terrenos porque nunca son propiedad del concesionario, aunque este tenga un derecho de uso sobre los mismos y, por tanto, tampoco se deben contabilizar como un activo afecto a la concesión administrativa"[49]. En el mismo sentido, si la AADD es la que paga el canon, sobre todo, en las concesiones de obra pública, este no puede integrarse con signo positivo en la base imponible, sino que deberá minorar el valor neto de los bienes que van a ser objeto del otorgamiento de la concesión.

En relación a los gastos de reversión, la contabilidad en la norma de valoración 2 del PGC para las pequeñas y medianas empresas (Pymes) dispone que: "*Formará parte del valor del inmovilizado material la estimación inicial del valor actual de las obligaciones asumidas derivadas del desmantelamiento o retiro y otras asociadas al citado activo, tales como los costes de rehabilitación del lugar sobre el que se asienta, siempre que estas obligaciones den lugar al registro de provisiones de acuerdo con lo dispuesto en la norma aplicable a éstas*"[50]. Si partimos de este criterio contable y consideramos que los gastos de reversión constituyen un activo que se irá amortizando, al finalizar la concesión no habría gastos asociados a la reversión.

Esta consideración implica que a efectos de liquidar el ITPAJD debemos conocer inicialmente cuáles serán los gastos de reversión para incluirlos en la base imponible del impuesto.

En otro orden de ideas, habría que apuntar que una de las formas extraordinarias de resolución de las concesiones es mediante el rescate anticipado por la Administración concedente.

Los artículos 279 y 294 de la LCSP se refieren a al rescate de la concesión como una declaración adoptada por razones de interés público por la que dé por terminada la concesión; no obstante, se requerirá por parte de la Administración la acreditación de que la buena gestión directa por la Administración es más eficaz y eficiente que la concesional[51]. Esta situación conllevará a que el concesionario sea indemnizado por el perjuicio material surgido de la extinción anticipada, salvo que el concesionario haya incumplido de mala fe, las condiciones estipuladas en el contrato de concesión[52].

---

47 Ahora ya no existe una remisión a norma contable alguna para la cuantificación del valor, pero la propia Ley tributaria define el mismo.

48 Si durante la prestación del servicio público concesional se tuviese que adquirir nuevos elementos patrimoniales o se incrementa el valor de los que ya estaban afectos por mejora de los mismos habría que recalcular las amortizaciones aplicables para que al final de la concesión el valor del elemento patrimonial se encuentre totalmente amortizados.

49 Falcón y Tella, R., "La base imponible de transmisiones patrimoniales onerosas en las concesiones administrativas", Crónica Tributaria, 2010, p. 123.

50 La dotación contable para el desmantelamiento de los activos a efectos de la reversión de la concesión es fiscalmente deducible pues la LIS no dice nada en contrario.

51

52 Vid Artículo 100 de la Ley 33/2023, de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

En el supuesto de reversión de la concesión por parte de la Administración sin haber incurrido el concesionario en cualquier negligencia se plantea la posibilidad de que se haya generado un derecho de crédito a favor del concesionario.

El artículo 57 de la LITPAJD dispone que: "*Cuando se declare o reconozca judicial o administrativamente, por resolución firme, haber tenido lugar la nulidad, rescisión o resolución de un acto o contrato, el contribuyente tendrá derecho a la devolución de lo satisfecho por cuota del tesoro siempre que no hubiera producido efectos lucrativos y que reclame la devolución en el plazo de prescripción previsto en el artículo 64 de la LGT, a contar desde que la resolución quede firme*".

Del precepto transcrito, el concesionario tendrá derecho a solicitar la devolución del ingreso tributario conforme a la normativa del tributo minorado por los beneficios que le ha reportado al concesionario el uso temporal de la concesión.

La cuestión que se plantea es sí, esos ingresos, pueden en parte ser considerados como indebidos y devengar intereses de demora. En mi opinión, a partir del día siguiente a la resolución administrativa en la que se acuerde la reversión del servicio público devengarán intereses de demora a favor del concesionario.

Otra cuestión distinta es que la reversión de la concesión administrativa sea de mutuo acuerdo o bien por incumplimiento de la empresa concesionaria de las estipulaciones administrativas contenidas en el contrato administrativo, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa en que pueda incurrir el concesionario, no tendrá derecho a la devolución del impuesto satisfecho.

4.1. Reglas subsidiarias en la determinación de la base imponible de las concesiones administrativas en transmisiones patrimoniales onerosas

La norma legal regula otro apartado (artículo 13.4 TRITPAJD) cuando por circunstancias especiales, no se pueda aplicar la regla contenida en el artículo 13.3 TRITPAJD. En este sentido, el artículo 13.4 TRITPAJD establece una regla subsidiaria de determinación de la base imponible de las concesiones haya o no reversión de los activos.

El citado precepto aclara que: "*Cuando por las circunstancias especiales de la concesión no se pueda aplicar la regla del artículo 13.3, c) TRITPAJD, se aplicará al valor de los activos fijos afectos a la explotación, uso o aprovechamiento el porcentaje del 2 por 100 por cada año de duración de la concesión con un mínimo del 10 por ciento y sin que el máximo pueda exceder del valor de los activos*".

Esta regla para determinar la base imponible de las concesiones administrativas toma como referencia la valoración de los activos pertenecientes al inmovilizado material sin especificar la titularidad jurídica de los mismos[53], aunque en mi opinión, sólo deberían computarse los activos que aporte el concesionario pues los que aporte la Administración ya serán gravados a través del fondo de reversión. Asimismo, del precepto se desprende que el valor de la concesión será mayor conforme mayor sea el período concesional o mayor valor tengan los activos[54]. El precepto no indica cómo deben valorarse los activos fijos por lo que por coherencia con el criterio general de determinación de la base imponible en el ITPAJD será por el valor real y no por el valor neto contable.

[53] Juan de Ledesma, N., "La tributación de las concesiones administrativas en la imposición indirecta" OL. Revista tributaria, nº 29, 2011, p.26

[54] En cualquier caso, es difícil cuantificar con exactitud el valor de los activos fijos afectos a la concesión, sobre todo, teniendo en cuenta que la liquidación debe practicarse en los 30 días siguientes a la constitución de la concesión administrativa

Este método de valoración es totalmente objetivo y puede dar lugar a cuestionar el principio de capacidad económica. *De facto,* la STSJ de la Rioja de 9 de mayo de 2001 se pronunció en los siguientes términos "*En aquellos supuestos en los que la aplicación de la regla contemplada en el artículo 13.3.c) del TRITPAJD dé lugar a una base imponible inexistente o de importe muy reducido habrá que acudir necesariamente a las reglas especiales contenidas en el apartado 4 de dicho precepto*". Las reglas especiales también incluyen al valor comprobado por la Administración tributaria o bien al valor declarado por los interesados si bien en este caso cabría la comprobación por parte de la Administración al estar incurso en el criterio general del valor real del artículo 10 TRITPAJD.

Estos criterios expuestos como se ha hecho mención tienen carácter subsidiario a las reglas de artículo 13.3 del ITPAJD, es decir, sólo son aplicables en el caso de que no sea aplicables ninguna de las reglas principales establecidas en el apartado 3 del mismo precepto. A diferencia de las reglas principales, las subsidiarias no son compatibles entre sí, sino que se rigen por el sistema de prelación[55].

Como colofón a este apartado apuntar que en el supuesto de que se pacte una prórroga del período concesional supondría tributar como la constitución de una nueva concesión administrativa en la que sólo se tendrán en cuenta los años de la ampliación concesional[56].

5. TIPO IMPOSITIVO EN LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

En la determinación de la cuota tributaria en la constitución de las concesiones administrativas, el TRITPAJD no expresa el tipo impositivo que se aplique a las concesiones de forma preferente remitiéndose a lo que cada CA haya aprobado acorde a la Ley 21/2001, de 27 de diciembre[57]. Esta situación ha provocado que el coste fiscal en la gestión indirecta de los servicios públicos difiera entre las CCAA lo que se complicaría aún más, en los supuestos en que la concesión administrativa tenga efectos tributarios en más de una CA[58]. Por tanto, puede ocurrir que los tipos aplicables a una misma concesión administrativa sean diferentes según los efectos territoriales de la concesión administrativa[59].

Tan sólo, en el caso de que estas no hayan regulado el tipo de gravamen para las concesiones administrativas, la normativa tributaria estatal establece con carácter subsidiario que las concesiones administrativas tributarán como constitución de derechos, al tipo de gravamen establecido en el artículo 11, a) para los bienes muebles o semovientes cualquiera que sea su naturaleza, duración y los bienes sobre los que recaiga. Sin embargo, las concesiones de obra pública se consideran como bienes inmuebles atendiendo a la normativa civil, aunque en mi opinión, no sería de aplicación el tipo

55 DGT 21 de enero de 2020 (V0148-20)

56 Vid Resolución de la DGT 21 de enero de 2020 (V0148-20)

57 Vid artículo 60.3 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre de Medidas Fiscales y Administrativas del nuevo sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común y Ciudades con Estatutos de Autonomía

58 El artículo 25.2. C Ley 21/2001 dispone que: "Cuando se trate de documentos relativos a concesiones administrativas de bienes, ejecuciones de obra o explotaciones de servicios, a la Comunidad Autónoma del territorio donde radique, se ejecuten o se presten los mismos.
Cuando las concesiones de explotación de bienes superen el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, el rendimiento corresponderá a todas aquellas a cuyo ámbito se extiende la concesión, calculándose el correspondiente a cada uno en proporción a la extensión que ocupe cada una de las Comunidades Autónomas implicadas".

59 Carvajo Vasco, D., "Las concesiones administrativas y los puntos de conexión en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales" en la obra las nuevas fórmulas de financiación de infraestructura públicas, LI Semana de estudios de Derecho Financiero, I.E.F, 2008, p.237.

impositivo para los inmuebles ya que el concepto del mismo en el Derecho común no coincide con la definición de inmuebles del TRITPAJD[60].

La cuestión que se plantea es si el tipo impositivo en la constitución de concesiones administrativas se mantiene en los supuestos de cesión de las concesiones administrativas.

El Reglamento del ITPAJD parece aclarar la cuestión, aunque no exento de una extralimitación legal (al no estar regulado en la norma legal), al disponer el artículo 10.3 que: "*La transmisión de sus derechos por el concesionario o por el beneficiario de los actos y negocios administrativos que se equiparan fiscalmente a concesiones administrativas, tributará por el tipo de gravamen que corresponda a la naturaleza mueble o inmueble de los derechos que se transmiten*".

A tenor de lo transcrito en el precepto, para la determinación del tipo impositivo habrá que estar al tipo de concesión que se transmita y, sobre todo, a si hay activos inmobiliarios afectos a las mismas.

En línea con lo expuesto, las concesiones de obras públicas y las de utilización del dominio público tendrían la calificación de inmueble y las de servicios de muebles a los efectos impositivos.

En este sentido la STS de 19 de octubre de 1995 "*Considera que debe distinguirse entre el tipo impositivo en la constitución de la concesión y el aplicable a su transmisión*".

El TRITPAJD no regula expresamente el tipo impositivo en caso de que se transmita la concesión a terceros por lo que habrá que analizar qué tipo de concesión administrativa se transmite a efectos del IVA ya que si es una concesión mixta en la que se construye una instalación para después prestar un servicio público el tipo impositivo en mi opinión tendría que ser el regulado por la LIVA para el servicio que se esté prestando a los usuarios a través de la concesión pública.

Cuestión distinta, es que la constitución de la concesión esté gravada por el IVA porque estemos en los supuestos de utilización del dominio público, portuario, aeropuertos, líneas ferroviarias y prestación de servicios públicos en el dominio portuario.

En estos supuestos hay que analizar los artículos 90 y 91 de la LIVA y comprobar si hay una regulación específica para la constitución de concesiones públicas a los tipos impositivos reducidos. Del examen de estos preceptos el tipo impositivo al que se grava la concesión pública es del 21 % pues en los tipos impositivos reducidos no se recoge el gravamen de las concesiones administrativas.

6. TRANSMISIÓN DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

Las concesiones administrativas, como todo derecho de contenido económico, son susceptibles de ser transmitidas, aunque con ciertos requisitos.

En la transmisión de una concesión, lo común, es lo relativo a la inclusión de terceros que se produce en la relación jurídica recogida en el título administrativo que en principio atañe a la Administración pública y al adjudicatario del título de forma exclusiva y excluyente en su otorgamiento y, por su carácter *intuito personae* más o menos intenso, de transmisibilidad restringida.

[60] A tenor del artículo 3 TRITPAJD "Se considerarán bienes inmuebles, a efectos del impuesto, las instalaciones de cualquier clase establecidas con carácter permanente, siquiera por la forma de su construcción sean transportables, y aun cuando el terreno sobre el que se hallen situadas no pertenezca al dueño de los mismos".

El hecho de pasar de una concesión de tipo patrimonial a la de prestación de servicios que se caracteriza por tener el carácter *intuitu personae,* restringe la transmisibilidad de las concesiones públicas puesto que no sólo el otorgamiento del título sino el ejercicio de las facultades transferidas viene considerado por la solvencia económica real y la capacidad técnica como garantía del cumplimiento de la función encomendada. Por otra parte, la prestación de un servicio público no está pensado para que se fragüe una especulación a través de la cesión onerosa del contrato de concesión administrativa.

A efectos procedimentales se exige la necesaria autorización administrativa previa sin la cual supondría la caducidad administrativa[61]. No obstante, si se autoriza por el Ente público la transmisión de una concesión y esta, es onerosa, denota una capacidad económica susceptible de ser gravada en la imposición indirecta y directa, tanto en el transmitente como en el adquirente el cual asume la nueva titularidad en la explotación de la concesión administrativa[62].

Iniciando el estudio en la imposición indirecta, como se ha expuesto *supra,* el artículo 7.9 de la LIVA declara la no sujeción de las concesiones y autorizaciones porque se entiende que su concesión no supone el desarrollo de una actividad empresarial por parte del ente público. Pero la cuestión que se plantea es qué ocurre si se ceden los derechos de la concesión entre particulares.

La normativa fiscal no aclara la tributación en caso de transmisión de la concesión, tan sólo regula la no sujeción de las concesiones sin especificar si es referido al acto constitutivo o también alcanza a la transmisión del derecho intangible.

Como manifiesta MARTÍN FERNÁNDEZ "un criterio finalista de interpretación nos debe llevar a considerar sujetas las transmisiones de tales derechos"[63].

La DGT en la Resolución de 10 de septiembre de 1998 estableció que: "*El referido supuesto de no sujeción resulta aplicable al otorgamiento de concesiones o autorizaciones administrativas por los entes públicos que las efectúen, por no considerarse realizadas en el desarrollo por parte del Ente público de una actividad empresarial o profesional, pero no resulta aplicable a las ulteriores transmisiones de dichas concesiones que los primeros adjudicatarios realicen*"[64]. De la Resolución se infiere que en las cesiones de las concesiones se realiza el hecho imponible del IVA porque puede existir un ánimo de lucro por el transmitente de la concesión[65].

La Resolución de la DGT de 8 de mayo de 2006, apunta a que: "*Estas prestaciones accesorias son inherentes a la concesión entrarían en el ámbito de la no sujeción del IVA*".

En las cesiones de concesiones en la imposición indirecta hay que partir del hecho de que el que transmite la concesión es empresario o profesional[66]. Si nos centramos en las concesiones en

61 Santandreu Capón, FJ., "Transmisión de títulos administrativos", Foro, nueva época, 2010, p.115.

62 En el supuesto de que la cesión de bienes por la Administración tuviese la categoría jurídica de patrimoniales la operación, sí estaría sujeta al IVA ya que el contrato no sería calificado como de concesión administrativa.

63 Martín Fernández, J., "El Impuesto sobre el Valor Añadido en las concesiones y autorizaciones administrativas locales" Revista Tributaria Oficinas Liquidadoras, 2013, pp. 81-82.

64 A título ilustrativo, la Resolución de la DGT de 23 de mayo de 2000, considera que la entrega por parte de un empresario o profesional de un derecho de concesión administrativa en la constitución de una sociedad en la que estamos ante una prestación de servicios se devengaría el IVA.

65 Otra cuestión que se plantea es, si debe haber una repercusión del IVA por parte del Ente público hacia el concesionario por las prestaciones accesorias como determinados gastos que el Ente público acuerda repercutir al concesionario *v. gr.*, el pago de la luz, el consumo de agua, etcétera.

66 Vid Resoluciones DGT 1908-08, de 23 de octubre de 2008 y DGT 0096- 09, de 20 de enero de 2009.

las que se produce la utilización del dominio público que son calificadas de carácter inmobiliario se pueden presentar diversas interpretaciones en relación a la imposición indirecta.

Al estar ejerciendo el concesionario una actividad económica en la prestación de un servicio público la operación de transmisión puede estar gravada por el IVA por el ánimo de lucro que este persigue mediante la autorización administrativa, cuantificando la base imponible en el importe total de la contraprestación. No obstante, hay que considerar que podríamos estar incurso en el artículo 7.1. a) de la LIVA, el cual dispone sobre la no sujeción al IVA en las operaciones de transmisión del patrimonio empresarial o alguna rama de actividad con autonomía propia para el desarrollo de una actividad económica.

Si el concesionario tiene elementos patrimoniales afectos a la explotación de la concesión administrativa y sólo transmite esta, está cediendo un activo inmaterial de su patrimonio empresarial, por lo que no sería de aplicación el artículo 7.1. a LIVA y, por lo tanto, la operación si estará sujeta al IVA. El hecho de que las concesiones administrativas sean consideradas como bienes inmuebles implica, que son inscribibles en el Registro de la Propiedad a tenor del artículo 3.1 del Reglamento hipotecario lo que conlleva que en el supuesto en que la constitución de la concesión esté sujeta al IVA se devengará el Acto Jurídico Documentado Notarial (AJDN), tanto la cuota fija como gradual.

En cuanto al tipo impositivo, en mi opinión se aplicaría el tipo general del 21 % ya que en los tipos reducidos del artículo 91 LIVA no se recoge el supuesto de la transmisión de la concesión.

Otra posibilidad que se plantea es si el concesionario transmite la totalidad del patrimonio empresarial incluyendo la propia concesión administrativa. En este caso, en mi opinión si es de aplicación el artículo 7.1. a LIVA, y, por tanto, la no sujeción de esa transmisión empresarial al IVA. No obstante, al no estar la operación sujeta al IVA el inmueble transmitido (si lo hay) tributaría en TPO por el valor de referencia al tipo impositivo que fije la CA en que esté ubicado el inmueble. Por el resto de valor de la autorización se tributaría por AJDN por la cuota fija y gradual.

En la imposición directa estatal, la transmisión o cesión de la concesión pública puede originar el devengo de un beneficio para el transmitente tanto en el IRPF como en el Impuesto sobre Sociedades. Como aclara la Resolución DGT V 4717-16, de 8 de noviembre de 2016: "*La variación patrimonial se obtiene por diferencia entre el valor de cesión de la concesión menos el valor de adquisición minorado por el tiempo consumido por la concesión administrativa*".

Con carácter general, si el cedente es persona física, l renta estará gravada por el IRPF y se integrará el incremento de patrimonio (en caso de que la plusvalía sea positiva) en la base imponible del ahorro. Si es una entidad jurídica la titular de la concesión, su transmisión si es positiva, constituye un ingreso extraordinario en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.

Es ilustrativa, la Resolución del TEAC de 5 de diciembre de 2007 en la que el Tribunal manifiesta que "*En los supuestos de expropiación de bienes afectos a una concesión que conlleve la indemnización correspondiente, esta supone para el concesionario una variación patrimonial que en el supuesto de ser una sociedad la concesionaria, tendrá que integrar en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades este ingreso extraordinario*".

En el supuesto de que el concesionario sea una persona física, la indemnización constituye una variación patrimonial motivada por una transmisión obligatoria de carácter administrativo. En este supuesto, el contribuyente por el IRPF tendrá que integrar esta renta en la base imponible del ahorro.

Hay otro impuesto Estatal, en este caso de carácter patrimonial como es el Impuesto sobre el Patrimonio de las Personas Físicas (IPPF) que grava el valor patrimonial neto de los bienes y derechos de las personas físicas, en el que se incluye las concesiones administrativas. El IPPF en la valoración de este activo inmaterial se remite a las normas del TRITPAJD cuestión que ya ha sido abordada en epígrafes anteriores[67].

7. CONCLUSIONES

1.- La gestión indirecta de los servicios públicos está tomando un papel crucial desde finales del siglo XX entre otras razones por la mayor especialización del sector privado para la prestación de los mismos, así como por razones presupuestarias en orden a cumplir con los compromisos europeos.

2.- En la concesión administrativa se grava la transmisión patrimonial al concesionario que no sólo se centra en el uso de bienes de dominio público, sino que en determinadas concesiones administrativas como la de servicios, la transmisión patrimonial se identifica con la cesión de facultades públicas al concesionario ya que supone un beneficio que se incorpora en el patrimonio del concesionario y que rentabilizará con la explotación de la concesión administrativa.

3.- Existe una falta de homogeneidad en la determinación de la base imponible en el gravamen de transmisiones onerosas cuando se constituyen concesiones administrativas porque la realización del hecho imponible en el gravamen de transmisiones onerosas cuando se constituyen concesiones públicas no implica que las bases imponibles (hay reglas generales y subsidiarias) coincidan lo que podría lesionar el principio de igualdad tributaria y constituir un mecanismo de fraude de Ley por los sujetos pasivos.

4.- Cuando la concesión se fija a más de un año con el pago de cánones de forma periódica o no, más que capitalizar la renta de los cánones como si se tratara de una renta perpetua, habría que actualizar los cánones al momento actual considerando como tasa de interés legal el 10 por ciento. El montante obtenido sería la base imponible de la concesión gravada por transmisiones onerosas.

5.- Aunque la regla general es que las concesiones administrativas estén gravadas por transmisiones onerosas justificado por la finalidad no empresarial del ente público en la constitución de una concesión. Sin embargo, el hecho de que la concesión como derecho real administrativo es susceptible de transmisión (con autorización administrativa) por el concesionario, la operación podría quedar gravada por el IVA, al existir, en este supuesto, un ánimo de lucro por el concesionario transmitente. No obstante, la transmisión de la concesión podría quedar no sujeta al IVA si en la transmisión se ceden los activos afectos a la concesión y por tanto la totalidad del patrimonio empresarial o rama de actividad.

8. BIBLIOGRAFÍA

Almudí Cid, J.M., "La tributación indirecta del contrato de concesión de obras públicas a la luz de la Ley 30/2007, de contratos del sector público, y de la reciente doctrina de la Dirección General de Tributos"; *Revista Crónica Tributaria,* 2009.

Calvo Vergez, J., "La tributación de las concesiones administrativas en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados". *Actum fiscal*, nº 32, 2009.

[67] Vid artículo 21 Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio

Carvajo Vasco, D., "La fiscalidad y la contabilidad de los concesionarios. Algunas notas", *Revista Crónica Tributaria*, 2006.

Carvajo Vasco, D., "Las concesiones administrativas y los puntos de conexión en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales" en la obra *Las nuevas fórmulas de financiación de infraestructura públicas,* LI Semana de estudios de Derecho Financiero, I.E.F, 2008.

Cedillo López, L., "La concesión administrativa como fórmula de financiación de las infraestructuras públicas. La tributación de las concesiones administrativas en la modalidad de transmisiones onerosas. en la obra *las nuevas fórmulas de financiación de infraestructura públicas,* LI Semana de estudios de Derecho Financiero, I.E.F, 2008.

Falcon y Tella, R "El fondo de reversión y la base imponible en las concesiones: la insuficiencia de la regla 13.3.c) del Texto Refundido del ITPAJD", *Quincena Fiscal*, 2007.

Falcón y Tella, R., "La base imponible de transmisiones patrimoniales onerosas en las concesiones administrativas", *Crónica Tributaria*, 2010.

Falcon y Tella, R., *Régimen fiscal de la concesión de obra pública (IVA, ITPAJD, ICIO e IBI),* Marcial Pons, 2007.

Fernández Picazo Callejo, JL., "Notas acerca de la tributación indirecta en los contratos de concesión de obra pública", en la obra. *Las nuevas fórmulas de financiación de infraestructuras públicas,* LI Semana de estudios de Derecho Financiero, I.E.F, 2008.

García Gil, J.L y García Gil, F.J. "Tratado del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y Actos Jurídicos documentados". *Difusa*, 2004.

García Novoa C., "Las concesiones en la imposición indirecta. Especial referencia a la concesión de obra" en la obra, *Las nuevas fórmulas de financiación de infraestructura públicas. LI semana de Estudios de Derecho Financiero, I.E.F,* 2008.

Martín-Barnuevo Fabo, D "El Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras" Revista, *Tributos locales,* 2005.

Martín Fernández, J., "El Impuesto sobre el Valor Añadido en las concesiones y autorizaciones administrativas locales" *Revista Tributaria Oficinas Liquidadoras,* 2013.

Martínez Lafuente, A., "Algunas concesiones sobre la tributación de las concesiones administrativas" *Boletín Informativo tributario*, nº 262, 2021.

Juan De Ledesma, N., "La tributación de las concesiones administrativas en la imposición indirecta" OL. Revista tributaria, nº 29, 2011.

Moreno Gozales, S., "Las exenciones en materia de impuestos locales a debate en la Unión Europea (a propósito del asunto Navantia) La Ley Unión Europea, núm 28/2015, 2015.

Muñoz Del Castillo, JL, "Artículo 13" en la obra colectiva: *Comentarios al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.* Thomson. Cívitas, Madrid, 2004.

Romero García, F., "La base imponible en el ITP de las concesiones administrativas con canon periódico tras la Ley 4/2008" *QF*, 2009.

Santandreu Capón, FJ., "Transmisión de títulos administrativos", *Foro, nueva* época, 2010.

Patón García, G., "Las concesiones administrativas en los impuestos locales". En la obra. *Las nuevas fórmulas de financiación de infraestructura públicas*. I.E.F, 2008.

VEGA HERRERO, M., "Las concesiones administrativas en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales" *Hacienda Pública Española"* n 74, 1982.

WATRI, GERMAIN., L´Administration de la III République, Beyrouth, 1944

Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Análisis de las propuestas existentes en el ámbito tributario para afrontar los retos planteados por la digitalizacion, robótica e inteligencia articifial en el sotenimiento del sistema de pensiones púbicas

Analysis of existing proposals in the tax field to face the challenges posed by digitalization, robotics and artificial intelligence in the maintenance of the public pensions

Belén Bahía Almansa *Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario*
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0002-6418-4668

Cita Sugerida: BAHÍA ALMANSA, B.: «Análisis de las propuestas existentes en el ámbito tributario para afrontar los retos planteados por la digitalizacion, robótica e inteligencia articifial en el sotenimiento del sistema de pensiones púbicas». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 287-308.

Resumen

En este artículo abordamos el papel que en el contexto de las nuevas tecnologías, la robótica y la inteligencia artificial, puede jugar el Derecho tributario en la financiación del actual sistema público de pensiones. Analizaremos las diversas propuestas fiscales, centradas en establecer un gravamen específico sobre la propiedad, el uso o las actividades desarrolladas por los robots e inteligencia artificial, y ello tanto en el ámbito de la imposición directa como indirecta. Examinaremos las medidas fiscales existentes en nuestro país para incentivar el mercado de trabajo, la innovación y el uso de las nuevas tecnologías.

Palabras clave

fiscalidad; impuestos; robótica; inteligencia artificial; pensiones

Abstract

In this article we address the role that, in the context of new technologies, robotics and artificial intelligence, tax law can play in the financing of the current public pension system. We will analyse the various tax proposals, focused on establishing a specific tax on the ownership, use or activities carried out by robots and artificial intelligence, and this both in the field of direct and indirect taxation. We will examine the existing tax measures in our country to encourage the labor market, innovation and the use of new technologies.

Keywords

taxation; taxes; robotics; artificial intelligence; pensions

1. BREVE INTRODUCCIÓN

Cuando nos asomamos al escenario empresarial y laboral actualmente existente y al que nos enfrentaremos en un futuro más o menos próximo, podemos observar que lo que denominamos "revolución 4.0" impulsará varias realidades complejas, que avanzan a pasos agigantados, y que están produciendo y producirán un profundo cambio en la sociedad a todos los niveles: jurídico, económico, social, ambiental e incluso ético e ideológico.

Por un lado, la digitalización y la globalización ha llevado a las empresas a emprender nuevas formas de negocio, permitiendo no solo realizar operaciones de provisión de bienes y servicios deslocalizadas en todo o en parte, en formato *on line*, y en todos los sectores de actividad, sino

también generando una nueva forma de riqueza inmaterial apoyada en la utilización de algoritmos y en el tratamiento y venta de una información, *big data*, capaz de generar valor añadido e influir en el desarrollo y enriquecimiento de otras empresas.

La pandemia del COVID ha producido cambios esenciales, especialmente en la forma de trabajar de las corporaciones y de los sujetos económicos en general. Ya no se necesita un establecimiento físico permanente en un lugar geográfico determinado ni trabajar en el sitio donde se presta el bien o servicio, pudiendo teletrabajar desde el lugar del mundo que se desee y residir una parte del tiempo en una jurisdicción fiscal y parte en otra. Todos ello va a incidir en conceptos profundamente asentados en el ámbito del Derecho tributario como son el domicilio fiscal o el establecimiento permanente, así como en el régimen fiscal aplicable, que adquirirá una mayor libertad de elección.

Por otro lado, nos encontramos con la robotización y el desarrollo meteórico de la inteligencia artificial (en adelante IA), cuyos procedimientos y tecnologías van siendo implantados en todos los sectores, incrementando de forma exponencial su productividad y desarrollo.

Las empresas adquieren cada vez más robots y formas y mecanismos de inteligencia artificial capaces de sustituir a las personas trabajadoras, tanto en una vertiente puramente cuantitativa, pudiendo realizar el trabajo de varias personas, como cualitativa, pudiendo hacer cada vez más actividades de estas personas, que van desde las puramente mecánicas, como ocurría al inicio de su creación, como a las intelectuales más sofisticadas.

Este proceso de robotización e IA nos llevará, al menos a corto plazo, a una pérdida de puestos de trabajo tradicionales y a la necesidad de distinguir entre "trabajos cualificados y adaptados a las nuevas tecnologías" y "no cualificados o adaptados", pues estos últimos son los que según todos los informes y autores van a correr un verdadero peligro de desaparecer[1]. El problema no es solo que estas personas puedan perder su empleo, sino que nunca podrán ya recuperarlos y ser empleadas, personas a las que, de alguna manera, habrá que mantener en sus necesidades vitales y de ahí que se hable de la creación de una "renta universal básica mínima", renta que puede plantear problemas desde el punto de vista de la progresividad del sistema tributario.

También destacan los problemas originados por la aparición de la economía digital y las grandes tecnológicas, como Amazon, Google, Facebook o Apple, que a través del uso y explotación masiva de datos, acaparan ingentes beneficios que escapan de la tributación de los Estados y que ven disminuidos sus ingresos para hacer frente entre otros gastos al de las pensiones[2].

El aumento de la desigualdad social y la bajada de salarios que se está produciendo en muchas economías avanzadas es debido a esta presión tecnológica, la denominada brecha tecnológica[3].

Aunque no podemos predecir el futuro, en nuestra opinión, con los datos existentes y con los que podemos extraer de otras revoluciones del pasado, sí podemos ver que, al menos en el corto plazo,

---

1 Vid. Stiglitz J.F. (2014): Unemployment and Innovation, Working Paper 20670, National Bureau of Economic Research disponible en línea en http://www.nber.org/papers/w20670

2 Los problemas fiscales que plantea la nueva economía digital son tratados por Bahía Almansa en "El denominado impuesto sobre servicios digitales ¿constituye una opción eficaz y valida para gravar la riqueza generada en la nueva economía digital" y también por Hinojosa Torralvo, J.J. "El difícil camino de la fiscalidad sobre los beneficios de la economía digital en la OCDE", ambos en VV.AA.: Tributos, Servicios Digitales y Robótica, Hinojosa Torralvo, J.J. y Cruz Padial, I. (Dirs), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020.

3 Vid. Berg, A., Buffie, E.F. y Zanna, L.F.: "Robots, crecimiento y desigualdad", en Finazas & Desarrollo, septiembre 2016, p. 11

se van a producir una serie de problemas estructurales importantes que habrá que afrontar con todos los instrumentos que tengamos a nuestro alcance, y especialmente, con los fiscales.

Entre otros, se producirá una pérdida importante de ingresos por parte de los Estados ante la dificultad de gravar ciertas manifestaciones de riqueza intangible que son nuevas (como los denominados *big data*), grandes desplazamientos migratorios, un cambio radical en los trabajos a desempeñar —que serán cada vez más tecnológicos y especializados—, un enorme desempleo estructural causado no solo porque hay trabajadores que no tienen esa mínima cualificación profesional y cuyos puestos de trabajo se han quedado obsoletos, sino porque existen muchísimos puestos que no se cubren por no existir personas con la cualificación exigida.

2. PAPEL QUE PUEDE JUGAR EL DERECHO FINANCIERO ANTE ESTA NUEVA REALIDAD

Todos los efectos que se van a presentar como consecuencia del avance de la tecnología, la robótica y la IA, tanto positivos como negativos, se han de abordar desde el ámbito jurídico, pues el derecho se concibe como el sistema regulador de las relaciones humanas y sociales.

Como destaca la profesora Santos González[4] «la robótica avanzada plantea problemas a los que las normas existentes no dan respuestas».

En el momento actual las propuestas para regular el fenómeno de la robótica e IA han venido fundamentalmente del ámbito de la Unión Europea y desde el enfoque del riesgo que su utilización produce. El Parlamento europeo ha aprobado en junio de 2024 el Reglamento (UE) de IA para garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos y para prestar apoyo a la innovación[5]. Las propuestas que se han formulado, si bien son deseables, no son suficientes, siendo necesaria la existencia de normas jurídicas de carácter vinculante reguladoras de este nuevo fenómeno[6].

Surgirán muchos problemas legales que deberán ser abordados por las diversas ramas del derecho, y de manera interdisciplinar, como por ejemplo la cuestión relativa a los daños provocados por los robots o los sistemas de IA, que afectan a la responsabilidad civil y han de ser tratadas por el Derecho civil y el penal. También cuestiones mercantiles relacionadas con el Derecho de propiedad intelectual e industrial, como son las que afectan a las patentes y marcas en su creación o transformación; o cuestiones de Derecho laboral, como dilucidar si la sustitución de una persona por un robot puede ser causa de despido improcedente[7].

Surgirán nuevas cuestiones, como la relativa al estatus legal que debería otorgarse a un robot o bots; es decir, si podría reconocérseles una especie de personalidad jurídica electrónica similar a la personalidad jurídica que tienen las sociedades y demás entidades jurídicas. Eso llevará a su vez a un nuevo planteamiento aún más polémico, centrado en si debemos dotarles de capacidad de obrar,

---

4 Santos González, M.J.: "Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro" en Revista Jurídica de la Universidad de León, núm. 4, 2017, p. 27.

5 Reglamento(UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 junio 2024. La nueva ley, que será aplicable a partir de 2 agosto de 2026, establece tres categorías para la aplicación de la IA: riesgo inaceptable, prohibido; riesgo alto, sujeto a determinados requisitos legales, y las que no están prohibidas explícitamente.

6 Para ver las propuestas éticas puede consultarse el trabajo de la profesora Grau Ruiz, A.: "La adaptación de la fiscalidad ante los retos jurídicos, económicos, éticos y sociales planteados por la robótica" en Nueva Fiscalidad, núm. 4, octubre-diciembre 2017, pp. 35 a 61

7 El juzgado de lo social nº 10 de Las Palmas de Gran Canarias dictó en septiembre de 2019 una sentencia pionera al declarar improcedente un despido objetivo por causas técnicas de una trabajadora de una cadena hotelera que había sido sustituida por un bots (software de tipo RPA) ECLI:ES:JSO:2019:4141

de forma que puedan pagar impuestos; o incluso a un paso más, reconociéndoles auténticos derechos subjetivos a estos nuevos robots que actúan como personas.

Pero en este contexto de incertidumbre, las cuestiones fiscales son y serán las más importantes, pues solo desde el Derecho financiero y tributario se podrán afrontar los problemas de financiación que surgirán como consecuencia de los cambios en el mercado de trabajo y del incremento del desempleo estructural. Y todo ello no solo del lado del ingreso público, por la pérdida de recaudación que producirá la erosión de las bases imponible en los impuestos más importantes, como son la renta de las personas físicas y sociedades y en la pérdida de cotizaciones sociales, sino también del lado del gasto, por el incremento notable en forma de subsidios de desempleo y formación del trabajador. Solo desde las posibilidades que nos ofrece esta rama del derecho podremos obtener los medios económicos que necesita el Estado para formar a la población y prepararla para el cambio tecnológico que se nos avecina.

Como señala la profesora Grau[8] «el derecho tributario puede reajustar la balanza entre seres humanos y robots, ante los desequilibrios que estos últimos pudieran provocar en el orden económico y social». Utilizando de una forma eficiente, adecuada y justa los medios que nuestro sistema tributario nos ofrece, entendemos que solo sería necesario realizar en él un pequeño reajuste en lo relativo a la capacidad económica a gravar y, en nuestra opinión, podríamos conseguir el equilibrio entre el avance tecnológico y el empleo digno y el bienestar de las personas.

Como destacan la mayoría de los autores, es cierto que el sistema tributario actual no está adaptado al nuevo escenario tecnológico, ni preparado para paliar los presumibles efectos negativos sobre el mercado de trabajo y las cotizaciones, pero sí tiene los mecanismos necesarios para lograrlo. Otra cosa es la voluntad política de los Gobiernos para conseguirlo y llegar a un acuerdo, pues en un mundo global las soluciones han de ser globales.

En definitiva, se trata de dar solución con los instrumentos que ofrece el Derecho financiero, tanto del lado del ingreso público (tasas e impuestos) como del gasto público (subvenciones), a los problemas que van a apareciendo como consecuencia de la reducción de puestos de trabajo y por tanto de cotizaciones a la Seguridad Social, soluciones todas ellas que abordaremos en este trabajo.

Una cuestión importante será determinar si a la hora de regular el fenómeno y sus efectos, optamos por modular y adaptar las normas jurídicas tributarias existentes para que incluyan en ellas a estas nuevas figuras o vamos más allá en nuestro empeño, estableciendo un marco jurídico nuevo y autónomo con unos nuevos esquemas y estructuras. Quizás esta última propuesta sea la más conveniente, pues es evidente que ha cambiado la capacidad económica gravable, pasando de lo tangible (bienes inmuebles y demás patrimonio material) a lo intangible (valor de los datos e información) y se han alterado los esquemas clásicos sobre los que hasta ahora se ha sustentado el Derecho financiero[9]. Pero es necesario un consenso internacional para poder llevarlo a cabo, consenso que no existe actualmente. Por lo tanto, a corto plazo, tendremos que conformarnos con tratar de adaptar nuestros sistemas jurídicos a esta nueva realidad.

---

8 Grau Ruiz, A.: "La adaptación de la fiscalidad ante los retos jurídicos…", op. cit. p. 35

9 Como expresa la profesora Soler Roch refiriéndose a los desafíos que presenta la economía digital, implican un salto cualitativo «porque los "nuevos modelos de negocio" generan un hábitat distinto, en el que aparecen conceptos o expresiones como "difícil de gravar" "renta sin Estado" o "residente en ninguna parte"; lo cual, unido a la presencia de otros factores ya presentes en el escenario BEPS (globalización y capitalismo de intangibles) dan como resultado un escenario de clara inmunidad fiscal». Soler Roch, M.T.: "Una reflexión sobre la deriva del derecho tributario" en Blog Red de profesores de Derecho Financiero y Tributario, junio 2019, disponible en línea en https://rpdft.org/2019/06/24/1232/

Cualquiera que sea la opción por la que nos inclinemos, dicha regulación se ha de hacer sin perder de vista que el eje central ha de ser siempre la protección de los derechos fundamentales del ser humano y su dignidad, pues las nuevas tecnologías han venido para quedarse, para ayudar al ser humano, y no para destruir al mismo, su bienestar y sus derechos fundamentales[10]. Una buena muestra de lo que decimos son los problemas que está produciendo ya el fenómeno de la divulgación máxima de datos a través de las redes sociales y las grandes plataformas digitales, en colisión con derechos como la intimidad o el derecho a la protección de datos, sin olvidar los peligros de desinformación vía internet (las denominadas *fake news*). Centrados en el ámbito de los procedimientos tributarios, los problemas que podría plantear la aplicación y uso de la IA para mejorar la inspección y recaudación de los tributos por su posible colisión con el derecho a la protección de datos[11].

También se pone de relieve por la mayoría de la doctrina la falta de justicia tributaria en relación con la tributación de los beneficios asociados a los servicios digitales. El motivo se encuentra en el hecho de que de los enormes beneficios que obtienen las grandes plataformas digitales no tributan o lo hacen en menor medida que el resto de las empresas tradicionales, precisamente por su forma de operar sin establecimiento fijo y situadas en países de baja o nula tributación[12].

3. LA NECESIDAD DE AFRONTAR LA FINANCIACIÓN DEL ACTUAL SISTEMA DE PENSIONES A TRAVÉS DE MEDIDAS DE CARÁCTER TRIBUTARIO

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, la digitalización y la irrupción de la robótica y de la IA traerán problemas a corto plazo tanto al mercado laboral —en forma de despidos y una mayor tasa de paro—, como al sistema público de pensiones —que apoyado, como ocurre en nuestro país, en un sistema de reparto caracterizado por una fuerte vinculación del pensionista con el trabajador, se verá fuertemente afectado—[13].

Además, no es aventurado vaticinar que se producirá un fenómeno de emigración de trabajadores con baja o media cualificación, desplazándose hacia países menos desarrollados o en vía de desarrollo para desempeñar sus trabajos tradicionales; es decir, los trabajos que han venido desarrollando hasta ahora y que podrán seguir desarrollando en países donde la robótica y las tecnologías disruptivas aún no han llegado o se encuentran en un estadio inferior al de sus países de origen. Ello supondría —como bien podemos observar— una importante pérdida de recaudación en forma de ingresos tributarios y de cotizaciones a la Seguridad Social.

---

[10] Vid Sánchez-Urán Azaña, Y. y Grau Ruiz, A.: "El impacto de la robótica, en especial la robótica inclusiva, en el trabajo: aspectos jurídicos-laborales y fiscales" en Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías núm. 50/2019, pp. 8 y 11

[11] El Prof. Iriarte Yanicelli, en su exposición Los derechos de los contribuyentes frente a algoritmos predictivos en materia tributaria, en un encuentro de trabajo celebrado el 5 de junio de 2019 que se enmarca en el proyecto de investigación "Fiscalidad y Robótica" advierte que se podrían generar conflictos en materia de derechos y garantías para los contribuyentes frente a la utilización por la Administración Tributaria de técnicas de IA que emplean diferentes algoritmos basados en determinados datos que no son transparentes y sobre los que el ciudadano no tiene conocimiento. Crónica de A. Díez, ¿Pagaran impuestos los robots? CEF, Formación, junio 2019, disponible en línea en https://www.cef.es/es/pagar-impuesto-robots-cef.html

[12] Portillo, M.J., Lagos, M.G. y Álamo, R.: "La fiscalidad y la economía digital. Retos actuales" en Tributos, Servicios Digitales y Robótica, Sánchez-Archidona Hidalgo, G. (Coord.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2020, p. 63

[13] Como destaca el profesor Gutiérrez Bengoechea «actualmente todos los países que siguen un sistema de reparto de la seguridad social, que consiste fundamentalmente en que lo que se recauda por las cotizaciones de las personas en situación laboral activa se reparte entre las personas que están en una situación de inactividad laboral como consecuencia de la jubilación, están haciendo ajustes económicos para garantizar el futuro de las pensiones». (Gutiérrez Bengoechea, M. La sostenibilidad de las pensiones públicas. Análisis tributario y laboral, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2017, p. 17.

Como contraposición a este más que previsible fenómeno migratorio, nos encontramos con la "globalización inversa", término que se ha popularizado en los últimos años para referirse con él a la deseable vuelta de las empresas que se trasladaron al Tercer Mundo buscando menores costes productivos, pero que con la robótica o mediante la utilización de nuevas tecnologías y procesos productivos demandan menor fuerza laboral y pueden volver a sus países de origen[14].

Por eso es necesario adoptar medidas tributarias que contemplen la realidad ciertamente compleja en la que nos adentramos. Medidas que no solo protejan a tales trabajadores desplazados, sino que atraigan los flujos de trabajadores hacia el país. Como veremos, para afrontar ambos fenómenos se han adoptado en nuestro país y en otros de nuestro entorno, algunos regímenes fiscales especiales y algunas medias fiscales ventajosas.

Pero también se hace preciso rediseñar el sistema de forma que se puedan implementar nuevas figuras tributarias o que se reformulen las existentes para gravar las nuevas realidades económicas que se presentan con el mayor uso de la tecnología.

Una vez que somos conscientes de toda esta situación hemos entendido necesario analizar el papel que juega y debe jugar nuestro sistema tributario para resolver los retos que plantea la digitalización sobre el mercado de trabajo y el actual sistema de pensiones.

El articulo 31.1 de nuestra Carta Magna establece la obligación de todos los españoles de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, recogiendo la finalidad fiscal de nuestro sistema tributario apoyada en la idea de que los tributos tiene como fin esencial la obtención de recursos para el sostenimiento de los gastos públicos.

Pero los tributos también pueden tener una finalidad extrafiscal, como reconoció el Tribunal Constitucional en su Sentencia 37/1987, de 26 de marzo de 1987[15], al señalar que: «es cierto que la función extrafiscal del sistema tributario estatal no aparece explícitamente reconocida en la Constitución, pero dicha función puede derivarse directamente de aquellos preceptos constitucionales en los que se establecen principios rectores de política social y económica (señaladamente, arts. 40.1 y 130.1), dado que tanto el sistema tributario en su conjunto como cada figura tributaria concreta forman parte de los instrumentos de que dispone el Estado para la consecución de los fines económicos y sociales constitucionalmente ordenados».

De esta forma, el Tribunal Constitucional refleja que la actividad financiera y tributaria puede contribuir por sí misma, de forma directa, al logro de los fines públicos, de manera que actos como la creación de una nueva figura impositiva o el establecimiento de un beneficio o incentivo fiscal resultarán válidos —como señala la citada sentencia— siempre que "sin desconocer o contradecir el principio de capacidad económica o de pago, respondan principalmente a criterios económicos o sociales orientados al cumplimiento de fines o a la satisfacción de intereses públicos que la Constitución preconiza o garantiza"[16].

Esa función extrafiscal del sistema tributario se puede realizar a través de la implementación de nuevos tributos (tasas, impuestos o contribuciones especiales) o a través de bonificaciones,

[14] El primer ministro británico David Cameron utilizó el término de "globalización inversa" en el Foro de Davos de enero de 2014 para referirse con él a la deseable vuelta de las empresas que se trasladaron a terceros países buscando menores costes productivos.

[15] Sentencia T.C. 37/1987, de 26 de marzo de 1987ECLI:ES:TC:1987:37

[16] Vid Martín Rodríguez, J.M.: "La extrafiscalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español" en Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución española, Volumen V, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020, pp. 221 y ss.

deducciones o demás incentivos fiscales, siendo necesario distinguir —como hace Gil García— entre incentivos fiscales directos, que se conceden expresamente con un determinado fin, e incentivos fiscales indirectos, que pese a no otorgarse expresamente con una determinada finalidad, acaban redundando en beneficio de la misma[17].

Teniendo en cuenta esta finalidad extrafiscal de nuestro sistema tributario abordaremos en los apartados sucesivos las siguientes cuestiones:

— Las nuevas figuras tributarias que podrían implantarse sobre la propiedad, uso o actividad de los robots, y demás sistemas de IA, o que podrían llegar a considerar al robot como sujeto pasivo de un impuesto, y que se perfilan como figuras idóneas para obtener unos mayores ingresos públicos con los que financiar nuestro sistema de pensiones.

— Si, tal como esta configurado nuestro sistema impositivo (IRPF, IS, IVA), resulta más beneficioso comprar e invertir en capital tecnológico (robots e IA) o invertir en capital humano (trabajadores).

— Aquellas medidas fiscales ya implantadas que directa o indirectamente sirven para fomentar la creación de empleo y a la vez la innovación tecnológica.

4. ALGUNAS PROPUESTAS DE GRAVAMEN FORMULADAS DESDE LA DOCTRINA: CREACIÓN DE UN IMPUESTO SOBRE LOS ROBOTS O UNA ESPECIE DE COTIZACIÓN PARA LOS ROBOTS

Como destaca García Novoa[18] «decidir cómo se gravan los robots requiere tomar en consideración que los robots ya tienen hoy en día relevancia tributaria», y tenemos además que partir del hecho de que su tratamiento fiscal es más ventajoso que contratar personal, lo que podría fundamentar un nuevo gravamen para estos.

En la mayoría de los sistemas tributarios actuales, tanto en el nuestro como en los de nuestro entorno, existe un trato fiscal más ventajoso para la inversión en capital fijo material o inmaterial que el existente para la inversión en capital humano[19], y existe también una importante desigualdad de trato entre el gravamen de las rentas del capital respecto de las rentas del trabajo.

La inversión en capital físico, material o inmaterial permite a través del mecanismo de la amortización, tanto contable como fiscal —en este caso con ciertas limitaciones—, llevar el gasto supone aquélla a la cuenta de resultados en varios ejercicios fiscales. Por el contrario, la inversión en capital humano (contratación de un trabajador) se lleva directamente como gasto en el ejercicio en que se devengan los salarios. La inversión en capital tecnológico (máquinas, robots, sistemas de IA, etc.) permite al empresario un mayor margen de planificación fiscal, siendo en muchas ocasiones la libertad de amortización o la amortización acelerada un importante beneficio fiscal para las empresas. Por lo tanto, a priori es más ventajoso para la empresa comprar un robot que contratar un trabajador

17 Gil García, E.: Los incentivos fiscales a la I+D+I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 155

18 Vid. García Novoa, C.: "La tributación de los robots en el marco de la búsqueda de nuevas formas de gravamen" en Tributos, Servicios digitales y Robótica, en Hinojosa Torralvo J.J. y Cruz Padial I. (Dir.) Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, p. 321

19 Así lo han puesto de manifiesto también autores como Sánchez-Archidona Hidalgo, G.: "La tributación de la robótica y la inteligencia artificial como límites del Derecho Financiero y Tributario", en Revista Quincena Fiscal, núm. 12/2019, p. 12; Fernández Amor, J.A.: "Derecho tributario y cuarta Revolución industrial: análisis jurídico sobre aspectos fiscales de la robótica", en Nueva Fiscalidad, núm.1, 2018, pp. 67 y 68

nuevo, lo que podría suponer —como destaca Fernández Amor[20]— un factor coadyuvante a la disminución de las cotizaciones sociales de éstos y, por ende, una disminución de ingresos fiscales por la disminución de rentas del trabajo sujetas a gravamen.

Para afrontar la disminución de ingresos fiscales y cotizaciones que provocará la robotización, se han formulado varias propuestas por parte de algunos políticos, por la doctrina y por los estudiosos del fenómeno[21]. La mayoría de las propuestas no se centran tanto en analizar qué estructura deben tener estos posibles impuestos sobre los robots, como en el carácter finalista de estos, de forma que sus ingresos se destinen a paliar los posibles efectos adversos de la robotización, bien financiando los gastos públicos en pensiones, bien sufragando una renta universal básica.

Las propuestas van a oscilar también dependiendo de si se considera a los robots como simples objetos o como auténticos sujetos de derecho con personalidad jurídica electrónica, en cuyo caso podrían ser sujeto pasivo del impuesto.

4.1. Primera posibilidad: el establecimiento de una especie de cotización sobre los robots

La Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, que estudió la reforma del sistema de pensiones, lanzó una propuesta consistente en que las empresas coticen a la Seguridad Social por la productividad que consiguen del avance tecnológico; es decir, una especie de cotización sobre los robots similar a la existente respecto de los trabajadores. Esta propuesta se basa en que al ocupar el robot un puesto de trabajo, el empresario estaría obligado a cotizar por ellos, como ocurre con cualquier trabajador, y de esta forma se podría incrementar la contribución al sistema público de la seguridad social. También desde algunas fuentes sindicales se defiende esta posibilidad[22].

La posibilidad de pagar cotizaciones a la Seguridad Social solo se produciría en relación con los robots que actuaran como robots trabajadores e implicaría un cambio de filosofía respecto al actual, que liga la cotización pagada con la expectativa de obtener una prestación futura en forma de pensión. Pero es fácil de comprender que, en el caso de los robots, no quepa esperar tal pensión de jubilación para los mismos[23]. Pero esto, no plantearía ningún problema, más bien lo contrario, pues se evitarían problemas de reconocimiento de derechos derivados de esa cotización que liga la cotización pagada con las prestaciones obtenidas posteriormente. Nosotros añadimos que la contribución serviría para reducir el déficit de la Seguridad Social, siendo así que las cotizaciones pagadas por los robots servirían para ayudar a pagar las prestaciones de los pasivos del sistema.

De todas formas, en nuestra opinión, esta posibilidad no la consideramos factible, al menos a corto plazo. Ello, por varias razones[24]:

---

[20] Vid Fernández Amor, J.A.: "El impuesto sobre los robots: revisión de sus perfiles y encaje jurídico", en Tributos, Servicios digitales y Robótica, en Hinojosa Torralvo J.J. y Cruz Padial I. (Dir.) Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, p. 290; También su artículo "Derecho tributario y cuarta revolución industrial: …", op. cit, pp. 47-96

[21] Vid Sánchez-Archidona Hidalgo, G.: "La tributación de la robótica y la inteligencia artificial como límites del Derecho Financiero y Tributario", en Revista Quincena Fiscal, núm. 12/2019.

[22] https://www.ugt-fica.org/41-ultimas-noticias/868-tienen-que-pagar-los-robots-seguridad-social

[23] VV.AA.: El impacto de la transformación digital en la financiación de la Seguridad Social, Serrano Falcón, C. (Coord.) Universidad de Granada/Fundación COTEC, 2019, pág. 48. Disponible línea en https://sd2.ugr.es/wp-content/uploads/2019/10/ImpactoTranformacionDigitalenlaFinanciacionSeguridadSocial.pdf

[24] Lawrence Summers, ex Secretario de Estado de Hacienda de Estados Unidos, calificó esta propuesta como profundamente equivocada, alegando que este tipo de gravamen impediría la modernización industrial. Igualmente, la Federación Internacional de robótica (IFR) se posicionó en contra alegando que socavaría la competencia y la innovación tecnológica. Vid. Flechoso Sierra, JJ.: "¿Cotizarán los robots a la seguridad social?", en El

En primer lugar, porque para que esta propuesta fuera viable tendríamos que llegar a un acuerdo sobre el concepto de robot, concepto que aún no esta perfilado y sobre el que no existe una definición universal. Y si nos referimos a la IA, el problema de su definición es aun mayor, siendo una tarea desbordante por la amplia naturaleza de las actividades que se incluyen en su ámbito y su cambio vertiginoso y constante. La propia Unión Europea en su Resolución de febrero de 2017[25] reconoce la importancia de crear una definición que sea generalmente aceptada de robot y de IA. La doctrina señala que se trata de un concepto borroso, dependiente del lugar geográfico y la cultura donde se concibe y además es variable en el tiempo[26].

En segundo lugar, para poder equipararlo con una persona y poder someterlo a gravamen en forma de cotizaciones a la seguridad social tendríamos que otorgarle una cierta personalidad jurídica, lo mismo que tienen las sociedades (personas jurídicas) en el ámbito del derecho mercantil o las personas físicas en el ámbito civil. Se trata de reconocerles lo que se ha dado en llamar "una personalidad jurídica electrónica", es decir, la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones[27]. Cuestión ésta, ciertamente compleja, pues habría que determinar primero si el robot tiene una capacidad jurídica plena o limitada, y si opera o no a través del mecanismo de la representación; en segundo lugar, si tiene una capacidad de obrar, es decir capacidad de pago. En nuestra propuesta de cotización del robot, tendríamos así que plantearnos quién tendría que abonar la parte de cotización que compete al trabajador (ahora robot) si el propio robot—cosa que parece no factible— o la empresa en representación de éste[28]. El Dictamen de Comité Económico y Social Europeo de 31 de mayo de 2017[29] recogía como vimos la negativa a aceptar cualquier tipo de personalidad jurídica para los robots o la IA por el riego moral que implicaría y por el posible uso indebido al que daría lugar.

De cualquier forma, esta cuestión de la personalidad jurídica electrónica, —sin perjuicio de la autonomía que conforme al artículo 10 LGT tiene el Derecho tributario para configurar sus propios conceptos e institutos jurídicos—, va mucho mas allá del ámbito tributario, pues exigiría su previo reconocimiento en el ámbito de la personalidad del Derecho civil, cosa que aún no se ha hecho.

A todos estos argumentos se une otro mucho más potente, de carácter económico, puesto de manifiesto por la mayoría de los autores, cual es la penalización que supondría a la robotización empresarial, y por tanto al desarrollo y competitividad de las empresas en nuestro caso españolas. Sería un argumento de peso en su deseo de deslocalizar sus centros de producción hacia jurisdicciones fiscales en que no exista dicho gravamen.

Confidencial-Tribuna, 13 de noviembre de 2020. Disponible en línea en https://blogs.elconfidencial.com/economia/tribuna/2020-11-13/cotizaran-robots-seguridad-social_2829364/

25 Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL))

26 Vid. García-Prieto Cuesta, J.: "¿Qué es un robot?", en Derecho de los Robots, Barrio Andrés, M. (Dir.) Madrid, Wolters Kluwer, 2019, p. 41

27 Ya en 2015, los hermanos Bensoussan estaban a favor de otorgar a los robots una personalidad jurídica. Bensoussan, A. y Bensoussan, J.: Droits des robots, Paris, Larcier, 2015

28 El problema no radica tanto en la atribución de personalidad jurídica sino en la capacidad de obrar, es decir en las acciones que un sujeto de derecho puede realizar (Vid. Sánchez del Campo Redonet, A.: "Europa quiere regular a los robots", en Diario La Ley, núm. 4, febrero de 2017, pp. 1-12; Aransay Alejandre, A.M.: Antecedentes y propuestas para la regulación jurídica de los robots, en Derecho de los Robots, Barrio Andrés, M. (Dir.), Madrid, Wolters Kluwer, 2019, p. 108

29 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad» (Dictamen de iniciativa)

4.2. Segunda posibilidad: la creación de un impuesto sobre los robots como objeto específicamente gravable

Otra propuesta ha sido la creación de un impuesto que grave a los robots, considerándolos como un objeto que puede ser sometido a un gravamen específico.

Ya en febrero de 2017 Bill Gates en una entrevista que concedió a un medio de comunicación (Quartz) se mostró partidario de establecer un impuesto directo a los robots, señalando que el gobierno de los EEUU debía hacer algo para evitar la desigualdad que causarían éstos por el reemplazo de trabajadores de ciertas actividades, manifestando expresamente que «si un robot reemplaza el trabajo de un humano, este robot debe pagar impuestos como un humano»[30]. También el político socialista francés Benoît Hamon llevaba en su programa político para las elecciones francesas 2017 la propuesta de gravar con impuestos a los robots, al señalar que «si una máquina reemplaza a un hombre y crea riqueza, no hay motivo alguno para que esa riqueza no sea gravada con impuestos»[31].

Como analizaremos, dentro de esta propuesta de establecer un impuesto sobre los robots caben a su vez diversas modalidades.

Cuando se introduce una nueva figura tributaria lo primero y más importante será determinar su naturaleza jurídica; es decir, si la nueva figura se va a configurar como un impuesto, una tasa o una contribución especial o bajo la forma de una prestación patrimonial pública no tributaria.

No sería posible o sería muy difícil configurar un tributo sobre los robots o IA como una contribución especial, puesto que no reúne los requisitos que para tal figura se señalan en el artículo 2.2.*b*) LGT como es que el contribuyente obtenga un beneficio o incremento en el valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos.

También sería difícil configurar un tributo sobre los robots en forma de una tasa, puesto que conforme al artículo 2.2.*a*) LGT se exige la existencia de una actividad administrativa consistente en la prestación de un servicio público, utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, de recepción obligatoria por el sujeto y que beneficie de forma particular a este, amén de que la tasa iría destinada a retribuir el coste del servicio y no a otras finalidades. Solo sería factible en casos muy específicos, para retribuir el coste de determinados servicios relacionados con el uso de robots, como por ejemplo podría ser que se implantara una tasa en caso de servicios públicos administrativos por registro obligatorio de robots o sistemas de inteligencia artificial o licencias para de uso de estos, o en caso de inspecciones técnicas obligatorias. Pero en cualquier caso la figura de la tasa no nos serviría para financiar pensiones públicas.

Por tanto, el tributo sobre los robots tendría que adoptar la forma de un impuesto que, de acuerdo con el artículo 2.2.*c*) LGT gravaría un hecho, acto o negocio jurídico indicativo de capacidad económica (la titularidad o uso de un robot) y que podría servir para financiar el gasto público en general y las pensiones públicas en particular.

La cuestión más problemática es, sin embargo, la relativa a su estructura; es decir, la de fijar los elementos que van a configurar el tributo, tanto el elemento subjetivo (quién será el sujeto pasivo titular de la capacidad económica objeto de gravamen), como el objetivo (cuál sería su hecho y objeto imponibles), así como determinar la base imponible, su tarifa y la cuota.

[30] https://www.bbc.com/mundo/noticias-39032015

[31] https://elpais.com/internacional/2017/01/23/actualidad/1485175457_353028.html

El elemento subjetivo dependerá de cómo configuremos el elemento objetivo (hecho imponible) de este impuesto sobre los robots. Podría recaer simplemente sobre el propietario, que es la opción que formula la mayoría de la doctrina; o también, como pensamos nosotros, se podría exigir al usufructuario, arrendatario o a cualquiera que tenga un derecho de uso sobre el robot. Incluso podría recaer sobre el fabricante de estos[32].

En lo que respecta al objeto del tributo sometido a imposición, podría recaer sobre la renta, el patrimonio (titularidad) o el consumo. Se barajan, pues, varias posibilidades:

— Una posibilidad es la de que el impuesto grave el patrimonio, y que el hecho imponible lo constituya la titularidad del robot o forma de IA. Se trataría de un impuesto de carácter directo, real y objetivo, en el que el gravamen recaería sobre la titularidad del bien (robot o forma de IA), ya sea en el ámbito del impuesto sobre el patrimonio actual o mediante un impuesto específico creado a tal fin, similar al que está establecido para los vehículos (Impuesto Municipal sobre Vehículos de Tracción Mecánica) o sobre los bienes inmuebles (IBI). El impuesto podría gravar también el aprovechamiento que se haga de tales robots, similar al impuesto municipal sobre gastos suntuarios que grava el aprovechamiento especial de los cotos de caza y pesca por parte del titular de éstos. Cabría plantearse si únicamente se gravarían los robots que tienen un uso industrial (robots industriales); es decir, los utilizados por las empresas en la producción. O lo estarían también los robots de servicios en general, cualquiera que sea la finalidad que tengan y el sector en que operen (medicina, banca, abogacía, administración o agricultura)[33].

  En todos estos supuestos sería sujeto pasivo quien ostentase una titularidad sobre los robots o IA (propietario, usufructuario), adopten tanto la forma de personas físicas como jurídicas.

  La base imponible podría estar integrada por el valor de adquisición o el valor de mercado del robot y el tipo de gravamen podría ser fijo o variable, según el tipo de robot.

  Esta opción es perfectamente admisible en nuestro sistema tributario donde ya existen figuras similares con un fin también extrafiscal como el gravamen catalán sobre viviendas vacías.

  Sin embargo, pensamos que en la actualidad no sería muy muy recomendable un impuesto de esta naturaleza por varias razones: primero, porque como ya señalamos, es difícil tener una definición clara de robot como objeto gravable; segundo, porque tendría que estar justificado de acuerdo con los principios tributarios actualmente vigentes en nuestro sistema tributario y existen serias dudas de que respetase el principio de igualdad y el de capacidad económica del artículo 31 C.E. En esta línea se manifiesta García Novoa[34] quien indica que no esta demostrado que la empresa que incorpora un robot a la misma tenga un plus de capacidad económica frente al empleo de otros elementos tecnológicos.

— Otra posibilidad es que el impuesto grave la renta, y el hecho imponible consistiera en la obtención de renta o beneficio que se realiza a través de dicho robot. El gravamen podría

[32] Vid Álvarez Martínez, J.: "Robótica y fiscalidad: unas breves consideraciones", en Revista Quincena Fiscal, núm. 3, 2021, p. 123 a 128.

[33] Como señala Segura Alastrue, «llegados a este punto, ¿qué debemos entender por robot? ¿Cualquier aparato doméstico que nos ahorra trabajo en el ámbito del hogar, —el aspirador inteligente Roomba— o en nuestras oficinas —un sistema inteligente de climatización—? ¿Hemos de considerar sólo los inmersos en un proceso productivo? […] No es tan fácil reconocer qué tecnologías están sustituyendo a los humanos en sus empleos». (Segura Alastrue, M.: "Los robots en el Derecho Financiero y Tributario", en Derecho de los Robots, 2º edición, Madrid, La Ley/ Wolters Kluwer, 2019, p. 214 y 215.

[34] García Novoa, C.: "La tributación de los robots en el marco de la búsqueda de nuevas formas de gravamen", op. cit. p. 323

hacerse en este caso a través del actual Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre Sociedades o mediante un impuesto específico creado *ad hoc*[35]. El sujeto pasivo en esta opción sería el propietario del robot. El gravamen de los beneficios podría realizarse a través de sistemas diferentes. Vamos a referirnos a dos:

a) Un sistema consistiría en gravar el beneficio del robot mediante la técnica de la imputación de rentas[36]; es decir, imputándole a los robots bien un beneficio variable determinado por el salario obtenido (el correspondiente al trabajador o trabajadores al que sustituye) o bien en forma de una cantidad fija. Es la fórmula que Oberson[37] denomina en su obra, «salario imputado de las actividades de los robots» cuando lo somete al ámbito de imposición del Impuesto sobre Sociedades o «renta imputada teórica de los robots» cuando los somete a imposición en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas[38].

   Esta opción nos parece muy difícil de aplicar en la actualidad por la complejidad técnica y jurídica de identificar el trabajador o trabajadores al que ha sustituido el robot, así como fijar el salario dejado de pagar. Muchos robots ya no son aparatos físicos, son software y mecanismos cada vez más inteligentes, por lo que es imposible establecer normas tributarias que definan cuáles de estos sistemas eliminan puestos de trabajo[39].

   También sería difícil defender este tipo de gravamen que recae sobre rentas ficticias (el robot no obtiene un salario real) a la luz del principio constitucional de igualdad y de capacidad económica que rige nuestro sistema tributario.

b) Otro sistema sería el de establecer un impuesto gradual por margen bruto en el que se grave la productividad añadida generada por la robotización. En esta opción seria necesario medir la productividad estándar de los trabajadores, para valorar el aumento de la productividad que ha producido la robotización[40]. Esta magnitud sería técnicamente aún más difícil de determinar.

— **Otra posibilidad es la de que el impuesto grave el consumo**, que podría adoptar la forma de un gravamen específico sobre las actividades y servicios que presta el robot, tal como sucede con los servicios prestados por los empresarios, que quedan sujeta al IVA o a un impuesto sobre la transmisión del bien robot o sistema de IA (es el caso, por ejemplo, de que el propietario del robot cediese el uso del mismo a un tercero a cambio

[35] Tendríamos que ver cual es la opción más conveniente, pues el impuesto está sustituyendo al gravamen que opera sobre un trabajador y dependerá de los que realmente se esté gravando: si es la productividad del robot para la empresa, caería dentro del ámbito del IS; si es el salario que hubiera obtenido el trabajador reemplazado, caería dentro del ámbito del IRPF.

[36] Según la profesora Grau Ruiz se trataría de algo similar a la técnica de una renta imputada. Grau Ruiz, A.: "La adaptación de la fiscalidad ante los retos jurídicos…", op. cit., p. 51

[37] Oberson, X.: "¿Taxing Robots? From the emergency of an electronic ability to pay a tax on robots or the use robots", World Tax Journal, mayo 2017, p. 257

[38] Vid Oberson, X.: Taxing Robots, Masterclass: Fiscalidad y Robótica, Madrid, 25 de Abril de 2019, diapositiva 9. Disponible en https://www.ucm.es/taxrobot/textos/267703

[39] Vid Waters, R.: "¿Do androids dream of personal deductions?" en The Daily Star Lebanon, 27 de febrero de 2017, p. 16. Disponible en línea en https://www.dailystar.com.lb/Business/International/2017/Feb-27/395217-do-androids-dream-of-personal-deductions.ashx. Este autor señala que los robots no son siempre fáciles de identificar y que la mayoría de las formas de automatización generalmente involucran tecnologías que no pueden vincularse directamente con la pérdida de empleos específicos.

[40] Vid Muleiro Parada, L.M.: "Las alternativas para una tributación de la robótica" en Studies in Law: Research Papers 2022, No. 1 (30) p. 108, disponible en línea en https://sp.ka.edu.pl/numery/2022-1/studia-prawnicze-rim-2022-1-parada.pdf

de contraprestación por cualquiera de las formas admitidas en derecho). Actuaríamos en este caso en el ámbito de la imposición indirecta, en concreto en el IVA. Podría hacerse mediante el incremento del tipo impositivo del Impuesto sobre el Valor Añadido.

En conclusión, ninguna de las propuestas analizadas es muy viable en el momento actual, no solo por las dificultades técnicas expuestas en cuanto a la configuración del impuesto y por la violación de algunos principios constitucionales, sino por las consecuencias negativas que podría tener sobre el progreso tecnológico, la productividad y la competencia de nuestras empresas y más aún si tales figuras no se adoptan de forma conjunta por la mayoría de los países de nuestro entorno[41]. La adopción de un impuesto sobre los robots a través de cualquiera de las fórmulas adoptadas incidiría directamente en la inversión en tecnología y en los costes de nuestras empresas, que se verían encarecidos, lo que podría llevar a estas a deslocalizarse y trasladarse a aquellas jurisdicciones tributarias más ventajosas[42]. Esto llevaría a corto y medio plazo al retraso irremediable de nuestro tejido empresarial y del Estado en su conjunto, cosa que no nos podemos permitir

Para implantar cualquiera de estas fórmulas de gravamen sobre los robots e IA sería necesario establecer previamente un marco de regulación internacional por todas las Organizaciones implicadas (OCDE, ONU, UE) pues los problemas que esta suscita están estrechamente relacionados con los problemas más generales ya vistos que plantea la fiscalidad de la economía digital, como son la de los puntos de conexión, residencia fiscal, establecimiento permanente, precios de transferencia, etc.[43]

4.3. Tercera posibilidad: un impuesto sobre el robot considerando a este como sujeto pasivo contribuyente del impuesto

Esta posibilidad, que es una mera propuesta futurible por ser inviable en el presente, fue lanzada por el profesor Oberson, de la Universidad de Génova, y parte de considerar al robot o sistema de IA no como objeto, sino como sujeto con personificación (persona electrónica), pudiendo ostentar la condición de sujeto pasivo del impuesto. El propio autor señala que los robots bien diseñados deberían ser programados para cumplir con las obligaciones tributarias. Pero se corre el peligro de que algún día decidan que no desean pagarlos y que no existan personas que les representen[44]. El propio autor admite que el reconocimiento de personalidad jurídica al robot se haría en una segunda etapa (pues en una primera etapa el impuesto lo pagaría el empresario) y exigiría una definición clara y realizable de lo que es un robot o un robot inteligente.

Aunque se reconociera personalidad jurídica al robot o conforme al articulo 35.4 LGT[45] se le pudiera otorgar el carácter de obligado tributario y ser gravado en función del beneficio que genera a la empresa, es difícil que pudiera exigírsele responsabilidad tributaria por el incumplimiento, y más

---

41 Como señala la profesora Grau Ruiz «la creación de un tributo sobre los robots o su uso requeriría de la coordinación mundial en la ONU (OCDE), para evitar problemas de doble imposición o planificación fiscal agresiva, entre otros (Grau Ruiz, A.: "La adaptación de la fiscalidad ante los retos jurídicos…", op. cit. p. 52).

42 El propio Fondo Monetario Internacional alerta sobre los efectos negativos que un impuesto especifico sobre los robots tendría sobre la inversión y la innovación, abogando por elevar la imposición sobre el capital y la empresa o bien revisarlos incentivos a la automatización existentes en la actualidad. Disponible en línea en https://www.expansion.com/economia/2024/06/18/667049b7468aebed0e8b4576.html

43 X. Oberson, Taxing Robots, Masterclass: Fiscalidad y Robótica, op. cit. diapositiva 11.

44 X. Oberson, "Taxing Robots? From The emergency of an electronic ability to pay a tax on robots or the use robots", op. cit. p. 558

45 El artículo 35.4 LGT señala que: «tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, las comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición».

aún responsabilidades penales en caso de delito fiscal. Se duda incluso si serían capaces de cumplir con las obligaciones formales de presentación de sus propias declaraciones del impuesto[46].

5. IMPLEMENTACION DE MEDIDAS NACIONALES DIRIGIDAS A FOMENTAR EL EMPLEO Y LA DIGITALIZACIÓN

5.1. Medidas dirigidas a fomentar el empleo

Las iniciativas adoptadas por los Estados ante la pérdida de empleo han ido en una doble dirección. Por un lado, implementando medidas fiscales o regímenes especiales que frenen la salida de trabajadores o que atraigan el empleo cualificado; por otro lado, implantando medidas directas de fomento del empleo y de la innovación tecnológica en forma de deducciones o bonificaciones fiscales.

Vamos a analizar por separado algunas de estas medidas

5.1.1. Regímenes especiales más ventajosos para evitar o incentivar el desplazamiento de trabajadores hacia sus territorios

Ya hemos señalado que, como consecuencia de la globalización y de la implementación de las nuevas tecnologías digitales y de la robótica e IA, muchos trabajadores tendrán que desplazarse hacia otros territorios para poder encontrar trabajo, con el efecto negativo que ello tendrá sobre la recaudación tributaria del país de origen y las cotizaciones. En sentido inverso, los Estados necesitarán de un personal cada vez más técnico y cualificado para poder afrontar los retos de las nuevas tecnologías inteligentes e incrementar así sus ingresos fiscales[47].

El legislador español, consciente de estos dos fenómenos, introdujo en la normativa española dos regímenes tributarios especiales que afectan al gravamen de las rentas obtenidas por estos trabajadores desplazados.

Así, la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ha incluido en su artículo 7, el apartado *p*), el régimen fiscal especial de trabajadores expatriados por motivos laborales[48], que contempla una exención sobre las retribuciones devengadas durante los días de estancia en el extranjero, con el límite máximo de 60.100 euros anuales sobre los rendimientos del trabajo percibidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero para una empresa o entidad no residente en España o establecimiento permanente radicado en el extranjero[49]. Deben cumplirse

[46] Vid. Gutiérrez Bengoechea, M.: "Avances tecnológicos versus mercado laboral y pensiones públicas", en Tributos, Servicios digitales y Robótica, op. cit. p. 361.

[47] Vid trabajo de García Luque, E.I.: "La fiscalidad del sistema financiero y tributario desde una perspectiva internacional (a propósito de la crisis migratoria)", en Cuestiones actuales de planificación fiscal internacional, Cruz Padial, I. e Hinojosa Torralvo, J.J. (Dirs.) Barcelona, Atelier, 2019, pp. 169-190

[48] El régimen fiscal especial de expatriados (personas físicas desplazadas por motivos laborales al extranjero manteniendo su residencia fiscal en España) tiene como principal objetivo, por un lado, favorecer la dinámica de desplazamiento de tales empleados para no perjudicarles en el aspecto económico y, por otro, mantener y fomentar el proceso de internacionalización de nuestras empresas, facilitando su acceso a mercados extranjeros.

[49] Según Selma Penalba, las políticas empleadas por los países relativas a desplazamiento de trabajadores al extranjero suelen ser según de tres tipos: políticas laissez faire, donde la empresa paga una cantidad bruta al trabajador expatriado sin tener en consideración la tributación del país de destino, método que resultará ventajoso para el trabajador cuando la carga impositiva en ese país de destino sea inferior al de origen; políticas tax equalization, donde la empresa empleadora garantiza el mismo nivel de vida del trabajador expatriado en su país de destino y de origen, garantizando que tenga el mismo ingreso neto; políticas tax protection en las que el trabajador desplazado mantendrá como mínimo la remuneración obtenida en su país de origen. Selma Penalba, V.: "Régimen y problemática actual de los trabajadores desplazados al extranjero: beneficios fiscales y problemática de los expatriados" en Problemas

dos condiciones: por un lado, que el trabajador siga manteniendo la residencia fiscal en España, y por otro, que exista un impuesto análogo o similar al IRPF en el país donde está prestando sus servicios laborales.

Además de este régimen de exención, la normativa fiscal española prevé otro beneficio tributario para los rendimientos devengados como consecuencia de la realización de trabajos en el extranjero cual es el denominado "régimen de excesos"[50] (artículo 9.A.3.*b*.4º RIRPF) que exceptúa de gravamen el exceso que perciban los empleados de empresas, con destino en el extranjero, sobre las retribuciones totales que obtendrían por sueldos, jornales, antigüedad, pagas extraordinarias, incluso la de beneficios, ayuda familiar o cualquier otro concepto, por razón de cargo, empleo, categoría o profesión en el supuesto de hallarse destinados en España.

Se establece, sin embargo —aunque de forma indirecta y sin mucha trascendencia en caso de trabajadores desplazados— una cierta penalización a la salida de una persona física o jurídica que decide trasladar su residencia fiscal a otra jurisdicción, al establecer la normativa española el denominado *exit tax* (impuesto de salida) regulado por el artículo 95 bis LIRPF[51]. Este precepto establece que, cuando un contribuyente pierda su condición por cambio de residencia, se considerarán ganancias patrimoniales las diferencias positivas entre el valor de mercado de las acciones o participaciones en cualquier tipo de entidad y su valor de adquisición, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos de carácter temporal y dentro de unos límites cuantitativos.

Por otro lado existe el régimen fiscal especial de los impatriados para los trabajadores desplazados a territorio español. Este régimen especial se configura como un régimen muy ventajoso, cuyo objetivo es la atracción de profesionales de talento; es decir, a determinados profesionales o científicos con un perfil técnico y cualificado. Bajo este régimen, a un trabajador desplazado hacia el territorio español que adquiere la residencia fiscal en nuestro país se le da la opción de tributar como no residente conforme a la normativa del Impuesto sobre la Renta de No Residentes[52], manteniendo la condición de contribuyente por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (ya que reside por más de 183 días en territorio español), y ello durante el periodo impositivo en que se efectúe el cambio de residencia y durante los cinco periodos impositivos siguientes, siempre y cuando cumpla una serie de requisitos[53].

Igual que sucede en nuestro país, son muchos los Estados —como Italia, Reino Unido o Portugal, entre otros— que articulan un conjunto de medidas e incentivos fiscales cuyo principal objetivo es la atracción de trabajadores a su territorio[54].

Actuales Sobre la Residencia Fiscal: Perspectivas Internas, Comunitarias e Internacional, Merino Jara, I. (Dir.), Madrid, I.E.F. Documentos de Trabajo 7/2018, p. 36

50 Artículo 9.A.3.b) 4º del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

51 Muchos Estados, ante el temor de ver mermados sus ingresos tributarios y como medida de protección, suelen establecer una serie de gravámenes en aquellos casos en que una persona traslada su residencia fiscal fuera del país donde ha estado residiendo durante un cierto tiempo.

52 Los rendimientos del trabajo que obtenga dicho trabajador podrán ser gravados a un tipo impositivo del 24% para los primeros 600.000 euros y el resto al 45%.

53 Régimen fiscal especial regulado en el artículo 93 LIRPF, así como artículos 113 a 120 RIRPF. Los requisitos son, de forma resumida a) Que no hayan sido residentes en España durante los diez periodos impositivos anteriores a aquel en que se produzca su desplazamiento a territorio español, b) Que el desplazamiento se produzca como consecuencia de un contrato de trabajo, con excepción de la relación laboral especial de los deportistas profesionales regulada por Real Decreto 1006/1985 c) Que no obtenga rentas que se calificarían como obtenidas mediante un establecimiento permanente situado en territorio español.

54 En la normativa italiana encontramos tres regímenes fiscales diferentes con la finalidad de atraer capital humano a su territorio: el régimen fiscal para investigadores y profesores, con una exención durante 4 años del 90% de rendimientos generados en Italia por trabajos por cuenta propia o ajena; el régimen fiscal de trabajadores impatriados,

Podemos concluir afirmando que todas estas medias se configuran como incentivos claros del empleo, especialmente a corto plazo, y del empleo especializado que se necesitará a raíz del cambio tecnológico, mostrándose como muy beneficiosas para incrementar los ingresos tributarios y las cotizaciones, sirviendo para atajar los problemas que plantea el actual sistema de pensiones.

5.1.2. Incentivos fiscales a la creación de empleo en forma de deducciones

La contratación de un trabajador siempre supone un coste para la empresa en forma de salarios y de cotizaciones que hace disminuir su beneficio empresarial y por ello su cuenta de resultados. Por esta y otras razones, las empresas son reticentes a contratar nuevos trabajadores. Por el contrario, la compra de una máquina o un robot no supone en principio un gasto que haga disminuir la cuenta de resultados, y solo a lo largo del tiempo, por su uso y deterioro vía amortizaciones, va a considerarse como un gasto deducible, pudiendo la empresa jugar de forma más flexible y adaptada a sus peculiaridades con ese incentivo fiscal que supone la amortización.

Es por ello por lo que, con el sistema actual, las empresas preferirán comprar robots que contratar trabajadores, por lo que debemos implementar medidas fiscales que incentiven tal contratación.

Dentro del ordenamiento fiscal español encontramos medidas de fomento de la creación de empleo, tanto en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades como en el ámbito del IRPF.

La Ley 27/2014, de 27 de noviembre reguladora del Impuesto sobre Sociedades (en adelante LIS) contempla dos deducciones por creación de empleo: una de carácter general, la del artículo 37, y otra, para creación de empleo de trabajadores con discapacidad, la del artículo 38.

A su vez, y por lo que respecta a la primera deducción, la de carácter general, el artículo 37 LIS bajo el titulo "deducciones por creación de empleo", regula dos incentivos fiscales diferentes: uno, aplicable a las entidades que carecen de personal contratado, y otro, a las entidades con plantilla inferior a 50 trabajadores.

Las entidades que carezcan de personal contratado y que contraten a su primer trabajador menor de 30 años a través de un contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores —definido en el artículo 4 de la ley 3/2012, de 6 de julio de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral— podrán deducir de la cuota íntegra la cantidad de 3.000 euros.

Si perjuicio de poder practicar la deducción anterior, aquellas entidades que tengan una plantilla inferior a 50 trabajadores, en el momento en que concierten tales contratos de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores con desempleados beneficiarios de una prestación contributiva por desempleo regulada en el Titulo III del Texto Refundido de la ley General de la Seguridad Social, podrán deducir de la cuota íntegra el 50% del menor de los siguientes importes:

---

con una exención durante 5 años del 50% de los rendimientos generados en Italia por trabajos por cuenta propia o ajena; y el régimen fiscal para nuevos residentes (destinado a personas físicas que nunca hayan sido residentes fiscales en Italia) donde el contribuyente puede elegir el pago durante 15 años de un impuesto fijo de 100.000 euros anuales sobre todos los ingresos obtenidos fuera de Italia (Guía contenida en la Web de la Agenzia delle Entrate "Tax incentives for attracting human capital in Italy" de febrero de 2018, disponible en línea en: https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/233483/Tax+incentives+for+attracting+human+capital+in+Italy_Tax_incentives_for_attracting_human_capital_in_Italy.pdf/f4a91a80-8ed0-92a5-0186-424a9013bfc3)

a) El importe de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de percibir en el momento de la contratación

b) el importe correspondiente a 12 mensualidades de la prestación por desempleo que tuviera reconocida.

Esta deducción resultará de aplicación respecto de aquellos contratos realizados en el periodo impositivo hasta alcanzar una plantilla de 50 trabajadores, y siempre que en los 12 meses siguientes al inicio de la relación laboral se produzca respecto de cada trabajador un incremento de la plantilla media total de la entidad en, al menos, una unidad respecto a la existente en los 12 meses anteriores.

La aplicación de la deducción también está condicionada a que el trabajador contratado hubiera percibido la prestación por desempleo durante al menos 3 meses antes del inicio de la relación laboral.

Ambas deducciones se aplicarán en la cuota íntegra del periodo impositivo correspondiente a la finalización del periodo de prueba de un año exigido en el correspondiente tipo de contrato y estará condicionada al mantenimiento de esta relación laboral durante al menos tres años desde la fecha de su inicio.

Respecto a la deducción por creación de empleo de trabajadores con discapacidad, el artículo 38 establece que los contribuyentes podrán deducirse de la cuota íntegra la cantidad de 9.000 euros por cada persona/año de incremento del promedio de plantilla de trabajadores con discapacidad inferior al 65% y 12.000 por cada persona/año de incremento del promedio de plantilla de trabajadores con discapacidad igual o superior al 65%, contratados por el contribuyente, experimentado durante el periodo impositivo, respecto a la plantilla media de trabajadores de la misma naturaleza del periodo inmediato anterior.

El actual Gobierno, que tiene proyectada una reforma fiscal de gran alcance, ha manifestado su idea de reducir el elenco de deducciones que hay en nuestro Impuesto sobre Sociedades. De las cuatro deducciones existentes hemos visto cómo dos tienen que ver con la creación de empleo y, aunque su alcance —como bien hemos podido observar— es muy limitado (tan solo para un grupo reducido de empresas y en muy limitadas circunstancias), entendemos que es una medida acertada para luchar contra el desempleo y las consecuencias fiscales de la robotización, por lo que no vemos adecuado su supresión, incluso abogamos por su ampliación y más aún en una situación como la que vivimos hoy.

5.2. INCENTIVOS FISCALES AL DESARROLLO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Los incentivos fiscales a la I+D+I están justificados en todos los sistemas de nuestro entorno por la necesidad de defender el desarrollo económico y social que conlleva la realización de tales actividades.

El artículo 35 LIS regula dos deducciones en este sentido: por un lado, la deducción por actividades de I+D; y por otro, la deducción por actividades de innovación.

Se trata de dos incentivos directos para fomentar las actividades de investigación, desarrollo e innovación, a diferencia de lo que ocurre con el beneficio fiscal indirecto contenido en el artículo 12.3 LIS, que regula la libertad de amortización de los elementos del inmovilizado material e intangible afecto a tales actividades de investigación y desarrollo.

De acuerdo con el artículo 35.1 LIS los contribuyentes por este impuesto que realicen actividades de investigación y desarrollo, en los términos fijados en dicha ley, podrán practicarse sobre la cuota íntegra:

— Por un lado, una deducción del 25% de los gastos efectuados en el periodo impositivo por este concepto. En el supuesto que los gastos en I+D efectuados en el periodo impositivo sean mayores que la media de los efectuados en los dos años anteriores, se aplicará el porcentaje establecido en el párrafo anterior hasta dicha media, y el 42 % sobre el exceso respecto de ésta. Se prevé además una deducción adicional del 17 % del importe de los gastos de personal de la entidad correspondiente a investigadores cualificados adscritos en exclusiva a tales actividades.

— Por otro lado, una deducción del 8 % de las inversiones efectuadas en elementos de inmovilizado material e intangible, excluidos los edificios y terrenos, siempre que estén afectos exclusivamente a las actividades de investigación y desarrollo.

A la deducción por innovación tecnológica se destina el segundo apartado de dicho artículo 35, señalando que los contribuyentes por este impuesto podrán deducirse el 12 % de los gastos efectuados en el periodo impositivo por este concepto.

La propia ley fiscal señala qué actividades han de considerarse de I+D+I y qué gastos y conceptos se integran en la base de la deducción. Por lo que respecta a los robots y a la IA son varias las contestaciones consultas de la DGT que tratan de aclarar la norma para fijar cuando la incorporación de un robot o sistema de IA se entiende como actividad de investigación y desarrollo a efecto de aplicar la deducción[55]

De esta forma, España se ha sumado a la práctica fiscal de otros países de nuestro entorno que incluyen diversas deducciones por el desarrollo de actividades de innovación tecnológica aplicables tanto a las personas físicas como jurídicas

6. CONCLUSIONES FINALES

Después del análisis realizado hemos llegado a una serie de conclusiones:

En primer lugar, no vemos viable la implantación a corto plazo de ninguna de las propuestas formuladas por la doctrina en torno a la implantación de un impuesto específico sobre los robots e IA como medio de financiar las pensiones públicas, y ello por las razones que ya hemos expuesto, unas de carácter jurídico y otras económicas.

Entre las razones jurídicas:

— No existe aún una definición clara que sea unánimemente aceptada de lo que ha de entenderse por robot e IA, ni a nivel nacional ni internacional.

[55] Vid por ejemplo Consulta no Vinculante de la DGT 1875-00, de 24 octubre de 2000, que señala que para considerar actividad de I + D la concepción de software avanzado es necesaria la concurrencia de un progreso científico o tecnológico significativo mediante el desarrollo de nuevos teoremas y algoritmos o mediante la creación de sistemas operativos o lenguajes nuevos; Consulta V2647-11, de 7 noviembre 2011, posibilidad de aplicar la deducción por actividades de innovación tecnológica a la adquisición de un robot que realiza la gestión automática del almacén y dispensación de medicamentos en una farmacia.

— Los robots e IA no gozan —de momento— del reconocimiento de una *personalidad jurídica electrónica* y menos aún de personalidad de obrar (capacidad de pago de impuestos) y tampoco existen visos de un reconocimiento internacional, al menos por parte de la Unión Europea, por lo que es difícil configurar un impuesto que considere al robot como sujeto cotizante o como sujeto pasivo de un impuesto.

— No tendrían encaje en los principios constitucionales que rigen nuestro sistema tributario, como el de igualdad y capacidad económica, pues no vemos que exista una capacidad económica real o potencial que gravar, ni que exista una mayor capacidad por el simple hecho de sustituir a un trabajador por un robot. El impuesto gravaría unas rentas imputadas "ficticias", lo que podría vulnerar el principio de capacidad económica; también el de neutralidad, pues no serían criterios económicos —sino fiscales— los que harían inclinar la balanza a favor de unos factores de producción sobre otros.

Entre las razones económicas:

— Estaríamos penalizando en gran medida la productividad, pues se desincentivaría la compra de material tecnológico y por ello el desarrollo de nuestras empresas, haciéndolas menos competitivas.

— Desincentivaría la inversión y desplazaría los centros de producción de nuestras empresas hacia otras jurisdicciones al introducir unos mayores costes empresariales.

Por el contrario, la técnica de incentivos fiscales a la contratación directa de trabajadores y a la I+D+I debería mantenerse —e incluso incrementarse— para las pequeñas y medianas empresas, pues es una forma de conciliar el incremento del empleo con el incremento de la productividad y obtendríamos mayores cotizaciones a la Seguridad Social y mayores ingresos públicos con los que financiar el sistema de pensiones.

En segundo lugar, dada la situación de crisis en la que estamos inmersos, no parece conveniente —al menos a corto plazo— instaurar nuevos impuestos o figuras tributarias, sino que debemos acudir al elenco de impuestos actualmente existentes. Una buena opción podría ser acudir a los impuestos medioambientales siempre y cuando estos se configuren de una forma adecuada y no como están actualmente.

La mayor capacidad económica, manifestada en un incremento del beneficio que obtendrán las grandes empresas por contratar robots en vez de mano de obra trabajadora humana, podrá ser gravado a través de la vía tradicional que nos ofrece el Impuesto sobre Sociedades. Cabría, incluso, la posibilidad de incrementar el tipo de gravamen de este impuesto o reducir o eliminar las deducciones a la I+D+I de aquellas empresas que estén ya fuertemente digitalizadas o robotizadas, y de esta forma obtendríamos el incremento de ingresos necesario para financiar las pensiones públicas. El establecimiento a nivel global de países de la OCDE de una tasa mínima efectiva del 15% para el gravamen de los beneficios de las grandes empresas ha sido un logro importante pero no suficiente.

Es importante también fomentar la cultura de la Responsabilidad Social Empresarial "RSE" de forma que las empresas, especialmente las tecnológicas, devuelvan a la sociedad, a sus trabajadores y al entorno en el que actúan, parte de los mayores beneficios que obtienen por su proceso de digitalización.

No nos cabe la menos duda que también la aplicación de sistemas de IA por parte de la Administración Tributaria en los procedimientos de aplicación de los tributos, siempre que se haga respetando los derechos y garantías de los contribuyentes, es una gran oportunidad para lograr el cumplimiento de las obligaciones tributarias y luchar contra el fraude fiscal y, de este modo, incrementar la recaudación impositiva.

Las conclusiones anteriores se refieren al corto plazo, pero consideramos que se trata de un proceso imparable —al menos en ciertos sectores— y que la máquina inteligente sustituirá irremediablemente al hombre en aquellas funciones que pueda realizar la robótica y la IA, por lo que el derecho deberá adaptarse a esta realidad social. Por lo tanto, no es ciencia ficción pensar que los principios inspiradores del Derecho tributario habrán de ampliar sus contornos y adaptarse a esos nuevos sujetos y a esas nuevas capacidades económicas —realmente no tan nuevas—. Está claro que los impuestos tienen una función constitucional de sostenimiento del gasto público, y entre ellos se encuentra el de la Seguridad Social.

El mantenimiento de un sistema justo de pensiones es una función del Estado, y la supervivencia del sistema está en grave riesgo de colapso. La pirámide se va invirtiendo de forma irreversible, y cada vez hay más pensionistas con pensiones cada vez más altas y menos cotizantes, con cotizaciones cada vez más bajas. No parece justo hacer recaer sobre las espaldas de los actuales cotizantes (fundamentalmente PYME´s y trabajadores) todo el peso de las pensiones, con la incertidumbre añadida de no saber qué pasará en el futuro con sus propias pensiones.

El factor de productividad en el medio plazo podría ser utilizado como elemento de corrección de las cotizaciones sociales. Si cada vez son necesarios menos humanos porque la máquina inteligente sustituye al individuo, la productividad de los que queden se multiplicará exponencialmente, por lo que la aplicación de ese factor compensaría la pérdida de cotizaciones directas por la pérdida de mano de obra.

7. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Martínez, J.: "Robótica y fiscalidad: unas breves consideraciones", en *Revista Quincena Fiscal*, núm. 3, 2021

Aransay Alejandre, A.M.: Antecedentes y propuestas para la regulación jurídica de los robots, en *Derecho de los Robots,* Barrio Andrés, M. (Dir.), Madrid, Wolters Kluwer, 2019

Bahía Almansa, B.: "El denominado impuesto sobre servicios digitales ¿constituye una opción eficaz y válida para gravar la riqueza generada en la nueva economía digital" en VV.AA. *Tributos, Servicios Digitales y Robótica*, Hinojosa Torralvo, J.J. y Cruz Padial, I. (Dirs), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020

Bensoussan, A. y Bensoussan, J.: *Droits des robots*, Paris, Larcier, 2015

Berg, A., Buffie, E.F. y Zanna, L.F.: «Robots, crecimiento y desigualdad», en *Finazas & Desarrollo*, septiembre 2016

Fernández Amor, J.A.: "Derecho tributario y cuarta Revolución industrial: análisis jurídico sobre aspectos fiscales de la robótica", en *Nueva Fiscalidad*, núm.1, 2018

——: "El impuesto sobre los robots: revisión de sus perfiles y encaje jurídico", en *Tributos, Servicios digitales y Robótica,* Hinojosa Torralvo J.J. y Cruz Padial I. (Dir.) Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020

Flechoso Sierra, J.J.: "¿Cotizarán los robots a la seguridad social?", en *El Confidencial-Tribuna*, 13 de noviembre de 2020. Disponible en línea en https://blogs.elconfidencial.com/economia/tribuna/2020-11-13/cotizaran-robots-seguridad-social_2829364/

García Luque, E.I.: "La fiscalidad del sistema financiero y tributario desde una perspectiva internacional (a propósito de la crisis migratoria)", en *Cuestiones actuales de planificación fiscal internacional*, Cruz Padial, I. e Hinojosa Torralvo, J.J. (Dirs.) Barcelona, Atelier, 2019

García Novoa, C.: "La tributación de los robots en el marco de la búsqueda de nuevas formas de gravamen" en *Tributos, Servicios digitales y Robótica,* Hinojosa Torralvo J.J. y Cruz Padial I. (Dir.) Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020

García-Prieto Cuesta, J.: "¿Qué es un robot?", en M. Barrio Andrés (Dir.) *Derecho de los Robots*, Madrid, Wolters Kluwer, 2019

Gil García, E.: *Los incentivos fiscales a la I+D+I*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017

Grau Ruiz, A.: "La adaptación de la fiscalidad ante los retos jurídicos, económicos, éticos y sociales planteados por la robótica" en *Nueva Fiscalidad*, núm. 4, octubre-diciembre 2017

Gutiérrez Bengoechea, M.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas. Análisis tributario y laboral*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2017

Hinojosa Torralvo, J.J.: "El difícil camino de la fiscalidad sobre los beneficios de la economía digital en la OCDE", VV.AA.: *Tributos, Servicios Digitales y Robótica*, Hinojosa Torralvo, J.J. y Cruz Padial, I. (Dirs), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020

Iriarte Yanicelli, A.: *Los derechos de los contribuyentes frente a algoritmos predictivos en materia tributaria*, encuentro de trabajo celebrado el 5 de junio de 2019 enmarcado en el proyecto de investigación "Fiscalidad y Robótica", citado por Díez, A. en *¿Pagaran impuestos los robots?,* CEF, Formación, junio 2019. Disponible en línea en https://www.cef.es/es/pagar-impuestos-robots-cef

Martín Rodríguez, J.M.: "La extrafiscalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español" en *Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución española*, Volumen V, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020

Muleiro parada,l.: "Las alternativas para una tributación de la robótica", disponible en https://sp.ka.edu.pl/numery/2022-1/studia-prawnicze-rim-2022-1-parada.pdf.

Oberson, X.: "Taxing Robots? From The emergency of an electronic ability to pay a tax on robots or the use robots", World Tax Journal, mayo 2017

——: *Taxing Robots, Masterclass: Fiscalidad y Robótica*, Madrid, 25 de Abril de 2019. Disponible en https://www.ucm.es/taxrobot/textos/267703

Sánchez Del Campo Redonet, A.: "Europa quiere regular a los robots", en *Diario La Ley*, núm. 4, febrero de 2017

Sánchez-Archidona Hidalgo, G.: "La tributación de la robótica y la inteligencia artificial como límites del Derecho Financiero y Tributario", en *Revista Quincena Fiscal,* núm. 12/2019

Sánchez-Urán Azaña, Y. y Grau Ruiz, A.: "El impacto de la robótica, en especial la robótica inclusiva, en el trabajo: aspectos jurídicos-laborales y fiscales" en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* núm. 50/2019

Santos González, M.J.: "Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro" en *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 4, 2017

Segura Alastrue, M.: "Los robots en el Derecho Financiero y Tributario", *en Derecho de los Robots*, 2º edición, Madrid, La Ley/Wolters Kluwer, 2019

Selma Penalba, V.: "Régimen y problemática actual de los trabajadores desplazados al extranjero: beneficios fiscales y problemática de los expatriados" en *Problemas Actuales Sobre la Residencia Fiscal: Perspectivas Internas, Comunitarias e Internacional,* Merino Jara, I. (Dir.), Madrid, I.E.F. Documentos de Trabajo 7/2018

Soler Roch, M.T.: "Una reflexión sobre la deriva del derecho tributario" en *Blog Red de profesores de Derecho Financiero y Tributario*, junio 2019. Disponible en línea en https://rpdft.org/2019/06/24/1232/

Stiglitz, J.F.: *Unemployment and Innovation, Working Paper 20670*, National Bureau of Economic Research, 2014. Disponible en línea en *http://www.nber.org/papers/w20670*

Waters, R.: *Do androids dream of personal deductions?* en The Daily Star Lebanon, 27 de febrero de 2017. Disponible en línea en https://www.dailystar.com.lb/Business/International/2017/Feb-27/395217-do-androids-dream-of-personal-deductions.ashx

Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Apuntes sobre la sostenibilidad económica del sistema de pensiones en España

Notes on the economic sustainability of the pension system in Spain

Francisco Sánchez-Del Cubo *Profesor del Departamento de Economía Aplicada*
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0002-0556-7239

José Luis Sánchez-Ollero *Catedrático de Economía Aplicada*
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0003-0834-8493

Cita Sugerida: SÁNCHEZ-DEL CUBO, F. y SÁNCHEZ-OLLERO, J.J.: «Apuntes sobre la sostenibilidad económica del sistema de pensiones en España». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 309-326.

Resumen

Las pensiones son un tema de constante atención en la sociedad, ya que impactan de una u otra manera a casi toda la población, tanto durante su vida laboral como una vez que la han finalizado. Dado su gran impacto en diferentes esferas, es esencial contar con información completa y detallada sobre las variables que influyen en el sistema de pensiones, lo que permite hacer una evaluación precisa y ajustada de la situación actual y de las perspectivas futuras. Además, el continuo y progresivo envejecimiento que se observa en casi todo el mundo, fenómeno al que España no es ajena, incrementa la necesidad de disponer del conocimiento necesario para tomar las medidas más adecuadas, alineadas con los objetivos establecidos por la sociedad. El fuerte gasto económico que supone un plan de pensiones público y la necesidad de su mantenimiento en el largo plazo, implican un elemento de complejidad nada desdeñable que requiere de herramientas fiables de medición y análisis, así como de un consenso social suficiente. En este trabajo se contienen algunos apuntes sobre los elementos clave del sistema de pensiones español, situándose en el contexto de las obligaciones con nuestros socios comunitarios y la necesaria equidad intergeneracional.

Palabras clave

Sistema de pensiones; sostenibilidad económica; equilibrio presupuestario; equidad; demografía; gasto público; Producto Interior Bruto

Abstract

Pensions are a topic of constant attention in society, as they impact nearly the entire population in one way or another, both during their working life and after retirement. Given their significant impact on various spheres, it is essential to have comprehensive and detailed information on the variables that influence the pension system, allowing for an accurate and well-adjusted assessment of the current situation and prospects. Moreover, the continuous and progressive ageing observed in almost every part of the world, a phenomenon to which Spain is no exception, increases the need for the necessary knowledge to take the most appropriate measures aligned with the objectives set by society. The substantial economic expenditure involved in a public pension plan and the need for its long-term sustainability present a considerable complexity that requires reliable measurement and analysis tools, as well as sufficient social consensus. This work contains some notes on the key elements of the Spanish pension system, situated within the context of our obligations to our European partners and the necessary intergenerational equity

Keywords

Pension system; economic sustainability; balanced budget; equity; demographics; public expenditure; gross domestic product

1. INTRODUCCIÓN

Resulta comúnmente aceptado que la sostenibilidad de un sistema público de pensiones se basa en un conjunto de variables que van desde la demografía al análisis de la cobertura a largo

plazo, pasando por el esfuerzo que, en términos de porcentaje de la riqueza nacional, suponen para las cuentas del Estado (Sánchez-Ollero y Del Cubo-Arroyo, 2021).

No obstante, en el caso español y como se desarrollará en las líneas siguientes, tampoco hay que dejar de lado la influencia de las decisiones políticas de los gobiernos que se han alternado en el poder, y que ha ido modelando un sistema en el que coexisten pensiones contributivas con las no contributivas y amplias diferencias en las aportaciones que se realizan a los fondos del sistema de pensiones, así como la utilización no siempre adecuada de esos fondos en momentos, principalmente, de crisis económica. Como consecuencia, el mantenimiento del equilibrio a largo plazo del sistema ha sido puesto en cuestión en numerosas ocasiones, con mayor o menor rigor, desde diversos frentes económicos, sociales y políticos.

Para añadir mayor complejidad, no parece existir un consenso a la hora de valorar que entendemos por sostenibilidad en este contexto. La Comisión Europea sostiene que la sostenibilidad se fundamenta en el equilibrio entre ingresos y gastos dentro del propio sistema de pensiones, haciendo hincapié en la necesidad de que el sistema pueda absorber el envejecimiento de la población trabajadora, todo ello dentro del marco del equilibrio presupuestario de las cuentas públicas (Comisión Europea, 2021). Por lo tanto, desde la Comisión Europea se ha adoptado un enfoque económico-financiero.

Sin embargo, en el plano nacional el actual Gobierno de España, con el respaldo de los principales sindicatos, vincula la revalorización anual de las pensiones al Índice de Precios al Consumo (IPC), estableciendo subidas superiores al IPC para compensar la pérdida de poder adquisitivo de años anteriores causadas, sobre todo, por la alta inflación. Así, en los últimos tres años las pensiones medias se han revalorizado un 2,5% en 2022, un 8,5% en 2023 y un 3.8% en 2024, en un contexto inflacionista del 8,4% en 2022 y 3,5% en 2023. La inflación acumulada de 2024 a la redacción de estos apuntes se cifraba en el 3,4% (dato interanual de junio). Por encima de esa media, las pensiones mínimas, las no contributivas y el Ingreso Mínimo Vital subirán este año un 6,9%, y las de viudedad con cargas familiares un 14,1%, en tanto que el complemento para la reducción de la brecha de género de las pensiones contributivas es de un 5%. Todo ello se suma al 3,8% de subida media (La Moncloa, 2024a). De este modo, el enfoque del Gobierno de España se inclina hacia la sostenibilidad social, con un enfoque en la redistribución de la renta.

A la pregunta que, seguramente, se hace un lector neutral, *¿Es compatible el incremento de las pensiones con el funcionamiento del sistema?*, el Gobierno de España señala, literalmente: "*La subida es compatible con un fortalecimiento de los ingresos del sistema, que siguen mejorando gracias a la reforma laboral y otras medidas que han permitido crear más empleo, de más calidad y que la actividad económica se robustezca, lo que proporciona más recursos a la Seguridad Social. Gracias a ello, el déficit del sistema sigue bajando (del 1,6% que estaba en 2017 al 0,5% previsto para este año) y los ingresos por cotizaciones sociales se incrementan un 10,3% interanual"* (La Moncloa, 2024a).

Cuánto hay de realidad en esta afirmación y cuánto de simple voluntarismo es una cuestión a la que intentaremos acercarnos en las siguientes páginas.

Para ello debemos enmarcar el sistema de pensiones español de la actualidad, a lo que dedicaremos el epígrafe tercero, en su contexto histórico, la evolución que ha seguido y las sucesivas reformas que ha sufrido, detallado en el epígrafe segundo, situándolo en el espacio europeo y en las obligaciones contraídas internacionalmente de equilibrio presupuestario, a lo que dedicaremos el capítulo tercero. En el cuarto, esbozaremos algunas proyecciones y perspectivas de futuro. Las referencias bibliográficas y documentales utilizadas se incluirán al final de la pieza. Observará el

lector que en estos apuntes hemos omitido, intencionadamente, un apartado de conclusiones: que sea el propio lector, a la luz de los contenidos del conjunto de esta obra, quien libremente las formule.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL SISTEMA DE PENSIONES EN ESPAÑA

El concepto de sistema de pensiones tiene raíces que se extienden hasta la antigüedad, cuando las sociedades más avanzadas comenzaron a reconocer la importancia de garantizar la seguridad económica de las personas mayores y de las personas con discapacidad.

No obstante, probablemente el origen del sistema de pensiones como tal habría que situarlo en la época del Imperio Romano, ya que fue allí donde se estableció de forma oficial el primer sistema de pensiones conocido: la *Lex cionaria*, también conocida como *Ley de la cigüeña*. De acuerdo con esta ley, los hijos estaban obligados a cuidar de sus padres y abuelos, de manera similar a cómo las cigüeñas cuidan de sus mayores una vez que se independizan. El artículo 143 del Código Civil español establece, como *herencia* de aquél, la obligación de "darse alimentos", lo que representa una adaptación de esa antigua obligación romana. Negar esta asistencia y los cuidados a los padres es una de las razones que puede justificar la desheredación de los herederos, excluyéndolos de la herencia. Asimismo, las primeras pensiones propiamente dichas, fueron para los legionarios romanos que, como recompensa por determinados años de servicio, recibían una prestación (*praemium*) en un pago único y/o un terreno donde asentarse tras la milicia. La palabra "*jubilación*" proviene, así, del latín "*jubilare*", pues significa una expresión de alegría al dejar de jugarse la vida y poder sostenerse económicamente hasta el fin de sus días (Fundación MAPFRE).

Durante la Edad Media, los gremios y las cofradías también crearon sistemas, que hoy llamaríamos de pensiones, para apoyar a sus miembros. Basado en todo ello, el sistema de pensiones tal como lo conocemos hoy en día empezó a tomar forma en Europa a finales del siglo XIX.

Los planes de pensiones públicos, seguros sociales o, simplemente, los sistemas de pensiones, tal y como hoy los concebimos, son un invento relativamente moderno que tiene su origen en la Revolución Industrial (Sánchez-Ollero y Del-Cubo Arroyo, 2021). Sería Otto von Bismarck quien, en 1889 y como canciller de Alemania, introdujera el primer sistema de seguridad social que pudiéramos considerar como moderno, el cual incluía una asignación económica (pensión) para los mayores y personas con discapacidad, que se unía a la atención médica y seguro de accidentes, ya introducidos con anterioridad en 1883 y 1884 respectivamente.

Años más tarde, en plena Segunda Guerra Mundial, el gobierno británico encargó a una comisión, presidida por William Beveridge, la reforma del sistema de protección social del país. Beveridge transformó radicalmente el sistema existente, que se enfocaba en la asistencia a los indigentes, al introducir (curiosamente y dado el contexto histórico) la perspectiva alemana impulsada por Von Bismarck, la cual como se ha indicado se centraba en proporcionar ingresos a los trabajadores que, por diversas razones, como enfermedad o accidente laboral, no pudieran continuar trabajando. El conocido como Plan Beveridge, entregado al gobierno en 1941, unía las dos sensibilidades, británica y alemana, en un mismo plan; la incorporación de la jubilación como un derecho de las personas trabajadoras y la protección social son hoy la base de los sistemas de pensiones existentes en la mayoría de los países desarrollados (Sánchez-Ollero y Del Cubo-Arroyo, 2021).

En España, Cánovas del Castillo y otros políticos e intelectuales crean en 1883 la Comisión de Reformas Sociales, que ha de entenderse, como señala De la Calle Velasco (1989), como un intento de apaciguar los crecientes conflictos laborales y el descontento social pero que, a la postre y tras

algún intento fallido, dará lugar a la creación del Instituto de Reformas Sociales en 1903 y, finalmente, culminará con la creación del Ministerio de Trabajo en 1920.

Fruto de los trabajos de la Comisión de Reformas Sociales y del Instituto de igual nombre fue la creación en 1908 del Instituto Nacional de Previsión (INP). Ya en 1963 se establece la Ley de Bases de la Seguridad Social, que unifica y amplia los diversos seguros existentes. El INP estaría vigente hasta 1978 en que tras los Pactos de la Moncloa se diversifica en varios organismos. En ese mismo año, la Constitución Española reconoce el derecho a la seguridad social y a la suficiencia económica durante la jubilación.

Durante la Transición, las dificultades no sólo políticas sino también de fuertes reformas económicas que fueron necesarias para la estabilización de la economía, acabaron culminando en la necesidad de reformar el enfoque de atención a las pensiones. Se haría de rogar en el tiempo, pero finalmente, en 1995, las fuerzas políticas y sindicales llegarían a lo que se conoció como el Pacto de Toledo, un acuerdo entre las principales fuerzas políticas para garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones. Se proponen reformas para adaptarse a los cambios demográficos y económicos y se pacta dejar las pensiones, materia extremadamente sensible y necesitada de enfoques a largo plazo, fuera del enfrentamiento político.

Las exigencias financieras derivadas de la profunda crisis económica del periodo 2008-2013, llevarían a tomar medidas como la elevación progresiva de la edad de jubilación de 65 a 67 años y la ampliación del período de cálculo de las pensiones (en 2011) y la introducción del factor de sostenibilidad y el índice de revalorización de las pensiones, medidas destinadas a asegurar la viabilidad financiera del sistema (en 2013).

Finalmente, entre 2021 y 2024, se han llevado a cabo nuevas reformas en el sistema de pensiones, incluyendo el aumento del periodo de cotización requerido para la jubilación completa y la introducción de incentivos para retrasar la jubilación, así como la potenciación del polémico concepto de jubilación activa que, aunque introducido en 2013, se replantea ahora como una alternativa a la escasez de trabajadores cualificados en determinadas áreas y un elemento de sustitución ordenada de trabajadores en los sistemas productivos.

Todas estas reformas buscan asegurar la sostenibilidad del sistema en un contexto de envejecimiento de la población y cambios en el mercado laboral.

3. EL ESTADO ACTUAL DEL SISTEMA DE PENSIONES ESPAÑOL

3.1. Constitución y principios del sistema

En España, como en el resto de la Europa Occidental, el propósito fundamental de los sistemas de pensiones ha sido proporcionar la mejor renta de reemplazo posible a quienes han concluido su carrera laboral remunerada, permitiéndoles así conservar sus niveles de consumo habitual en su zona de residencia o trabajo al término de su vida profesional activa (García Díaz, 2024). Cómo se logra este objetivo en los diferentes países es un asunto aparte.

Según la Comisión Europea, uno de los principios fundamentales del pilar europeo de derechos sociales es que los trabajadores lleguen a la jubilación recibiendo una pensión "*proporcional a sus cotizaciones*", lo que debe garantizar "*ingresos adecuados*" que aseguren una "*vida digna*" (Comisión Europea, 2021). Como ocurre con gran parte de lo que proviene de la CE en el ámbito de la protección social, se emplean conceptos que pueden medirse en función de las necesidades, dada su naturaleza

subjetiva. Porque, como señalan Sánchez-Ollero y Del Cubo Arroyo (2021) ¿qué se entiende por «*adecuado*" o "*digno*"? Sea como fuere, la suficiencia de las prestaciones debe lograrse asegurando la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, la equidad en el trato tanto a nivel individual como entre generaciones, y contribuyendo activamente a fomentar un crecimiento económico dinámico mediante el uso eficiente de los factores productivos (García Díaz, 2024).

El sistema público de pensiones español se compone, en un primer avance, de pensiones contributivas y pensiones no contributivas.

Las pensiones contributivas son prestaciones económicas cuya duración puede ser limitada o indefinida. Su otorgamiento suele estar condicionado a que el beneficiario haya mantenido una relación jurídica previa con la Seguridad Social y cumpla ciertos requisitos específicos según el tipo de pensión. Para las pensiones de jubilación ordinaria, el trabajador debe haber cotizado un mínimo de 15 años, de los cuales al menos dos deben estar dentro de los 15 años inmediatamente anteriores, además de cumplir con la edad establecida por la ley. En 2024, esta edad se fija en 66 años y 6 meses para quienes hayan cotizado menos de 38 años. Si el trabajador ha alcanzado esos 38 años de cotización, podrá jubilarse a los 65 años. El monto de estas prestaciones se establece en función de las contribuciones realizadas por el trabajador y, en el caso de los empleados por cuenta ajena, por el empresario, durante el período considerado para calcular la base reguladora de la pensión correspondiente.

En la actualidad, se establecen tres tipos básicos de pensiones contributivas: de jubilación (ordinaria, anticipada, parcial, flexible y especial), incapacidad permanente (parcial, total, absoluta o gran invalidez) y por fallecimiento (viudedad, orfandad y en favor de familiares). La gestión de este tipo de prestaciones está encomendada al Instituto Nacional de la Seguridad Social (La Moncloa, 2024b).

Las pensiones no contributivas son prestaciones económicas que se reconocen a los ciudadanos que carecen de recursos suficientes para su subsistencia, incluso cuando no hayan cotizado nunca a la Seguridad o no hayan cotizado el tiempo suficiente para poder solicitar las prestaciones contributivas y pueden ser de jubilación o de invalidez. En ambos casos, la cuantía mínima individual se ha fijado en 2024 en 7.250,60 euros. La gestión de estas pensiones está delegada en las comunidades autónomas y, en el caso de Ceuta y Melilla, a las direcciones provinciales respectivas del IMSERSO (La Moncloa, 2024b).

Las pensiones no contributivas se sostienen con las aportaciones del Estado vía impuestos, quedando fuera del sistema de reparto que se aplica en España a las pensiones contributivas.

3.2. Soporte financiero y gasto en pensiones contributivas en España

Las pensiones contributivas parten de la configuración de dos subsistemas diferenciados como son la Seguridad Social y el Régimen de Clases Pasivas, compuesto este último básicamente por funcionarios de las diferentes administraciones públicas que obtuvieron tal condición antes de 1 de enero de 2011 (en el caso de la administración central). Las diferentes administraciones regionales y locales ya decidieron, con anterioridad a esa fecha, la vinculación de sus trabajadores al Régimen General de la Seguridad Social.

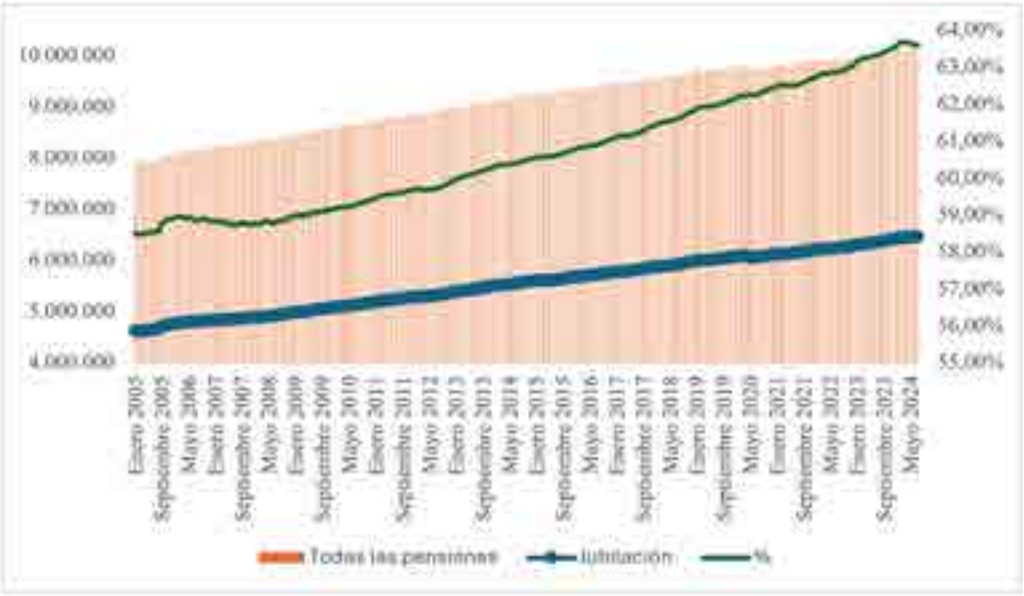
El grueso del gasto público en pensiones se centra en las pensiones contributivas con cargo a la Seguridad Social, representando las pensiones no contributivas un porcentaje del PIB muy escaso. Dentro de las contributivas, las que son a cargo de la Seguridad Social representan casi un 90% por

el 10% de las clases pasivas. Por ello, y al objeto de simplificar sin perder calidad de análisis, en este trabajo nos circunscribiremos casi siempre al régimen contributivo de la Seguridad Social obviando las no contributivas y el régimen de Clases Pasivas.

El gasto en pensiones contributivas se situó en 2023 en el 11,5% del PIB (Revista de la Seguridad Social, 2024), registrando leves caídas con respecto a los años anteriores, situándose el máximo reciente en el 12,4% del PIB registrado en 2020.

Siguiendo los datos estadísticos del Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS), recogidos en el Gráfico 1, el número total de pensiones en régimen contributivo en España a fecha julio de 2024 era de 10.188.792 personas, siendo de ellas 6.481.224 pensiones por jubilación, el 63,61%. La evolución histórica, con datos disponibles desde enero de 2005 resulta, en términos anuales, siempre creciente tanto en lo que se refiere a las prestaciones por jubilación como al total de las prestaciones, siendo en julio de 2024 un incremento de percepciones de pensiones por jubilación de 1.846.566 más que en la fecha de referencia en la que el porcentaje de pensiones por jubilación frente al total de prestaciones contributivas era del 58,5%, es decir, 5,1 puntos menor que en la actualidad.

Gráfico 1: Pensiones por jubilación y total de prestaciones. Serie 2005-2024



Fuente: INSS (2024) y elaboración propia

En lo que se refiere al importe medio mensual de esas pensiones, considerando 14 pagas y centrándonos exclusivamente en los últimos años, las prestaciones mensuales por jubilación han crecido un 23,18% desde diciembre 2020 a julio 2024, con un importe medio en este último mes de 1.443,11 euros. Las pensiones medias de jubilación se sitúan por encima de la media del sistema (1.255,68 euros, un 13% menos que las de jubilación) y de todas las clases, incluidas las de incapacidad (1.162,84 euros, un 19,4% menos que las de jubilación).

Estos datos, recogidos en el Gráfico 2, han de ser tenidos en cuenta con otros datos de contexto. Así, si la pensión media en 2024 se sitúa en los referidos 1.443 euros, el salario mínimo interprofesional (SMI) se sitúa por debajo, en 1.134 euros. En la serie histórica desde la introducción

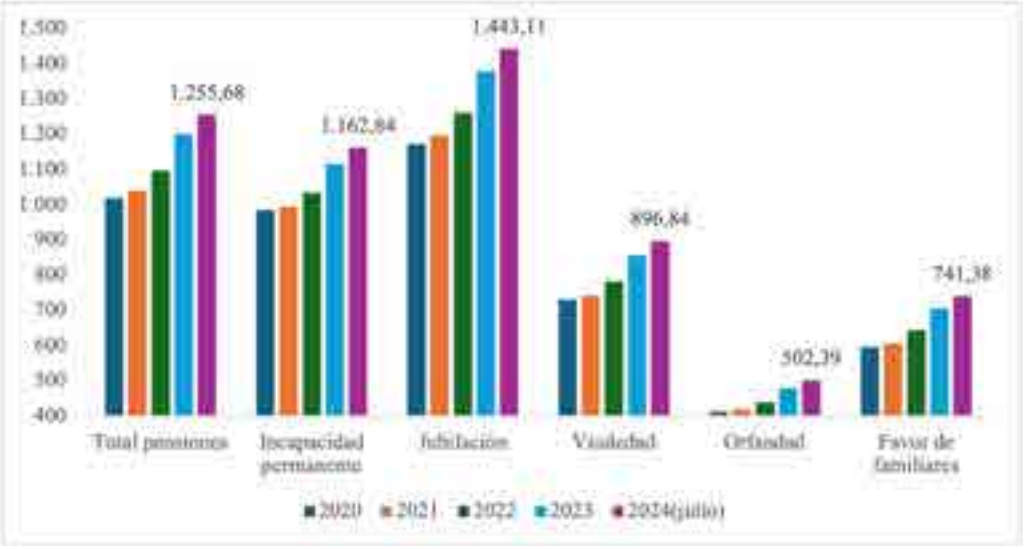
del SMI esto ha venido ocurriendo así sin excepciones y desde 2020 las diferencias han oscilado entre el 23 y el 27%.

Aunque el SMI no entiende de edades, con los datos de la Encuesta de Estructura Salarial de 2022 (última disponible), observamos como el salario medio de los menores de 25 años, es decir de aquellos que acceden a sus primeros empleos, se situaba en ese año en 921 euros, menos de la mitad del salario medio (1.925 euros) y por debajo del SMI marcado para ese año (1.000 euros). Y lo que es peor: se sitúa nominalmente en los valores de 2008, con la evidente enorme merma en el poder adquisitivo desde ese año al momento actual.

Abundando en este dato, si en 2008 el 8,9% de los trabajadores cobraba un salario igual o menor al SMI vigente, en 2021 (último dato proporcionado por el INE) este porcentaje se elevaba al 17,53%; en las mismas fechas, aquellos que cobraban más de dos veces el SMI fueron el 56,75% en 2008, frente a solo el 35,63% de 2021. El segmento de los que cobran entre una y dos veces el SMI es el único que crece, pasando del 34,4% en 2008 al 46,84% en 2021.

Un dato adicional que cobrará sentido más adelante en este texto: la relación entre el salario medio y la pensión media no ha parado de decrecer en los últimos años: si en 2008 el salario medio se situó en 1.563 euros en 14 pagas, la pensión media se cifró en las mismas condiciones en unos 822 euros, un 90% menos. En 2022, las cifras son de 1.925 y 1.260 euros respectivamente, con lo que la ratio baja a un 53%

Gráfico 2: Importe medio mensual de las pensiones por clases.



Fuente: INSS (2024) y elaboración propia

El Gráfico 2 recoge el importe medio de las pensiones a nivel nacional y, como tal, debe servir de referencia al menos mientras exista el concepto de caja única. No obstante, en un país tan heterogéneo como el nuestro y dadas las constantes tensiones políticas tendentes a fraccionar este y otros elementos comunes, no viene mal recordar las diferencias regionales de partida. Como podemos observar en el Gráfico 3 tomando como fuente el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y como referencia el último dato disponible de julio 2024, si la pensión media de jubilación se situaba en España en 1.443,11 euros en 14 pagas, las diferencias entre los pensionistas que más cobran que

son los del País Vasco (1.764 euros) se eleva a un 22,23% sobre esta media; por el contrario, los pensionistas que menos cobran, que son los de Extremadura con 1.212,6 euros de media, reciben un 16% menos que la media nacional. Comparando la pensión media de estas dos regiones, los jubilados extremeños perciben un 31,26% menos de pensión que sus homólogos del País Vasco.

Estas fuertes diferencias regionales, condicionadas obviamente por los salarios previos percibido durante la vida laboral activa, deberían ser tenidas en cuenta a efectos de un mejor diseño de los programas de retiro, aunque este sea un debate que excede del estrictamente profesional para adentrarse en el terreno de la ideología política: la redistribución de la renta y los conceptos de equidad y justicia social no siempre son tenidos en cuenta a la hora del diseño de los sistemas de pensiones. El hecho de que éstos deban diseñarse a largo plazo y que durante los distintos procesos de corto plazo se producen cambios en los objetivos y herramientas utilizadas, motivadas por los cambios de gobierno, pueden producir desajustes de difícil resolución.

Gráfico 3: Pensión media mensual por regiones españolas en euros. Dato de julio 2024



Fuente: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (2024) y elaboración propia

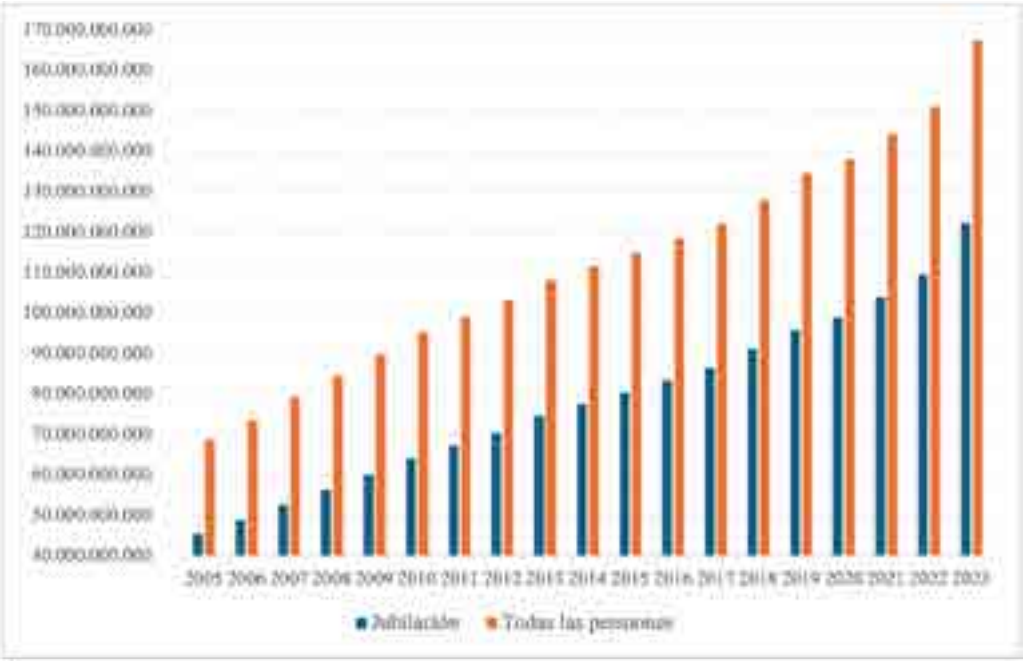
El gasto público en pensiones en España se situaba en julio de 2024 en 12.793.824.587 euros mensuales, siendo el gasto en pensiones de jubilación en ese mes de 9.353.149.412 euros, es decir: aproximadamente el 73% del total del gasto en pensiones contributivas del INSS. Con datos anuales, reflejados en el Gráfico 4, en 2023 el gasto en este concepto fue de 167.627.120.410 euros para el total de las pensiones y de 122.364.795.207, igualmente el 73% del total.

Las cifras así reseñadas impresionan, sin duda. Aunque habría que ponerlas en el contexto, tanto de su evolución anual como en relación con el Producto Interior Bruto (PIB), entendido éste como una medida de la riqueza nacional.

En el primer caso, el gasto en pensiones ha crecido desde 2005 a una media anual del 5,1%, siendo el crecimiento medio de las de jubilación del 5,67%. Este resultado se debe no tanto a la revalorización de las pensiones como al crecimiento del número de prestaciones concedidas, reflejado en el Gráfico 1. No obstante, en los últimos tres años se han producido revalorizaciones de las pensiones, particularmente las de jubilación, tendentes a recuperar las pérdidas de poder adquisitivo de los últimos períodos, que sí que han producido un alza significativa en el volumen económico

del sistema, aún más en el último año: el crecimiento en la factura de las pensiones en 2023 fue un 10,85% mayor que en 2022, siendo un 11,61% en el caso de las prestaciones por jubilación.

Gráfico 4: Gasto público anual en pensiones retributivas de jubilación y total del INSS. Período 2005-2023

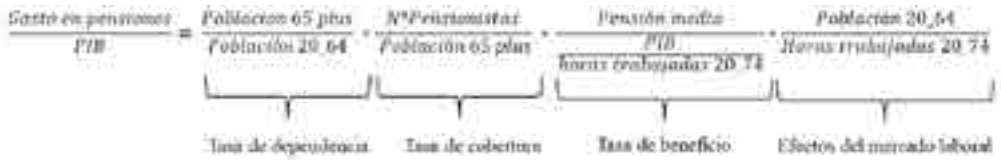


Fuente: INSS (2024) y elaboración propia

En el segundo caso, el contexto de la riqueza nacional, en lo que llevamos de 2024 al momento de la redacción de este texto (agosto), el gasto en pensiones contributivas de la Seguridad Social supone el 11,5% del PIB, cifra idéntica a la del año 2023. Esto significa una leve reducción al impacto sobre las cuentas públicas en los últimos años: en 2020, el gasto se situó en el 12,4% del PIB, 12,1% en 2021 y 11,7% en 2022 (La Moncloa, 2024c). A estos datos hay que añadir las cifras de las pensiones no contributivas y las relativas a las Clases Pasivas. Siguiendo los datos de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIREF) que incluye estas cifras, el impacto total del sistema de pensiones sobre el PIB se situaría en 2022 en el 13,2% del PIB y en 2023 sería del 13,9%. Las proyecciones de esta entidad para el horizonte 2050 señalan una media de gasto en pensiones del 15,1% sobre el PIB cada año, con un pico del 16,42% del PIB en 2040, consecuencia fundamentalmente de la evolución demográfica y la jubilación completa de los nacidos en el *baby boom* de los 60, y un 14,2% de impacto sobre el PIB en dicho año 2050 (AIREF, 2020)

La proporción del gasto público en pensiones respecto del PIB puede desglosarse en cuatro componentes (véase la Figura 1). La tasa de dependencia refleja la dinámica de la estructura de edad de la población. La tasa de cobertura indica la amplitud con que se distribuyen los beneficios de las pensiones públicas entre la población. La tasa de beneficios relaciona la pensión media del sistema con el salario medio de la economía. Por último, el efecto del mercado laboral muestra cómo se distribuye el esfuerzo para financiar el sistema entre la fuerza laboral.

Figura 1: Desagregación del gasto público en pensiones respecto al PIB



Fuente: Comisión Europea (2024) y elaboración propia

Es precisamente el efecto de la evolución demográfica lo que más preocupa para la sostenibilidad del sistema, por ser independiente de las decisiones que se tomen en este momento, aunque sin duda son un conjunto de elementos los que pueden poner en riesgo dicha sostenibilidad y el equilibrio global del sistema y de las cuentas públicas.

3.3. Problemática actual para la sostenibilidad del sistema

Podríamos considerar tres grandes grupos de variables que vienen a condicionar la sostenibilidad del sistema de pensiones en España: la demografía, el mercado de trabajo y el sistema institucional de poderes.

El primero de ellos, la demografía, está en la base de la problemática actual y sostenibilidad futura del sistema de pensiones ya que las prestaciones se basan en lo que se conoce como sistema de reparto. Éste es un sistema que fía su sostenibilidad al crecimiento positivo de la demografía y la incorporación al mercado de trabajo (segundo grupo de variables) de cada vez más cotizantes. Exige, por lo tanto, no solo cada vez más población en edad de trabajar sino, también, que éstos consigan trabajo y nos encontremos con altas tasas de ocupación, amén de que el grupo de cotizantes sea mayor que el de pensionistas. Todo ello es algo que la mejora en la calidad y esperanza de vida pone ciertamente en cuestión.

Aunque en las décadas de los 60 y 70 del siglo pasado el sistema pudo parecer sostenible debido a la estructura demográfica de aquel entonces, lo cierto es que, desde entonces hasta la actualidad, y con perspectivas de que esta situación continúe en un futuro relativamente cercano, la alta tasa de desempleo, la baja natalidad, la contención de los salarios reales y el aumento de la longevidad han expuesto las deficiencias y fragilidades del sistema.

La condición de equilibrio en un sistema de reparto exige que la pensión media sobre el salario medio debe ser igual al producto de los ingresos totales sobre los salarios de la economía por la relación entre cotizantes por pensión (Sánchez-Ollero y Del-Cubo Arroyo, 2021). En términos matemáticos, y siguiendo a Domínguez-Martínez (2021):

$$TC * SM * NE = PM * NP$$

Donde TC es el tipo de cotización, SM el salario medio, NE el número de empleados activos y ocupados, PM la pensión media y NP el número de pensionistas. Reordenando la ecuación resulta que

$$PM = TC * \frac{NE}{NP} * SM$$

Resulta evidente pues que, para el mantenimiento de las pensiones, es fundamental el equilibrio entre el número de trabajadores en activo y ocupados (NE) y el número de pensionistas (NP). Si

dicho equilibrio se resiente, como ocurre actualmente con una pirámide poblacional distinta de la proyectada y un mercado de trabajo con fuertes desequilibrios, solo caben tres posibles soluciones: aumentar el salario real (lo cual depende más del mercado que de las decisiones del sistema), aumentar el tipo de cotización (lo que reduce la capacidad adquisitiva real del trabajador actual) y/o disminuir las prestaciones. Dado que el actual gobierno de España no solo no reduce, sino que aumenta las prestaciones por jubilación y se resiste, además, a aumentar el tipo de cotización, solo queda confiar en la evolución del mercado de trabajo… el cual parece tender justo a lo contrario de lo que sería deseable.

En la Tabla 1 se recoge una comparativa de los salarios percibidos por los trabajadores en España en 2008 y 2022, último dato facilitado por la Encuesta de Estructura Salarial. Como puede observarse, la ganancia salarial media por trabajador en 2008 se situó en 21.883 euros y en 2022 se elevó a los 26.949 euros, con una variación positiva del 23,15%. Sin embargo, las diferencias por cohorte de edad de los trabajadores son elevadas. Así, los trabajadores de menos de 20 años apenas han visto crecer su salario nominal en ese periodo un 6,40%, muy lejos del 33,36% de subida de los trabajadores que, con una edad entre 60 y 64 años, se encuentran al borde de su jubilación.

Tabla 1: Ganancia salarial media anual España 2008-2022

	2008	2022	Var.22/08	Variación s/ media 2008	Variación s/ media 2022
Todas las edades	21.883,42	26.948,87	23,15%		
Menos de 20 años	9.960,26	10.597,24	6,40%	-54,48%	-51,57%
De 20 a 24 años	13.293,39	15.181,24	14,20%	-39,25%	-30,63%
De 25 a 29 años	17.434,00	20.459,60	17,35%	-20,33%	-6,51%
De 30 a 34 años	20.528,28	24.114,17	17,47%	-6,19%	10,19%
De 35 a 39 años	22.429,72	25.745,84	14,78%	2,50%	17,65%
De 40 a 44 años	23.585,09	27.713,56	17,50%	7,78%	26,64%
De 45 a 49 años	24.326,53	29.293,69	20,42%	11,16%	33,86%
De 50 a 54 años	25.881,40	29.381,29	13,52%	18,27%	34,26%
De 55 a 59 años	26.981,89	30.196,33	11,91%	23,30%	37,99%
De 60 a 64 años	22.230,81	29.646,98	33,36%	1,59%	35,48%
65 y más años	27.116,41	30.496,85	12,47%	23,91%	39,36%

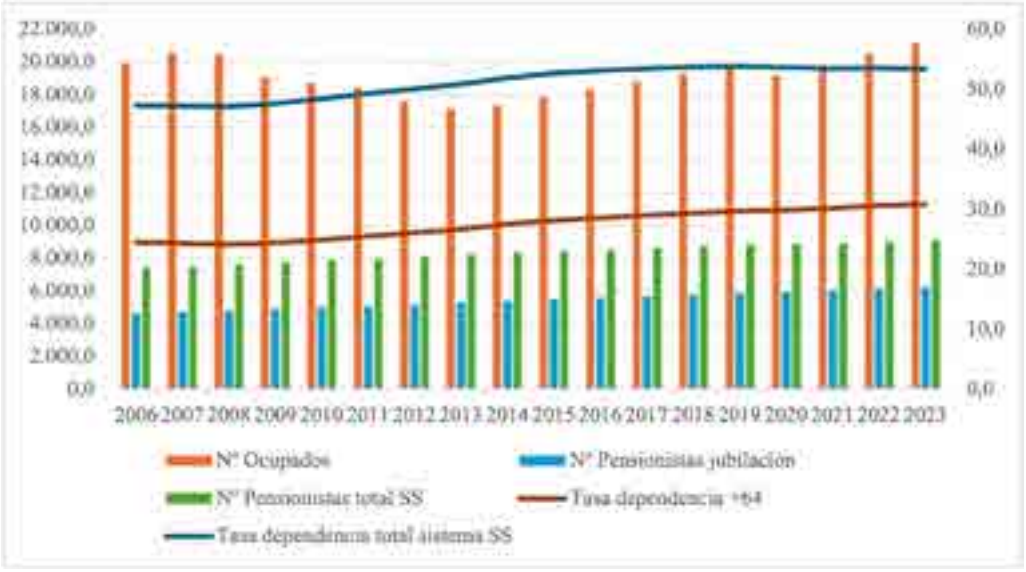
Fuente: INE (2024) y elaboración propia

Como suele ocurrir en todos los sistemas económicos y siguiendo la lógica laboral, los trabajadores de menos edad perciben menos sueldo que sus mayores; la diferencia en el caso español radica precisamente en eso: en la diferencia, en este caso abultada, siendo el salario de la cohorte más joven un 54,5% menor que la media en 2008 (51,57 con datos de 2022) y un 39,25% menor que la media de 2008 para la cohorte entre 20 y 24 años (30,63% en 2022). La siguiente cohorte, de 25 a 29 años, también tenían significativas diferencias por debajo de la media en 2008 (20,33% y 6,51%, respectivamente), en tanto que la cohorte de 30 a 34 años que estaba un 6,19% por debajo de la media en 2008, en 2022 tiene unas ganancias que superan a la media en un 10,19%. El resto de las cohortes, con edad igual o superior a 35 años no solo se mantienen por encima de la media en 2022 como ya lo estaban en 2008, sino que se producen significativas ganancias salariales. La mayor subida se produce, nuevamente, en las cohortes más cercanas a la jubilación.

Este panorama parece dibujar una creciente brecha salarial entre generaciones, difícilmente compatible con el sostenimiento del sistema de pensiones en su configuración actual y también supone también supone un hito en nuestra sociedad pues avanza que la tendencia histórica en la que las cohortes más jóvenes disfrutaban de mejores rentas que sus ascendientes ha dado un giro radical en sentido contrario (Sánchez-Ollero et al., 2022).

Afortunadamente, en lo que se refiere al número de cotizantes a la Seguridad Social, estamos registrando en los últimos años cifras históricas, superando la barrera de los 20 millones de ocupados ya en 2022 y cerrando el año 2023 con más de 21,182 millones de cotizantes. Este dato, recogido en el Gráfico 5 y tomando como fuente los datos del INE de mercado laboral, es ciertamente optimista, aunque por desgracia y como ya hemos comentado, no va acompañado del nivel salarial suficiente para que respire el sistema. Además, el análisis de la serie histórica no debe dejar de lado lo sensible que es el mercado de trabajo español ante los períodos de crisis, donde se producen reducciones muy significativas de la tasa de empleo y, por lo tanto, de cotización al sistema (Llobet Dalmases, 2024). Este hecho, que suele ser más intenso que en otras economías de nuestro entorno, debería tenerse en cuenta en las proyecciones a largo plazo. En este mismo gráfico se recogen la tasa de dependencia total, tomada igualmente del INE, en este caso de sus Indicadores Demográficos y el número de pensionistas del sistema.

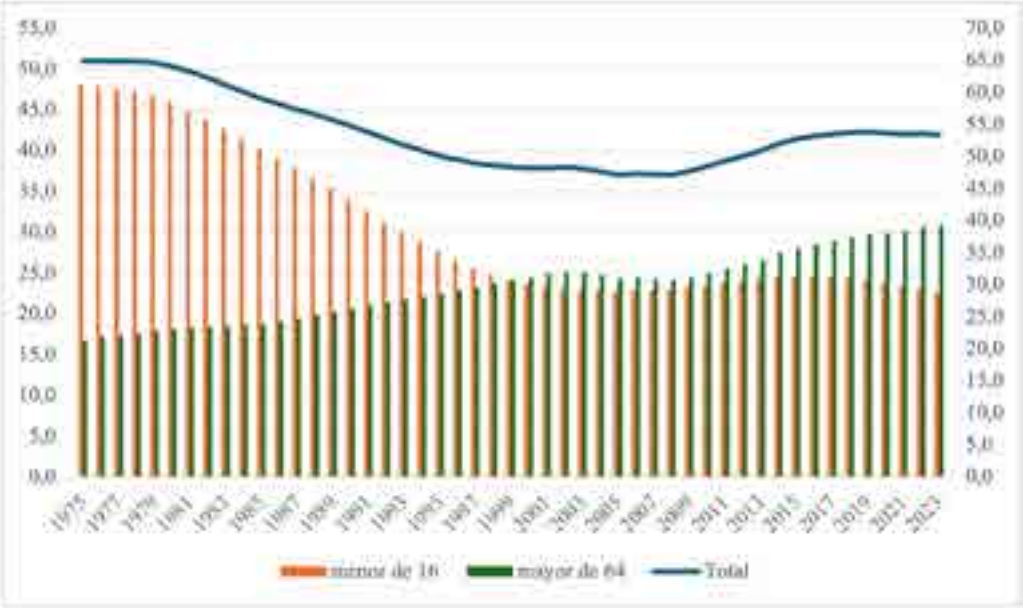
Gráfico 5: Ocupados, pensionistas y tasas de dependencia. Datos en miles y porcentaje. Período 2006 a 2023



Fuente: INE (2024), INSS (2024) y elaboración propia

El conjunto de las tasas de dependencia (total, menores de 16 años y mayores de 64 años) se recogen en el Gráfico 6. En diciembre 2023 la tasa de dependencia total del sistema muestra un porcentaje del 53,4%, manteniéndose en cifras muy similares en los últimos años, con un leve descenso de cuatro décimas desde 2018 a la actualidad. Por su parte la tasa de dependencia que mide a los jubilados es sensiblemente menor, situándose en el 30,9%, pero con tasas de crecimiento anual sostenidas que suman una media del 1,64% anual en la última década y tras el fin de la crisis de 2008-2013.

Gráfico 6: Tasas de dependencia en España. Período 1975-2023



Fuente: INE (2024) y elaboración propia

La evolución futura del sistema va a depender, como ya se ha comentado, de cómo lo hagan los elementos clave de este y, sobre todo, de la evolución de la demografía, lo que comentaremos en el siguiente epígrafe.

4. PERSPECTIVAS DEMOGRÁFICAS Y PROYECCIÓN DEL GASTO PÚBLICO EN PENSIONES

En abril del presente año, la Comisión Europea publico sus cifras para el período 2022-2070, las cuales se recogen en la Tabla 2.

La regla de gasto de las pensiones, comprometidas por el Gobierno de España ante la Comisión Europea, da un importante valor a estas cifras ya que sobre las estimaciones en él contenidas la AIREF debe realizar sus propias estimaciones para ver si es posible cumplir con el compromiso español ante Bruselas de no superar el 13,3% del PIB más las aportaciones que tomó para intentar aumentar los ingresos en las reformas realizadas en 2021 y 2023 en el gasto de las pensiones, lo que lo elevaría al 15% del PIB en promedio para el período 2020-2050 y, en caso contrario, sugerir las medidas necesarias para corregir el desvío.

Aunque la regla de gasto arriba citada es simple, el escenario de futuro previsto es sumamente complejo. De acuerdo con las previsiones de la Tabla 2, el crecimiento de la población (y, por ende, de la población activa y presumiblemente ocupada) no solo es bajo, sino que se prevé negativo a partir de 2050, lo que contribuirá al alza en la factura de las pensiones.

El notable crecimiento de la tasa de dependencia 65+, que pasa del 33,3% en 2022 al 64,5% en 2070, casi el doble, es un factor desequilibrante del sistema a largo plazo. La tasa 75+ y el índice de envejecimiento de ancianos incide de nuevo en este problema, con una perspectiva de aumento

de esperanza de vida que sube en el periodo considerado más de seis años en el caso de los hombres y 5 años en el caso de las mujeres que junto con las tasas de supervivencia creciente alcanzan sus máximos en el 2070, con tendencia al crecimiento más allá de esa fecha.

Tabla 2: Previsión de las principales variables demográficas para España 2022-2070

	2022	2030	2040	2050	2060	2070	Valor max.	Año max.	Var. 22-70
Población (miles)	47.707	49.315	50.277	50.429	49.216	47.690	50.548	2046	-17,0
Población (ratio de crecimiento)	0,6%	0,2%	0,2%	-0,1%	-0,3%	-0,3%	1,0%	2023	-0,9%
Tasa de dependencia (pob. 65+ / pob. 20-64)	33,3	39,9	52,6	63,9	64,0	64,5	64,5	2054	31,2
Tasa de dependencia (pob. 75+ / pob. 20-74)	14,1	15,9	21,4	29,1	33,8	32,0	33,8	2059	17,8
Envejecimiento de ancianos (pob. 80+ / pob. 65+)	30,0	29,9	31,3	37,4	46,3	45,0	47,2	2063	14,9
Hombres - Esperanza de vida al nacer	80,8	82,1	83,5	84,8	86,0	87,1	87,1	2070	6,3
Mujeres - Esperanza de vida al nacer	86,5	87,5	88,6	89,7	90,6	91,5	91,5	2070	5,0
Hombres - Esperanza de vida a los 67	17,9	18,9	19,8	20,7	21,6	22,4	22,4	2070	4,5
Mujeres - Esperanza de vida a los 67	21,8	22,7	23,5	24,3	25,1	25,8	25,8	2070	4,0
Hombres - Tasa de supervivencia a los 65+	88,6	89,9	91,4	92,6	93,7	94,6	94,6	2070	6,0
Mujeres - Tasa de supervivencia a los 65+	94,4	95,1	95,7	96,3	96,7	97,2	97,2	2070	2,7
Hombres - Tasa de supervivencia a los 80+	61,7	66,0	70,3	74,1	77,5	80,5	80,5	2070	18,8
Mujeres - Tasa de supervivencia a los 80+	79,9	82,5	84,8	86,9	88,6	90,2	90,2	2070	10,2
Migración neta (miles)	677,2	221,2	231,7	196,2	185,9	193,7	677,2	2022	-483,5
Migración neta (% población del año anterior)	1,4%	0,4%	0,5%	0,4%	0,4%	0,4%	1,4%	2022	-1,0%

Fuente: Comisión Europea (2024)

En un contexto de reducción de la población migrante, baja natalidad y contención salarial, el equilibrio del sistema a largo plazo será sin duda delicado. De cumplirse las previsiones del Ageing Report 2024 para España, el período de mayor estrés en las cuentas públicas se produciría en 2050, con un gasto público en pensiones equivalente al 17,3% del PIB previsto para ese año (op. cit., Tabla 11).

En la Tabla 3 se recogen los principales datos que sirven para la proyección de las tasas de dependencia y el cálculo de la eficiencia del sistema y, en la Tabla 4, la proyección de gasto para nuevas pensiones en España, todo ello para el periodo 2022-2070.

La evolución pronosticada por la Comisión para las tasas de dependencia total del sistema y la tasa de dependencia de la tercera edad refleja el envejecimiento previsto de la población española en las próximas décadas. Se espera que el número de trabajadores aumente hasta 2040, para luego disminuir hasta situarse en 2070 en un nivel similar al de 2022. Por otro lado, se prevé un aumento significativo en el número de pensionistas entre 2022 y 2070, especialmente hasta 2050 debido a la jubilación de la generación del baby boom en España. Como resultado, el sistema enfrentará un incremento considerable en la tasa de dependencia del sistema de pensiones, aproximadamente 30 puntos porcentuales. La evolución prevista de la tasa de dependencia de la tercera edad sigue una tendencia muy similar. Por lo tanto, se prevé que la eficiencia del sistema disminuya ligeramente, pero solo a partir de 2030 (Comisión Europea, 2024)

Tabla 3: Proyección de las ratios de dependencia y eficiencia del sistema para España 2022-2070

	2022	2030	2040	2050	2060	2070	Var. 22-70
Número de pensionistas (miles) (I)	9.984	11.137	13.493	15.605	15.999	15.637	5.652
Empleo (miles) (II)	205.81	22.119	22.208	21.311	20.671	20.099	-481
Tasa dependencia (SDR) (I/II)	49%	50%	61%	73%	77%	78%	29%
Número de personas de 65 años o más (miles) (III)	9.636	11.692	14.648	16.505	16.176	15.797	6.161
Población edad trabajar 20 a 64 años (miles) (IV)	28.933	29.332	278.53	25.848	25.295	24.501	-4.432
Tasa de dependencia de la vejez (OADR) (III)/(IV)	33%	40%	53%	64%	64%	64%	31%
Eficiencia del sistema (SDR/ OADR)	146%	126%	116%	115%	121%	121%	-25%

Fuente: Comisión Europea (2024)

Tabla 4: Proyección del gasto público en nuevas pensiones para España 2022-2070

	2022	2030	2040	2050	2060	2070
Gasto proyectado en nuevas pensiones (millones de EUR)	3.715	5.481	9.069	11.541	14.177	21.701
I. Número de nuevas pensiones (1000)	354.5	426.8	549.8	527.2	458.0	501.7
II. Período contributivo promedio (años)	37.8	38.4	39.4	40.4	41.5	42.6
III. Tasa de acumulación promedio (%)	2,5%	2,4%	2,2%	2,0%	1,9%	1,9%
IV. Ingresos pensionables mensuales promedio (1000€)	1,6	2,0	2,7	3,9	5,6	7,8
V. Factores de sostenibilidad/ajuste	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0	1,0
VI. Número promedio de meses pagados el primer año	7,0	7,0	7,0	7,0	7,0	7,0
Ingresos pensionables mensuales promedio / salario promedio mensual a nivel de toda la economía	70%	70%	70%	70%	70%	70%

Fuente: Comisión Europea (2024)

El número de nuevas pensiones se determina a partir de las tasas de población activa y de participación, las cuales reflejan los efectos de todas las medidas adoptadas que pueden influir en el comportamiento de la jubilación. Las nuevas pensiones alcanzan su punto máximo en la década de 2040, cuando se espera que se retire la generación del *baby boom* (años 60) en España, y luego disminuyen en función del tamaño relativo de las cohortes de las generaciones siguientes. Por su parte, el periodo medio de cotización depende tanto de la dinámica del mercado laboral como de la decisión de los trabajadores de jubilarse, ya sea en la edad establecida para ello o bien antes de esa fecha bajo determinadas condiciones. Este periodo aumenta en 4,8 años a lo largo del horizonte de proyección debido a mayores tasas de participación de los trabajadores de mayor edad, en línea con el retraso de las edades legales y efectivas de jubilación. En particular, el mecanismo de incentivos implementado en 2021 (tendente a desincentivar la jubilación anticipada y facilitar la prolongación de la vida laboral de los trabajadores, provoca un mayor aumento del periodo medio de cotización con respecto a anteriores proyecciones (Comisión Europea, 2024).

Quedará por ver si, con semejante escenario, el Gobierno de España se verá obligado a tomar medidas para corregir el exceso de gasto público en pensiones sobre lo comprometido con la Comisión Europea o, por el contrario, las medidas ya adoptadas serán suficiente para cumplir con la senda financiera prevista. Algunos autores, como De la Fuente (2024) no dudan en que será necesario intervenir, aunque se quejen amargamente de la falta de transparencia en la metodología con que se realizan los cálculos y la dificultad para contrastarlos.

Finalmente, no queremos concluir estos apuntes sin recoger dos elementos que, aunque decididos en su aplicación siguen generando controversia en el cómo se van a llevar a cabo.

En el primer caso, nos referimos al concepto de jubilación activa que conjugue el cobro de una pensión de jubilación con la continuación de la vida laboral, que se une a los efectos en el retraso de la edad de jubilación. Como indicaban Del Cubo-Arroyo y Sánchez-Ollero (2022) siguiendo a Parker et al. (2020), las reformas venideras de los sistemas de pensiones se direccionan hacia este discurso, de manera que se ha ido introduciendo el término "esperanza de vida laboral saludable", indicador que intenta medir el tiempo activo de los sujetos como cotizantes en condiciones óptimas de salud y sin implicaciones directas sobre ella (Parker et al., 2020). El cómo se desarrolle a partir de ahora este concepto mediante los incentivos diseñados por el actual gobierno determinará, sin duda, cambios en las previsiones realizadas, aunque de signo aún indefinido.

En el segundo caso, nos referimos al concepto de inmigración regulada. No es ningún secreto que, si queremos mantener una tasa de dependencia aceptable, será preciso acoger en los próximos años un número muy importante de trabajadores inmigrantes que ayude a compensar la pirámide poblacional. Esta cifra, que fuentes de toda solvencia como el Banco de España cifran en el triple de la actual para 2053 (esto es, un total de 37 millones de trabajadores de origen extranjero para ese año) se convierte en todo un reto desde todos los puntos de vista: desde el económico, por lo que implica de capacidad de generación de empleo en nuestro país para esos colectivos; desde el social, por lo que conlleva la asimilación de tal volumen de población que llegaría a superar a la originaria en muchas zonas, con culturas, tradiciones y expectativas a veces contradictorias entre sí y con la población natural; y junto con la anterior, con la política: el discurso antinmigración que ha calado con fuerza en Europa en los últimos años y que no suele distinguir entre inmigración legal y alegal, supone un cuanto menos un elemento de fuerte incertidumbre sobre el futuro de las políticas nacionales y comunitarias sobre esta materia en la próxima década.

En definitiva, hay más incertidumbres que certezas por más que en los discursos de nuestros gobernantes, y los que en la oposición aspiran a serlo, se empeñen en demostrar convicción, firmeza y seguridad en el futuro.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (2020): "*Actualización de previsiones demográficas y de gasto en pensiones*", recuperable en: https://www.airef.es/es/noticias/la-airef-estima-que-el-gasto-en-pensiones-aumentara-al-142-del-pib-en-2050-tras-actualizar-sus-previsiones-demograficas/

Comisión Europea (2021): "*European semester thematic factsheet. Adequacy & sustainability of pensions"*, Bruselas, 2021, recuperable en: https://ec.europa.eu

De la Calle, M.D. (1989): "*La Comisión de Reformas Sociales 1883-1903. Política social y conflicto de intereses en la España de la Restauración*", Ediciones de la Revista de Trabajo Nº 29, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Centro de Publicaciones, Madrid, ISBN 8474345766.

De la Fuente, A. (2024): "*Notas sobre las proyecciones para España del Ageing Report de 2024*", Apuntes 2024/15, mayo, FEDEA, recuperable en: https://ideas.repec.org/p/fda/fdafen/2024-15.html

Del Cubo-Arroyo, E.I. y Sánchez-Ollero, J.L. (2022): Sostenibilidad y protección adecuada a las personas mayores: la senectud como motor de desarrollo, en Salvador Perán Quesada (dir.), Francisco Vila Tierno (dir.), Juan Raso Delgue (dir.), Alfredo Sánchez Castañeda (dir.), Francisco J. Tapia Guerrero (dir.), Álvaro Rodríguez Azcúe (dir.): "*La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*", Bomarzo, ISBN 9788418330896, págs. 349-382.

Domínguez Martínez, J.M., "La sostenibilidad de las pensiones públicas en España. Aspectos básicos", Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social, núm. 3, 2021, recuperable en: https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/13542/13879

European Commission (2024): "*Ageing Report. Economic and Budgetary Projections for the EU Member States (2022-2070)*", recuperable en: https://economy-finance.ec.europa.eu/publications/2024-ageing-report-economic-and-budgetary-projections-eu-member-states-2022-2070_en

Fundación MAPFRE (2024): "*Seguros y pensiones para todos*", recuperable en: https://segurosypensionesparatodos.fundacionmapfre.org/pensiones/sistema-pensiones/origen-pensiones/

García Díaz, M.A, (2024): "*Evolución reciente y situación financiera actual del sistema público de pensiones*", Estudios sobre la Economía Española 2024/21, FEDEA, recuperable en: https://fedea.net/evolucion-reciente-y-situacion-financiera-actual-del-sistema-publico-de-pensiones/

Instituto Nacional de Estadística (INE), recuperable en: https://www.ine.es

- *Encuesta de Población Activa*
- *Encuesta de Estructura Salarial*
- *Encuesta de Presupuestos Familiares*
- *Indicadores Demográficos Básicos. Indicadores de Estructura de la Población.*
- *Índice de Precios al Consumo*

Instituto Nacional de la Seguridad Social (2024): Estadísticas de pensiones, recuperable en: https://w6.seg-social.es/ProsaInternetAnonimo/OnlineAccess?ARQ.SPM.ACTION=LOGIN&ARQ.SPM.APPTYPE=SERVICE&ARQ.IDAPP=ESTA0001

La Moncloa (2024a): "*Subida y revalorización de las pensiones 2024*", recuperable en: https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2024/subida-pensiones-2024.aspx

La Moncloa (2024b): "*Pensiones contributivas y no contributivas: ¿qué son y cuáles son los requisitos para solicitarlas?*", recuperable en: https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2024/pension-contributiva-jubilacion-requisitos.aspx

La Moncloa (2024c): "*El gasto en pensiones contributivas*", recuperable en: https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2024/270224-gasto-pensiones-contributivas.aspx

Llobet Dalmases, Joan (2024): "*La sostenibilidad del sistema de pensiones en España*", Oikonomics, Revista de economía, empresa y sociedad, Núm. 22, mayo, págs. 67-77, recuperable en: https://oikonomics.uoc.edu/divulgacio/oikonomics/es/numero22/dossier/j-llobet.html

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (2024): "*Anuario estadístico 2023*", recuperable en: https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2023/index.htm#

Parker, M., Bucknall, M., Jagger, C. & Wilkie, R. (2020): Extending Working Lives: A Systematic Review of Healthy Working Life Expectancy at Age 50. Social Indicators Research, Nº150, págs. 337-350, recuperable en: https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s11205-020-02302-1.pdf

Revista de la Seguridad Social (2024): Gasto en pensiones 2024, recuperable en: https://revista.seg-social.es/-/gasto-en-pensiones-enero-2024

Sánchez-Ollero, J.L. y Del Cubo-Arroyo, E.I. (2021): Algunas reflexiones sobre la incidencia de los cambios del ciclo y otras variables económicas en la sostenibilidad de las pensiones, en Vila-Tierno, F y Gutiérrez-Bengoechea, M. (dir): "La suficiencia y la sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional", Thomson Reuters Aranzadi, ISBN 9788413913520, págs. 527-557.

Sánchez-Ollero, J.L., Sánchez-Del Cubo, F. y Del Cubo-Arroyo, E.I. (2022): "Silver tourism como oportunidad de mercado" En Marmolejo-Martin, J.A., Moral-Cuadra, S. y Solano-Sánchez, M.A. (Ed.): Turismo: nuevas tendencias y desafíos ante un escenario post-covid, Ed. Dykinson, ISBN: 9788411220460, pp. 159-165

Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Sostenibilidad financiera y suficiencia económica de los sistemas de Seguridad Social: una visión global

Financial sustainability and economic sufficiency of health systems Social Security: a global vision

Nuria Benítez Llamazares *Profesora Ayudante Doctor de Hacienda Pública*
Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0003-0939-3536

Cita Sugerida: BENÍTEZ LLAMAZARES, N.: «Sostenibilidad financiera y suficiencia económica de los sistemas de Seguridad Social: una visión global». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 327-348.

Resumen

Este capítulo ofrece una visión global y comparativa de los distintos sistemas de pensiones, categorizados en universales, mixtos, selectivos o residuales, y emergentes. Se analizan las diferencias entre los países desarrollados y en desarrollo, destacando los retos que afrontan en términos de sostenibilidad financiera y suficiencia económica. Las reformas paramétricas, como el aumento de la edad de jubilación y la vinculación de las pensiones a la inflación, se presentan como soluciones para enfrentar el envejecimiento de la población y garantizar la estabilidad del sistema. Las conclusiones subrayan la necesidad de equilibrar sostenibilidad y suficiencia en las reformas futuras, en un contexto demográfico y económico cambiante.

Palabras clave

Sistemas de protección social, sostenibilidad financiera, suficiencia económica, reformas paramétricas, reformas estructurales

Abstract

This chapter offers a global and comparative overview of different pension systems, categorized into universal, mixed, selective or residual, and emerging systems. It analyzes the differences between developed and developing countries, highlighting the challenges they face in terms of financial sustainability and economic sufficiency. Parametric reforms, such as increasing the retirement age and linking pensions to inflation, are presented as solutions to address population aging and ensure the stability of the system. The conclusions emphasize the need to balance sustainability and sufficiency in future reforms, in a changing demographic and economic context.

Keywords

Social protection systems, financial sustainability, economic sufficiency, parametric reforms, structural reforms

1. LOS SISTEMAS DE PENSIONES: UNA VISIÓN GLOBAL

El artículo vigésimo segundo de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* establece que las prestaciones sociales con motivo del envejecimiento de la población son un derecho fundamental de la ciudadanía y que los Estados deben procurar garantizar el bienestar económico de este rango poblacional, bien por la vía contributiva o bien por la vía no contributiva (ONU, s.f).

Asimismo, los *Objetivos de Desarrollo Sostenible* (ODS), adoptados por todos los Estados miembros de las Naciones Unidas como parte de la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* (ONU, 2015), recogen de manera implícita el derecho a obtener una prestación económica en situaciones de dependencia en varios de sus objetivos, especialmente en aquellos que se centran en la reducción de la pobreza, la igualdad y la promoción de sistemas de protección social (ODS 1, 3, 8 y 10).

Según datos del Banco Mundial (2006) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2021), en la actualidad, la mayoría de los países a nivel mundial cuenta con algún tipo de sistema de protección social, aunque estos pueden variar considerablemente en términos de cobertura, diseño y eficacia. A grandes rasgos, podemos clasificar los Sistemas de Pensiones existentes en las siguientes categorías: Sistemas Universales o Nacionales, Sistemas Mixtos, Sistemas Residuales o Selectivos y Sistemas Emergentes.

Los *Sistemas Universales o Nacionales* se caracterizan por prestar económicamente a toda o la mayor parte de la población de un país, siendo en la mayoría de los casos una cobertura de naturaleza obligatoria para los beneficiarios. Estos sistemas pueden ser de reparto (donde las cotizaciones actuales financian las pensiones actuales) o de capitalización (donde las contribuciones se invierten para financiar las pensiones futuras). Adicionalmente, se suele complementar el sistema de prestaciones contributivas con un sistema de prestaciones no contributivas, apelando al principio de solidaridad entre la población. Los *Sistemas Mixtos* consisten en combinar un pilar público de reparto con un componente privado de capitalización. En estos sistemas, las pensiones provienen tanto del Estado como de fondos privados. Los *Sistemas Residuales o Selectivos* son aquellos en los que el sistema de pensiones está diseñado únicamente para ciertos grupos poblacionales, como los empleados públicos, o se basan en un sistema de pensiones mínimas financiado con impuestos generales para evitar la pobreza en la vejez (exclusivamente no contributivo). Por último, los *Sistemas Emergentes* de pensiones son característicos de ciertos países en vías de desarrollo, y se encuentran en fases tempranas de desarrollo, cubriendo únicamente a una pequeña fracción de la población, generalmente en áreas urbanas o formales.

El principal problema al que se enfrentan, desde hace décadas, los sistemas de protección social es el binomio *sostenibilidad económico-financiera del sistema versus suficiencia de las prestaciones*. La *sostenibilidad económico-financiera* de un Sistema de Pensiones se refiere a la capacidad del propio sistema para cumplir con sus obligaciones económicas actuales y futuras sin comprometer su estabilidad financiera ni generar desequilibrios económicos a largo plazo. La sostenibilidad económico-financiera requiere, por tanto, de la existencia de un *equilibrio financiero de ingresos* (principalmente a través de cotizaciones de los trabajadores y empleadores) *y gastos* (pago de las prestaciones), tanto en el presente como en el futuro, para *evitar un déficit permanente* y el colapso financiero del sistema. La *suficiencia de las prestaciones* se refiere a la capacidad de las pensiones para proporcionar un ingreso adecuado a los pensionistas, que les permita mantener un nivel de vida digno y cubrir sus necesidades básicas durante la jubilación. Los aspectos claves de la suficiencia de las prestaciones son el *mantenimiento del nivel de vida* (las pensiones deben ser suficientes para permitir que los jubilados mantengan un nivel de vida comparable al que tenían antes de retirarse) y la *cobertura de necesidades básicas* (alimentación, vivienda, salud, vestimenta y otros gastos esenciales). Adicionalmente, la suficiencia de las prestaciones debe tener en cuenta otras variables como la progresividad del sistema, el mantenimiento del poder adquisitivo y la revalorización de las pensiones, y la equidad de género.

El conflicto entre sostenibilidad económico-financiera y suficiencia no es exclusivo de un tipo de sistema de pensiones en concreto, sino que afecta a todos en mayor o menor medida en función de sus características. A continuación, se exponen las principales dificultades a las que se enfrentan cada uno de ellos.

1.1. Sistemas Universales o Nacionales de Pensiones basados en el sistema de reparto

Los Sistemas Nacionales de Pensiones pretenden ofrecer una cobertura económica a toda o a la mayoría de la población de una nación siguiendo las premisas del *Código Lovaina* o *Teoría de los*

tres pilares de la previsión social, que distingue entre tres niveles de protección: básico, contributivo obligatorio y voluntario. El nivel básico de protección o primer pilar, tiene naturaleza universal, pública y no contributiva. El objetivo primordial de este nivel es ofrecer una protección social en la vejez que aporte unos recursos mínimos a quienes no hayan podido contribuir suficientemente durante su vida laboral. Este nivel, por su componente redistributivo, debe ser financiado exclusivamente mediante ingresos impositivos. El segundo pilar, se configura como un nivel contributivo obligatorio vinculado a los ingresos derivados del trabajo en el ámbito empresarial -por cuenta propia- y de las relaciones laborales -por cuenta ajena-. Este segundo nivel es el que puede adoptar múltiples formas: pública o privada, de capitalización o de reparto. En el caso de los Sistemas Universales o Nacionales de Pensiones, la gestión económica de las prestaciones suele llevarse a cabo desde el sector público, en tanto que, en los sistemas mixtos, dicha gestión suele realizarse a través del sector privado. Ambas modalidades, de reparto o de capitalización, presentan ventajas e inconvenientes, como bien puntualizaba Domínguez Martínez (2012). Por último, el nivel voluntario y privado (tercer pilar), estaría compuesto por cuentas individuales de ahorro previsor a largo plazo.

Los modelos de reparto intergeneracional, también conocidos como sistemas de pensiones de *"pay-as-you-go"* (PAYG), se caracterizan por financiar las pensiones de las personas jubiladas con las contribuciones de las personas empleadas en ese mismo momento. Es un sistema basado en la solidaridad entre generaciones, de modo que, los trabajadores actuales financian las pensiones de los jubilados, con la expectativa de que, en el futuro, las nuevas generaciones harán lo mismo por ellos. A diferencia de los sistemas de capitalización, donde las contribuciones de cada trabajador se invierten y acumulan en cuentas individuales, en los sistemas de reparto no hay un fondo individual acumulado. Las contribuciones se utilizan inmediatamente para pagar las pensiones en el mismo ejercicio económico. Los principales problemas de sostenibilidad económico-financiera en los sistemas de reparto se asocian a las siguientes variables claves:

1.- *Tasa de Dependencia Demográfica:* Es la relación entre el número de personas en edad de jubilación (generalmente mayores de 65 años) y el número de personas en edad de trabajar (generalmente entre 15 y 64 años). Aumentos en la tasa de dependencia implican que hay menos personas contribuyendo al sistema para pagar las pensiones de un número creciente de jubilados, creciendo el riesgo de insostenibilidad financiera. Esta variable se relaciona directamente con la estructura del mercado laboral y con la pirámide de población de un país.

2.- *Tasa de Cotización:* Es el porcentaje del salario con el que los trabajadores y empleadores contribuyen al sistema de pensiones. Depende de los porcentajes y bases de cotización establecidos por ley.

3.- *Tasa de Reemplazo:* Es el porcentaje del salario que se recibe como pensión una vez jubilado. A mayor tasa de reemplazo, mejor suficiencia de las prestaciones, pero mayor riesgo de insostenibilidad financiera.

4.- *Edad y tipos de jubilación:* En ciertos países y/o categorías profesionales existen edades mínimas y máximas de jubilación, así como tipos de jubilaciones que pueden ser parciales o completas, con o sin compatibilidad con ejercer un trabajo o profesión simultáneamente.

5.- *Crecimiento Económico, tasa de empleo y tasa de actividad laboral:* Las principales variables macroeconómicas influyen en la sostenibilidad económico-financiera de los sistemas nacionales de pensiones, especialmente las que se relacionan con el mercado laboral. Un crecimiento económico robusto, disminuciones en las tasas de desempleo

o mejoras en las tasas de actividad generalmente se traducen en mayores salarios y empleo, y en mayor número de cotizantes, lo que incrementa las cotizaciones al sistema de pensiones.

6.- *Políticas de Revalorización de Pensiones:* Determinan cómo se ajustan las pensiones en función de la inflación, el crecimiento salarial u otros factores económicos. Si las pensiones se revalorizan a un ritmo que supera el crecimiento de los ingresos del sistema (por ejemplo, debido a ajustes generosos por inflación), los gastos pueden superar a los ingresos, comprometiendo la sostenibilidad.

7.- *Variables demográficas:* Esperanza de vida, envejecimiento poblacional, estructura demográfica y políticas de inmigración. Incrementos en la esperanza de vida de la población implican que el número de años a percibir prestaciones por cada pensionista aumenta, poniendo en riesgo la sostenibilidad del sistema. La caída de la natalidad, unida al aumento de la esperanza de vida de la población tiene como consecuencia una inversión de la pirámide de población, en la que la población en edad de trabajar es cada vez menor en relación con la población en edad de jubilación. Para paliar tales cuestiones, se pueden adoptar políticas de inmigración que favorezcan la entrada de trabajadores jóvenes, con el objetivo de mitigar los efectos del envejecimiento poblacional.

Como contrapartida, los problemas de suficiencia de las prestaciones se pueden derivar de las siguientes cuestiones:

1.- *Cuantía insuficiente de las cotizaciones:* Dado que el cálculo de la pensión de jubilación se suele realizar tomando como referencia variables como las bases y el número de años de cotización, personas que no hayan desarrollado una carrera profesional estable o que hayan participado en actividades económicas de manera informal cobrarán pensiones de jubilación menores, e incluso, podrían no tener derecho a cobrar una prestación contributiva por no haber alcanzado los requisitos mínimos de cotización.

2.- *Erosión del poder adquisitivo:* En situaciones de alta inflación o crisis económicas, la revalorización insuficiente de las pensiones puede llevar a una pérdida de poder adquisitivo, afectando a la suficiencia de estas prestaciones.

3.- *Uniformidad de las prestaciones*: En la mayoría de los sistemas nacionales de reparto, las pensiones de jubilación tienen un carácter uniforme, son calculadas con relación a parámetros vinculados con la experiencia laboral pasada y no tienen en cuenta las diferencias en las necesidades o en los niveles de ingresos previos de los jubilados, lo que puede resultar en una insuficiencia de la prestación para aquellos con mayores situaciones de vulnerabilidad.

4.- *Desigualdades de género*: Las desigualdades de género existentes en el mercado laboral se trasladan directamente al cómputo para el cálculo de las pensiones, obteniendo como resultado que las desigualdades económicas entre hombres y mujeres permanecen aún después de haber pasado a situación de jubilación.

Ejemplos de países con sistemas de pensiones universales de reparto son: Francia, Alemania, Italia, España, Portugal, Bélgica, Grecia y Japón.

1.2. Sistemas Mixtos de Pensiones

Esta tipología de sistemas de pensiones combina un *nivel básico de protección* o primer pilar universal, basado en el sistema de reparto, con un *nivel contributivo* o segundo pilar privado de capitalización, en el que los individuos cotizan para su jubilación en cuentas personales. Los principales problemas de sostenibilidad a que se enfrentan estos sistemas se derivan de una doble vertiente, al ser de naturaleza mixta: los originados del sistema de reparto para el nivel básico de protección y los generados por el sistema de capitalización para el nivel contributivo.

Las variables que influyen en la sostenibilidad del primer pilar de reparto coinciden con las mencionadas en el apartado anterior para los sistemas nacionales o universales de pensiones. Adicionalmente, se han de tener en cuenta las siguientes cuestiones en el segundo nivel contributivo de capitalización:

1.- *Rendimiento de las Inversiones:* La sostenibilidad del segundo pilar depende en gran medida de los rendimientos financieros de las inversiones, que se obtienen al invertir los ahorros de los trabajadores en fondos de pensiones privados que cotizan en los mercados de capitales. Períodos de bajo rendimiento o crisis financieras pueden reducir significativamente el valor de los fondos acumulados, comprometiendo la suficiencia de las pensiones.

2.- *Adecuada gestión de las carteras de inversión:* Como, por ejemplo, la diversificación de las inversiones consistente en la distribución de los fondos de pensiones en diferentes tipos de activos (acciones, bonos, inmuebles, etc.) y regiones geográficas para reducir los riesgos de pérdidas financieras. Asimismo, el trabajador debe ser capaz de calcular de manera adecuada qué cantidad de salario debe ahorrar para su jubilación en el nivel contributivo, infraestimándose dicho cálculo en un elevado porcentaje de la población.

3.- *Volatilidad de los Mercados Financieros:* Hace referencia a las posibles fluctuaciones que se pueden producir en el valor de los activos financieros en los que se invierten los fondos de pensiones. Caídas abruptas en los mercados financieros pueden disminuir el valor de los fondos acumulados, afectando a las pensiones futuras y poniendo en riesgo la confianza del sistema.

4.- *Relación entre las tasas de cotización del primer y segundo pilar:* Es la relación entre los porcentajes del salario que el trabajador debe destinar al primer pilar público y al segundo pilar privado del sistema de pensiones. Debe existir un balance adecuado entre ambas tasas, pues si la tasa de cotización del primer pilar es demasiado elevada el cotizante no podrá disponer de recursos suficientes para contribuir al segundo pilar.

5.- *Relación entre las tasas de reemplazo del primer y segundo pilar:* Es la relación entre los porcentajes del salario previo que el sistema de pensiones reemplaza, una vez que el trabajador se jubila, en ambos pilares. Una tasa de reemplazo demasiado elevada en el primer pilar público puede poner en riesgo su sostenibilidad, mientras que, en el pilar privado, dependerá de los rendimientos de las inversiones. La tasa de reemplazo global (combinando ambos pilares) debe ser suficiente para asegurar una jubilación digna sin sobrecargar el sistema.

6.- *Crecimiento económico, tasa de empleo y tasa de actividad laboral*: Las variables macroeconómicas del país influyen, en términos similares al modelo de reparto, a la sostenibilidad del segundo pilar de los sistemas mixtos de pensiones.

7.- *Costes administrativos del pilar privado*: Son los costes asociados a la gestión y administración de los fondos de pensiones privados, que si son muy elevados, pueden reducir significativamente los rendimientos netos de los fondos de pensiones, afectando la suficiencia y sostenibilidad del segundo pilar.

8.- *Incentivos y regulación fiscal*: Las políticas fiscales afectan a la contribución del pilar privado y la administración de los fondos. Incentivos fiscales adecuados pueden fomentar la participación en el segundo pilar, mientras que una regulación efectiva es crucial para proteger los fondos de pensiones de riesgos excesivos y garantizar su sostenibilidad.

Es importante destacar que en los sistemas mixtos de pensiones configurados con el doble sistema de reparto y capitalización se produce una doble carga para los cotizantes, puesto que los trabajadores deben contribuir tanto al pilar público como al privado (si el primer pilar es financiado mediante ingresos impositivos el efecto será diferente, pues en tal caso, al primer pilar se contribuiría en función de la capacidad de pago de los contribuyentes siguiendo los principios de redistribución de la carga tributaria), lo que puede generar tensión en los ingresos disponibles de los trabajadores y afectar a la sostenibilidad del pilar público, especialmente si las contribuciones se desvían hacia el sector privado. Por el contrario, puede suceder que una mala planificación o gestión de las carteras en el segundo pilar conlleve a una sobrecarga de las prestaciones del primer pilar, poniendo en riesgo tanto su sostenibilidad como la suficiencia de las prestaciones del sistema. En este sentido, las principales variables que afectan a la suficiencia de los sistemas mixtos de pensiones son:

1.- *Desigualdades económicas previas*: En los sistemas exclusivamente de reparto se suelen aplicar medidas correctoras de la desigualdad en el cálculo de las pensiones de jubilación (por ejemplo, estableciendo pensiones mínimas y máximas), suavizando el efecto de las desigualdades económicas previas a la edad de jubilación. Sin embargo, en los sistemas mixtos, las desigualdades económicas pueden aumentar tras la jubilación, ya que las personas con mayores ingresos pueden beneficiarse más del pilar privado, mientras que el pilar público puede no ser suficiente para cubrir las necesidades de los más vulnerables.

2.- *Volatilidad de los mercados financieros*: La suficiencia de las pensiones privadas depende de los rendimientos de las inversiones. Periodos de bajo rendimiento o crisis financieras pueden reducir significativamente el valor de las pensiones acumuladas.

3.- *Erosión del poder adquisitivo en el pilar público*: Si el pilar público no se ajusta adecuadamente a la inflación o es insuficiente para aquellos con ingresos más bajos, la suficiencia global de las pensiones en sistemas mixtos puede verse comprometida.

4.- *Coste de gestión de carteras:* Las cuentas individuales de capitalización suelen estar sujetas a comisiones y costes administrativos que son descontados directamente de los ahorros de los trabajadores, si son muy elevados pueden afectar a la suficiencia de las prestaciones futuras.

5.- *Riesgo de longevidad*: A medida que la esperanza de vida aumenta, las personas pueden vivir más tiempo de lo esperado, lo que significa que sus ahorros en cuentas individuales deben durar más años. Si las personas no han ahorrado lo suficiente, o si los fondos

no están estructurados para cubrir una vida más larga, los jubilados pueden agotar sus ahorros y enfrentar dificultades financieras en sus últimos años de vida.

6.- *Cuantía insuficiente de las contribuciones*: La suficiencia de las pensiones en un sistema mixto depende en gran medida de un mercado laboral sólido, donde los trabajadores puedan contribuir regularmente a ambos pilares. En situaciones de desempleo elevado, subempleo, o empleo informal, los trabajadores pueden no contribuir lo suficiente al sistema, lo que afecta negativamente la suficiencia de sus pensiones futuras.

7.- *Falta de educación financiera*: Muchos trabajadores no tienen la educación financiera necesaria para tomar decisiones informadas sobre sus inversiones y contribuciones en el pilar privado. La falta de educación financiera puede llevar a decisiones de inversión ineficientes o a una falta de planificación adecuada para la jubilación, lo que afecta la suficiencia de las pensiones acumuladas.

Ejemplos de países con sistemas de pensiones mixtos son: Chile, Suecia, Suiza, Australia, Países Bajos, Perú, Colombia, Polonia, México, Uruguay y Hong Kong.

1.3. Sistemas Selectivos o Residuales de Pensiones

Como hemos mencionado anteriormente, estos sistemas ofrecen pensiones mínimas o básicas financiadas por el Estado, dirigidas a quienes no tienen acceso a pensiones contributivas o cuyos ingresos son insuficientes. Estas prestaciones se suelen financiar mediante impuestos generales al configurarse el sistema con un único pilar no contributivo (nivel básico). Los principales problemas de sostenibilidad a los que se enfrentan este tipo de sistemas se vinculan a factores de naturaleza económica, demográfica, administrativa y política:

1.- *Capacidad Fiscal del Estado:* La sostenibilidad de un sistema de pensiones residual depende en gran medida de la capacidad del Estado para financiar las pensiones a través de ingresos fiscales. Si la recaudación fiscal es insuficiente o el Sector Público debe destinar una cuantiosa parte de dichos ingresos a otras partidas presupuestarias, la sostenibilidad del sistema puede verse comprometida.

2.- *Número de beneficiarios y cuantía de las prestaciones*: Como el sistema está diseñado para proteger a los más vulnerables, el número de beneficiarios dependerá del grado de pobreza del país y de la desigual distribución de renta y riqueza entre la población. En este sentido, los Estados con mayores desigualdades y niveles de pobreza pueden ver comprometida la sostenibilidad de sus sistemas de pensiones.

3.- *Crecimiento económico y solidez del mercado laboral:* A mayor crecimiento económico, mayores ingresos fiscales para financiar el sistema.

4.- *Variables demográficas y edad de jubilación:* El envejecimiento de la población aumenta el número de beneficiarios en relación con los contribuyentes, poniendo en riesgo la sostenibilidad del sistema.

5.- *Desarrollo normativo y gestión administrativa del Sector Público:* Se requiere de un sector administrativo que gestione de manera eficiente los recursos mediante el desarrollo de una normativa adecuada que determine el número de beneficiarios, la cuantía de

las prestaciones, así como el desarrollo de los procedimientos administrativos para la concesión y el cobro de las pensiones.

6.- *Voluntad política y estabilidad gubernamental:* La sostenibilidad de los sistemas residuales está fuertemente influenciada por un componente político. Cambios en la administración o en las prioridades políticas pueden afectar la financiación y la estructura del sistema, poniendo en riesgo su sostenibilidad.

7.- *Dependencia de la Ayuda Internacional (en países en desarrollo):* En este tipo de países, el desarrollo económico depende en gran medida de las ayudas internacionales al desarrollo, afectando también a la adecuada implantación de un sistema de pensiones que garantice una renta mínima a las personas más vulnerables que ya no estén en condiciones de trabajar.

Los principales factores que inciden sobre la suficiencia de los sistemas de pensiones residuales son:

1.- *Pensiones básicas mínimas*: Estos sistemas de pensiones suelen proporcionar prestaciones de cuantía económica mínima que pueden no ser suficiente para cubrir todas las necesidades básicas de los jubilados. Al igual que en los sistemas de reparto, las pensiones de jubilación suelen tener un carácter uniforme, y no tienen en cuenta las diferencias en las necesidades individuales, lo que puede resultar en una insuficiencia de la prestación para aquellas personas con mayores situaciones de vulnerabilidad.

2.- *Número de beneficiarios limitado*: Las personas que no están cubiertas por el sistema residual pueden no recibir ninguna pensión, lo que las deja en una situación de extrema vulnerabilidad económica en la vejez.

3.- *Erosión del poder adquisitivo*: En muchos sistemas de pensiones residuales, las pensiones no se ajustan adecuadamente a la inflación.

4.- *Dependencia del Presupuesto Público*: Estos sistemas se componen de un único pilar no contributivo, por lo que dependen exclusivamente de los ingresos impositivos y del presupuesto público disponible.

5.- *Riesgo de Estigmatización*: En algunos contextos, los sistemas de pensiones residuales pueden estar asociados con la asistencia social o la pobreza, lo que puede llevar a la estigmatización de los beneficiarios. Este estigma puede disuadir a algunas personas de solicitar las prestaciones, lo que puede llevar a que vivan en condiciones de pobreza sin el apoyo que necesitan.

Algunos ejemplos de países que se pueden incluir en esta categoría son: Bolivia, Paraguay, Nigeria, Sudáfrica, India, Bangladesh, Georgia, Armenia, Egipto, Marruecos, Jamaica y Haití.

1.4. Sistemas Emergentes de pensiones

Son propios de países en desarrollo o en transición hacia economías más complejas, en los que la sostenibilidad financiera es un desafío complicado. Estos sistemas están en fases iniciales de desarrollo, con estructuras en fase de evolución en la mayoría de los casos. Las principales características de estos sistemas de pensiones son:

— *Cobertura limitada*: Gran parte de la población, especialmente en el sector informal, no está cubierta por ningún sistema de pensiones formal.

— *Alta dependencia del sector informal*: Muchos trabajadores operan en la economía informal, lo que dificulta la ampliación de la cobertura de pensiones.

— *Capacidad fiscal limitada*: Los gobiernos de estos países suelen tener recursos limitados para financiar sistemas de pensiones amplios y sostenibles.

— *Desarrollo institucional en progreso:* La infraestructura administrativa y la gobernanza de los sistemas de pensiones están en proceso de mejora.

— *Reformas en curso*: Muchos de estos países están en medio de reformas para mejorar la sostenibilidad, aumentar la cobertura y hacer los sistemas más inclusivos.

Las variables claves que afectan la sostenibilidad financiera de estos sistemas son prácticamente idénticas a las expuestas para los sistemas residuales. Con respecto a los factores que influyen en la suficiencia económica de las prestaciones, destacan:

1.- *Número de beneficiarios limitado*: Debido al predominio de la economía informal en este tipo de países (elevado número de trabajadores del sector informal, rurales, con empleos temporales o precarios). Una gran parte de la población no tiene acceso a pensiones formales, lo que los deja sin ingresos suficientes en la vejez, dependiendo únicamente de recursos familiares o asistencia social.

2.- *Contribuciones insuficientes:* Los trabajadores en sistemas emergentes a menudo contribuyen a sus pensiones de manera irregular o en cuantía insuficiente, debido a ingresos bajos, empleo informal o inestabilidad laboral.

3.- *Capacidad fiscal limitada de los Estados*: Los gobiernos en países con sistemas de pensiones emergentes a menudo disponen de recursos fiscales limitados para financiar adecuadamente sus sistemas de pensiones.

4.- *Erosión del poder adquisitivo*: En economías emergentes, la inflación puede ser alta o volátil, lo que erosiona el poder adquisitivo de las pensiones si no son ajustadas regularmente para reflejar el aumento de los precios.

5.- *Falta de diversificación en las fuentes de ingresos y elevados niveles de pobreza*: En los sistemas emergentes, las personas jubiladas a menudo dependen de una única fuente de ingresos de pensiones, sin el respaldo de ahorros privados, inversiones o pensiones ocupacionales.

6.- *Falta de educación financiera:* Puede llevar a una falta de planificación para la jubilación, incluyendo contribuciones insuficientes y falta de conocimiento sobre cómo maximizar los beneficios de pensión.

7.- *Debilidad institucional y mala administración*: La falta de capacidad institucional y una administración ineficiente pueden llevar a problemas como la corrupción, la mala gestión de los fondos de pensiones y la falta de transparencia.

8.- *Inestabilidad política y económica:* La incertidumbre económica y los cambios políticos frecuentes pueden hacer que las pensiones sean insuficientes para garantizar una jubilación digna, especialmente en contextos de crisis económica o política.

9.- *Desigualdad regional intranacional*: En muchos países con sistemas de pensiones emergentes, existen grandes disparidades regionales en términos de acceso a pensiones y niveles de beneficios. Las personas en regiones menos desarrolladas o rurales suelen recibir pensiones significativamente más bajas o no tener acceso a pensiones en absoluto, lo que afecta gravemente la suficiencia y perpetúa la pobreza en estas áreas.

Un elevado número de países a nivel mundial cuenta todavía con sistemas de pensiones emergentes, siendo algunos ejemplos que se pueden incluir en esta categoría los siguientes:

— África Subsahariana: Kenia, Nigeria, Ghana, Tanzania, Uganda.

— Asia meridional: India, Pakistán, Bangladesh, Sri Lanka.

— Asia sudoriental: Indonesia, Filipinas, Vietnam, Camboya, Laos.

— Latinoamérica: Honduras, Guatemala, Nicaragua, El Salvador, Bolivia, Paraguay.

— Oriente medio y norte de África: Egipto, Marruecos, Jordania, Túnez.

— Europa del Este y Asia Central: Uzbekistán, Kazajistán, Kirguistán, Armenia, Georgia.

— Sudeste asiático insular y Oceanía: Papúa Nueva Guinea, Timor-Leste, Islas Salomón.

2. RETOS DE LOS SISTEMAS DE PENSIONES EN UN CONTEXTO MUNDIAL POLARIZADO

El diseño, la implementación y la sostenibilidad a largo plazo de los sistemas de pensiones conllevan el afrontamiento de una serie de desafíos y dificultades que afectan a las mencionadas sostenibilidad económico-financiera y suficiencia prestacional de estos sistemas. Los retos a los que se enfrentan los sistemas de pensiones pueden variar en función del modelo de pensiones implantado y el desarrollo socioeconómico de los países. Un ejemplo de esta disparidad la podemos encontrar en la diferenciación entre los sistemas de pensiones de las economías desarrolladas frente a los modelos de pensiones de los países en vías de desarrollo. Las diferentes realidades económicas, demográficas, sociales e institucionales de los países desarrollados y emergentes determinan los tipos de problemas que enfrentan, los efectos que tales cuestiones tienen sobre la sostenibilidad y la suficiencia de los sistemas de pensiones y las soluciones que se pueden implementar para corregirlos. A continuación, se detallan los principales retos de los sistemas de pensiones en la actualidad y las problemáticas diferenciadas que generan distinguiendo entre economías desarrolladas y emergentes:

1.- *Retos demográficos*: En los países desarrollados el principal reto demográfico es el envejecimiento de la población como consecuencia del incremento de la esperanza de vida unido a unas bajas tasas de natalidad. La principal consecuencia de esta problemática es el aumento de la tasa de dependencia demográfica, generando dificultades en la sostenibilidad económico-financiera de los sistemas, especialmente los de reparto. Por el contrario, muchos países emergentes cuentan con una población joven y en crecimiento, lo que es beneficioso en términos de sostenibilidad a corto plazo, pero potencialmente

problemático a largo plazo si las tendencias demográficas se alinean con las de los países desarrollados.

2.- *Cobertura del sistema de pensiones*: Es uno de los principales retos a los que se enfrentan los países emergentes, donde una gran parte de la población queda fuera del sistema formal de pensiones (especialmente trabajadores informales, rurales y de bajos ingresos). La baja cobertura significa que muchas personas no tendrán acceso a pensiones adecuadas en la vejez, lo que aumenta el riesgo de pobreza en estos grupos y pone en riesgo la suficiencia del sistema. En cambio, los sistemas de pensiones en los países desarrollados suelen tener una cobertura amplia, abarcando a la mayoría de la población. Sin embargo, aún existen brechas en la cobertura, especialmente entre trabajadores autónomos, mujeres, e individuos con carreras laborales irregulares.

3.- *Sistema de financiación y presión fiscal*: Los países desarrollados enfrentan desafíos significativos de sostenibilidad financiera debido al envejecimiento de la población, lo que ha supuesto el incremento de la carga fiscal en los últimos años para poder hacer frente al pago de las prestaciones y evitar déficits excesivos, especialmente en los sistemas de reparto. Asimismo, para no implementar medidas impopulares de incrementos de presión fiscal, los países están adoptando modificaciones en el cálculo de las prestaciones, que se verán reducidas a largo plazo con la consecuente pérdida de suficiencia futura. En los países emergentes, la capacidad fiscal para financiar pensiones es limitada debido a economías más débiles, mayores tasas de informalidad y menores ingresos fiscales, generando problemas de sostenibilidad financiera. Igualmente, la falta de recursos afecta la capacidad de los gobiernos para ofrecer pensiones adecuadas y afectando a la suficiencia de las prestaciones.

4.- *Inflación y poder adquisitivo:* Los países desarrollados suelen presentar datos de inflación moderada pero mantenida en el tiempo, por lo que los sistemas de pensiones deben ajustarse periódicamente para asegurar que las pensiones mantengan su poder adquisitivo. En muchos países emergentes, la inflación puede ser alta o volátil, lo que erosiona rápidamente el valor de las pensiones si no se ajustan adecuadamente.

5.- *Administración y Gobernanza*: Los sistemas de pensiones en los países desarrollados suelen ser complejos, pero bien estructurados, con mecanismos establecidos para la administración y regulación. Sin embargo, la burocracia y la rigidez pueden ser problemáticos. La eficiencia administrativa es clave para asegurar que los sistemas funcionen correctamente y se ajusten a las necesidades cambiantes. En los países emergentes, los sistemas de pensiones a menudo enfrentan desafíos de gobernanza, incluidos problemas de corrupción, mala gestión y falta de transparencia. La mala administración y la falta de confianza en el sistema pueden llevar a la pérdida de fondos y reducir la efectividad de las pensiones, afectando su suficiencia.

6.- *Necesidad de reformas y adaptación*: Los países desarrollados están constantemente ajustando sus sistemas de pensiones para adaptarse a las realidades demográficas y económicas cambiantes. Sin embargo, estas reformas a menudo enfrentan resistencia política y social. La resistencia a las reformas puede retrasar las necesarias adaptaciones del sistema, agravando los problemas de sostenibilidad y suficiencia. Asimismo, los países emergentes deben concentrarse en construir y expandir sus sistemas de pensiones mientras enfrentan restricciones económicas y fiscales. La implementación de reformas estructurales es crucial, pero a menudo desafiante. La construcción de un sistema sólido

requiere tiempo, recursos y voluntad política, lo que puede ser difícil de lograr en contextos emergentes.

7.- *Equidad e igualdad de género:* La equidad en los sistemas de pensiones se refiere a la distribución justa de los beneficios entre diferentes grupos de la sociedad, incluidas las diferencias de género. Tanto en los países desarrollados como en los emergentes las mujeres suelen recibir pensiones más bajas debido a brechas salariales, carreras laborales interrumpidas y una mayor longevidad. Abordar estas desigualdades es un reto crucial para garantizar la igualdad del sistema.

8.- *Nuevas realidades laborales*: El mercado laboral lleva experimentando desde hace una década un cambio estructural profundo, con un aumento en el trabajo autónomo, el empleo temporal y las economías de plataformas digitales. Adaptarse a nuevas formas de trabajo es crucial para garantizar que todos los trabajadores, independientemente de la forma en que participen en el mercado laboral, puedan acumular derechos de pensión suficientes para garantizar una jubilación digna.

3. OPCIONES DE REFORMA DE LOS MODELOS DE SEGURIDAD SOCIAL

Con el objetivo de afrontar los retos mencionados, muchos países se han visto obligados a implementar una serie de reformas que permitan garantizar la sostenibilidad y la suficiencia de los sistemas de pensiones a largo plazo. Estas reformas, son de variada tipología y se pueden clasificar en las siguientes categorías: paramétricas, estructurales, enfocadas en la administración y de gestión del sistema.

1.- *Reformas Paramétricas:* Consiste en realizar ajustes en los parámetros o variables fundamentales que determinan el funcionamiento del sistema, sin modificar su estructura básica. Las principales reformas paramétricas que algunos países han aplicado en los últimos años son:

a. Aumento de la Edad de Jubilación: Esta es una de las reformas paramétricas más extendidas en los sistemas de reparto. Consiste en aumentar la edad legal en la que los trabajadores pueden acceder a la pensión de jubilación, en respuesta a una mayor esperanza de vida. El objetivo es reducir el tiempo que los beneficiarios pasan recibiendo prestaciones y alargar el periodo de contribución activa de los trabajadores.

b. Aumento del período mínimo de cotización: El período mínimo de cotización para acceder a una pensión completa o parcial también puede ajustarse en las reformas paramétricas. Al aumentar el número de años requeridos para generar derechos de pensión, se busca equilibrar la relación entre el tiempo de contribución y el tiempo de percepción de la pensión.

c. Modificación del cálculo de las pensiones: Las reformas paramétricas también pueden implicar la modificación de la fórmula mediante la cual se calculan las pensiones. Este ajuste puede realizarse cambiando la base reguladora, los años considerados en el cálculo o introduciendo factores de corrección. Por ejemplo, en muchos países europeos, el cálculo de la pensión se ha vinculado a la totalidad de la vida laboral del trabajador en lugar de considerar únicamente los mejores años o los últimos años de salario, lo que reduce la cuantía de las pensiones

d. Modificación de las tasas de contribución: Algunas reformas paramétricas consisten en elevar las cotizaciones de los trabajadores y, en ciertos casos, también las de los empleadores. El incremento de las tasas de cotización tiene como objetivo aumentar los ingresos del sistema para equilibrar el aumento en el número de beneficiarios o en la cuantía de las prestaciones.

e. Reducción de las prestaciones futuras: Aunque menos común, algunas reformas paramétricas buscan reducir la cuantía de las pensiones futuras para adaptarlas a las condiciones financieras del sistema. Esto se puede hacer ajustando la fórmula de cálculo, imponiendo un límite máximo o introduciendo mecanismos de recorte automático si el sistema entra en déficit.

f. Actualización o indexación de las Pensiones: Otra reforma paramétrica relevante es la modificación de los mecanismos de actualización de las pensiones, que pueden estar vinculadas a la inflación, los salarios o factores más complejos como la sostenibilidad financiera del sistema.

g. Vinculación a la Esperanza de Vida: Ajustar automáticamente la edad de jubilación o las tasas de reemplazo en función de los cambios en la esperanza de vida. Proporciona una forma automática de ajustar el sistema a los cambios demográficos, mejorando su sostenibilidad a largo plazo.

h. Incentivación a la jubilación activa y retrasada: Para desalentar la jubilación temprana y fomentar la permanencia de los trabajadores en el mercado laboral, algunos sistemas han introducido incentivos para quienes opten por retrasar su jubilación más allá de la edad mínima requerida. Estos incentivos pueden ser incrementos porcentuales en la pensión por cada año adicional de trabajo.

i. Reformas de adaptación a nuevas realidades laborales: Como la inclusión de las nuevas modalidades de relaciones laborales en el sistema de cotización (trabajadores autónomos, freelance, trabajadores temporales, por horas y de la economía gig[1]), la facilitación de la movilidad laboral internacional, el fomento de la conciliación laboral y familiar o el desarrollo de mecanismos para los nuevos tipos de empleo colaborativo o cooperativo.

2.- *Reformas Estructurales:* Son aquellas que modifican profundamente el diseño y la naturaleza del sistema de pensiones, cambiando su arquitectura fundamental. A diferencia de las reformas paramétricas, que ajustan parámetros individuales sin alterar la esencia del sistema, las reformas estructurales implican un rediseño completo que puede transformar la forma en que se financian y distribuyen las prestaciones. Estas reformas suelen ser más drásticas y tienen un impacto a largo plazo en la población. Los principales tipos de reformas estructurales en los sistemas de pensiones pueden ser:

a. Transición de sistemas de reparto a sistemas de capitalización: Una de las reformas estructurales más significativas es el cambio de un sistema de reparto (donde las cotizaciones de los trabajadores activos financian las pensiones de los jubilados) a

[1] La economía gig es un modelo económico basado en trabajos temporales o esporádicos (llamados "gigs"), en los que las personas trabajan de manera flexible y autónoma, a menudo a través de plataformas digitales que conectan a trabajadores con clientes que demandan servicios. Este tipo de economía se caracteriza por la contratación independiente, trabajos a corto plazo, y una relación laboral menos estable en comparación con los empleos tradicionales.

un sistema de capitalización, donde los trabajadores acumulan ahorros individuales que se invierten en los mercados financieros para financiar su propia pensión futura. El caso más paradigmático de este tipo de reforma es el de Chile, realizado en 1981.

b. Introducción de sistemas mixtos: Otra reforma estructural importante es la creación de sistemas mixtos que combinan elementos tanto del sistema de reparto como del sistema de capitalización. En este diseño, el sistema público sigue proporcionando una pensión básica o mínima financiada por el reparto, mientras que la parte adicional de la pensión se basa en contribuciones individuales a cuentas de capitalización.

c. Cambio a sistemas de reparto con cuentas nocionales: Los sistemas de reparto con cuentas nocionales (o virtuales) constituyen una reforma estructural que introduce un cálculo individualizado de las pensiones dentro de un sistema de reparto. Aunque las contribuciones no se invierten realmente en los mercados financieros, el sistema simula una acumulación de capital ficticio que genera derechos para los trabajadores, basados en el valor de sus cotizaciones y la evolución de la economía.

d. Inclusión de sistemas de pensiones universal o renta básica garantizada: Algunos países han implementado reformas estructurales que introducen una pensión básica universal o una renta mínima garantizada para todos los ciudadanos, independientemente de su historial laboral o de sus contribuciones al sistema. Esta medida está orientada a evitar la pobreza en la vejez, garantizando un ingreso mínimo a todos los ciudadanos al llegar a la edad de jubilación.

e. Sistemas de capitalización obligatoria: En algunos países, las reformas estructurales han introducido la obligatoriedad de la capitalización individual, en contraposición a sistemas mixtos o voluntarios. Estas reformas se centran en asegurar que los trabajadores ahorren para su propia jubilación, a menudo con el apoyo de contribuciones complementarias de los empleadores.

f. Reformas estructurales para aumentar la cobertura y la inclusión: Otra opción de reforma estructural se centra en ampliar la cobertura del sistema de pensiones a trabajadores que tradicionalmente han estado excluidos, como los trabajadores informales, los autónomos o los agricultores. Estas reformas implican cambios en la estructura del sistema para garantizar una mayor inclusión y reducir las brechas de cobertura.

g. Privatización de las pensiones: En algunos casos, las reformas estructurales han ido en la dirección de privatizar total o parcialmente los sistemas de pensiones. Esto implica que las pensiones se gestionan principalmente por el sector privado, con una menor intervención o supervisión del Estado.

Las reformas estructurales suelen ser más controvertidas que las paramétricas debido a su profundo impacto en el diseño del sistema y en los derechos de los trabajadores. Las principales críticas a este tipo de reformas se relacionan con los riesgos de inequidad en el caso de transiciones de modelos de reparto a mixtos o de capitalización; riesgo financiero en los cambios a sistemas de capitalización, y riesgos de sostenibilidad política al encontrar oposición social a cambios drásticos del sistema.

3.- Reformas Administrativas y de gestión: Son aquellas dirigidas a mejorar la eficiencia operativa, la transparencia, la gestión y la supervisión de los sistemas de pensiones,

sin alterar su diseño estructural o aplicar reformas paramétricas. Estas modificaciones se centran en optimizar la administración, garantizar una mejor rendición de cuentas y asegurar que el sistema sea gestionado de manera eficaz y equitativa. Las principales reformas que nos podemos encontrar en esta categoría son:

a. Centralización o descentralización de la gestión: Se puede centralizar la administración de las pensiones en una única entidad estatal para mejorar la eficiencia y reducir costes, o descentralizarla, delegando la gestión a nivel regional o local.

b. Digitalización y modernización tecnológica: La implementación de tecnologías digitales en la administración de pensiones es una de las reformas más frecuentes en este ámbito. Esto incluye la creación de plataformas en línea para gestionar las cotizaciones, la actualización de los datos de los beneficiarios y la automatización de la concesión de pensiones.

c. Supervisión y regulación por entidades independientes: La creación o fortalecimiento de agencias independientes encargadas de la regulación y supervisión del sistema de pensiones es una reforma clave para mejorar la gobernanza. Estas entidades garantizan que los fondos sean administrados de manera responsable, tanto en sistemas públicos como privados.

d. Transparencia y acceso a la información pública: Las reformas pueden introducir mecanismos para mejorar la transparencia, asegurando que los trabajadores y pensionistas tengan acceso a información clara y comprensible sobre el estado del sistema, sus derechos y los riesgos asociados.

e. Lucha contra el fraude y la corrupción: Se pueden introducir medidas para prevenir el fraude en la concesión de pensiones, como el uso de bases de datos interconectadas para verificar la identidad y el historial laboral de los solicitantes.

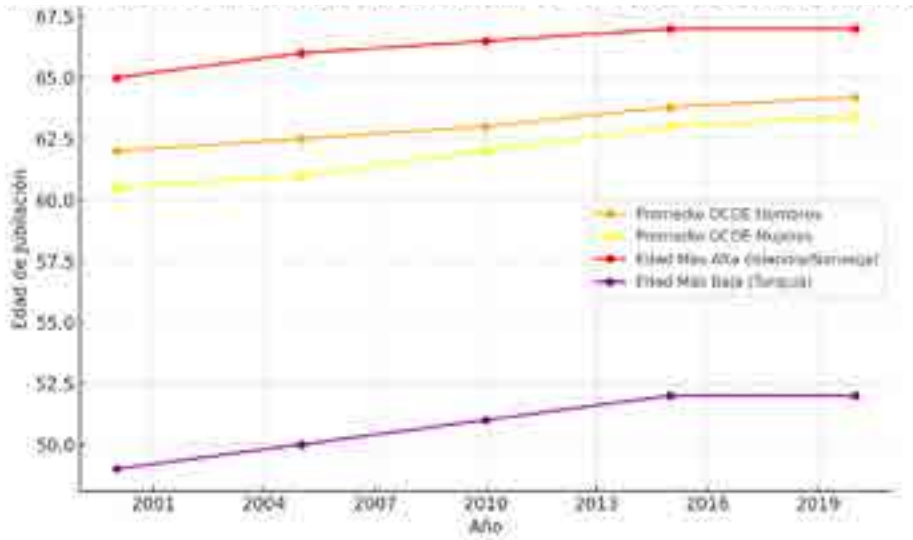
4. LOS SISTEMAS DE PENSIONES EN UN CONTEXTO DE INCERTIDUMBRE: UNA APLICACIÓN PRÁCTICA DE REFORMAS

En el presente epígrafe nos vamos a centrar en comentar las principales reformas paramétricas y estructurales aplicadas en los países de la OCDE desde principios del siglo XXI. En este sentido, cabe destacar que las reformas paramétricas han sido ampliamente utilizadas en los países de la Unión Europea, siendo uno de los principales objetivos a alcanzar el aumento de la edad efectiva de jubilación. El mecanismo más empleado a tal efecto ha sido el aumento progresivo de la edad legal de jubilación a lo largo de varios años o incluso décadas. Una segunda opción ha consistido en la flexibilización de la edad de jubilación, permitiendo que el importe de la pensión futura sea mayor si el trabajador se jubila con posterioridad a la edad legal de jubilación; y la tercera alternativa más empleada ha sido la vinculación de la edad legal de jubilación a la esperanza de vida de la población, permitiendo un ajuste automático en función de la variación de dicha variable.

Así, en el marco de los países que han aplicado un incremento progresivo de la edad legal de jubilación, la reforma de la edad de jubilación en Alemania ha sido una de las más relevantes y progresivas dentro del contexto europeo; estableciendo desde 2007 un incremento gradual de la edad de jubilación de los 65 a los 67 años, que se completará en 2029. Ese mismo año, en Portugal se introdujo un mecanismo de ajuste automático de la edad de jubilación vinculado a la evolución de la esperanza de vida, con la edad actual fijada en 66 años. En Reino Unido, la edad de jubilación se

incrementó de 65 a 66 años entre 2007 y 2011, con un plan para aumentarla a 68 años en las próximas décadas. En Grecia, las reformas impulsadas como parte de las medidas de austeridad exigidas por la Troika (Comisión Europea, BCE y FMI) elevaron la edad de jubilación a 67 años.

Gráfica 1. Evolución de la edad legal de jubilación en los países de la OCDE (2000-2020)

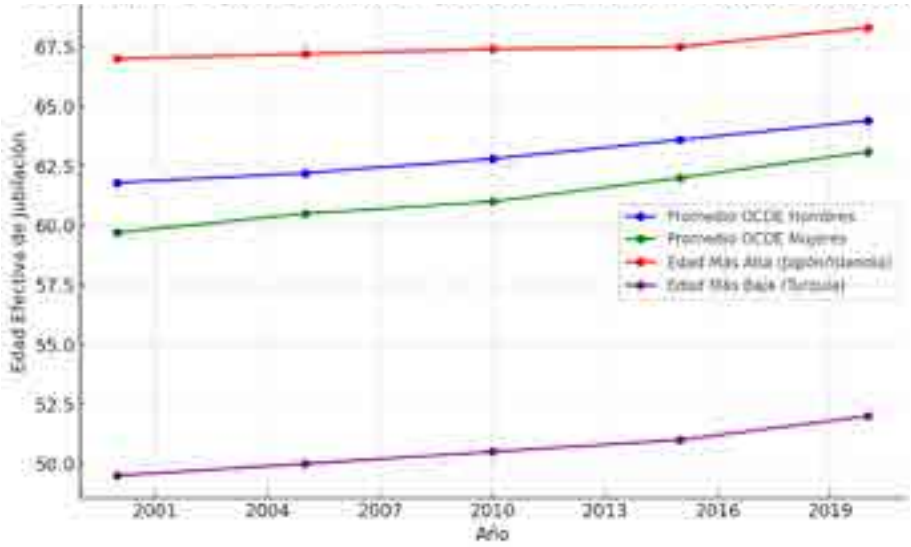


Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la OCDE (2023)

En España, la reforma de 2011 se estableció mediante la Ley 27/2011, que introdujo un aumento progresivo de la edad de jubilación de 65 a 67 años, con un periodo de transición hasta 2027. En Italia, la conocida *Ley Fornero* de 2012 implementada en un contexto de crisis fiscal, aumentó la edad de jubilación a 67 años, vinculando futuros incrementos a la evolución de la esperanza de vida. En los Países Bajos, una reforma de su sistema de pensiones en 2013 consignó un aumento progresivo de la edad de jubilación de 65 a 67 años, vinculado a la esperanza de vida futura -el modelo holandés ha sido reconocido como uno de los más sostenibles y equitativos dentro de la OCDE, ya que introduce correcciones automáticas basadas en factores demográficos y económicos-. En Finlandia, la reforma de 2017 introdujo un aumento gradual de la edad de jubilación hasta los 65 años en 2027, vinculado a la evolución de la esperanza de vida. En Suecia, el sistema de cuentas nocionales ha permitido una mayor flexibilidad en la edad de jubilación, que actualmente varía entre los 62 y 68 años. La reforma sueca de 2020 aumentará la edad mínima de jubilación a 64 años para 2026, con ajustes automáticos basados en la esperanza de vida. Por último, En Francia, la reforma de 2023 elevó la edad de jubilación de 62 a 64 años.

En el resto del mundo también nos encontramos con reformas paramétricas de aumentos de la edad legal de jubilación en países como Estados Unidos, Canadá, Australia o Japón. En Estados Unidos, la Social Security Amendments of 1983 estableció un aumento gradual de la edad de jubilación plena de 65 a 67 años para aquellos nacidos después de 1960. En Canadá, se introdujo un aumento de la edad de jubilación de 65 a 67 años mediante una reforma de su sistema de pensiones en 2012 que posteriormente fue revertida en 2016, respondiendo a la presión social. En Australia, la reforma de 2014 estableció el incremento de la edad de jubilación de 65 a 67 años, con una implementación gradual que se completó en 2023. Por último, en Japón, la edad de jubilación ha aumentado recientemente a 65 años en respuesta a la presión demográfica en Japón, uno de los países con mayor proporción de población anciana del mundo.

Gráfica 2. Evolución de la edad real de jubilación en los países de la OCDE (2000-2020)



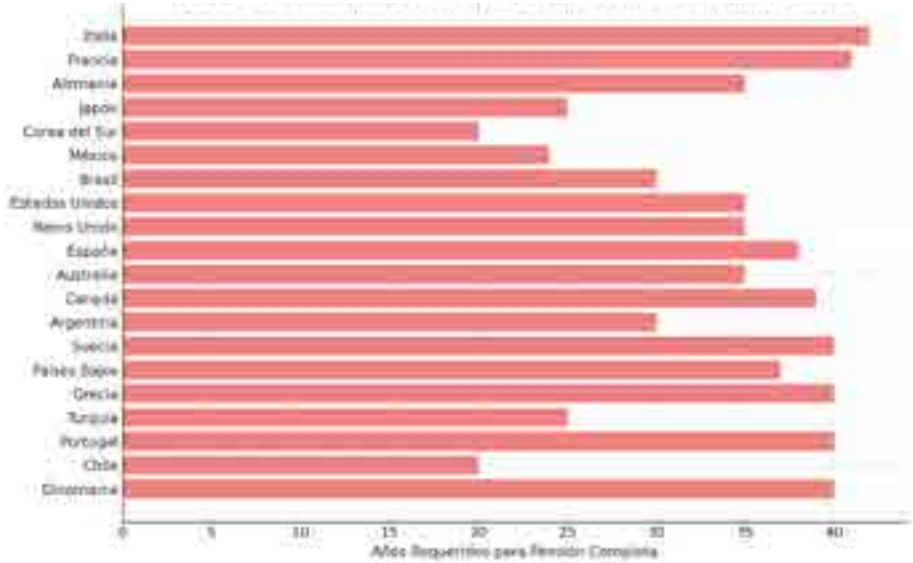
Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la OCDE (2023)

El aumento del período mínimo de cotización para acceder a una pensión completa ha sido otra reforma paramétrica común para mejorar la sostenibilidad de los sistemas de pensiones. En el gráfico 3 podemos observar el número de años necesarios que se necesitan en los distintos países para obtener una pensión completa según datos del último informe "*Pensión at Glance"* de la OCDE (2023). Tal y como se desprende del gráfico, existen diferencias importantes en los años de cotización necesarios para obtener una pensión completa dentro de los países de la OCDE. En Europa Occidental y América del Norte los requisitos de cotización son, por lo general, más elevados, con el objetivo para aliviar la presión fiscal. En América Latina y Asia-Pacífico, los requisitos suelen ser más bajos, pero generalmente a costa de pensiones públicas de menor cuantía. Los países de la OCDE con el mayor número de años de cotización necesarios para obtener una pensión completa son Bélgica, Austria, y en algunos casos Suiza, con hasta 45 años de cotización para recibir una pensión completa. En el otro extremo, Corea del Sur y Chile requieren los periodos de cotización más bajos, de entre 20 y 24 años.

Desde el año 2000, numerosos países de la Unión Europea y la OCDE han elevado los años mínimos de cotización necesarios para alcanzar una pensión completa. A modo de ejemplo, Francia ha aumentado desde 2003 los años de cotización requeridos de 40 a 41,5 años, con una proyección de alcanzar los 43 años. Bélgica y Austria han extendido sus requisitos de cotización a 45 años en ciertos regímenes. Alemania mantiene 35 años como requisito mínimo, pero ha restringido los beneficios de la jubilación anticipada y se prevé un incremento gradual de la cotización en una reforma planteada en 2024. Portugal y Grecia elevaron los años de cotización necesarios, en respuesta a las crisis fiscales y de deuda de principios de siglo, exigiendo actualmente una cotización mínima de 40 años. Italia ha introducido un ajuste automático de los años de cotización, vinculado a la evolución de la esperanza de vida. Actualmente, se requieren 42 años de cotización para la jubilación completa, un aumento considerable en relación con las normas de inicio de siglo. Por último, en España, en el marco de reformas sucesivas, aumentó gradualmente el número de años necesarios para calcular la base reguladora de las pensiones, pasando de los 15 a los 25 años. Además, se estableció un período

de cotización mínimo de 37 años para acceder a la pensión completa, con proyección de nuevos incrementos futuros.

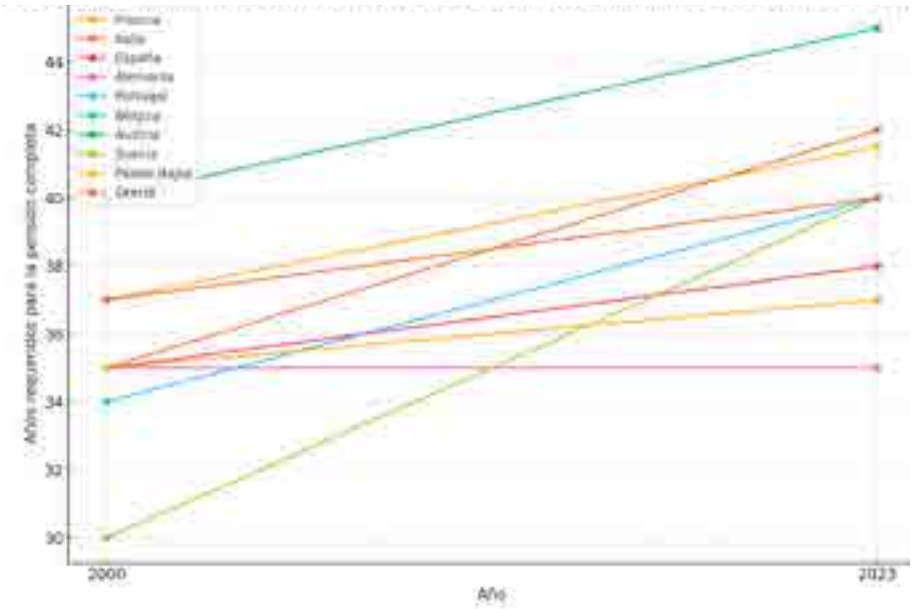
Gráfica 3. Años de contribución necesarios para obtener una pensión completa en países de la OCDE (2023)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la OCDE (2023)

Una tercera tendencia en la aplicación de reformas paramétricas ha sido el incremento de los porcentajes de cotización sobre la base reguladora, como una forma de generar más ingresos para los sistemas de pensiones. Países como Italia, Francia, Grecia, y la República Checa muestran un aumento constante y significativo de sus tipos de cotización a lo largo de varios años. Italia, ha alcanzado el porcentaje de cotización más alto (33% en 2020), seguida de Francia que ha llegado a incrementar hasta el 27.8%. Países como Alemania, España y Portugal han registrado incrementos más moderados en sus porcentajes de cotización. Por último, México ha mostrado un crecimiento gradual que pretende alcanzar el 15% en los próximos años, en un intento de mejorar las tasas de reemplazo de su sistema de pensiones.

Gráfica 4. Evolución del número de años de contribución necesarios para obtener una pensión completa en países seleccionados de la UE (2000-2023)



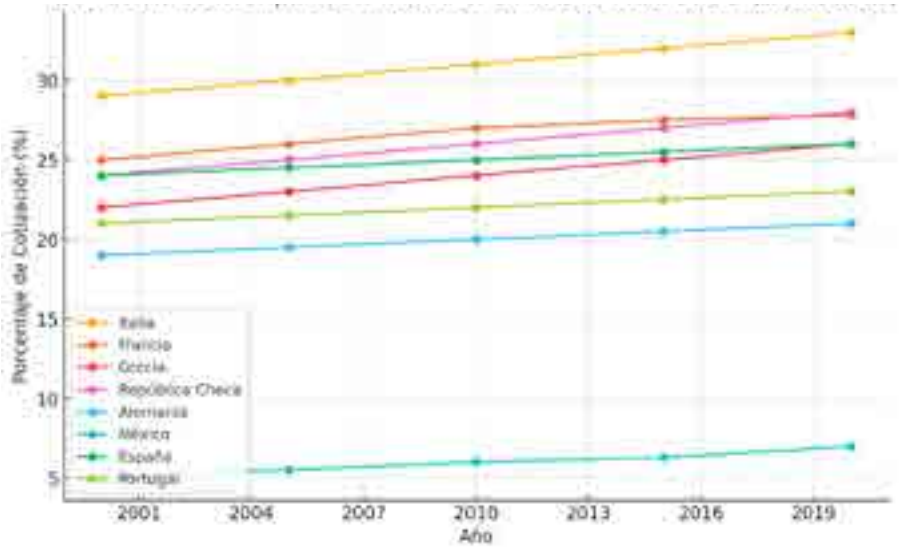
Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la OCDE (2023)

Algunos países han implementado reformas paramétricas para vincular las pensiones a la esperanza de vida, ajustando automáticamente la edad de jubilación o las tasas de reemplazo en función de los cambios demográficos. Italia, Países Bajos, Grecia, Estonia, Eslovaquia, Chipre, y Dinamarca han vinculado la edad de jubilación a la esperanza de vida de su población. Finlandia y Portugal han introducido un coeficiente de longevidad o factor de sostenibilidad, que reduce las pensiones en función del aumento en la esperanza de vida, y Suecia ajusta los beneficios de su sistema de cuentas nocionales en función de la longevidad. En España se introdujo en 2013 el llamado factor de sostenibilidad, con la idea de ajustar las pensiones en función de la esperanza de vida de los nuevos pensionistas a partir de 2019. Sin embargo, esta medida fue suspendida en 2018 antes de que entrara en vigor debido a la presión social y política. En la última reforma aprobada en 2021, se introdujo el denominado mecanismo de equidad intergeneracional (MEI), que sustituye al factor de sostenibilidad. Aunque el MEI no está vinculado directamente a la esperanza de vida, tiene como objetivo garantizar que las futuras generaciones no asuman una carga desproporcionada para financiar las pensiones. Consiste en una subida de las cotizaciones sociales a partir de 2023, que podrá ser ajustada en el futuro según las necesidades del sistema de pensiones.

Desde el punto de vista de la suficiencia de las prestaciones, la principal medida adoptada por los países de la OCDE ha sido la indexación o actualización de las pensiones según la inflación o el crecimiento económico. En los últimos 25 años, varios países de la OCDE han implementado reformas en sus sistemas de pensiones para indexar las pensiones a la inflación. Así, por ejemplo, Alemania ha vinculado las pensiones a los salarios y la inflación mediante una fórmula que incluye ajustes según el crecimiento de los salarios. Sin embargo, en el año 2004, el país introdujo la fórmula de sostenibilidad que tiene en cuenta la relación entre los contribuyentes activos y los pensionistas. Francia ha vinculado históricamente sus pensiones a la inflación y ha realizado ajustes periódicos para proteger el poder adquisitivo de los pensionistas. En las reformas recientes, las pensiones del

sistema público están vinculadas al Índice de Precios al Consumo (IPC), aunque en algunos casos las actualizaciones han sido congeladas o limitadas por decisiones presupuestarias. Italia ha aplicado ajustes automáticos a las pensiones con base en la inflación, aunque reformas en 1995 y posteriores incluyeron modificaciones que limitan los ajustes completos para los pensionistas con pensiones más altas. En 2011, Reino Unido introdujo un mecanismo para indexar las pensiones, lo que garantiza que las pensiones aumenten según el mayor valor entre el crecimiento de los salarios, el IPC o un mínimo del 2.5%.

Gráfica 5. Evolución de los tipos de cotización en países seleccionados de la OCDE (2000-2020)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la OCDE (2023)

En el caso de España, existía un sistema de indexación de las pensiones a la inflación hasta 2013, cuando introdujo el Índice de Revalorización de las Pensiones (IRP), que limitaba los incrementos de las pensiones a un 0.25% en épocas de desequilibrio financiero. Sin embargo, en 2018, debido a la presión social, se volvió a indexar las pensiones al Índice de Precios al Consumo (IPC), restaurando la indexación plena en 2021 con la reforma del sistema de pensiones.

La aplicación de reformas estructurales ha estado orientada principalmente hacia la introducción de sistemas mixtos de pensiones en los últimos 25 años. Suecia fue pionera en la adopción de un sistema mixto desde 1998, donde los trabajadores contribuyen tanto a un fondo público de reparto como a cuentas privadas de capitalización. Esta combinación ha permitido garantizar un nivel básico de protección social al tiempo que fomenta el ahorro privado, lo que ha sido considerado un éxito en términos de sostenibilidad y suficiencia. Polonia introdujo un sistema mixto en 1999, pero la crisis financiera de 2008 afectó gravemente los rendimientos de los fondos privados, lo que llevó al gobierno a revertir parcialmente la reforma. En 2014, Polonia volvió a fortalecer el sistema de reparto, lo que generó críticas por la falta de confianza en los fondos privados y la incertidumbre sobre las pensiones futuras. Estonia adoptó en 2002 un sistema mixto que incluye una pensión pública de reparto y una pensión obligatoria de capitalización privada gestionada por fondos de pensiones. Letonia implementó un sistema mixto en 2001, que combina un sistema de cuentas nocionales y un componente privado de capitalización obligatoria. Eslovaquia implementó en 2005 un sistema mixto con un componente obligatorio de capitalización privada que complementa el sistema público de reparto. Hungría adoptó

un sistema mixto en 1998, pero la reforma fue revertida en 2010, volviendo a un sistema de reparto público. Sin embargo, durante varios años coexistió un sistema mixto. Actualmente, Perú y Colombia disponen de sistemas de pensiones mixtos que permiten a los trabajadores elegir entre un sistema público de reparto y un sistema privado de capitalización. Por otra parte, Chile y México introdujeron un sistema de capitalización privada en 1981 y 1997, respectivamente. En reformas posteriores han incluido elementos para equilibrar estos modelos con un componente público.

5. CONCLUSIONES

En los últimos 25 años, los sistemas de pensiones han experimentado una serie de reformas profundas, impulsadas principalmente por la necesidad de garantizar su sostenibilidad financiera y suficiencia económica frente a desafíos demográficos, como el envejecimiento de la población y el aumento de la esperanza de vida. Estas reformas se han articulado principalmente a través de modificaciones paramétricas y estructurales, con el objetivo de adaptar los sistemas a las nuevas realidades económicas y laborales. Una de las reformas paramétricas más comunes ha sido el aumento progresivo de la edad de jubilación. Países como Alemania, Italia, Francia y Portugal han ajustado la edad legal de jubilación en respuesta al incremento en la esperanza de vida. En algunos casos, como en Italia y los Países Bajos, la edad de jubilación está directamente vinculada a la esperanza de vida, lo que permite un ajuste automático que asegura la sostenibilidad del sistema a largo plazo. En otros países, como España, se ha optado por un aumento progresivo de la edad de jubilación a través de reformas sucesivas, que elevarán la edad de 65 a 67 años para 2027. Otra reforma relevante ha sido el aumento de los años de cotización necesarios para acceder a una pensión completa. Este enfoque busca equilibrar el tiempo de contribución con el tiempo de percepción de las prestaciones, reduciendo la presión financiera sobre los sistemas de reparto. Países como Francia, Bélgica y Alemania han elevado el mínimo de años de cotización, con variaciones significativas en los requisitos entre los países de la OCDE. El ajuste de las pensiones a la inflación ha sido otro componente clave en las reformas paramétricas, con el objetivo de proteger el poder adquisitivo de los jubilados. Países como Alemania, Francia, y España han vinculado la actualización de las pensiones al Índice de Precios al Consumo (IPC), aunque en algunos casos estos ajustes han sido limitados o suspendidos temporalmente debido a restricciones fiscales. Esta medida ha sido crucial para asegurar la suficiencia de las prestaciones, especialmente en contextos de inflación moderada o creciente.

Por otro lado, las reformas estructurales han tenido un impacto más profundo en la naturaleza y diseño de los sistemas de pensiones. La creación de sistemas mixtos, que combinan un pilar público de reparto con cuentas de capitalización privada, ha sido adoptada en países como Suecia, Polonia y Estonia. Estos sistemas permiten diversificar las fuentes de financiación de las pensiones, mitigando los riesgos asociados a los cambios demográficos y económicos. Sin embargo, la experiencia de países como Hungría y Polonia, que revirtieron parcialmente las reformas de capitalización, subraya las dificultades y riesgos de sostenibilidad de estos modelos en momentos de crisis económica.

Finalmente, los nuevos retos laborales también han impulsado reformas orientadas a la inclusión de modalidades de trabajo más flexibles, como los autónomos y los trabajadores de la economía colaborativa. Estas reformas buscan garantizar que todos los trabajadores, independientemente de su forma de empleo, puedan acumular los derechos necesarios para acceder a una pensión digna.

En conclusión, las reformas de los sistemas de pensiones han sido variadas y responden a la necesidad de asegurar la sostenibilidad a largo plazo, sin comprometer la suficiencia de las prestaciones. A medida que continúan los cambios demográficos y económicos, es probable que las reformas paramétricas y estructurales sigan siendo necesarias para adaptar los sistemas de pensiones a las realidades emergentes.

6. BIBLIOGRAFÍA

Banco Mundial (2006). *Reforma y Reestructuración de los Sistemas de Pensiones. Evaluación de la asistencia prestada por el Banco Mundial*. DOI:10.1596/978-0-8213-6637-0. Recuperado de: https://documents1.worldbank.org/curated/en/293631468339012872/pdf/355210PUB0SPAN1sions1evaluation1esp.pdf

Barr, N. y Diamond, P. (2008). Reforming Pensions. Oxford University Press. Online ISBN: 9780199893461. Disponible en: https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195311303.001.0001.

Holzmann, R. y Hinz, R. (2005). *Soporte del Ingreso en la Vejez en el Siglo Veintiuno: Una perspectiva Internacional de los Sistemas de Pensiones y de sus Reformas*. Banco Mundial. Recuperado de: https://documents1.worldbank.org/curated/fr/101861517986137713/pdf/32672-v2-SPANISH-Executive-summary-OLD-AG-5-PUBLIC.pdf.

Conferencia Interafricana de Bienestar Social (CIPRES). *CIPRES: historia y objetivo*s, [consulta online: 10 de agosto, 2024]. http://www.lacipres.org/presentation/article/historique-objectifs.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. *Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948*. Asamblea General de las Naciones Unidas, París. Recuperado de: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf.

Domínguez Martínez, J.M., *La reforma de las pensiones en España: una aproximación económica*. Serie Documentos de Trabajo, nº 2/2012. Instituto Universitario de Análisis Económico y Social, Universidad de Alcalá, España, 2012. ISSN 2172-7856.

Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social, "Un nuevo modelo europeo de seguridad social: el proyecto del código de Lovaina", *Colección Seguridad Social*, vol. 78, nº 1, Serie Seguridad Social, España, 1978. ISBN 8450028515.

OECD [OCDE], *Pensions at glance 2021: OECD and G20 indicators,* OECD Publishing, Paris, 2021. ISBN 978-92-64-64133-4 (pdf). En: https://doi.org/10.1787/ca401ebd-en.

OECD [OCDE], *Pensions at glance 2023: OECD and G20 indicators,* OECD Publishing, Paris, 2023. ISBN 978-92-64-48100-8 (pdf). En: https://doi.org/10.1787/678055dd-en.

Organización de Naciones Unidas [ONU] (s.f). *La Declaración Universal de Derechos Humanos.* Recuperado de: https://www.un.ºrg/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights.

Organización de Naciones Unidas [ONU] (s.f). *Objetivos de Desarrollo Sostenible.* Recuperado de: https://www.un.ºrg/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/.

Organización de Naciones Unidas [ONU] (2015). *Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015, 70/1 Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.* Documento A/RES/70/1. Recuperado de: https://documents.un.ºrg/doc/undoc/gen/n15/291/93/pdf/n1529193.pdf.

Organización Internacional del Trabajo [OIT] (2021). *Informe Mundial sobre la Protección Social 2020-2022.* ISSN 2789-9004 (en línea). Recuperado de: https://www.social-protection.ºrg/gimi/Media.action?id=18815.

Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Las pensiones en América: 100 años entre Bismarck y Beveridge

Pensions in America: 100 years between Bismarck and Beveridge

Jorge García Rapp[1] *Abogado por la UBA. Argentina*
https://orcid.org/0009-0002-4846-7948

Cita Sugerida: GARCÍA RAPP, J.: «Las pensiones en América: 100 años entre Bismarck y Beveridge». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 349-367.

Resumen

Desde la creación de los sistemas de pensiones en las primeras décadas del siglo XX, los Estados americanos han concretado un modelo predominantemente contributivo, asumiendo los perfiles de la seguridad social de Bismarck de finales del siglo XIX, incluso antes que los países desarrollados. Luego, en la década de 1990, alrededor de una docena de países de la región llevaron a cabo reformas estructurales innovadoras en sus sistemas de pensiones, pasando a sistemas de capitalización individual de gestión privada, las AFP.

Finalmente, y ante la evidente insuficiencia en términos de cobertura de los sistemas contributivos -ya sean públicos o privados-, un grupo importante de países de las Américas, y en un corto período de tiempo, incorporaron componentes universales e inclusivos, o reformaron sus sistemas con en fin de aumentar la cobertura. Lo hicieron con relativo éxito, ya que la cobertura promedio ponderada de América Latina aumentó del 51,5% en 2000 al 76,2% en 2017.

Palabras clave

Pensiones; Capitalización individual; Contributivo; Universales; Reformas; Privado

Abstract

Since the creation of the pension systems of the first decades of the twentieth century, America has concretized a predominantly contributory model, assuming the profiles of Bismarck's social security at the end of the nineteenth century, even before the developed countries. Then, in the 1990s, about a dozen countries in the region carried out innovative structural reforms in their pension systems, moving to privately managed individual capitalization, the AFPs.

Finally, and in view of the evident inadequacy in terms of coverage of contributory systems - whether public or private - a large group of countries in the Americas, and in a short period of time, incorporated universal, inclusive components, or reformed their systems in order to increase coverage. They did so with relative success, as the weighted average coverage of Latin America increased from 51.5% in 2000 to 76.2% in 2017.

Keywords

Pensions; Individual capitalization; Contributory; Universal; Reforms; Private

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Objetivos de los sistemas previsionales

Hemos manifestado en alguna oportunidad que uno de los principales objetivos de la implementación de un sistema previsional consiste en garantizar "la suavización del consumo de las personas a lo largo de su vida", y este fue el propósito predominante durante las primeras etapas del desarrollo de los sistemas. Supone la posibilidad de que las personas que trabajan puedan transferir

[1] MÁSTER en Dirección Bancaria, UCEMA. Buenos Aires. MÁSTER en Dirección y Gestión de Planes y Fondos de Pensiones. OISS, CIFF y Universidad de Alcalá. Madrid. España. Docente Universitario de Derecho del trabajo y de la seguridad social. Consultor Internacional en 3. Los resultados en tres décadas de vigencia de las AFP. pensiones y seguridad social.

consumo de la etapa más productiva, la activa, hacia su etapa pasiva, cuando en la vejez se ve reducida en forma parcial o total, la capacidad de generar ingresos[2].

Ese había sido el camino elegido por las sociedades modernas a través de un convenio intergeneracional, al interior de las familias en las cuales la generación laboralmente activa integrada por padres e hijos mayores debía garantizar el consumo básico de las generaciones aun inactivas de los hijos menores y sus abuelos.

Esta conducta de supervivencia familiar en hogares multigeneracionales donde convivían dos, tres o hasta cuatro generaciones compartiéndolos, "al estilo de las novelas victorianas o las casas-pasillo de los tanos de la Argentina de comienzos de siglo, un tipo de diseño familiar que todavía subsiste en las economías más atrasadas e incluso en los hogares de menores ingresos de los países en desarrollo: la autoconstrucción hacia arriba y hacia atrás para alojar a nuevos integrantes del núcleo familiar ampliado es el recurso de expansión típico del segundo y tercer cordón del Conurbano"[3], de la provincia de Buenos Aires.

La denominada suavización del consumo puede concretarse, a través del ahorro privado, cada persona ahorraría los recursos necesarios para consumirlos en la etapa de retiro, claro está que lograr resultados aceptables, requerirá conocer su historia laboral futura y tener alguna certeza acerca de la expectativa de vida, y esto no es posible, generando un riesgo considerable respecto a la suficiencia de los recursos ahorrados para sostener un determinado nivel de consumo más allá de la esperanza de vida.

El fundamento de la participación del Estado no se agota en las indicadas limitaciones e imperfecciones del mercado, ya que los sistemas de jubilaciones suelen incorporar otros objetivos, además de la suavización de consumo. Entre esos objetivos se encuentran "la redistribución del ingreso y la disminución de la pobreza". A través de los sistemas públicos de jubilaciones y pensiones se puede realizar una redistribución del ingreso entre los aportantes considerando toda su historia laboral como entre generaciones. Favoreciendo a los aportes de menores ingresos en el trade off de cotizaciones y prestaciones. La redistribución entre generaciones se configura cuando los cambios en las prestaciones y/o contribuciones se efectúan a través del tiempo afectando en diferente forma a las distintas generaciones de asegurados.

1.2. Clasificación de los sistemas de pensiones

Partiendo de la década de 1930, Esping-Andersen (2000) identifica tres tipos de regímenes de bienestar en el mundo industrializado, respondiendo a tres modelos de solidaridad registrando la forma en que el estado de bienestar se plantea ante los riesgos[4].

El régimen liberal de bienestar minimiza el Estado, individualiza los riesgos y fomenta las soluciones de mercado, en el marco del manejo residual del riesgo. Presenta entre sus características, ser residual (en América "rol subsidiario" del Estado), restringe su alcance a los riesgos inaceptables y orienta sus garantías a quienes están expuestos a los mismos. Orientado a la extrema pobreza y cuyo foco está determinado por "la necesidad" y no por "el derecho" de las personas, puede conducir

[2] Garcia Rapp, Jorge "El sistema de pensiones de adultos mayores en Argentina: una visión en el marco regional". Capitulo 5. Pagina 707. En "La protección de seguridad social a las personas mayores, retos para el siglo XXI". Editorial Bomarzo. 2022, Albacete. Espeña.

[3] Natanson, J. "Contra el 82 por ciento móvil". Le Monde Diplomatique. Febrero 2020. Nro.248

[4] Gosta Esping-Andersen, "Fundamentos sociales de las economías postindustriales", Barcelona, Ariel, 2000; Welfare States in Transition, Londres, Sage, 1996; Changing Classes. Stratification and Mobility in Postindustrial Societies, Londres, Sage, 1993

a políticas de carácter asistencial cuya aplicación requiere la comprobación de los ingresos como indicación de necesidades (Estados Unidos, Australia, Reino Unido, Nueva Zelandia, Canadá e Irlanda, entre otros).

El régimen socialdemócrata de bienestar, universalista, igualitarista y comprometida con la noción de derechos. Los derechos vinculados a los individuos y basados en la ciudadanía, mientras las pensiones británicas y holandesas se basan en las contribuciones efectivas, en lugar de basarse en una necesidad demostrada o un contrato laboral. Se proponen minimizar la dependencia del mercado. Si bien en algunos países con subsidios tan elevados como los nórdicos, por ejemplo, Bélgica o Italia, se distinguen de aquellos, porque al régimen socialdemócrata escandinavo lo caracteriza la fusión del "universalismo y la socialización global de los riesgos con cobertura global y niveles de subsidio generosos".

Por último, el régimen conservador de bienestar posee fuertes rasgos corporativistas. El reparto de riesgos en un enfoque de solidaridad corporativa, y con en el familiarismo, ponen de manifiesto el sesgo conservador. Se observa un trato privilegiado a los funcionarios públicos, y se contemplan beneficios adicionales de la seguridad social que responden a intereses corporativos. También puede basarse en el familiarismo, dando prioridad a la familia como dispensadora de cuidados y responsable del bienestar de sus miembros. El régimen conservador también es residual, pero mientras el régimen liberal da cobertura ante fallas del mercado, en este la brinda ante fallas de la familia. En ambos sistemas, prevalece la asistencia con fundamento en la necesidad, por sobre los derechos[5].

1.2.1. Público y Privado

Partiendo de la combinación de lo publico y lo privado en las pensiones, Monereo Perez (1996) retoma la clásica distinción tripartita propuesta por Esping-Andersen, y establece una clasificación "aproximativa" de los sistemas de pensiones en los países desarrollados:

1.2.1.1. Sistemas de *seguros corporativistas*, con un papel dominante del Estado del Estado en la estructuración de los programas sociales de pensiones. En ellos, el mercado asume un papel residual en la provisión de pensiones y el sistema de Seguridad Social se halla muy segregado en razón a la estructura ocupacional, siendo de señalar la existencia de los privilegios ostentados por los funcionarios públicos; hechos que confieren un cierto carácter conservador al sistema. (Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Italia, Japón y, con matices, Finlandia)

1.2.1.2. Sistemas *residualistas*, caracterizados por el predominio del mercado como institución de provisión en detrimento del papel de la Seguridad Social, (Estados Unidos, Canadá, Austria y Suiza)

1.2.1.3. Sistemas *universalistas*, en los que el Estado ostenta una posición netamente dominante y se amplían subjetivamente a toda la población (como derechos sociales), los derechos de pensión, prescindiendo en lo esencial del mercado privado y de los privilegios de status. (Suecia, Noruega, Nueva Zelanda y, con matices, Holanda y Dinamarca. En ellos se pretende la tendencial sustitución de las pensiones privadas por unos derechos sociales de pensión legislados. De difícil encaje en un modelo global del sistema es el caso de la estructura de las pensiones en el Reino Unido.

Como se puede comprobar, es el modo de interacción entre la provisión pública y privada la que determina el sistema de pensiones y con él, la estructura distributiva global y la relación específica

[5] En Alemania las pensiones tienen un limitado peso corporativo, existiendo miles de fondos de salud específicos, de carácter regional, por profesiones y por empresas. Italia, en cambio, tiene un sistema de salud unificado, pero más de un centenar de planes de pensiones aplicables a distintas profesiones.

entre los derechos sociales de pensión y los diferentes mecanismos contractuales para la provisión de pensiones privadas. Por otra parte, un rasgo a destacar en la política de pensiones es que existe, sobre todo en los dos primeros sistemas de política de Seguridad Social, una marcada estructura dualista de las pensiones contributivas (públicas y privadas)[6].

1.3. Los cambios en los sistemas en América

Los regímenes pensiones en América se han visto impactados en los últimos 40 años, por algunos eventos de trascendencia que han tenido influencia en la marcha de los mismos: a) las reformas estructurales en los sistemas de pensiones en muchos de los países, que mutaron dichos sistemas que eran de beneficio definido (BD), y de gestión estatal, a sistemas de contribución definida (CD), de capitalización plena en cuentas individuales, y gestionados por empresas privadas con ánimo de lucro; y, b) el desarrollo y la implementación en un gran número de países, de reformas de tipo universales, inclusivas, y con financiamiento no contributivo, siendo este un fenómeno casi abrumador por la intensidad y la rapidez en que los cambios fueron gestados.

Algunos autores agregan en esta enumeración otros acontecimientos que también han influido en los sistemas previsionales, como el proceso de envejecimiento demográfico con desigual presencia en la región, pero afectando seriamente la sustentabilidad futura de los sistemas, y la epidemia mundial de COVID-19 y sus efectos en la economía y la actividad en general.

En estas líneas nos proponemos analizar los dos primeros eventos, evaluando sus efectos y revisando las propuestas de múltiples políticas, para el presente y el futuro, con el fin de contraponer o aminorar dichos efectos, y centrándonos en la situación de los esquemas de capitalización individual.

En el presente, los 20 países latinoamericanos se dividen justo a la mitad respecto a su sistema de pensiones: diez de ellos evolucionan desde el modelo substitutivo original implementado en Chile hacia sistemas mixtos multipilares, mientras que los otros diez tienen sistemas públicos con sus propias especificidades y desafíos respecto al cumplimiento de los principios de la seguridad social.

2. DE LA CAPITALIZACIÓN COLECTIVA A LA CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL

A comienzos del siglo XX, Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba y Uruguay, -integran el grupo Pionero Alto según la clasificación de Carmelo Mesa Lago-, establecieron programas de pensiones con esquemas contributivos, teniendo en vista el modelo del seguro social que Bismarck había impuesto en la Alemania de la segunda mitad del siglo anterior. La región daba cuenta aquí de una anticipación en la adopción de este modelo mucho tiempo antes de que ocurriera en gran parte del mundo desarrollado, y en las grandes potencias económicas.

Con el paso del tiempo, a finales de la década del 70 todos los países de la región poseían esos programas de pensiones de tipo contributivo, aunque con diferencias entre ellos.

Estaban basados en financiamiento de fuente contributiva, que implica que las prestaciones estarán estrechamente vinculadas con los ingresos que perciben los trabajadores en actividad y las cotizaciones que sobre ellos se efectúan; comenzaron a funcionar como sistemas públicos de capitalización colectiva y hacia la década de los 50 y 60, se fueron transformando en sistemas

[6] Monereo Perez, Jose Luis. "Público y Privado en el sistema de pensiones". Editorial Tecnos SA. Madrid. España (1996)

de reparto, especialmente en la Argentina, Brasil y Uruguay, con similares inicios y desarrollos posteriores[7].

No fue casual que ese grupo de países, con mayor desarrollo y habiendo alcanzado mayor cobertura, una población relativamente envejecida y mayor esperanza de vida, evidenciaran a inicios de los 80 altos costos en su funcionamiento, déficit creciente y desequilibrio financiero y actuarial, para el inicio de la crisis de la seguridad social.

En general, todos los sistemas enfrentaban —y aún hoy—, una profunda crisis, principalmente por una mayor longevidad, a lo que habría que sumar una menor tasa de natalidad, las nuevas formas de producción, los impactos en el mercado laboral que provocaron y la pérdida de puestos de trabajo.

Mientras que en Europa frente a esa problemática se promovieron reformas paramétricas a los sistemas públicos, fortaleciendo los modelos de reparto gestionados por los estados nacionales, en américa latina se llevaron adelante reformas estructurales[8], modificando los sistemas en profundidad, pasando de la gestión estatal a la privada y bajo el modelo de capitalización individual. Nuevamente la región daba muestras de una anticipación en las novedosas ideas de privatización de la gestión de las pensiones, mucho antes que algunos países de la Europa del este que siguieron ese camino.

Así, en los 90, algunos países hicieron reformas por la sostenibilidad financiera de los sistemas y la disminución del gasto público, que incluyeron en diferentes variantes las ideas inauguradas en Chile a inicios de los 80, con la incorporación de las administradoras de fondos de pensiones (AFP), empresas privadas que administran fondos individuales de los trabajadores, y por lo que perciben una comisión. Claramente esto significó una profundización del modelo contributivo, pero en capitalización individual -sin solidaridad-, con la privatización de la gestión de los fondos de aportes para las pensiones en cuentas individuales.

El futuro y la subsistencia del trabajador en la etapa pasiva depende de su capacidad para generar ahorros en su cuenta individual y del riesgo de mercado al que se expusieron sus ahorros en gestión a cargo de privados.

Entre 1981 y 2014, treinta países en el mundo privatizaron total o parcialmente sus sistemas públicos de pensiones de carácter obligatorio:

a) Catorce en América Latina (considerando el orden cronológico de las reformas: Chile, Perú, Argentina, Colombia, Uruguay, Estado Plurinacional de Bolivia, México, República Bolivariana de Venezuela, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica, Ecuador, República Dominicana y Panamá);

b) Catorce en Europa Oriental y la antigua Unión Soviética (Hungría, Kazajstán, Croacia, Polonia, Letonia, Bulgaria, Estonia, Federación de Rusia, Lituania, Rumania, Eslovaquia, Macedonia, República Checa y Armenia),

[7] El punto de inicio de los sistemas: en Argentina primera caja de jubilaciones en 1904, Brasil primera ley de pensiones "Eloy Chaves" en 1923, y en Uruguay la ley "Ciganda" de creación de la primera Caja en 1896.

[8] Una reforma estructural transforma radicalmente el sistema (de público a total o parcialmente privado), mientras que una reforma paramétrica mantiene el sistema público, pero con cambios en sus parámetros para hacerlo más sostenible financiera y actuarialmente, por ejemplo, aumentando la edad de retiro, cambiando la fórmula de cálculo de la pensión, ajustando las prestaciones o una combinación de todas esas medidas. Mesa-Lago, C. "Pensiones de capitalización individual en América Latina: efectos, reformas, impacto del COVID-19 y propuestas de política", serie Políticas Sociales, N° 242 LC/TS.2022/99), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2022.

c) Dos en África (Nigeria y Ghana) [9].

2.1. La capitalización individual en la región

Para finales del año 2003, once países latinoamericanos habían introducido reformas estructurales de pensiones, y 56 millones de trabajadores (un tercio de la fuerza laboral en la región) estaban afiliados a las AFP en los sistemas previsionales públicos de gestión privada.

Por ello, decimos que la región posee una experiencia extensa y diversa, única, de más de cuatro décadas en esas reformas, que desde finales de los noventa y en los primeros años del siglo actual se tomaron como modelo en Europa del Este.

El sistema de capitalización individual en cuentas puede ser caracterizado de la siguiente manera:

a) Régimen financiero de capitalización a través de cuentas individuales.

b) Administración de los fondos de pensiones y las cuentas individuales, mayoritariamente privada pero que también puede ser pública;

c) Las prestaciones se financian con el capital acumulado en las cuentas individuales (y la eventual rentabilidad de las inversiones), sin que existan tasas de reemplazo definidas por ley.

d) Las cotizaciones que están definidas por ley, prevén la deducción de las comisiones de las AFP y el costo de seguro de invalidez y fallecimiento.

2.1.1. Los modelos[10]

2.1.1.1. En la región, prevaleció el *modelo sustitutivo*, implementado en cinco países: Chile (1981), México (1997), el Estado Plurinacional de Bolivia (1997), El Salvador (1998) y la República Dominicana (2001). Sustituyó el sistema público por uno de capitalización individual. Actualmente, en la mayoría de estos países el sistema se ha reformado o se está discutiendo la posibilidad de hacerlo, especialmente por las limitaciones del modelo, caracterizado por insuficiencia de prestaciones y escasa cobertura.

2.1.1.2. Una variante fue el *modelo paralelo* o dual, en el cual los trabajadores deben escoger entre el sistema público de reparto o el sistema de capitalización individual. Sistemas excluyentes que conviven compitiendo por los afiliados, y en algunos casos, existe la posibilidad de cambiarse de sistema. Este modelo se implementó en el Perú (1993) y luego en Colombia (1994). En este último país se presentó en 2023 un proyecto de reforma para pasar a un sistema mixto.

2.1.1.3. La tercera alternativa, la constituyo el *modelo mixto* de pensiones, en el cual el sistema público de reparto y el de capitalización individual se complementan, los afiliados *pueden o deben* pertenecer a ambos sistemas. Tres países tienen sistemas mixtos: Costa Rica (2001), Panamá (2005) y Uruguay (1996). Allí existe un sistema público de reparto predominante y un esquema de capitalización

[9] OIT. "La reversión de la privatización de las pensiones: Reconstruyendo los sistemas públicos de pensiones en los países de Europa Oriental y América Latina (2000-2018)". ESS ─ Documento de trabajo núm. 63. Departamento de Protección Social. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Primera edición 2019.

[10] Garcia Rapp, J. (2020). "Las reformas de los sistemas jubilatorios". Suplemento Seguridad Social, Eldial.com. Buenos Aires.

individual que complementa las pensiones de todos los beneficiarios o que lo hace solo para los grupos de mayores ingresos (Panamá y Uruguay). La administración de la capitalización es pública en Panamá.

2.1.1.4. Dentro del modelo mixto, podríamos incluir el sistema vigente en Argentina (1994) hasta 2008, destacando las particularidades, que han llevado a algunos autores a crear una cuarta categoría denominada *modelo Paralelo Integrado*[11]. Incluía, una base solidaria universal o primer pilar, para los asegurados del sistema de reparto y también para los del sistema de capitalización individual, quienes podían elegir entre el antiguo sistema público de reparto o el sistema de capitalización individual. La base solidaria estaba constituida por la prestación básica universal (PBU) para todos los trabajadores que hubieran cotizado durante 30 años.

Dando cuenta de las nuevas tendencias en la región, sostiene Meza Lago (2022) "… *entre la reforma chilena y la siguiente —la peruana— transcurrieron 12 años; ello se debió a que la primera fue impuesta sin discusión pública por la dictadura de Pinochet; ... no fue hasta después de la restauración de la democracia en Chile por la Concertación en 1990, que otras naciones en la región aplicaron variantes de la reforma estructural. Por otra parte, respecto de la reforma más tardía, la de Panamá, el caso es muy complejo, porque solo 15% de la población económicamente activa (PEA) está afiliada en el pilar privado y el capital en las cuentas es mucho menor de 0,1% del PIB, por lo que las cifras panameñas distorsionan el conjunto, no obstante, serán incluidas siempre que se pueda. Después de la ley panameña (2005) no ha habido otra reforma estructural (16 años) que intente avanzar en introducir la capitalización individual; en 2019, Jair Bolsonaro presidente del Brasil, que ha implementado políticas de privatización y desregularización, ingresó un proyecto de reforma estructural al congreso, el cual fue retirado posteriormente.*"[12].

En total, los países de la región con reformas estructurales llegaron a ser 14, pero en la nómina están Ecuador (2001), Nicaragua (2000), y Venezuela (1997), que sancionaron leyes con sistemas de capitalización individual, que no llegaron a entrar en vigencia, y fueron derogados en 2002, 2005 y 2000 respectivamente.

En la actualidad deberíamos completar el cuadro de la región, con los países con sistemas de reparto (Argentina, Brasil, Cuba, Ecuador, Honduras, Guatemala, Nicaragua y Venezuela) o de capitalización parcial colectiva (Paraguay). Entendido como modelos en los que los aportes de los trabajadores activos conforman un fondo -no individual-, desde el que se abonan las prestaciones a todos los beneficiarios, un verdadero patrimonio de afectación.

Resulta interesante el caso de Brasil, país en el cual existen los fondos de pensión cerrados (patrocinados por empresas) para los trabajadores de la actividad privada desde mucho antes de la década de los 80, allí se discutió el paso drástico de un sistema de reparto a uno de capitalización individual, pero fue descartada esa línea de reformas en gran medida por los costos fiscales asociados a las reformas, en especial el denominado costo de transición, y por ello se efectuaron modificaciones teniendo en vista un esquema de contribución definida nocional o cuentas virtuales. Luego y, a partir de las primeras décadas del siglo XXI se sancionaron normas que permitieron que los servidores públicos constituyan también fondos cerrados.

---

[11] Arenas De Mesa, A. "Los sistemas de pensiones en la encrucijada: desafíos para la sostenibilidad en América Latina". Libros de la CEPAL, N° 159 (LC/PUB.2019/19-P), Santiago, (CEPAL), 2019.

[12] Mesa-Lago, C. "Pensiones de capitalización individual en América Latina: efectos, reformas, impacto del COVID-19 y propuestas de política", serie Políticas Sociales, N° 242 LC/TS.2022/99), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2022.

3. LOS RESULTADOS EN TRES DÉCADAS DE VIGENCIA DE LAS AFP

Las reformas estructurales (privatización de las pensiones) fueron presentadas como una solución para enfrentar el envejecimiento de la población y garantizar la sostenibilidad de los sistemas de pensiones. Es cierto que los sistemas de gestión estatal en muchos países presentaban fuertes desafíos, existencia de regímenes especiales con requisitos de acceso a las prestaciones y cálculo de las prestaciones que diferían de los de los regímenes generales, fragmentación de sistemas según territorialidad o actividad u oficio; informalidad laboral y registral, y baja cobertura, además de las insuficientes tasas de cotización. Claro está que esas problemáticas también podrían haberse abordado con reformas paramétricas, manteniendo los sistemas públicos de gestión estatal.

En ese punto, debemos indicar siguiendo a Mesa-Lago (2022) que ningún país democrático desarrollado o industrializado sustituyó su sistema público de pensiones por un sistema privado de cuentas individuales de capitalización plena[13]. Pero en los países en desarrollo la privatización se presentó como la solución frente a la problemática de la sustentabilidad y perdida de cobertura de los sistemas.

Cuando se introducen las reformas las expectativas fueran altas, y podríamos agregar en exceso; los países esperaban mejorar tanto sus sistemas de pensiones como sus resultados económicos generales. Se esperaba aumentaran las tasas de cobertura y los niveles de los montos de los beneficios abonados, la disminución de las desigualdades, la reducción de los costos administrativos a través de la competencia en el mercado, mejoras en la gobernanza de la gestión de las pensiones, y que los mercados de capitales profundizaran su apoyo a las nuevas inversiones y al crecimiento económico. Pero, sobre todo, la disminución del gasto público en pensiones era el objetivo más deseado.

Finalmente, cuarenta años después afirmamos que las reformas estructurales no produjeron los resultados esperados, ya que, i) los niveles de cobertura se estancaron o disminuyeron, ii) los montos de las prestaciones no aumentaron o decayeron, y iii) Las comisiones y costos administrativos se incrementaron, reduciendo por lo tanto el monto de los beneficios.

Por otra parte, el riesgo de fluctuaciones en los mercados financieros donde se invierten los fondos se trasladó a los afiliados, las desigualdades de género e ingresos no se resolvieron, y/o se agravaron. Pero lo más impactante en las cuentas públicas fueron los elevados costos de la transición que generaron fuertes presiones fiscales.

Los grupos económicos responsables de la gestión de los fondos y el sector de los seguros privados, que obtiene beneficios de los ahorros previsionales, avanzaron hacia la concentración, generando conflictos de intereses ya que el costo de los seguros era derivado a los propios afiliados aportantes como parte de las comisiones.[14]

3.1. La cobertura

En la privatización de los sistemas se sostenía que las cuentas individuales obligatorias mejorarían el cumplimiento y la voluntad de los trabajadores en afiliarse y cotizar, pero la realidad fue otra, no aumentó la cobertura de los sistemas, por el contrario, en la mayoría de los países se registró

[13] El sistema de pensiones de Suecia es el único caso de un país desarrollado con cuentas individuales como primer pilar: sin embargo, el sistema sigue siendo administrado públicamente, incluso aunque haya empresas privadas involucradas en la inversión de activos.

[14] "La reversión de la privatización de las pensiones: Reconstruyendo los sistemas públicos de pensiones en los países de Europa Oriental y América Latina". Citado.

una disminución en las tasas de cobertura de los regímenes contributivos, medida como la proporción de aportantes activos dentro de la fuerza de trabajo.

Las tasas de cobertura en Chile disminuyeron del 64% (1980) al 61% en 2007, y en México también disminuyó del 37 al 30 % entre 1996 y 2004 (Mesa-Lago, 2014). En la Argentina, el número de cotizantes cayó del 46% (1993) al 35% en el 2002, para los de los hombres, y del 42 al 31% en el caso de las mujeres (Bertranou, 2018).

En algunos países, la cobertura se estancó luego de la privatización, por ejemplo, en el Estado Plurinacional de Bolivia las tasas de cobertura se estancaron en torno al 12% entre 1997 y 2009 (Mesa-Lago, 2018). Entre 1991 y 2010, las tasas de cobertura en Colombia se estancaron en torno al 28 por ciento (Banco Mundial, 2014), y si prolongamos la línea de análisis luego de treinta años creció solo un 3%, solo un 1% cada diez años de vigencia de la reforma. En Uruguay se estancaron en torno al 70% entre 1995 y 2003.

Se sostiene que los reformadores estructurales prometieron que la cobertura de la PEA aumentaría, mientras que no hubo promesa sobre la cobertura de adultos mayores (Mesa-Lago 2022), luego agrega que existe una sobreestimación de la cobertura de la PEA basada en los afiliados en el sistema privado versus la basada en cotizantes activos, así las respectivas coberturas en 2020 eran: 111% y 23% en El Salvador, 122% y 34% en México, 114% y 47% en Costa Rica, y 123% y 66% en Chile. Las estadísticas de la AIOS excluyen a los asegurados en el sistema o pilar público, así como a los asegurados en esquemas separados[15].

3.2. El monto de las prestaciones

Las reformas estructurales suponen un cambio de beneficios definidos a contribuciones definidas, y esa modificación afecto las tasas de sustitución de las prestaciones que abonan los sistemas. Los beneficios otorgados no cumplían en muchos casos, con las normas de la OIT[16], que prevén una tasa de reemplazo mínima de 40/45% de la remuneración de referencia. En Bolivia, luego de la reforma, la tasa de reemplazo alcanzó un 20% en promedio, del salario promedio ganado durante la vida activa. En Chile, la mediana de las tasas de reemplazo proyectadas es del 15%, y sólo del 3,8% para los aportantes de bajos ingresos (Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones, Comisión Bravo, 2015, pág. 88).

"El deterioro de los niveles de prestaciones dio lugar a un aumento de la pobreza en la vejez, lo que menoscaba el objetivo principal de los sistemas de pensiones, que es proporcionar una seguridad de ingresos adecuada durante la vejez." [17]

En 2015, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) compara las tasas de retorno (TR) brutas (sin el descuento del impuesto al ingreso sobre el salario de referencia) entre los sistemas de pensiones privados y los públicos: el promedio de los primeros es 39,8%, mientras que en el segundo es 64,7%, tanto el promedio como la TR en cinco sistemas privados está por debajo del referido 45% de OIT (Altamirano y otros, 2018). En Chile, la TR es 34% del salario promedio en los últimos 10 años; se proyecta un declive a 15% para 2025-2035 (CAPSP, 2015); en El Salvador el 59% de los

15 Mesa-Lago, C. (2022) citado

16 según lo establecido en el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102) 9 y en el Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y supervivencia, 1967 (núm. 128) que prevén una tasa de reemplazo de al menos el 40 por ciento (Convenio núm. 102 de la OIT) o el 45 por ciento (Convenio núm. 128) 10 del salario de referencia después de 30 años de cotización o empleo (recuadro 2).

17 "La reversión de la privatización de las pensiones: Reconstruyendo los sistemas públicos de pensiones en los países de Europa Oriental y América Latina". Citado.

asegurados solo recibirá la devolución del saldo en su cuenta individual (Mesa-Lago y Rivera, 2020); en México, la TR promedio es 26% y el 64% no recibirá pensión (Ortiz y otros, 2018); en el Perú, la TR promedio es 39% y 60-65% no recibirá una pensión (Cruz-Saco y otros, 2018); y en la República Dominicana la TR promedio es 27% y los tres quintiles de ingreso inferior no recibirán pensión (Pichardo, Guerrero y Mesa-Lago, 2020). No solo estas TR son inferiores al 45 % mínimo de la OIT, sino que, además, entre el 27 % y el 65 % de las personas aseguradas en los cinco países considerados, no recibirá pensión.

En un estudio más reciente la OCDE (2021) calcula TR brutas "hipotéticas"11 para cuatro sistemas privados y dos sistemas públicos; la tasa se basa en el promedio de los ingresos: Chile tiene una TR de 31,2% (por debajo del promedio de 51,8% de todos los países miembros de la OCDE) 12, México 61,2% y Costa Rica—combinando los dos pilares—71,9%; los sistemas de beneficio definido tienen TR mayores: la Argentina 76,1% y el Brasil 88,4%. El desempeño negativo de los sistemas privados en la suficiencia de las pensiones ha generado protestas en varios de los países, particularmente en Chile, donde demostraciones públicas contra las AFP y la discusión sobre el diseño del sistema de pensiones se ha mantenido en el centro de la agenda pública[18].

3.3. Los elevados costos fiscales

El elevado costo que supone la transición de un sistema de reparto a uno de capitalización individual generó enormes presiones fiscales, y en gran medida fue subestimado en los países que efectuaron los reformas.

Los gobiernos debieron reconocer el derecho a prestaciones o los derechos adquiridos de los aportantes al sistema público anterior, pero también, soportar la transferencia de cotizantes activos desde el sistema de reparto hacia el nuevo sistema privado, lo que generó, un déficit financiero en el sistema público, incrementando la carga tributaria en el corto plazo, ya que el reparto debía seguir cumpliendo con los pagos de las prestaciones en curso de pago del stock de beneficiarios del antiguo sistema.

Los elevados costos fiscales, provocaron que la mayoría de los gobiernos impusieran a las AFP la adquisición de títulos públicos o bonos del Estado, con los fondos administrados (de propiedad de los trabajadores aportantes), creando un círculo en el cual los beneficiarios resultaron las administradoras, que obtenían, altas tasas (en parte para los fondos mismos) y comisiones que percibían por su gestión. Una constante emisión de bonos del Estado para financiar los costos de transición de la privatización lo cual generó un círculo vicioso y costoso.

En la mayoría de los casos no se hizo un análisis adecuado de los costos de transición previstos, y en otros los cálculos se basaron en hipótesis optimistas.

En Bolivia, los costos de transición reales de la reforma fueron 2,5 veces superiores a las proyecciones iniciales. El Banco Mundial los había estimado en un 0,2 % del PIB en 2040; pero luego proyectó que ascenderían a 1,7% más de 8 veces la estimación original. Mientras en la Argentina, la estimación inicial fue de un valor que oscilaría entre el 0,2% del PIB y un superávit del 0,2% del PIB; aunque luego el Banco Mundial estimó que la transición costaría el 3,6% del PIB, 18 veces la estimación original (Mesa-Lago, 2004).

La crisis fiscal creada a partir de la privatización de las pensiones resulto inaceptable para muchos gobiernos, ya que el principal motor de las reformas en todos los países había sido la

[18] Mesa-Lago C. (2022) citado

preocupación por los costos fiscales y la sostenibilidad financiera de los sistemas públicos. Frente a esas preocupaciones las reformas con privatización fueron presentadas y "promocionadas" como el remedio ante la futura e inevitable "crisis de la seguridad social", y se sostenía que las reformas podrían garantizar un financiamiento sostenible en el futuro para los sistemas pensionales.

En Chile, incluso treinta años después de la reforma, en 2010, los costos de transición representaban todavía el 4,7% del PIB (Mesa-Lago, 2014). En Argentina, después de la privatización el sistema público de pensiones mostraba un déficit anual del 3,3% del PIB en 2000, en tanto que las cotizaciones desviadas hacia el sistema privado representaban alrededor del 1,5% del PIB (Bertranou, 2018).

Por otra parte, además de los costos directos de transición, también surgieron otros costos adicionales por las medidas compensatorias que los gobiernos tuvieron que implementar para cubrir los bajos niveles de las prestaciones de los sistemas de capitalización.

Algunos países, adoptaron medidas garantizando un nivel mínimo de rendimiento de las inversiones de los fondos de pensiones para compensar las pérdidas financieras en tiempos de recesión económica. Los cotizantes deben soportar también los complementos a las pensiones para aumentar los bajos niveles de prestaciones jubilatorias que otorgaba el nuevo sistema.

3.4. Las comisiones y costos administrativos

Se ha indicado que una de las principales causas que explican las altas comisiones de las AFP, es la ausencia o escasa competencia entre ellas. Se sostiene que si funcionara la competencia se evidenciaría un número apreciable de traslados de las menos competitivas hacia las más competitivas. Pero el porcentaje anual de traspasos en relación con el número de afiliados disminuyó en todos los países entre el año de mayores traslados y 2019. En este año el porcentaje de los traslados oscilaba entre 0% (Bolivia, El Salvador y Panamá) y 1% en cinco países, entre 2% y 4% en dos países y 5% en Chile. Y por último en México donde existen diez AFORES, solo un 4% cambió de administradora[19].

El costo administrativo se evidencia alto y de en forma sostenida; dicho costo como porcentaje del salario se compone de la comisión neta que percibe la AFP por sus servicios y la prima por seguro de invalidez y muerte que adiciona la administradora y transfiere a una compañía de seguro comercial. En algunos casos, la administradora mantiene un vínculo con una compañía aliada por lo tanto tampoco aquí hay mucha competencia entre las empresas aseguradoras.

No es posible comparar el costo en los diez países debido a la gran diversidad de comisiones netas (algunas son fijas, otras sobre el salario, sobre el saldo, sobre el rendimiento o combinaciones de las anteriores), y Mesa Lago (2022) releva seis países con datos sobre comisión neta y la prima como porcentaje de los salarios, así como el porcentaje respectivo que se deposita en la cuenta individual. El costo administrativo (suma de la comisión neta y de la prima) como proporción del porcentaje de depósito total en la cuenta en 2019 oscilaba entre 22% en el Estado Plurinacional de Bolivia (debido a que el gobierno impuso topes) y 30% en el Perú; en Chile a donde el sistema funciona hace 40 años, posee un costo de 28% del porcentaje de depósito en la cuenta (Mesa-Lago, 2020). Se ha demostrado que, por cada punto porcentual de comisión neta que se cobra durante la vida activa del asegurado, el monto de la pensión futura se reduce en un 20% (Barr y Diamond, 2008).

[19] Mesa-Lago. C. (2022) citado

4. CAPITALIZACIÓN: REFORMAS Y REVERSIONES EN LA REGIÓN

Como se indicó, en las dos primeras décadas del siglo XXI, la discusión y las reformas que se sucedieron se centraron en la preocupación por el aumento de la cobertura. Los sistemas construidos en los distintos países presentaban problemas por la cantidad de personas que alcanzaban a cubrir, y las que realmente al finalizar su vida laboral tenían pensiones suficientes para atender sus necesidades básicas.

Por ello, se comenzaron a incorporar algunos elementos de tipo universal, con financiamiento directo del Estado y una resignificación del papel que el Estado tiene que cumplir en los sistemas de pensiones.

Al inicio de esta publicación indicamos que a partir de la reforma chilena (1981) y hasta 2014, treinta países el mundo concretaron reformas estructurales, privatizando total o parcialmente sus sistemas de pensiones públicas obligatorias, adoptando el modelo de capitalización en cuentas individuales gestionado por las AFP.

Luego y hasta el año 2018, quince países reformaron esos sistemas, revirtiendo total o parcialmente las reformas estructurales. Así, Bulgaria (2007), Argentina (2008), Eslovaquia (2008), Estonia, Letonia y Lituania (2009), Estado Plurinacional de Bolivia (2009), Hungría (2010), Croacia y Macedonia (2011), Polonia (2011), Federación de Rusia (2012), Kazajstán (2013), República Checa (2016) y Rumania (2017)[20].

La gran mayoría de estos países revirtieron la privatización luego de la crisis financiera mundial de 2007-2008, cuando las fallas del sistema de capitalización de gestión privada se hicieron evidentes y demandaron correcciones. Muchos gobiernos se mostraron preocupados por estos hechos y sopesaron las ventajas de volver a los regímenes públicos de reparto, con el fin de evitar los elevadísimos costos fiscales y en los que las obligaciones financieras futuras podrían ser calculadas con mayor certeza

En las primeras décadas del siglo XXI, se reformó en los sistemas de pensiones para aumentar la cobertura y cubrir a los excluidos en los sistemas contributivos, y los gestionados por la AFP bajo el modelo de capitalización individual no fueron la excepción, agregado en estos el objetivo de mejorar la suficiencia.

El sistema sustitutivo de Chile se reformó en 2008, estableciendo un modelo integrado que comprende un sistema de pensiones solidario y la capitalización individual. También en 2008 el sistema argentino se reformó estructuralmente, eliminándose la capitalización individual, subsistiendo solo el sistema de reparto administrado por el Estado.

En la Argentina (2008) se sancionó una ley de eliminación de la capitalización individual y la vuelta a un sistema público de reparto único. En Uruguay (2008) se implementó una reforma paramétrica con un renovado rol público en el sistema.

En el Estado Plurinacional de Bolivia, en 2010 se estatizó el sistema de capitalización individual, aumentando la participación del Estado y la solidaridad del sistema, y en los últimos

[20] La suma alcanza 18 países al agregar a Ecuador (2001), Nicaragua (2000), y Venezuela (1997), que sancionaron leyes de reformas estructurales con sistemas de capitalización, pero sin llegar a entrar en vigor fueron derogadas entre 2000 y 2005.

meses se dispuso el traspaso definitivo de la gestión de los fondos que continuaba a cargo de las dos AFP existentes, al Estado.

Costa Rica (2016-2017) dentro del sistema mixto, reforzó la sostenibilidad financiera del sistema de reparto, y el Salvador (2017) introdujo un componente de ahorro colectivo en el sistema de capitalización individual.

En la República Oriental del Uruguay (2018) se sancionó la ley de "los cincuentones", que autorizo el traspaso de la capitalización al sistema de reparto, de aquellos aportantes que no lograrían ahorrar los fondos necesarios para percibir a la edad mínima de acceso a la jubilación, una prestación suficiente.

El Salvador, en 2017 aprobó una reforma del sistema de capitalización individual; y en el caso de la Republica Dominicana, con la reforma estructural de 2001 se creó un sistema de capitalización individual, llamado sistema de pensiones contributivo, y otros dos regímenes previsionales: el régimen subsidiado, para los grupos vulnerables, y el régimen contributivo subsidiado, para los trabajadores por cuenta propia. Ya se indicó la derogación de las leyes de privatización en Venezuela (2000), Ecuador (2002), y Nicaragua (2005).

Las reformas de la región aunque en forma preliminar y sujeto a algunos ejercicios de refinamiento del análisis a futuro, ofrece un conteo de impactos positivos en los principios -salvo los aspectos adversos en sostenibilidad financiera-actuarial-, como la transformación del sistema substitutivo a público o mixto en tres sistemas, y según destaca Mesa-Lago (2022), confirma que la mayor profundidad se encuentra en la Argentina (16 mejoras y cambio a sistema público), seguida del Estado Plurinacional de Bolivia (13 mejoras y cambio a sistema mixto, mantuvo hasta este año la administración de las cuentas individuales a cargo de las AFP, y recientemente la paso al Estado), Chile (15 mejoras y se transforma en un sistema "integrado"), México (11 mejoras y mantiene el sistema substitutivo) y El Salvador (8 mejoras y cambio a sistema mixto)[21].

Los avances respecto a los principios de cobertura, solidaridad social, igualdad de género y suficiencia, y las mejoras administrativas, deben ser confrontados con los problemas de sostenibilidad financiera-actuarial, y de ese ejercicio surgen algunas conclusiones preliminares. las re-reformas de la Argentina y de Bolivia han avanzado mucho en principios sociales-administrativos, pero a un alto costo, por lo cual sufren de muy baja sostenibilidad financiera-actuarial, lo que pone en peligro los avances logrados; la re-reforma chilena aunque no cambió la naturaleza del sistema también logró substanciales avances sociales y administrativos, fue más cautelosa respecto a la sostenibilidad, con un costo relativamente bajo comparado con los de Argentina y Bolivia; , a más de que ha hecho comprobaciones periódicas actuariales; la reforma de México no muestra aun evidencias de sus efectos en la sostenibilidad financiera-actuarial y no llevó a cabo un estudio actuarial; y por último, la re-reforma salvadoreña cambió la naturaleza del sistema pero es la que tiene menor impacto socio-administrativo y su sostenibilidad financiera-actuarial es precaria; no hizo un estudio actuarial previo pero el posterior demuestra las limitaciones de su sostenibilidad a mediano plazo.

5. DEL MODELO CONTRIBUTIVO A LA UNIVERSALIDAD

Las reformas en los inicios del siglo XXI, a diferencia de las implementadas en finales del siglo XX, se orientaron al objetivo de inclusión, expandiendo la cobertura de los sistemas más allá del colectivo de trabajadores registrados, y tradicionalmente cubiertos.

[21] Mesa-Lago, C. (2022) "Pensiones de capitalización individual en América Latina: efectos, reformas, impacto del COVID-19 y propuestas de política", citado.

Los sistemas contributivos prevalecientes desde los seguros sociales hasta inicios del siglo actual habían dado lugar a la existencia de esquemas no contributivos en forma paralela, pero la tendencia observada en estas últimas décadas, resulto "inédita por su intensidad y la velocidad con la que se expandió. Entre los años 2000 y 2013 al menos 18 países de la región introdujeron reformas inclusivas, que buscaban ampliar la cobertura de los adultos mayores"[22]. Se soslayo la mirada sobre la suficiencia de las prestaciones percibidas para orientarse hacia los objetivos de cobertura e inclusión, prevaleciendo la incorporación de algún elemento universal o no contributivo, destinado esencialmente a reducir la pobreza en adultos mayores.

En algunos países se buscó el mejoramiento de la cobertura ampliando los alcances de programas ya existentes o flexibilizando el acceso a los mismos, en otros se desarrollaron nuevos programas o se reformaron los sistemas contributivos.

Bolivia, Brasil, Chile y Costa Rica habían adoptado algunas medidas ampliando la cobertura en las décadas de los ochenta y noventa, sin embargo, la mayoría de los países avanzó en el sentido indicado recién en las últimas décadas, en procesos intensos y muy dinámicos en cuanto a su implementación, con revisiones y ajustes de las medidas adoptadas buscando expandir aún más la cobertura.

En el periodo 2002-2004, se puede observar que se produjeron iniciativas de reformas de importancia en Argentina, Colombia, Costa Rica y México. Pero a partir de 2005, se concretaron la mayor cantidad de reformas, como el caso de Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, Panamá y Uruguay, que emprendieron reformas y acciones. Las modificaciones más recientes se dieron en Bolivia, Paraguay, Perú, y Trinidad y Tobago en 2010.

La denominada Pensión Alimentaria para Adultos Mayores, que incluida además atención médica y medicamentos gratuitos para adultos mayores de 70 años residentes en el DF México, puede considerarse el programa pionero en transferencias a adultos mayores. En 2001 se implementó bajo una modalidad focalizada en zonas de alta y muy alta marginación, en 2003 se modifica con un criterio de universalidad al promulgarse por ley el derecho a la pensión alimentaria para mayores de 70 años residentes en el DF, y en 2008 se reduce la edad a 68 años. Pero a nivel federal, el actual programa Pensión para el Bienestar de las Personas Adultas Mayores (PBPAM) sucede al Programa Pensión para Adultos Mayores, implementado en 2013, que, a su vez, fue el sucesor del paradigmático programa 70 y más, desarrollado a partir de 2007. El PBPAM busca garantizar el acceso a la protección social a la población adulta mayor de 68 años o más de edad y a la población indígena adulta mayor de 65 años o más de edad a través de una pensión no contributiva bimestral.

En Brasil, sin perjuicio de algunos programas focalizados en materia de pensiones sociales y no contributivas, el programa Bolsa Alimentação (2001-2003), significó la implementación de un programa federal de transferencias condicionadas con énfasis en nutrición, siguiendo el patrón de Bolsa Escola, otro programa de transferencias condicionadas, pero enfocado en educación. Ambos desaparecen en 2003 para pasar a formar parte del programa Bolsa Familia.

En algún caso (Costa Rica) las reformas implicaron la continuidad de un proceso ya iniciado en los noventa extendiendo los programas existentes, y en 2000, fue el pionero en la expansión de la cobertura del Régimen No Contributivo con la Ley de Protección al Trabajador. En otros, extensión de los sistemas contributivos como el caso de Argentina y Bolivia, en este último, la pensión no contributiva "Bonosol" (1997) fue antecedente del programa "Renta Dignidad", creado en 2008. En el

[22] Rofman, Rafael. Apella, Ignacio. "Mas allá de las pensiones contributivas. Catorce experiencias en América latina." Banco Mundial. Bs.As. 2013. p.9

año 2003, en Argentina se flexibilizaron las condiciones de acceso a las "Pensiones No Contributivas" por invalidez y vejez, y en 2004 las de acceso a las prestaciones contributivas con mecanismos de moratorias para el pago de aportes no efectuados.

La doctrina en el ámbito internacional se ocupó de la cuestión, en especial frente a esta última tendencia, que motivo el interés de analistas, autores e instituciones que prepararon informes para identificar los elementos principales de estas políticas y sus diferencias con los clásicos sistemas contributivos.

Los principales organismos internacionales también acompañaron estos cambios, así la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en la Conferencia Internacional del Trabajo del 2001, había sostenido la necesidad de un nuevo consenso en esta materia. El Banco Mundial publicó un informe regional en cual se discutía la efectividad de los nuevos sistemas para responder a las demandas sociales, y retomó en forma institucional el debate en 2005, a través de la publicación "Old Age Income Support in the 21st Century", el cual sugiere la adopción de un esquema de cinco pilares, que en forma complementaria resulte en una cobertura universal[23]. La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) publicó su informe planteando que el objetivo central de la política debería ser la cobertura, en el marco de un "enfoque de derechos", donde el acceso a beneficios no debía vincularse a la existencia de contribuciones previas sino a la condición de ciudadanía (2006)[24].

La OIT, en una línea similar, planteó en 2011 el concepto de "Piso de Protección Social", por cual promovía la adopción de esquemas previsionales que, mediante una combinación de instrumentos, permitiesen desarrollar un modelo de cobertura universal, y con la Recomendación 202, comenzó a postular la noción de pisos nacionales de protección social (2011)[25]. El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) también contribuyó a este debate mediante una publicación, donde desarrolla un análisis del tema y se postula un esquema de cobertura universal con financiamiento tributario, complementado con esquemas contributivos con subsidios (2013)[26].

En nuestro país y en el ámbito del derecho no se ha dicho mucho, en realidad se han formulado algunas críticas a esta tendencia que en el sistema previsional se materializó con las moratorias previsionales que permitieron el acceso a jubilación a quienes incorporaron los años de aportes faltantes, con una afiliación extemporánea y el pago en cuotas de la deuda por aportes no efectuados, que permitía ese régimen de moratorias también denominado "compra de aportes" o de jubilación de ama de casa[27].

Respecto de la cobertura de los mayores adultos, podemos observar que el promedio ponderado de América Latina aumentó del 51,5% en 2000 al 76,2% en 2017. México y Venezuela con los mayores porcentajes de aumento y la importancia en cuanto a población, y otros tres países, en los cuales la cobertura aumentó de forma considerable, explican parte del incremento en la región son: la Argentina (del 62,7% al 92,5%), el Perú (del 26,5% al 48,8%) y Colombia (del 12,4% en 2003 al 45,7% en 2017)[28].

---

23 Holzmann, R y R. Hinz. "Old Age Income Support in the 21st Century", Banco Mundial, Washington. DC. 2005.

24 CEPAL "La Protección Social de Cara al Futuro: Acceso, Financiamiento y Solidaridad, Informe para el trigésimo primer período de sesiones", CEPAL, Montevideo. 2006

25 OIT. "Piso de Protección Social para una globalización equitativa e inclusiva". OIT, Ginebra.2011

26 BID "Mejores pensiones, Mejores trabajos: Hacia la cobertura Universal en América Latina y el Caribe". BID. Washington DC. 2013.

27 Ley 24.476, DNU 1454/05, y ley 26.970.

28 Arenas De Mesa, A. citado

Otros países con un alto nivel de cobertura, como Brasil, Chile y Uruguay, se mantuvieron relativamente estables alrededor del 87%. En 2017, los niveles más elevados de cobertura de mayores adultos, considerando las prestaciones contributivas y no contributivas, eran Bolivia (98,1%), Argentina (92,5%); Uruguay (87,9%); Brasil (87,1%); Chile (87,0%) y México (81,6%).

6. TENDENCIAS RELEVADAS EN LAS RECIENTES REFORMAS

Del cuadro de las reformas reseñadas y del resumen de su impacto en los principios de la seguridad social se demuestra que, a comienzos de 2022, en América Latina no se mantenía vigente ningún *sistema privado puro*.

En Costa Rica, El Salvador, Panamá y el Uruguay subsisten variadas formas del *sistema mixto* que ha sido reformado para ampliarlo, reforzarlo y mejorarlo. En Costa Rica se aprobó una reforma paramétrica para mantener la sostenibilidad financiera del pilar público de reparto dentro de su sistema mixto.

La reforma de Chile incorporo elementos de solidaridad que mutaron el sistema sustitutivo original a uno calificado como *integrado*, en cuanto logra articular los aportes contributivos y con financiamiento público a través del Sistema de Pensiones Solidario, y en particular, a través del Aporte Previsional Solidario (Arenas de Mesa, 2019; CEPAL, 2018)

En Bolivia el esquema sustitutivo inicial, se ha reformulado como un sistema mixto, con un pilar de reparto y otro de capitalización que paso recientemente en 2024, a la gestión pública.

En Colombia, el proyecto de ley de reforma que se presentó en el parlamento, y transito durante 2023 para ser debatido, y proponía un sistema mixto, y adicionando un pilar cero o solidario que otorgaría beneficios mínimos a cargo del estado. Finalmente, se promulgo en el final del primer semestre de 2024, pasando del modelo paralelo de capitalización y reparto público (prima media), a uno de integración de ambos sistemas en un modelo mixto con bastantes similitudes al vigente en Uruguay. En Perú, con un sistema organizado también en un modelo dual o paralelo que incluye un sistema público, se están se analizan modificaciones que se inclinan hacia la modalidad mixta. En la República Dominicana, El Salvador y Panamá también se están considerando reformas que aún no alcanzan concreción.

El pasado 1° de mayo de 2024, se publicó el Decreto del Fondo de Pensiones para el Bienestar. Mediante esta reforma que modifica el sistema de pensiones vigente, y establece las bases normativas para la operatividad del Fondo de Pensiones para el Bienestar, el cual se financiará mediante la transferencia de recursos de Afores. El Fondo (DOF, 2024) brindará los recursos necesarios para que los trabajadores que alcancen los 65 años y cuya pensión sea igual o menor al salario mensual promedio cotizado en el 2023 en el IMSS considerando la inflación estimada del 2024, reciban un complemento económico a las obligaciones del Gobierno federal respecto a las pensiones para igualarlo al salario hasta el monto indicado. El objetivo principal de esta reforma es reducir la pobreza en la vejez, promover la igualdad ante los adultos mayores y fortalecer la economía de esta población.

En la actualidad, a 40 años del inicio de las privatizaciones previsionales en Chile, nueve países mantienen sus sistemas públicos de reparto sin capitalización privada: Argentina, Brasil, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay y la República Bolivariana de Venezuela[29]. Claro está que el relevamiento de los problemas que enfrentan los sistemas de gestión privada con capitalización no implica sostener que los sistemas públicos de reparto o Capitalización Parcial

[29] Haiti, también posee un sistema público de reparto para las pensiones.

Colectiva (en algunos sistemas públicos), en América Latina no enfrenten problemas, y algunos similares a los indicados para los sistemas privatizados[30].

Como se ha dicho, los procesos de reforma en las primeras décadas del presente siglo se orientaron a aumentar la inclusión expandiendo la cobertura de los sistemas más allá de trabajadores registrados.

Los sistemas contributivos vigentes en la primera mitad del siglo pasado, en esquemas de capitalización colectiva mutaron a sistema de reparto o de prima media o variantes similares en las décadas de los 50 y 60.

Luego la capitalización en los 90, y en el siglo XXI, se promovió un proceso intenso hacia el aumento de la cobertura, que resulto inédito por la velocidad y la intensidad de su expansión. En los primeros 15 años alrededor de 20 países de la región introdujeron reformas inclusivas, que buscaban ampliar la cobertura de los adultos mayores. Lo hicieron con relativo éxito ya que el promedio ponderado de la cobertura de América Latina aumentó del 51,5% en 2000 al 76,2% en 2017.

Como conclusión del proceso de reformas en la región podemos destacar algunas tendencias:

a) el incremento del rol del Estado y un declive del rol de las administradoras privadas (AFP);

b) tendencia a la transformación del sistema privado sustitutivo en un sistema mixto con un componente público de reparto.

c) las reformas de los sistemas públicos y privados, se caracterizaron por una nueva tendencia regional que avanza en la incorporación de algún componente universal en sistemas conformados como contributivos. Se han combinado respuestas con una fuerte presencia del Estado (contributiva y no contributiva).

7. BIBLIOGRAFÍA

AIOS (Asociación Internacional de Organismos Supervisores de Fondos de Pensiones) (2000 a 2021),

AISS (Asociación Internacional de la Seguridad Social) (2021), Prioridades para la Seguridad Social: Tendencias, Desafíos y Soluciones, Ginebra.

Altamirano, Á. y otros (2018), Presente y futuro de las pensiones en América Latina y el Caribe, Washington D.C., BID.

Arenas De Mesa, A. (2021), "Los sistemas de pensiones en América Latina: desafíos presentes y futuros para su reforma y sostenibilidad",

Arenas De Mesa, A, (2020), "Los sistemas de pensiones en América Latina: institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera en tiempos del Covid-19", Serie Macroeconomía del Desarrollo N°212 (LC/TS.2020/99), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

Arenas De Mesa, A. (2019), Los sistemas de pensiones en la encrucijada: desafíos para la sostenibilidad en América Latina, Libros de la CEPAL, Nº 159, (LC/PUB. 2019/19-P), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

[30] Garcia Rapp, J. (2019). "Consideraciones acerca de la reforma en jubilaciones y pensiones". Revista Temas de Derecho laboral y de la Seguridad Social, Erreius. Buenos Aires.

Barr, N. (2021), "¿Qué se ha aprendido sobre pensiones desde el año 2020?" en Reforma de los Sistemas de Pensiones, Lima, ONP.

Barr, N. y P. Diamond (2008), Reforming Pensions: Principles and Policy Choices, Oxford University Press.

Bertranou, F. (2021), "El futuro de la seguridad social en la pandemia: retrocesos, continuidades y oportunidades en una región persistentemente desigual", Revista de la Facultad de Derecho, pág. 1-25.

Bertranou, F., P. Casalí y O. Cetrángolo (2019), ¿A mitad del camino entre Bismark y Beveridge? La persistencia de los dilemas en el sistema previsional argentino, OIT Cono Sur.

Bertranou, F. y G. Montt (2022), Solidaridad y sistemas mixtos de pensiones: esclareciendo un debate consensual en Chile", Nota Técnica de la OIT,

Bertranou, F. y otros (2018), "Argentina", en I. Ortiz y otros, Reversing Pension Privatizations: Rebuilding Public Pension Systems in Eastern Europe and Latin America, Ginebra, OIT, pág. 89-112.

Durán, F. (2021), "Tendencias mundiales en las reformas de pensiones y el modelo multipilar de pensiones de la OIT", Foro Virtual de la CCSS "Evaluación de 40 años de privatización de las pensiones en América Latina y las tendencias de las nuevas reformas", OIT, marzo.

Grushka, C. (2016), "Perspectivas del Sistema Integrado Previsional Argentino y de ANSES, años 2015-2050", Universidad de Buenos Aires, Technical Report.

García Rapp, J. (2019). Consideraciones acerca de la reforma en jubilaciones y pensiones. Revista Temas de Derecho laboral y de la Seguridad Social, Erreius. Buenos Aires.

García Rapp, J. (2020). Las reformas de los sistemas jubilatorios. Suplemento Seguridad Social, Eldial.com. Buenos Aires.

García Rapp, Jorge "El sistema de pensiones de adultos mayores en Argentina: una visión en el marco regional". Capítulo 5. Página 707. En "La protección de seguridad social a las personas mayores, retos para el siglo XXI". Editorial Bomarzo. 2022, Albacete. España.

García Rapp, Jorge. (2023). "Las AFJP, Reformas y reversiones en la región". En pag.515 en "Um seculo de historia Previdencia Social". Instituto Brasileiro de Direito Previdenciario. Editora ALTERIDADE. Curitiba. Brasil.

Giudice, S., Peluffo, y Otero, N. (2022). Los sistemas de pensiones en América latina. Aportes para el debate de los trabajadores. Montevideo. Fundación Friedrich-Ebert-Stiftung. ISBN 978-9915-9431-7-6

Esping-Andersen, Gosta "Fundamentos sociales de las economías postindustriales", Barcelona, Ariel, 2000; Welfare States in Transition, Londres, Sage, 1996; Changing Classes. Stratification and Mobility in Postindustrial Societies, Londres, Sage, 1993

Melinsky, Pellegrini y Asoc. (2015), Estudios Matemáticos Actuariales del Sistema Integral de Pensiones en Bolivia, Buenos Aires, 15 de junio.

Mesa-Lago, C. (2022) "Pensiones de capitalización individual en América Latina: efectos, reformas, impacto del COVID-19 y propuestas de política", serie Políticas Sociales, N° 242 LC/TS.2022/99), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

Mesa-Lago, C. (2020), Evaluación de cuatro décadas de privatización de pensiones en América Latina (1980-2020) promesas y realidades, Ciudad México, Friedrich Ebert Stiftung.

Mesa-Lago, C. (2018), "Reversing Pension Privatization in Bolivia", en Reversing Pension Privatizations: Rebuilding Public Pension Systems in Eastern Europe and Latin America, I. Ortiz y otros, comps., Ginebra, OIT, Departamento de Protección Social, pág. 113-154.

Mesa-Lago, C. y F. Bertranou (2016), "Pensions Reforms in Chile and Social Security Principles, 1981-2015", International Social Security Review, 69: 1, pág. 25-45.

Mesa-Lago, C. y A. Bonadona (2021), "Los principios de la seguridad social y las promesas incumplidas por la capitalización individual en América Latina: comentarios sobre el sistema boliviano", La Paz, Friedrich Ebert Stiftung, noviembre.

Monereo Perez, Jose Luis. "Público y Privado en el sistema de pensiones". Editorial Tecnos SA. Madrid. España (1996)

Natanson, J. "Contra el 82 por ciento móvil". Le Monde Diplomatique. Febrero 2020. Nro.248

Nicoliello, Ariel. (2023) "El principio contributivo y su reforzamiento en la reforma previsional uruguaya". Pag.503 en "Um seculo de historia Previdencia Social". Instituto Brasileiro de Direito Previdenciario. Editora ALTERIDADE. Curitiba. Brasil.

OIT. (2019) La reversión de la privatización de las pensiones: Reconstruyendo los sistemas públicos de pensiones en los países de Europa Oriental y América Latina *(2000-2018)*. ESS ─ Documento de trabajo núm. 63. Departamento de Protección Social. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Primera edición 2019.

Rodriguez Azcúe, Alvaro. (2023) "Sistema Previsional Uruguayo. 127 años de Experiencia". Pag.485 en "Um seculo de historia Previdencia Social". Instituto Brasileiro de Direito Previdenciario. Editora ALTERIDADE. Curitiba. Brasil.

Rofman, R. (2021), Los regímenes previsionales de excepción en Argentina, Buenos Aires, CIPPEC Documento de Políticas Públicas # 230, mayo.

ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

¿Hasta qué punto es sostenible el sistema de pensiones de la mayor economía de América Latina - Brasil?

To what extent is the pension system of the largest economy in Latin America - Brazil sustainable?

Poema Isis Andrade De Souza
Profesora Adjunta, Departamento de Economía
Universidad Federal Rural de Pernambuco, Brasil
https://orcid.org/0000-0003-1423-787X

Javier Sánchez-Rivas
Profesor Titular de Análisis Económico y Economía Política
Universidad de Sevilla
https://orcid.org/0000-0002-8702-8721

Cita Sugerida: ANDRADE DE SOUZA, P.I. y SÁNCHEZ-RIVAS, J.: «¿Hasta qué punto es sostenible el sistema de pensiones de la mayor economía de América Latina - Brasil?». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 369-379.

Resumen

Este artículo investigó las condiciones de sostenibilidad del sistema de pensiones en Brasil a través de un análisis descriptivo de datos recientes divulgados por los organismos oficiales del país. Se trata de una cuestión de extrema importancia en el mundo, ya que la esperanza de vida está aumentando en la sociedad y es esencial garantizar un nivel adecuado de ingresos a los trabajadores cuando llegan a la vejez o a cualquier circunstancia que les impida trabajar, con el fin de satisfacer las necesidades sociales básicas. De este modo, se constató que en Brasil existe una tendencia al envejecimiento de la población, con un aumento significativo del número de prestaciones de la Seguridad Social, mientras que la recaudación fiscal sigue creciendo a un ritmo muy bajo en el país. Este escenario tiene en cuenta la seguridad social de los trabajadores del sector privado (RGPS), del sector público (RPPS) y de los militares. Por lo tanto, se concluye que es necesario pensar en estrategias para aumentar la recaudación del sistema de seguridad social, en lo que puede influir la mejora del crecimiento económico, la reducción de la informalidad y el aumento del empleo.

Palabras clave

sistema de pensiones; sostenibilidad; Brasil

Abstract

This article investigated the sustainability conditions of the pension system in Brazil through a descriptive analysis of recent data released by the country's official agencies. This is an extremely important issue in the world, since life expectancy is increasing in society and it is essential to ensure an adequate level of income to workers when they reach old age or any circumstance that prevents them from working, in order to meet basic social needs. Thus, it was found that in Brazil there is a trend towards an aging population, with a significant increase in the number of Social Security benefits, while tax collection continues to grow at a very low rate in the country. This scenario takes into account the social security of private sector workers (RGPS), public sector workers (RPPS) and the military. Therefore, it is concluded that it is necessary to think of strategies to increase the collection of the social security system, which may be influenced by improved economic growth, reduced informality and increased employment.

Keywords

pension system; sustainability; Brazil

1. INTRODUCCIÓN

Comprender la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social de un país es esencial para garantizar la protección social de las generaciones actuales de trabajadores y de las generaciones futuras en caso de jubilación, desempleo, enfermedad, discapacidad, accidentes laborales, maternidad o fallecimiento del cabeza de familia (OIT, 2021). Así, el mantenimiento de los ingresos en estas

situaciones tiene un impacto positivo en el bienestar de la población, reduciendo la vulnerabilidad social en la vejez a través de un sistema de protección social adecuado. También se sabe que los sistemas de seguridad social en todo el mundo surgieron como resultado de la mejora institucional del Estado de bienestar a nivel internacional, con políticas de protección social ampliamente fortalecidas en los países desarrollados y en desarrollo entre el final de la Segunda Guerra Mundial y la década de 1970, un período conocido como la "Edad de Oro" del Capitalismo (Nullmeier & Kaufmann, 2010). La visión keynesiana de la época fortaleció el papel del Estado en las principales economías del mundo como formulador de políticas públicas orientadas a promover el bienestar social. Sin embargo, este modelo comenzó a enfrentar una crisis como resultado del aumento de la inflación debido a las crisis del petróleo en la década de 1970, el bajo crecimiento económico, el aumento de la deuda pública, el fortalecimiento de las ideas neoliberales, el avance de la "Revolución Digital" y la globalización, hasta nuestros días.

Así, en los últimos años, con varios países enfrentando un alto nivel de deuda pública, un aumento de la tasa de envejecimiento de la población y una disminución de la tasa de natalidad, sumados a tasas de crecimiento económico más limitadas, se ha producido un aumento de los gastos en el sistema de seguridad social, con ingresos inferiores a los previstos, generando déficits en el sistema de pensiones y un riesgo de insostenibilidad en varios países, entre ellos Brasil.

En la mayoría de las economías del mundo, incluido Brasil, el sistema público de pensiones se financia a través del modelo de reparto (conocido también como sistema "pay-as-you-go" - PAYG), en el que las cotizaciones corrientes se utilizan para pagar las pensiones actuales (Pape, 2023; Delgado, 2005), frente al modelo de capitalización, en el que cada individuo aporta su parte para generar un fondo individual, generalmente gestionado por el sector privado, como ocurrió en Chile en la década de 1980.

En este contexto, este artículo busca analizar datos sobre la seguridad social en Brasil, donde hubo una reciente reforma de las reglas de acceso a las prestaciones de jubilación en 2019, como una forma de "garantizar" la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones del país. En 2023, la recaudación neta del Régimen General de la Seguridad Social alcanzó el 5,46% del PIB brasileño, mientras que el gasto en pensiones superó el 8,23% del PIB (Ministerio de Seguridad Social, 2024). Brasil es el país más grande de América Latina en términos de territorio, población y economía, pero tiene una renta per cápita baja y una elevada desigualdad socioeconómica. Por lo tanto, El sistema de bienestar brasileño contribuye así a la reducción de la pobreza (Tafner, 2007).

Además de esta introducción, la sección siguiente contiene una breve descripción del sistema de seguridad social brasileño y de algunos estudios ya realizados sobre el tema. La sección 3 trata de la metodología utilizada para el análisis descriptivo de los datos con el fin de presentar un panorama actual de la seguridad social en Brasil. La sección 4 analiza los resultados de los indicadores socioeconómicos y del sistema de pensiones de Brasil. Por último, la sección 5 presenta las conclusiones.

2. REVISIÓN DE LA LITERATURA DEL SISTEMA DE PENSIONES DE BRASIL

Inicialmente, el sistema de seguridad social en Brasil surgió a partir de la creación de fondos de pensiones por categorías de trabajadores en la década de 1920, como forma de garantizar a los trabajadores una renta a partir de sus contribuciones y de la financiación de las empresas y del gobierno, asemejándose a un sistema de capitalización, pero regulado por el Estado. En el año 1966 se creó el Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que garantizaba pensiones y asistencia médica a los trabajadores formales y a sus dependientes, incluidos los trabajadores rurales de Brasil

(Além & Giambiagi, 1999). En 1974 se creó el Ministerio de Previsión y Asistencia Social de Brasil. Sin embargo, fue con la promulgación de la Constitución de 1988 que el sistema de seguridad social se amplió a través de la universalización del sistema de protección social, y en 1990 se creó el Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS), que sigue en funcionamiento y tiene la obligación de hacer posible que todos los ciudadanos tengan acceso a las prestaciones y servicios de la seguridad social, como la jubilación, la pensión y el pago por maternidad, entre otras prestaciones, como aquellos que no cotizan mediante las pensiones no contributivas para salvaguardar sus necesidades primarias (INSS, 2017).

El actual sistema de seguridad social brasileño se compone de tres regímenes: el Régimen Privado de Seguridad Social (RPPS), obligatorio para los funcionarios del gobierno en puestos permanentes; el Régimen General de Seguridad Social (RGPS/ INSS), obligatorio para los empleados del sector privado y los funcionarios temporales; y, por último, el Régimen Complementario de Seguridad Social, que es un régimen privado destinado a garantizar ingresos complementarios durante la jubilación (Ministerio de Trabajo, 2016).

Los autores Além & Giambiag (1999) señalan en su artículo que la discusión sobre la sostenibilidad de la seguridad social en Brasil se intensificó después del aumento de los gastos en el sistema de seguridad social resultante de la ampliación del acceso a los beneficios establecida en la Constitución de 1988, que no fue correspondida por un aumento de los recursos que garantizara el equilibrio financiero a largo plazo. Los mismos autores destacaron algunos elementos existentes en Brasil que dificultaban el equilibrio de las cuentas de la seguridad social: la jubilación anticipada, un alto nivel de informalidad en la economía brasileña y los cambios en el perfil demográfico de la población.

Aunque un gran número de estudios sobre la sostenibilidad del sistema de seguridad social en los países señalan un riesgo de insolvencia financiera desde la perspectiva de la necesidad de reducir los gastos de la seguridad social, Magalhães (1993) señaló que este desequilibrio debería analizarse de forma que se aumentaran los ingresos de la seguridad social y no se redujera el acceso a las prestaciones.

Desde principios de la década de 1990 se han producido varios cambios en las normas de seguridad social de Brasil, con la ampliación de los años de contribución, el establecimiento de una edad mínima y cambios en el cálculo del valor a recibir, siendo los cambios más recientes los realizados en 2019 (Enmienda Constitucional 103), que modificó, entre otras cosas, el aumento de la edad mínima para solicitar la jubilación para hombres (65 años) y mujeres (62 años) (Senado Federal, 2023).

Lourenço et al. (2017) detallaron los cambios en las normas de seguridad social que tuvieron lugar hasta 2016, abarcando los gobiernos de los presidentes Fernando Henrique Cardoso (FHC), Luiz Inácio Lula da Silva Lula Dilma Rousseff, observando la reducción de los derechos de los trabajadores, bajo la justificación del déficit de la seguridad social.

Madero-Cabib et. al (2020) llegan a la conclusión de que, en la mayoría de los países, el hecho de que existan diversas políticas públicas que elevan la edad mínima de jubilación, o que fomentan de otro modo que los individuos permanezcan más tiempo en el mercado laboral para minimizar los efectos de la insostenibilidad financiera de la seguridad social, eso no depende no sólo de las condiciones individuales de salud y educación, sino también de las condiciones del mercado laboral y de las políticas de "bienestar" definidas en cada país.

3. METODOLOGÍA

La metodología utilizada para la realización de este trabajo es descriptiva, ya que pretende ofrecer una visión detallada de los números del sistema de seguridad social en Brasil. Cabe señalar que entre 2020 y 2021, como consecuencia de la pandemia de covid-19, se producirán una serie de efectos adversos en la economía brasileña, con un aumento de la tasa de mortalidad, una reducción de la esperanza de vida, una fuerte caída del nivel de actividad económica y un aumento del desempleo.

Además de los datos sobre la seguridad social en Brasil, se analizarán algunas variables socioeconómicas, como el tamaño de la población, tasa de fecundidad, la proporción de personas mayores, crecimiento económico, la informalidad, etc.

Los datos para analizar la sostenibilidad de las pensiones en Brasil se obtuvieron del Boletín Estadístico de la Seguridad Social del Sistema General de Seguridad Social de Brasil de 2024 y también del informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas de la Unión denominado "Panorama del Sistema de Seguridad Social en Brasil" (TCU, 2019), que contiene informaciones de beneficios concedidos y por zonas rurales y urbanas, por valor de los beneficios y de la recaudación en el PIB.

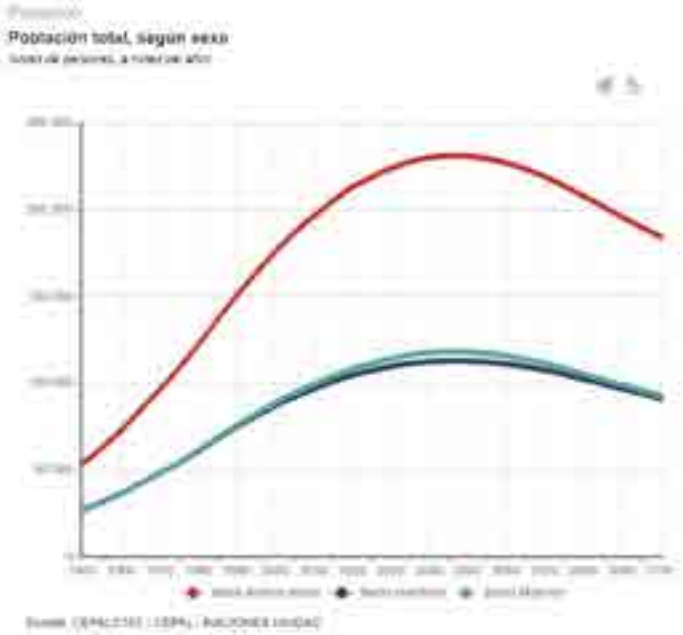
4. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En esta sección se analizarán algunos indicadores socioeconómicos de Brasil, como la evolución de la población brasileña, la evolución de los grupos de mayor edad, la proporción de trabajadores que cotizan al sistema de seguridad social y la tasa de crecimiento económico. A continuación, se analizarán algunos datos sobre la seguridad social en Brasil para los trabajadores del sector privado (RGPS), destacando la parte de los ingresos recaudados por el sistema de seguridad social y el gasto en prestaciones como porcentaje del PIB.

4.1. Indicadores socioeconómicos de Brasil

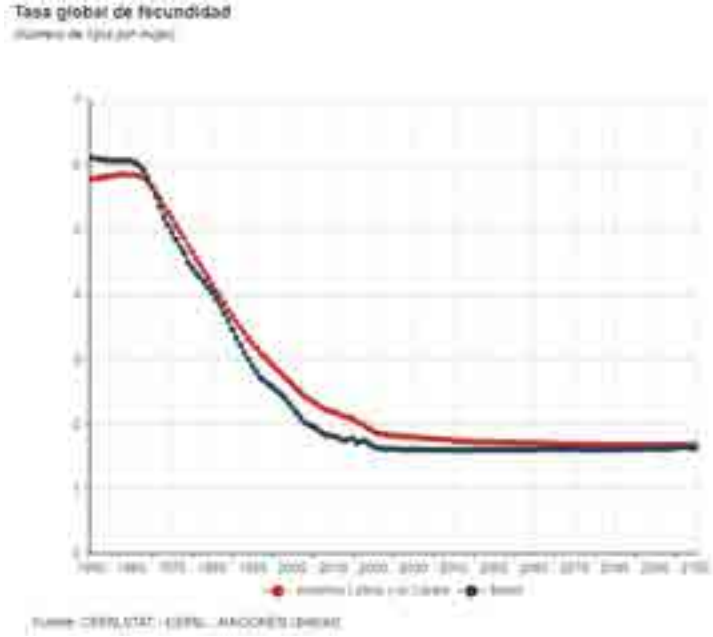
Según los datos divulgados por el último Censo Demográfico Brasileño (CENSO 2022), realizado por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE, 2023), la población brasileña está compuesta por 203.080.756 personas. Esta cifra es inferior a las estimaciones de la población brasileña realizadas por el propio IBGE y llama aún más la atención sobre la cuestión demográfica en el país. La Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL, 2024) hizo una proyección para la población brasileña hasta el año 2100, que apunta trayectoria decreciente en un par de décadas, como se puede observar en la Figura 1.

Figura 1 - Evolución de la población brasileña - 1950 -2100



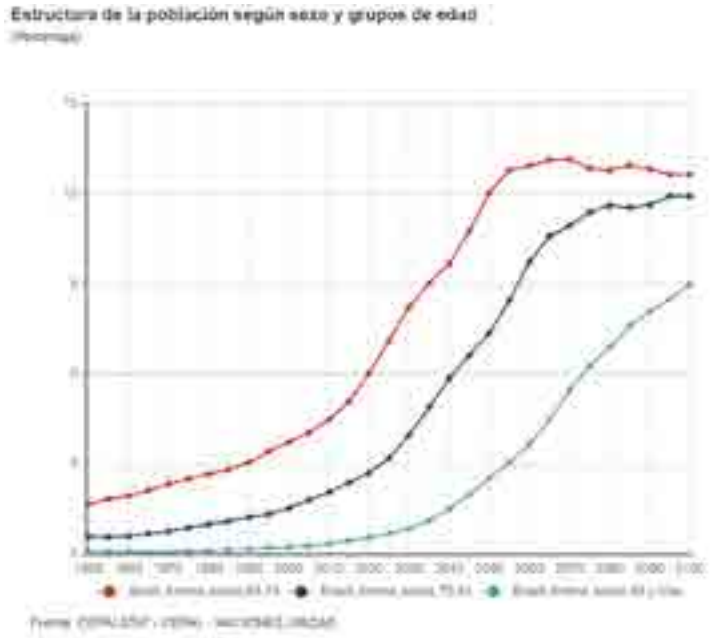
Otro dato importante para analizar es la tasa de fecundidad, que expresa el número medio de hijos por mujer en el país. La Figura 2 indica una tendencia decreciente a lo largo de las décadas en Brasil, esta tasa está por debajo de la media observada en América Latina. Esta tasa en el país ha estado por debajo de 2 hijos por mujer desde principios de la década de 2000 y tiene un valor proyectado para el año 20024 de 1,5 hijos por mujer brasileña.

Figura 2 - Evolución de la tasa global de fecundidad en Brasil - 1950 -2100



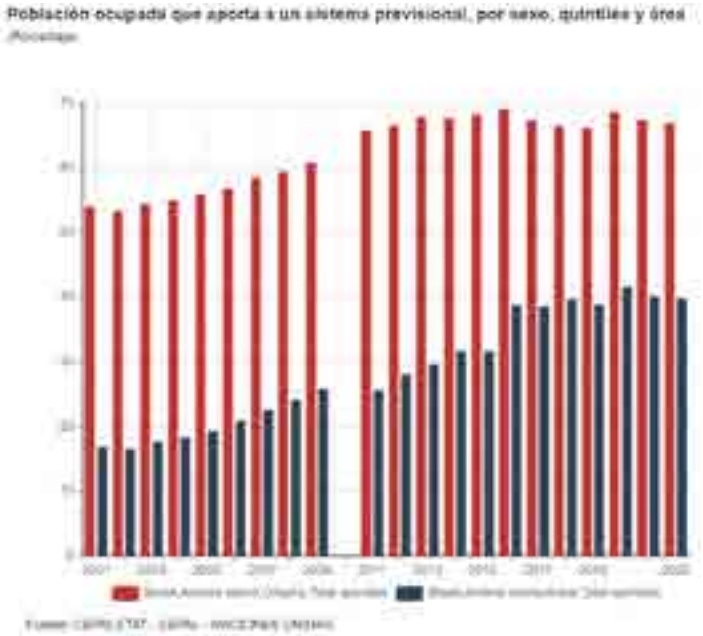
A este análisis de la demografía brasileña se añade el fuerte crecimiento del envejecimiento de la población, como muestra la Figura 3, la cual indica que el porcentaje de población mayor de 60 años podría alcanzar más del 20% de la población brasileña en 2050, lo que requerirá un sólido sistema de pensiones capaz de garantizar el bienestar social.

Figura 3- Evolución de la población en Brasil de 65 años y más- 1950 -2100



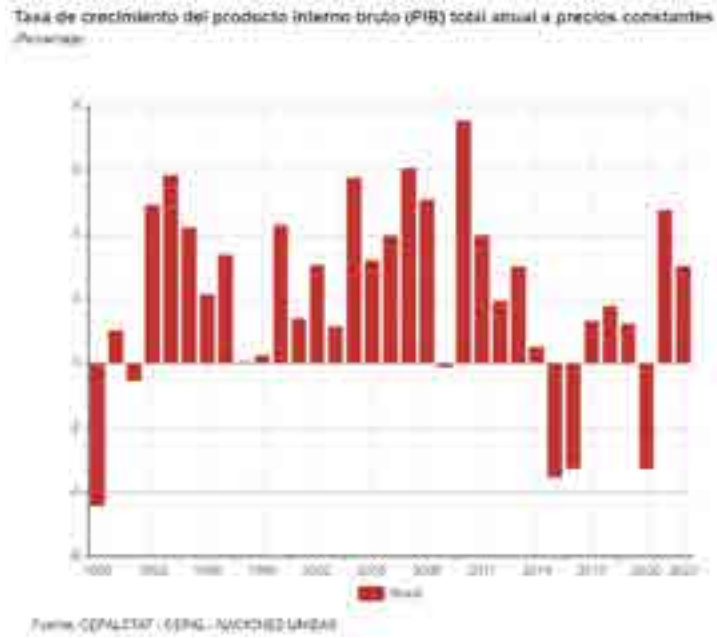
Al analizar la proporción de trabajadores del mercado laboral brasileño que contribuyen al sistema de seguridad social, divididos en zonas urbanas y rurales, se observa que existe una gran discrepancia entre estos trabajadores. En 2022, mientras que el 66,9% de los trabajadores urbanos cotizaban a la seguridad social, sólo el 39,8% de los trabajadores rurales cotizaban para futuras pensiones, como puede verse en la Figura 4. Por lo tanto, es necesario que Brasil tenga un aumento de la participación de los trabajadores en el mercado laboral formal.

Figura 4- Evolución de la población que contribuyente con el sistema de pensiones- Brasil



Por último, en el análisis socioeconómico, la tasa de crecimiento del PIB de Brasil ha sido oscilado bastante en los últimos años, principalmente a partir de 2015, con la crisis política en el país, lo que ha afectado negativamente al nivel de empleo y renta y, en consecuencia, ha deteriorado los saldos del sistema de pensiones, como muestra la Figura 5.

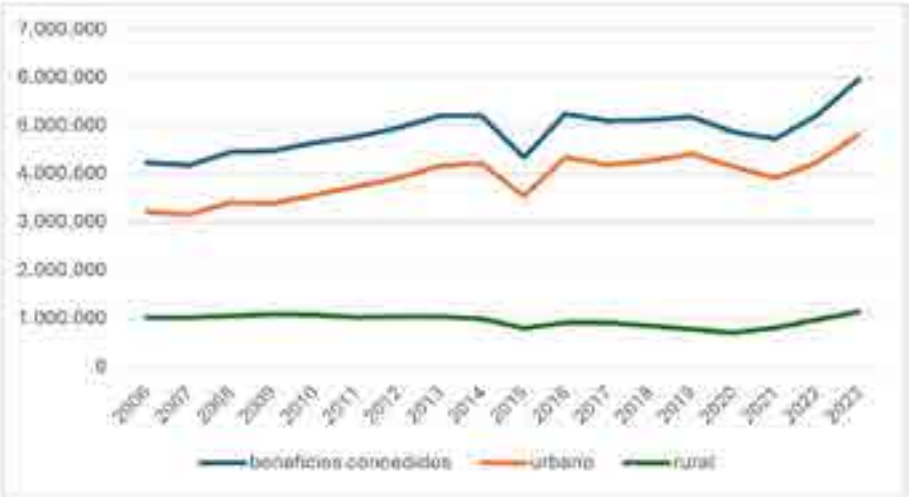
Figura 5- Evolución del crecimiento económico de Brasil



4.2. El análisis del sistema de seguridad social brasileño

La primera información analizada es la cuantidad de beneficios concedidos en Brasil a través del INSS (Instituto Nacional de la Seguridad Social) que se está direccionada al trabajador del sector privado, según el tipo de cliente (urbano o rural) en el periodo 2006-2023, como muestra la siguiente Figura 6.

Figura 6- Evolución del a cantidad de beneficios concedidos en INSS - Brasil



Fuente: Elaboración propia de los autores con dados de Ministerio de Previdencia de Brasil (2024).

Las concesiones de pensiones en Brasil tienen una evolución creciente en el periodo 2006-2023 y en este último año atingió el número más expresivo con 5.964.270 nuevos jubilados, con una participación de 80,8% dos solicitantes de la zona urbana e 19,2% de los demandantes da zona rural. Los trabajadores de la zona urbana tuvieron un crecimiento más fuerte cuando comparados a los trabajadores rurales, pues en Brasil la urbanización de la población es muy alta.

Para entender cuánto recauda el sistema de seguridad social de los trabajadores del sector privado a través del Régimen General de la Seguridad Social en términos de su participación en el PIB de Brasil y cuánto representan estos beneficios en el PIB del país, se elaboró la Figura 7, que muestra una relación de déficit a lo largo del período 2006-2023, alcanzando en 2023 un déficit del 2,8% del PIB de Brasil, que es la recaudación neta menos el costo de los beneficios pagos. Este dato no fue el peor de la serie histórica presentada, que vio el desempeño más negativo de las cuentas de la seguridad social en 2020, año de la pandemia del covid-19, que alcanzó un déficit del 3,4% del PIB brasileño. Es necesario llamar a atención de que la recaudación neta presentó una trayectoria casi constante durante los años, con un empeoramiento en los años de la pandemia, 2020 y 2021.

Figura 7- Costo de los beneficios concedidos (%/PIB) x recaudación neta (%/PIB) - Brasil



Fuente: Elaboración propia de los autores con dados de Ministerio de Previdencia de Brasil (2024).

En el período comprendido entre 1995 y 2023, los ingresos netos obtenidos de las contribuciones de los trabajadores al sistema de pensiones (RGPS) aumentaron a una tasa media anual del 0,8%, pero el gasto en el pago de pensiones creció a un ritmo del 2,7% anual durante todo el período. En otras palabras, el gasto crece a un ritmo tres veces superior al de los ingresos por pensiones. Este es un punto muy grave para la sostenibilidad del sistema de pensiones en Brasil.

Los datos analizados hasta ahora no incluían información sobre el sistema de Seguridad Social de Brasil (RPPS) que se paga a los funcionarios del sector público a nivel municipal, estatal y federal, además a los militares. Esas informaciones son más escasas, por eso, de acuerdo con el último dado divulgado pelo Tribunal de la Unión de Brasil (TCU, 2019), de 2009 a 2018, el número total de prestaciones aumentó en los tres sistemas: de 23 millones a 30 millones en el RGPS (28%); de 657.000 a 740.000 en el RPPS (12,6%); de 290.000 a 356.000 en el Sistema Militar (26%). Por eso, es necesario un equilibrio en todos os sistema de previdencia en Brasil para lograr la sustentabilidad das pensiones de los trabajadores del sector privado, público y militar, No hay dudas que incrementar las recaudaciones del sistema es muy importante, incluyendo nuevos trabajadores cotizantes y el fortalecimiento del mercado formal.

5. CONCLUSIONES

Este artículo ha analizado la evolución del sistema de seguridad social brasileño. Se trata de una cuestión que ha sido objeto de debate en diversos países desarrollados y en desarrollo. En el caso de Brasil, como el mayor país de América Latina, con poco más de 203 millones de habitantes y un nivel medio de renta que aún se considera bajo, el sistema de seguridad social desempeña un papel importante para garantizar que las personas puedan seguir satisfaciendo sus necesidades básicas,

especialmente en la vejez. En este sentido, la legislación brasileña ha permitido aumentar el número de beneficiarios de la seguridad social, pero los ingresos no han sido suficientes para garantizar el equilibrio con los gastos de las pensiones. Por lo tanto, con el aumento de la esperanza de vida de la población y el aumento de la proporción de personas mayores, se ha producido un deterioro de las cuentas de la seguridad social y una perspectiva futura de empeoramiento de esas condiciones. En 2023, hubo un déficit de pensiones del 2,8% del PIB brasileño, con un impacto negativo en las cuentas públicas.

Brasil tiene margen para aumentar los ingresos de la seguridad social a través de una mayor tasa de crecimiento económico, con la generación de empleos formales y la reducción de las actividades informales en el país. Además, es necesario ajustar las pensiones de funcionarios y militares, en particular, para contribuir a una trayectoria más equilibrada de las cuentas de la seguridad social.

6. REFERENCIAS

Além, A. C. D., & Giambiag, F.. (1999). A despesa previdenciária no Brasil: evolução, diagnóstico e perspectivas. Brazilian Journal of Political Economy, 19(1), 129-155. https://doi.org/10.1590/0101-31571999-1047

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social - INSS (2017). Institucional, Breve histórico. https://www.gov.br/inss/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/institucional

BRASIL. Ministerio Da Previdencia Social (2024). Boletim Estatístico da Previdência Social. https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/dados-estatisticos-previdencia-social-e-inss

BRASIL. Ministério do Trabalho (2016). Regimes Próprios de Previdência. https://portalfat.mte.gov.br/programas-e-acoes-2/caged-3/perguntas-frequentes/regimes-proprios-previdencia-2/

Brasil. SENADO FEDERAL. Senado Notícias (2023). Após 100 anos, Previdência enfrenta reformas, déficit e envelhecimento da população. Agência Senado. https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/01/25/apos-100-anos-previdencia-enfrenta-reformas-deficit-e-envelhecimento-da-populacao

BRASIL. Tribunal de Contas da União (2019). Panorama do Sistema de Previdência Social no Brasil. Relatório de Fiscalização. https://portal.tcu.gov.br/panorama-do-sistema-de-previdencia-social-no-brasil.htm

MADERO-CABIB, I., PALOMO VÉLEZ, R., & JOFRÉ BUSTOS, M. S. (2019). ¿Incrementar la edad legal de jubilación y extender la trayectoria laboral? Apuntes para la discusión sobre empleo en personas mayores en Chile. Revista latinoamericana de derecho social, (29), 145-175. Epub 24 de abril de 2020.https://doi.org/10.22201/iij.24487899e.2019.29.13903

Delgado, I. G. A reforma da previdência social na América Latina. Rev Bras Ci Soc [Internet]. 2005Feb;20(57):195-9. https://doi.org/10.1590/S0102-69092005000100014

Ellery Junior, R. DE G., & Bugarin, M. N. S.. (2003). Previdência social e bem estar no Brasil. Revista Brasileira De Economia, 57(1), 27-57. https://doi.org/10.1590/S0034-71402003000100002

Lourenço, E. Â. de S., Lacaz, F. A. de C., & Goulart, P. M.. (2017). Crise do capital e o desmonte da Previdência Social no Brasil. Serviço Social & Sociedade, (130), 467-486. https://doi.org/10.1590/0101-6628.119

Magalhães, R.A (1993). "A seguridade social no contexto do ajuste fiscal", Reforma Fiscal - Coletânea de Estudos Técnicos, vol. II.

Nullmeier, F.; Kaufmann, F.: "Post-war Welfare State Development", in: Castles, Francis G., Leibfried, Stephan, Lewis, Jane and Christopher Pierson (eds.), The Oxford Handbook of the Welfare State, Oxford: University Press, 81-101, 2010.

Pape, Marketa. "Understanding EU action on pensions - European Parliament", PE 753.953 - 2023. Disponível: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/753953/EPRS_BRI(2023)753953_EN.pdf

Tafner, P. (2007). Seguridade e Previdência: Conceitos Fundamentais. In: Tafner, P. e F. Giambiagi (ed.), Previdência no Brasil: debates, dilemas e escolhas. Rio de Janeiro:Ipea,cap.1:29-63.

Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Los distintos criterios para la verificación de la condición de persona con discapacidad entre países acordantes en materia de Seguridad Social y las barreras de acceso al beneficio programado: la necesidad de armonización y/o convergencia para la garantía de la protección social en Brasil y Portugal

The different criteria for the verification of the condition of a person with a disability between countries that agree on Social Security and the barriers to access to the programmed benefit: the need for harmonization and/or convergence for the guarantee of social protection in Brazil and Portugal

Rodrigo Monteiro Pessoa[1] *Post doctor en Derecho por la FDRP/USP*
Doctor en Derecho por la Universidad de Chile
https://orcid.org/0000-0002-3393-4139

Jair Aparecido Cardoso[2] *Profesor de la Facultad de Derecho de Ribeirão Preto - USP*
https://orcid.org/0000-0002-8908-5789

Sebastião Sérgio Da Silveira[3] *Profesor de la Facultad de Derecho de Ribeirão Preto de la Universidad de São Paulo - FDRP-USP*
Licenciado en Derecho por la UNAERP
https://orcid.org/0000-0002-2773-4544

Cita Sugerida: MONTEIRO PESSOA, R., APARECIDO CARDOSO, J. y DA SILVEIRA, S.S.: «Los distintos criterios para la verificación de la condición de persona con discapacidad entre países acordantes en materia de Seguridad Social y las barreras de acceso al beneficio programado: la necesidad de armonización y/o convergencia para la garantía de la protección social en Brasil y Portugal». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 381-394.

[1] Maestría en Derecho Económico por la Universidad Federal de Paraíba (UFPB). Especialista en Derecho de la Seguridad Social por la UNIDERP, en Derecho y Compliance Laboral por el IEPREV, en Derecho y Práctica Previsional por el IMADEC y en Previsión del Servidor Público Aplicada por el IEPREV. Licenciado en Derecho por el IESP y en Administración por la UFPB. Miembro Investigador del GEDTRAB (FDRP/USP). Miembro investigador de la "Rede Ibero-americana de Pesquisa em Seguridade Social (CNPQ)". Líder del Grupo de Investigación Protección Social Internacional / Comparada (CNPQ). Académico del Programa de Postgrado (magíster y doctorado) de la Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Profesor de Derecho de la Seguridad Social del Claretiano Centro Universitario. Profesor del Programa de Magíster de la Universidad de Talca (Chile).

[2] Doctorado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo- PUC-SÃO PAULO (2006). Licenciado y Máster en Derecho por la Universidad Metodista de Piracicaba - UNIMEP. Posgrado en Derecho Tributario en la Pontificia Universidad Católica de Campinas - PUC -Campinas. Líder del grupo de investigación (CNPQ/2010) "A transformação do Direito do Trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho" FDRP/USP. Miembro del grupo de investigación RETRABALHO, Red de grupos de investigación en Derecho Laboral y Procesal (CNPQ). Autor de artículos y libros en el área.

[3] Máster y Doctor en Derecho por la PUC-SP. Postdoctor en Derecho por la Universidad de Coimbra - UC/PT. Fue Fiscal del Ministerio Público del Estado de São Paulo. Profesor Titular del Curso de Derecho en el Pregrado y del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAERP (magíster y doctorado), habiendo sido coordinador de ambos. Actual Rector de la UNAERP. Editor de las Revistas Paradigma y Reflexão e Crítica do Direito.

Resumen

Diversos son los desafíos que los Estados enfrentan en la operacionalización de los acuerdos internacionales en materia de seguridad social, que van desde la necesidad de establecer sistemas de comunicación más precisos y efectivos entre los países acordantes hasta el establecimiento de criterios uniformes para la valoración de situaciones especiales como la de las personas con discapacidad que demandan el reconocimiento de esta condición cuando buscan el acceso a beneficios programados específicos cuyas reglas les son más beneficiosas. Se discutirá estas barreras de acceso en el presente trabajo, considerando el análisis entre Brasil y Portugal en la concesión de pensiones por vejez a personas con discapacidad, de forma de verificar si los criterios existentes pueden generar soluciones distintas en la concesión de la pensión por vejez a este grupo vulnerable en ambos países.

Palabras clave

acuerdos internacionales; seguridad social; protección social; personas con discapacidad; pensión por vejez; criterios de verificación de la discapacidad

Abstract

There are several challenges that States face in the operationalization of international social security agreements, ranging from the need to establish more precise and effective communication systems between the countries involved to the establishment of uniform criteria for the assessment of special situations such as that of people with disabilities who demand recognition of this condition when they seek access to specific programmed benefits whose rules are more beneficial to them. These access barriers will be discussed in this paper, considering the analysis between Brazil and Portugal in the granting of old-age pensions to people with disabilities, to verify whether the existing criteria can generate different solutions in the granting of old-age pensions to this vulnerable group in both countries.

Keywords

international agreements; social security; social protection; persons with disabilities; old-age pension; disability verification criteria

1. INTRODUCCIÓN

Con el aumento de los flujos migratorios debido a la quinta ola de la globalización se incrementan en proporción los desafíos para optimizar los derechos de seguridad social de los trabajadores migrantes. Entre Brasil y Portugal, existe un acuerdo en materia de seguridad social desde el 1969 (promulgado por el Decreto Legislativo n. 40 de 8 de julio de 1970), renovado y actualizado por otro convenio en 1995 (promulgado por el Decreto n. 1.457, de 17 de abril de 1995) y ahora también con el convenio multilateral Iberoamericano vigente desde el 2014 (promulgado por el Decreto n. 8.358, de 13 de noviembre de 2014). El acuerdo bilateral contempla la posibilidad de acceso a todas las modalidades de beneficios programados previstos en la legislación de seguridad social de ambos países, entre ellos está la pensión anticipada por vejez para las personas con discapacidad.

Ocurre que, en Brasil, la pensión anticipada por vejez y por tiempo de cotización para las personas con discapacidad (PcD) está reglada y vigente desde el 2013, mientras que en Portugal esta modalidad de pensión es novedosa, visto que se reglamentó el 2023, posibilitando, entonces, la verificación de la condición de PcD para disminuir la edad de jubilación en el país Ibérico.

Existen, al menos, dos problemas operativos en el acceso a la pensión anticipada por vejez o tiempo de cotización en Brasil por medio de la totalización de períodos laborados en Portugal, uno de ellos con respecto a la edad de acceso y el pago de la prestación *prorrata*, y otra con respecto al criterio de verificación de la condición de PcD.

Este trabajo analiza críticamente las dificultades operativas de esta modalidad de pensión por medio del acuerdo bilateral entre Brasil y Portugal, partiendo de la hipótesis de que forma como están diseñados los criterios de acceso a la pensión anticipada para PcD en la arquitectura sistémica de seguridad social de ambos países, genera una situación de desigualdad, con encargos mayores al sistema brasileño en ciertas situaciones, teniendo en cuenta lo previsto en sede de precedentes y las garantías constitucionales para los asegurados que viven en Brasil y solicitan en este país el acceso al beneficio programado por vejez.

La investigación se condujo a partir del análisis comparado de un único objeto, cual sea: la pensión por vejez y tiempo de cotización para PcD en Brasil y Portugal, con miras a establecer críticamente los criterios operativos para la materialización del derecho humano y fundamental a la seguridad social en el derecho social comparado. Desde los aspectos metodológicos acompañamos a Mendizábal Bermúdez (2022, p. 3) que aclara que, en esta perspectiva postmoderna, el "*derecho comparado deja de ser un instrumento de investigación meramente teórico y ha reafirmado su función como herramienta indispensable para generar los comparativos que den pie al derecho que regule a los migrantes y les salvaguarde sus derechos humanos*". Se concibe para las finalidades pretendidas que el derecho comparado es un método científico (David & Jauffret-Spinosi, 2017), y la finalidad metodológica es evidenciar las dificultades operativas de la materialización del acuerdo internacional con relación a la pensión para personas con discapacidad de forma de armonizar/unificar todo (más utópico) o convergir/coordinar puntos específicos (más plausible) en los marcos normativos de ambos países para evitar desigualdades en la concesión del beneficio de seguridad social pretendido por la vía de la totalización de tiempos de cotización entre Brasil y Portugal y la sobrecarga de uno de los sistemas en desmedro del otro, por la ausencia de criterios semejantes de acceso a los beneficios pretendidos.

2. CRITERIOS DE ACCESO A LA PENSIÓN POR VEJEZ PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN BRASIL Y PORTUGAL

Los derechos de las personas con discapacidad adquieren nuevo grado de importancia a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y disponible para firma el 30 de marzo de 2007. La convención se basa en la necesidad de persecución de la dignidad humana y la proposición de discriminaciones positivas con miras a permitir que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos humanos de forma plena y sin discriminación. Se prevé el acceso a la salud, con programas y servicios acordes con las necesidades de las PcD y la determinación del diseño de políticas de protección social que les asegure el nivel de vida digno y adecuado con estrategias de reducción de la pobreza y de acceso a los programas y beneficios de jubilación. El contenido de la convención debe ser operacionalizado por la vía de la cooperación internacional, velando, facilitando y apoyando los procesos necesarios para la garantía de los DD.HH. de las PcD. Además, la convención innova en el concepto de discapacidad, disociando su contenido de la capacidad para el trabajo, como en muchas ocasiones se ha visto en la legislación de los países para fines de elegibilidad para los beneficios de protección social, ya que su art. 1º establece que:

> Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Brasil y Portugal no se demoraron en ratificar la CIDPD. Brasil lo hizo a través del Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009 y Portugal las Resoluciones n. 56/2009 y n. 57/2009 de la Asamblea de la República y los Decretos Presidenciales n. 71/2009 y n. 72/2009 de 30 de julio. No obstante, Brasil modificó su legislación de seguridad social de forma mucho más rápida para adecuarse al contenido de la CIDPD, ya que discapacidad e incapacidad son conceptos distintos. Antes que se contemplase una pensión anticipada por discapacidad en Brasil, se encontraba la definición de discapacidad en la Ley Orgánica de la Asistencia Social (Ley n. 8.742/1993 - LOAS), necesaria para la concesión del beneficio de prestación continuada (BPC) de la asistencia social brasileña. El art. 20, § 2º de la LOAS con la redacción original de 1993 determinaba que "*A los efectos de la concesión de esta prestación, se entiende por minusválido el incapacitado para la vida independiente* y para el trabajo". Esta asociación a la incapacidad persistió en 1995 y 2007 cuando los decretos reguladores de la LOAS

repitieron la redacción que incluía la incapacidad para el trabajo como requisito para determinar la discapacidad. La previsión estaba el en Decreto n. 1.744 de 08/12/1995, art. 2º, inciso II y en el Decreto n. 6.214 de 26/09/2007, art. 4º, inciso II. La única innovación del Decreto n. 6.214/2007 fue eliminar la irreversibilidad de la discapacidad como característica para su configuración. Fue solamente en 2011 que para acompañar a la CIDPD el ordenamiento jurídico brasileño con la Ley n. 12.435, de 06/06/2011, modificó la LOAS dando la siguiente redacción al art. 20, § 2:

> *A los efectos del otorgamiento de este beneficio, se considerarán: I - persona con discapacidad: aquellas que tengan deficiencias físicas, intelectuales o sensoriales de larga duración que, en interacción con diversas barreras, puedan obstaculizar su participación plena y efectiva en la sociedad con las demás personas; II - deficiencias de larga duración: aquellas que inhabiliten a la persona con discapacidad para la vida independiente y el trabajo durante al menos dos (2) años.*

Como se percibe, el concepto reproduce la definición de discapacidad de la CIDPD y agrega que para el ordenamiento jurídico brasileño lo que se comprende como impedimento de largo plazo es aquel superior a 2 (dos) años.

No obstante, ya en 2013, Brasil cumplió con la determinación constitucional prevista en el artículo 201, § 1º, inciso I que contemplaba la posibilidad de adopción de reglas diferenciadas de concesión de beneficios previsionales para las PcD y la Ley Complementar n. 142/2013 posibilitó su materialización en el ordenamiento jurídico brasileño. Aun así, fue solamente con la Ley n. 13.146, de 06/07/2015, el Estatuto de la Persona con Discapacidad, que se universalizó el concepto de discapacidad previsto en la CIDPD, cuyo artículo 2º estableció:

> *Persona con discapacidad es aquella que presenta impedimento físico, mental, intelectual o sensorial a largo plazo que, en interacción con una o más barreras, pueda impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás personas.*
>
> *§ 1º La evaluación de la discapacidad, cuando necesaria, será biopsicosocial, realizada por un equipo multiprofesional e interdisciplinario y considerará:*
>
> *I - alteraciones de las funciones y estructuras corporales;*
>
> *II - factores socioambientales, psicológicos y personales*
>
> *III - limitaciones en el desempeño de actividades; y*
>
> *IV - restricción de la participación.*

Hay dos modalidades de pensión anticipada en Brasil para la PcD, por edad y por tiempo de cotización. Con respecto a la pensión por vejez para personas con discapacidad por edad, determina la LC n. 142/2013 que se debe cumplir 60 años (hombres) y 55 años (mujeres) además de 180 meses de carencia (que puede ser cumplidos sin que la persona haya cotizado al sistema en la condición de persona discapacitada), empero, además de la carencia, tendrá que comprobar que durante su vida laboral posee 15 años de cotización como persona discapacitada. Para la pensión en esta modalidad no se hace diferencias con respecto al grado de discapacidad, habiendo puntaje suficiente (como ya se verá) para calificar a la persona como discapacitada, hay acceso al beneficio. Es preciso que la persona tenga la condición de PcD en el momento de pedir la pensión o que se compruebe que

tenía la condición de PcD cuando cumplió los requisitos para su jubilación (art. 70-B del Decreto n. 3.048/1999). En seguida tenemos la pensión por tiempo de cotización anticipada para personas por discapacidad, que deben comprobar el grado de discapacidad y el respectivo tiempo de cotización exigido en la condición de persona con discapacidad (art. 70-B del Decreto n. 3.048/1999), además de 180 meses de carencia (que no necesita ser como persona discapacitada). De la misma forma, es preciso que la persona tenga la condición de PcD en el momento de pedir la pensión o que se compruebe que tenía la condición de PcD cuando cumplió los requisitos para su jubilación (art. 70-B del Decreto n. 3.048/1999). Los tiempos de cotización exigidos en la condición de PcD según la LC n. 142/2013 (art. 3º) y el Decreto n. 3.048/1999 (art. 70-B) son:

TIEMPO DE COTIZACIÓN	TIPO DE DISCAPACIDAD	PUNTAJE EN EL IFBr-A
25 años (hombre) 20 años (mujer)	Grave	Igual o inferior a 5.739
29 años (hombre) 24 años (mujer)	Moderada	Igual o superior a 5.740 e igual o inferior a 6.354
33 años (hombre) 28 años (mujer)	Leve	Igual o superior a 6.355 e igual o inferior a 7.584

El criterio para la verificación de la condición de discapacidad está previsto en la Ordenanza Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP n. 1, de 27 de enero de 2014, que aprobó el instrumento de evaluación de los asegurados de la seguridad social y de identificación de los grados de discapacidad, así como la definición de impedimento de larga duración, a los efectos del Decreto n. 3.048, de 6 de mayo de 1999. Esta Ordenanza fue derogada por la Ordenanza Interministerial n. 1/2015 y posteriormente restablecida por el Decreto n. 10.410/2020, que en su art. 4º determinó que a efectos del acceso a las prestaciones de las personas con discapacidad, hasta que se apruebe el instrumento específico para la evaluación biopsicosocial de las personas con discapacidad, realizada por un equipo multiprofesional e interdisciplinar, se utilizará el instrumento aprobado por la Ordenanza Interministerial n. 1 de AGU/MPS/MF/SRDH/MP, de 27 de enero de 2014). El criterio previsto en 2014 es el Índice de Funcionalidad Brasileño para Jubilaciones, conocido como IFBr-A. El IFBr-A se basa en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) y la puntuación es una adaptación del *Functional Independence Measure* (FIM), basado en documentos reconocidos internacionalmente para el debate sobre la discapacidad y la salud colectiva. Con esto, los criterios de evaluación para la jubilación anticipada de las PcD siguen los parámetros de la CIF en Brasil.

Con respecto a Portugal, tenemos la previsión de la jubilación anticipada por vejez para las PcD por la Ley n. 5/2022, de 7 de enero, que dispone sobre el régimen de anticipo de la edad de la pensión de jubilación por razón de discapacidad. La reglamentación se dio solamente con el Decreto Ley n. 18/2023, de 3 de marzo, regulando el régimen de anticipo de la edad de la pensión de jubilación por razón de discapacidad. Para tener acceso al beneficio por vejez anticipada es necesario comprobar la discapacidad, Portugal lo hace por medio del mismo instrumento que verifica la invalidez para fines de otorgar los beneficios de seguridad social. Incluso, se exige que el beneficiario posea el Certificado Médico de Invalidez Polivalente (AMIM), que es un documento oficial expedido tras una junta médica y que acredita el grado de invalidez y si ésta es permanente o temporal. El artículo 3º del Decreto Ley n. 18/2023 exige una incapacidad igual o superior al 80% para tener acceso a una pensión de vejez anticipada por discapacidad. Veamos que la normativa es clara al determinar el grado de incapacidad asociándolo al concepto de discapacidad, además de los requisitos edad (60 años para hombres y mujeres), 15 años de cotización en la condición de PcD y la incapacidad superior a 80%:

Artículo 3

Condiciones para el acceso anticipado a la pensión de vejez por discapacidad

1 - El adelanto de la edad de acceso a la pensión de vejez o de jubilación está supeditado al cumplimiento del período de garantía de acceso a la pensión de los respectivos regímenes y a la comprobación por parte del solicitante de las siguientes condiciones de acceso:

a) Edad igual o superior a 60 años;

b) Discapacidad asociada a un grado de incapacidad igual o superior al 80 %;

c) 15 años de carrera contributiva con situación de discapacidad con grado de incapacidad igual o superior al 80%.

2 - A los efectos de la letra c) del apartado anterior, sólo son relevantes los últimos 15 años de trabajo efectivo, consecutivos o interpolados, con registro de retribuciones relevantes para la determinación de la tasa de formación de la pensión.

Los años civiles para contar para fines de carencia en Portugal están previsto en los artículos 29 a 31 del Decreto-Ley n. 187/2007. De esta forma, el conteo para completar los 15 años exigidos por la ley depende del periodo contabilizado. Si se trata de periodos anteriores al 1er de enero de 1994, cuenta como año civil el periodo de 12 meses con registro de remuneraciones. Si los períodos son posteriores al 1er de enero de 1994, se consideran años civiles aquellos con al menos 120 días consecutivos o interpolados con registro de remuneraciones por trabajo realizado o situación de equivalencia (densidad contributiva). Los años civiles con menos de 120 días de remuneraciones registradas pueden agregarse para completar un año civil.

El instrumento de verificación de la incapacidad está previsto desde 1993, por medio del Decreto Ley n. 341/93, de 30 de septiembre, por el que se aprobó el Cuadro Nacional de Incapacidades por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Posteriormente, el Decreto-Ley n. 352/2007, de 23 de octubre, que aprobó la nueva Tabla Nacional de Incapacidades por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, derogando el Decreto-Ley n. 341/93, de 30 de septiembre, y aprobó la Tabla Indicativa para la Valoración de la Incapacidad en el Derecho Civil. Es decir, se trata de una tabla creada pensando en el ámbito laboral y en las reparaciones civiles que considera solamente los aspectos de la biología humana: aparato locomotor, trastornos dismórficos, aspectos neurológicos, otorrinolaringología (ORL), oftalmología, angiocardiología, neumología, nefrología / urología, gastroenterología / aparato digestivo, psiquiatría, órganos reproductores, hematología, endocrinología, estomatología y oncología (Instituto de Segurança Social, 2008). Para cada aspecto de limitación física o psíquica se atribuye un valor en porcentaje que al final debe ser sumado para constatar si el evaluado por la junta médica portuguesa alcanzó o no los 80% de incapacidad y así tener acceso al beneficio anticipado por vejez para personas con discapacidad.

Con esto, se constata la ausencia de ruptura del modelo médico para la implantación del modelo biopsicosocial. Martin Heidegger (2005) y Hans-Georg Gadamer (2022) hacen la diferenciación entre la perspectiva óntica y ontológica, y esto es aplicable a la percepción de la disfunción biológica y el entorno, o sea, en la filosofía de Heidegger y Gadamer, no basta con describir el mundo (describir un árbol, una persona, una montaña etc.), esta perspectiva es óntica. La perspectiva ontológica describe el ser y su papel en el mundo. Ergo, la perspectiva óntica en la evaluación de la incapacidad y de la discapacidad solamente considera lo fenoménico (lo que aparece en el mundo), lo que muestran

nuestros sentidos. Es un análisis superficial y se refiere al sentido común. Ya la perspectiva ontológica en la evaluación de la incapacidad y de la discapacidad se refiere al ser que hay detrás de la apariencia (más allá de lo fenoménico, lo que muestran los sentidos). Pretende ir más allá de lo ordinario y ver lo que no todo el mundo ve. Relaciona el ser con el entorno, con la realidad en la que está inserto. La perspectiva puramente médica culpa al organismo de las disfunciones, mientras que la perspectiva biopsicosocial reconoce la interacción del entono en el ser y el ser en el entorno (Costa, 2022, Capítulo 2).

El análisis de la Tabla Nacional de Incapacidades de Portugal tiene una perspectiva puramente óntica pues, al estar distante del contenido de la CIF, no considera las barreras de participación y las barreras en el desempeño de actividades, de las rutinas diarias, aprendizaje y aplicación del conocimiento, comunicación, movilidad, autocuidado, vida doméstica, interacciones y relaciones interpersonales, educación, trabajo y empleo, vida económica, vida comunitaria, social y cívica, ni considera los factores ambientales (de adaptabilidad para las barreras), tampoco los factores personales. La CIF (2001, p. 131) determina que limitaciones en la actividad son "*dificultades que una persona puede tener en el desempeño/realización de las actividades*", y que restricciones en la participación son "*problemas que una persona puede experimentar al involucrarse en situaciones vitales*".

Ya la forma de evaluación brasileña busca con el peritaje biopsicosocial para fines de terminación de la discapacidad un instrumento específico que considera los factores de la CIF y que pretende entender las funcionalidades y estructuras más allá del contexto interno (biológico) de las personas. Se trata de un modelo que busca entender que las personas y su sistema biopsíquico no son los únicos factores desencadenantes de las discapacidades, sino que el contexto externo, ambiental y social también influye y genera limitaciones.

Conocidos los requisitos y las formas de verificación de la discapacidad en Brasil y en Portugal, ahora pasaremos a analizar problemáticas con estos modelos que pueden generar una distorsión en el acceso de la pensión por vejez anticipada por discapacidad para los ciudadanos que trabajaron en ambos países, de forma de evaluar si la totalización de periodos de seguro previsto en el acuerdo luso/brasileño es suficiente para la tutela del derecho socio fundamental de las personas con discapacidad, para acceder a beneficios previsionales que garantice su seguridad económica.

3. NECESIDAD DE UNIFORMIZACIÓN/CONVERGENCIA PARA EVITAR CONDICIONES DE DESPROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ACCESO A BENEFICIOS DE SEGURIDAD SOCIAL

De lo expuesto anteriormente es posible constatar dificultades de operacionalización del acuerdo internacional entre Brasil y Portugal debido a las diferencias internas en el diseño de seguridad social con requisitos igualmente distintos a los mismos beneficios previstos.

Aunque el Decreto n. 1.457/1995 haya establecido la operacionalización de todos los beneficios de pensión previstos en el ordenamiento interno de Brasil y Portugal, el primer problema que podemos visualizar para que esto se materialice en el caso de las pensiones anticipadas para personas con discapacidad es la edad diferenciada como requisito de acceso. Brasil prevé la pensión anticipada por edad para PcD a los 60 años (hombres) y 55 años (mujeres), mientras que Portugal prevé esta jubilación anticipada para PcD a los 60 años (hombre y mujer). Una mujer con discapacidad que se jubile por edad en Brasil a los 55 años no tendrá la edad para solicitar la totalización de periodos en Portugal. Así, por ejemplo, si esta mujer con discapacidad congénita trabajó 5 años en Brasil y 10 años en Portugal, regresando a Brasil con 55 años, podrá solicitar el beneficio y, después de evaluar

su discapacidad (independientemente del grado), podría tener acceso a la pensión en Brasil si totaliza el período de seguro, ya que en Brasil se exige carencia de 180 meses y 15 años de cotización en la calidad de persona con discapacidad. Sin embargo, no podrá, solicitar el beneficio en Portugal en este mismo momento, pues no será elegible para la pensión anticipada por vejez para PcD hasta los 60 años. Siendo así, Brasil que debe calcular la prestación teórica con la media aritmética de las cotizaciones hechas en los 5 años de trabajo en su territorio, debería pagar 1/3 del beneficio total (15 años = 3/3, 10 años = 2/3, 5 años = 1/3), pues el acuerdo internacional determina el pago prorrata al tiempo trabajado en el país parte y lo demás es pagado prorrata por el otro país, proporcional al tiempo trabajado allá. Aunque la prestación teórica en Brasil no puede ser inferior a un salario-mínimo nacional, por previsión del artículo 201, § 2º de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, la cuota prorrata sí puede ser inferior a un salario mínimo nacional por previsión del Decreto n. 3.048/1999, en el artículo 35, § 1º:

> *La renta mensual inicial prorrateada para las prestaciones concedidas en virtud de convenios internacionales será proporcional al tiempo cotizado al sistema de seguridad social brasileño y podrá ser inferior al salario mínimo.*

Lo que se volverá a evaluar, cuando es pagada la otra parte prorrata del país parte del acuerdo, es si la suma de ambos beneficios resulta en valor inferior a un sueldo mínimo. En este caso, viviendo en Brasil, el beneficiario no podría tener un beneficio inferior a este monto, debiendo el país americano completar el valor hasta alcanzar un sueldo mínimo. No obstante, se cuestionó en los tribunales la posibilidad de recibir el valor inferior a un salario mínimo cuando no hay acceso a la parte que debería ser pagada por el otro país parte del convenio. La TNU (Turma Nacional de Uniformização), que es un colegiado de la Justicia Federal para uniformizar la jurisprudencia de esta división del Poder Judicial, ha apreciado en sede de uniformización el Precedente n. 262 originario del PEDILEF 0057384-11.2014.4.01.3800/MG, que quedó firme el 26/11/2021, sometiendo al colegiado "*saber si la renta mensual de la prestación de seguridad social concedida en base a un acuerdo internacional entre Brasil/Portugal puede ser inferior al salario mínimo vigente en el país donde se concede la prestació*n". Dos fueron las conclusiones del colegiado federal: 1) que en el caso de las prestaciones de totalización concedidas en virtud del acuerdo de seguridad social entre Brasil y Portugal (Decreto n. 1.457/1995), la cuantía pagada por el INSS (Instituto Nacional del Seguro Social - autarquía federal brasileña responsable por el pago de los beneficios de seguridad social) puede ser inferior al salario mínimo nacional, siempre que la suma de las prestaciones de la seguridad social debidas por cada Estado al asegurado sea igual o superior a este piso; y 2) que mientras no se adquiera el derecho a la prestación debida por Portugal o si la suma de las prestaciones debidas por ambos Estados no alcanza el valor del salario mínimo en Brasil, la diferencia hasta este piso debe ser pagada por el INSS a los beneficiarios residentes en Brasil.

En el ejemplo analizado, la mujer con discapacidad pasaría, al menos, 5 años recibiendo el beneficio en Brasil en valor inferior al que sería debido si fuera posible totalizar su beneficio de inmediato, obligando a Brasil a cargar con la diferencia de la pensión mientras ella no pueda acceder al monto total en Portugal.

La misma situación ocurriría si un asegurado del sistema brasileño, residente en Brasil buscase totalizar los periodos de seguro entre Brasil y Portugal para tener acceso a la pensión por tiempo de cotización para personas con discapacidad, que no exige edad mínima, sino tiempo de cotización en la calidad de persona con discapacidad. Cumpliendo el tiempo de cotización y carencia para el acceso al beneficio en edad inferior a los 60 años exigidos por Portugal llevaría a un nuevo tiempo de espera hasta ser elegible para solicitar la parte de la totalización del país ibérico.

Entonces, por ejemplo, supongamos un hombre que trabajó 10 años en Brasil y 15 años en Portugal, con una discapacidad congénita grave. Posee 50 años actualmente y vive en Brasil. Se sometió a la evaluación biopsicosocial en Brasil y por aplicación del IFBr-A obtuvo el puntaje de 5.000 (suficiente para la configuración de la discapacidad grave según la Ordenanza Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP n. 1/2014). La pensión por tiempo de cotización para PcD en Brasil exige 25 años de tiempo de cotización en la condición de persona con discapacidad y 180 meses de carencia. Pese a esto, tendría que esperar 10 años para tener acceso a la cuota parte portuguesa, que exige 60 años para acceder a la pensión por vejez anticipada, teniendo en cuenta que Portugal no prevé la jubilación por tiempo de cotización como lo hace Brasil. Esto obligaría a Brasil, según lo ya decidido en uniformización en el Precedente n. 262 de la TNU, a pagar la diferencia hasta alcanzar un salario mínimo caso la proporción del valor pagado prorrata no alcance este piso. En el ejemplo dado, 40% del tiempo fue laborado en Brasil (10 años trabajados x 100 / 25 años exigidos) y 60% del tiempo fue laborado en Portugal (15 años trabajados x 100 / 25 años exigidos). Luego, después de calcular la prestación teórica en Brasil por la media aritmética de los salarios cotizados en el país se aplicará 40% sobre la prestación teórica para verificar el valor debido en la totalización. Este valor de 40% sobre la prestación teórica podría ser inferior al sueldo mínimo nacional, y si así fuere, Brasil deberá pagar lo que falte para llegar a este monto.

Hay, aún, un segundo problema operativo en la totalización de períodos de seguro entre Brasil y Portugal, que es la calificación del asegurado como persona con discapacidad. Como visto en el apartado anterior, Brasil estableció el IFBr-A por medio de la Ordenanza Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP n. 1/2014, mientras que, por otro lado, Portugal estableció la nueva Tabla Nacional de Incapacidades por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales por medio del Decreto-Ley n. 352/2007, de 23 de octubre. En la ocasión, discutimos que el IFBr-A de Brasil utiliza los parámetros de la CIF, acompañando las modificaciones en el ordenamiento jurídico para adecuarlas a las definiciones de la CIF. En el caso portugués, la Tabla Nacional de Incapacidades no acompaña la evaluación de barreras de actividades ni barreras de participación para la discapacidad, distanciándose del concepto establecido en la Convención de Nueva York. Por ende, en que pese ambos países ratificaron la CIDPD el 2009, Brasil se adecuó a la definición de discapacidad disociada de la incapacidad para el trabajo, pero Portugal, no. Incluso, el acceso a la modalidad de pensión por vejez anticipada para PcD en Brasil indica en el artículo 3º, inciso IV de la Ley Complementar n. 142/2013 que basta comprobar la existencia de discapacidad, independientemente del grado para tener acceso a la pensión prevista. De ser así, y considerando los criterios de la Ordenanza Interministerial AGU/MPS/MF/SEDH/MP n. 1/2014 que prevé el puntaje del IFBr-A para fines de verificación de la actividad, una persona con discapacidad leve puede acceder a la modalidad de pensión diferenciada. Ya en Portugal, es necesario comprobar la discapacidad asociada a un grado de incapacidad igual o superior al 80 %, según el Decreto Ley n. 18/2023, artículo 3º. Cabe destacar que el grado de incapacidad igual o superior a 80% hace con que solamente las personas con discapacidad más elevada tengan acceso al beneficio previsto en la Ley n. 5/2022 en Portugal, considerando solamente los influjos en la capacidad biospíquica, sin considerar las barreras de participación y actividades.

En este caso, es fácil comprender que los distintos sistemas pueden generar situaciones de desigualdad, ya que una persona puede ser elegible para jubilarse anticipadamente por edad en Brasil, siendo considerada persona con discapacidad de grado leve y tener a los 60 años (hombre) o 55 años (mujer) su beneficio en el país americano, empero, puede no ser considerada persona con discapacidad para fines de la pensión anticipada por vejez en Portugal, teniendo en cuenta que no alcanzó los 80% de grado de incapacidad según la Tabla Nacional de Incapacidades. De ser así, una persona que pide el beneficio en Brasil, supongamos un hombre a los 60 años y es considerado PcD, no alcanzando 80% de grado de incapacidad en Portugal, tendría que esperar hasta los 66 años y 4 meses el 2024 para tener la parte portuguesa prorrata por totalización de periodos de seguro, ya que

la pensión ordinaria de jubilación por vejez portuguesa está prevista en el Decreto-Ley n. 187/2007, de 10 de mayo, art. 19, que exige 15 años de tiempo de cotización y la Ordenanza n. 292/2022, de 9 de diciembre, determina la edad normal de acceso a la pensión de vejez en 2024 en Portugal, siendo la edad superior a la brasileña, es decir, 66 años y 4 meses en 2024, según el artículo 1º. En 2025 será de 66 años y 7 meses.

Tenemos, por lo tanto, dos criterios diferentes que no consideran las mismas variables al determinar qué es la discapacidad para fines de seguridad social, y esta situación genera injusticias a los asegurados que necesitan del beneficio para su subsistencia. El hecho de que Brasil haya determinado por la vía judicial que se completará el valor del beneficio hasta el piso de un sueldo mínimo sea cuando la suma de los beneficios pagados prorrata en ambos países no alcance este piso, o cuando el asegurado no haya completado los requisitos de acceso a la cuota prorrata del otro país acordante solamente carga al país americano con un costo mayor a su sistema debido a la preservación de la dignidad humana prevista en la Constitución de 1988. Aún así, es posible que el valor del beneficio sea muy por debajo de lo debido si hubiera la suma de las cuotas prorrata, bajando considerablemente el poder adquisitivo del asegurado mientras recibe el complemento en Brasil para alcanzar el piso del sueldo mínimo. Se recuerda que en materia de seguridad social se habla en suficiencia de la cobertura, para alcanzar niveles de subsistencia. En Derecho, ninguna palabra es vana o vacía. Los instrumentos internacionales en materia de seguridad social no hablan en sobrevivencia sino en subsistencia. Subsistencia en la RAE significa *2. f. permanencia, estabilidad y conservación de las cosas*; mientras que sobrevivencia, acto o efecto de sobrevivir se relaciona con *2. intr. Vivir con escasos medios o en condiciones adversas*. Una cosa no se confunde con la otra. El PIDESC habla en subsistencia en el artículo I, la Declaración Universal de los DD.HH. de 1948, igualmente usa la subsistencia en el artículo 25 que tiene referencia directa a las contingencias de seguridad social (desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez). De ser así, para la preservación de la dignidad humana, los beneficios de seguridad social deben ser considerados como una inversión pública y no como un gasto, buscando los medios para asegurar los niveles de cobertura y suficientes acordes con la subsistencia de la ciudadanía.

La Agenda Regional para el Desarrollo Social Inclusivo (ARDSI) de la CEPAL abraza la idea de la protección social como inversión del Estado y como elemento imprescindible para la materialización de los objetivos económicos, incluso:

> *Los sistemas de protección social contribuyen de manera decisiva a la erradicación de la pobreza y a la reducción de la desigualdad. La protección social se orienta a garantizar el acceso a ingresos adecuados para un nivel de bienestar suficiente de manera universal, servicios sociales (como salud, educación, agua y saneamiento), vivienda, políticas de inclusión laboral y trabajo decente. Así, la protección social busca abordar de manera efectiva las brechas de acceso al bienestar, haciendo posible el ejercicio de los derechos y la plena participación de las personas en la sociedad, y constituye un mecanismo clave para la inclusión* (CEPAL, 2020, p. 20).

Como se verifica en la Meta 1.3 del ODS 1 - Fin de la Pobreza en la Agenda 2030 de la ONU:

La seguridad social es un derecho humano y una inversión con un elevado rendimiento en desarrollo económico y social:

- *Unos sistemas de protección social bien gestionados previenen la pobreza, reducen la desigualdad, la exclusión social y la inseguridad económica, promueven la igualdad de oportunidades, la igualdad de género y la igualdad*

racial, contribuyen a la empleabilidad de los trabajadores y a la productividad de las empresas, y actúan como elemento facilitador para la transición de la economía informal a la economía formal;

- *La protección social también actúa como estabilizador automático y tiene un efecto multiplicador al contribuir de manera decisiva a fomentar el bienestar de las personas y el empleo decente y productivo, reducir la inseguridad económica, apoyar la iniciativa empresarial y las empresas sostenible, abordar la desigualdad de los ingresos, e impulsar un crecimiento inclusivo y sostenible;*

- *Contar con unos sistemas de protección social universales, equitativos y sostenibles reviste hoy más importancia que nunca para reforzar el contrato social y promover la justicia social, la solidaridad, la cohesión y la paz* (OIT, 2019, p. 1)*;*

Estas son las razones por las cuales se hace necesario coordinar o armonizar las normas de seguridad social entre países que poseen acuerdos internacionales en materia de seguridad social entre ellos, evitando las disparidades que pueden ocurrir al momento de solicitar beneficios indispensables para el confrontamiento de las contingencias, para la generación de la seguridad económica y para evitar efectos nefastos de la desprotección social, como la pobreza y las demás vulnerabilidades que pueden permitir al asegurado sufrir violencias desmedidas en periodos de extrema dependencia de estas redes de protección de la ciudadanía.

En complemento, la Meta 10.2 de la Agenda 2030 determina "*potenciar y promover la inclusión social, económica y política de todas las personas, independientemente de su edad, sexo, discapacidad, raza, etnia, origen, religión o situación económica u otra condición*". El ODS 10 - Reducción de las desigualdades es clave para evitar situaciones de vulnerabilidad e insta a los países a coordinarse para alcanzar la equidad global de la ciudadanía igualmente global. Obviamente, esta situación es más de descoordinación que de discriminación. Entendiendo la discriminación como "*el comportamiento sensato o insensato, encaminado a abolir o limitar derechos, libertades y oportunidades, sin justificación ecuánime y prudente*" (Rubio-Rodríguez et al., 2018, p. 61). Existe buena voluntad de los países en buscar la extensión de la protección social a los migrantes que se movilizan para el desarrollo de oportunidades laborales. Ocurre que por un lado existe un alto grado de movilidad laboral y por otra gran dificultad de movilidad de los derechos de seguridad social (Blanpain et al., 2013).

Es claro que existe la consciencia de las dificultades en la convergencia, coordinación y armonización de normas de seguridad social. La coordinación es la determinación de la legislación aplicable para los migrantes, asegurando la igualdad de tratamiento con miras a la adquisición de los derechos (Voirin, 1992, p. 436). Por otro lado, la armonización busca hacer con que no exista divergencia entre las legislaciones de seguridad social; y la convergencia busca llevar a dos sistemas de seguridad social a unirse en un punto, como sería el caso de la pensión anticipada para PcD. La convergencia es un paso más allá de la armonización (Voirin, 1992, p. 443). Empero, sabemos que, en materia de comparación, los privatistas ya tenían la idea de unificar la legislación desde los inicios del desarrollo de la comparación como método científico, buscando mejorar la relación entre los países. MORINEAU (2006, p. XVIII) destaca que desde el final de la Primera Guerra Mundial el esfuerzo para la unificación legislativa es una realidad. Auspiciado por la Liga de la Naciones, fue creada en Roma el 1926 el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Después de la Segunda Guerra Mundial, varias otras organizaciones surgieron con el mismo propósito (Morineau, 2006, p. XIX). Si siquiera los privatistas alcanzaron su objetivo con la comparación, qué decir de los

sistemas de seguridad social que son parte del derecho público, vinculado a aspectos económicos, políticos, culturales y sociales y la capacidad de los países en enfrentar la inseguridad económica por medio de sistemas que sean sustentables, suficientes (alcanzando niveles de subsistencia, más allá de niveles de sobrevivencia) y con amplia cobertura. La comparación en derecho público conlleva problemas propios debido a estos aspectos citados que hace más difícil comprender y también llegar a resultados más armónicos (De Vergottini, 2022), como el pretendido por medio del análisis de este trabajo.

Sin embargo, es necesario buscar las formas de equilibrar el acceso a los beneficios pretendidos cuando existen convenio de seguridad social para que las situaciones como la estudiada en este artículo puedan ser evitadas, sea por cargar en demasía un único sistema, sea por distanciar a la ciudadanía de sus derechos socio fundamentales.

4. CONCLUSIONES

El presente trabajo analizó críticamente las dificultades operativas de modalidad de pensión anticipada para personas con discapacidad por medio del acuerdo bilateral entre Brasil y Portugal, partiendo de la hipótesis de que la forma como están diseñados los criterios de acceso a la pensión anticipada para PcD en la arquitectura sistémica de seguridad social de ambos países, genera una situación de desigualdad, con encargos mayores al sistema brasileño en ciertas situaciones, teniendo en cuenta lo previsto en sede de precedentes judiciales y las garantías constitucionales para los asegurados que viven en Brasil y solicitan en ese país el acceso al beneficio programado por vejez. La hipótesis se confirmó.

En el primer apartado se describió los criterios de acceso a la pensión anticipada para personas con discapacidad en Brasil y en Portugal. Se constató que ambos países ratificaron la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad (CIDPD) el 2009. No obstante, Brasil hizo adecuaciones a la legislación con respecto al nuevo concepto de discapacidad previsto en la CIDPD creando la pensión anticipada para PcD el 2013 y modificando la normativa de seguridad social para incluir el nuevo concepto más moderno y acorde con las expectativas de los derechos humanos para las personas con discapacidad. Portugal, por otro lado, solamente el año 2022 creó la pensión anticipada para PcD, regulándola el 2023. No obstante, la regulación hace remisión a la Tabla Nacional de Incapacidades para verificar la condición de PcD, exigiendo un grado de incapacidad para el trabajo de 80% para el acceso a la pensión anticipada por vejez.

En el segundo apartado, se constataron dos problemas sustanciales en el acceso a la pensión anticipada para PcD por medio del acuerdo bilateral entre Brasil y Portugal: primero las modalidades distintas de acceso en Brasil (vejez y tiempo de cotización), que no están previstas totalmente en Portugal (solamente vejez) con edades, además, diferentes (sin edad mínima en la modalidad tiempo de cotización en Brasil y 60 años, hombres y 55 años, mujeres en Brasil, contra 60 años, hombres y mujeres en Portugal). La posibilidad de acceso a una pensión anticipada en Brasil puede generar tiempos de espera con la totalización de periodos de seguro debido a estas edades diferenciadas. Para solucionar el problema, los tribunales federales deben seguir el Precedente n. 262 que obliga a Brasil completar el piso del beneficio hasta un sueldo mínimo si la suma de la prestación prorrata de Brasil con la de Portugal no alcanzare este monto, o si el asegurado residente en Brasil aún no completare los requisitos de acceso al beneficio en Portugal. Segundo, está el criterio de verificación de la discapacidad que en Brasil es más flexible, incluso teniendo en cuenta la posibilidad de acceso al beneficio por edad independiente del grado de discapacidad, a ser verificado conforme el IFBr-A, que considera los criterios de la CIF en un análisis biopsicosocial. Por otro lado, Portugal remite a la Tabla Nacional de Incapacidades, exigiendo el 80% de grado de incapacidad para el trabajo como requisito

de acceso al beneficio programado anticipado para PcD. Con estos criterios, es fácil visualizar que una persona puede ser considerada PcD en Brasil y no ser considerada PcD para fines de acceso a la pensión por vejez anticipada en Portugal, debiendo el país americano soportar los costos de espera hasta la edad para acceso a la pensión por vejez común en el país ibérico.

Sabemos que la convergencia o armonización de las normas de seguridad social son muy difíciles teniendo en cuenta los aspectos económicos, sociales, culturales, políticos e ideológicos en el trasfondo de la arquitectura sistémica, siendo una rama que es parte del Derecho Público, con todas las dificultades que esto conlleva. De ser así, aunque existan las dificultades presentadas, es imprescindible que los países puedan encontrar una forma de proteger los derechos de las personas con discapacidad que tienen como derecho humano garantizado su nivel de subsistencia en los diseños de protección social.

5. BIBLIOGRAFÍA

Blanpain, R., Arellano Ortiz, P., & Vonk, G. (2013). *Social Security Law and Migrant Workers. Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms* (1a ed.). Wolters Kluwer.

CEPAL. (2020). *Agenda Regional de Desarrollo Social Inclusivo* (Tercera Reunión de la Conferencia Regional sobre Desarrollo Social de América Latina y el Caribe). https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/3a9044dd-759a-43ca-a793-fb0df5ef0e28/content

Costa, J. R. C. (2022). *Perícia biopsicossocial* (3a). Alteridade Editora.

David, R., & Jauffret-Spinosi, C. (2017). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos: traducción de Jorge Sánchez Cordero* (11a). UNAM.

De Vergottini, G. (2022). *Diritto Costituzionale Comparato* (11a). Wolters Kluwer.

Gadamer, H.-G. (2022). *Verdade e método I traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica* (15a). Editora Vozes.

Heidegger, M. (2005). *Ser e Tempo: Traduzido por Márcia Sá Cavalcante Schuback - Parte I* (14a ed.). Vozes.

Instituto de Segurança Social. (2008). *Tabela Nacional de Incapacidades (TNI)*. https://ordemdosmedicos.pt/wp-content/uploads/2017/09/tabela_nacional_incapacidades.pdf

Mendizábal Bermúdez, G. (2022). Hacia la construcción de un derecho social comparado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, *54*(162). https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2021.162.17073

Morineau, M. (2006). Evolución de la familia romano-canónica. En N. G. (coord.) Martín (Ed.), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, Tomo I: Derecho romano. Historia del derecho* (pp. 17-44).

OIT. (2019). *Unidos para alcanzar el ODS 1.3 y lograr la protección social universal en el marco del futuro del trabajo* (Semana Mundial de la Protección Social). https://www.social-protection.ºrg/gimi/Media.action;jsessionid=l8uOGXxRXV-sVv2ihnnDoudUxavO_766S3Y62vwbbI0nbQ5SIp1w!-1857443667?id=16994

OMS. (2001). *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*. Grafo. https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/43360/9241545445_spa.pdf

Rubio-Rodríguez, G. A., Rodríguez Barrero, M. S., & Moreno Espinosa, M. L. (2018). Inserción social de desmovilizados: Una percepción de la sociedad colombiana. *Revista de Ciencias Sociales*, *XXIV*(4), 57-67. https://www.redalyc.org/journal/280/28059581005/28059581005.pdf

Voirin, M. (1992). Procesos de integración y seguridad social: La experiencia europea. En J. N. Robles & J. M. Barragán (Eds.), *La Seguridad Social y el País Moderno* (pp. 433-450). Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS); Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE); Fondo de Cultura Económica (FCE).

Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La desjudicialización como estrategia necesaria para garantizar la sostenibilidad del sistema brasileño de protección social

Dejudicialization as a necessary strategy to guarantee the sustainability of the brazilian social protection system

Adriane Bramante de Castro Ladenthin[1] *Abogado*

Cita Sugerida: BRAMANTE DE CASTRO LADENTHIN, A.: «La desjudicialización como estrategia necesaria para garantizar la sostenibilidad del sistema brasileño de protección social». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 395-411.

Resumen

Este artículo examina los problemas críticos que enfrenta el sistema de protección social brasileño, con énfasis en la excesiva judicialización de las demandas de la ciudadanía sobre previsión y asistencia sociales. La judicialización, muchas veces resultante de la ineficiencia de la máquina administrativa, genera un ciclo de ineficiencias que compromete la sostenibilidad del sistema de protección social. El análisis destaca la importancia de la desjudicialización como estrategia necesaria para reducir la sobrecarga del Poder Judicial y mejorar la eficiencia de los procesos administrativos. La investigación también enfatiza la necesidad de realizar inversiones significativas en tecnología e inteligencia artificial para modernizar la administración pública y garantizar una resolución de conflictos más eficaz y transparente. Al adoptar métodos alternativos de resolución de conflictos, debemos alinear las regulaciones internas con precedentes calificados y fortalecer la administración pública, así el sistema de protección social brasileño podrá cumplir mejor su papel de promover la igualdad, reducir las desigualdades sociales y proteger los derechos de los ciudadanos sin depender excesivamente del poder judicial. La discusión concluye que, si bien el acceso a la justicia es un derecho fundamental, la desjudicialización sirve como un enfoque complementario para mejorar este derecho, asegurando un sistema más eficiente, equitativo y sostenible.

Palabras clave

Desjudicialización; Judicialización; Sistema de Protección Social; Ineficacia Administrativa; Seguridad social; Sostenibilidad

Abstract

This article examines the critical issues facing the Brazilian social protection system, particularly the excessive judicialization of social security and welfare matters. Judicialization, often resulting from the inefficiency of the administrative machinery, leads to a cycle of inefficiencies that undermine the sustainability of the social protection system. The analysis highlights the importance of dejudicialization as a necessary strategy to reduce the burden on the judiciary and improve the efficiency of administrative processes. The article also emphasizes the need for significant investments in technology and artificial intelligence to modernize public administration and ensure more effective and transparent conflict resolution. By adopting alternative dispute resolution methods, aligning internal regulations with qualified precedents, and strengthening public administration, the Brazilian social protection system can better fulfill its role in promoting equality, reducing social inequalities, and protecting citizens' rights without over-relying on the judiciary. The discussion concludes that while access to justice is a fundamental right, dejudicialization serves as a complementary approach to enhancing

Keywords

Dejudicialization; Judicialization; Social Protection System; Administrative Inefficiency; Social Security; Sustainability

[1] Abogado, egresado de la Facultad de Derecho de São Bernardo do Campo en 1993. Magíster y Doctorado por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo. Postdoctorado en la Universidad de Coimbra. Cofundador e inmortalizado por la Academia de Letras de Derecho de la Seguridad Social. Expresidente del Instituto Brasileño de Derecho de la Seguridad Social en las administraciones 2018/2020 y 2021/2023. Presidente de la Comisión Especial de Derecho de la Seguridad Social de la OAB/SP. Jurista. Autor de varios libros sobre Derecho de la Seguridad Social. Coordinador y profesor de posgrado en Derecho de la Seguridad Social. Directora y CEO de Adriane Bramante, Sociedade de Advogados.

1. INTRODUCCIÓN

El sistema de protección social brasileño es uno de los pilares fundamentales para garantizar derechos y promover la ciudadanía en el país. Este sistema abarca una amplia red de políticas y programas, como la Seguridad Social, el Sistema Único de Salud (SUS) y las iniciativas de asistencia social (Art. 194 de la CF/88), que tienen como objetivo garantizar la dignidad y la calidad de vida de la población, especialmente los más vulnerables.

Sin embargo, a lo largo de los años, el sistema ha enfrentado varios desafíos, tanto en términos de sostenibilidad financiera como de eficiencia operativa. Entre los factores que contribuyen a estas dificultades se destaca la judicialización de las políticas públicas, que se da cuando temas que deberían resolverse en el nivel administrativo terminan siendo llevados al Poder Judicial. Esta práctica se ha vuelto cada vez más común en Brasil, lo que refleja tanto la ineficacia de algunas políticas públicas como la falta de confianza de la población en los mecanismos administrativos.

La creciente judicialización de las demandas sociales y de seguridad social impone una sobrecarga al sistema judicial y a los cofres públicos, lo que resulta en un ciclo de ineficiencias que compromete la sostenibilidad del sistema de protección social. En lugar de resolver los problemas subyacentes, la judicialización a menudo prolonga los procesos y aumenta los costos, perjudicando tanto la satisfacción inmediata de las necesidades de la población como la viabilidad a largo plazo de las políticas sociales.

En este contexto, la desjudicialización emerge como una estrategia crucial para revertir este escenario. Al proponer soluciones extrajudiciales a conflictos relacionados con políticas públicas, la desjudicialización busca reducir la dependencia del sistema judicial y promover una resolución más eficiente de las demandas sociales. Por lo tanto, se presenta como un enfoque necesario para garantizar que el sistema de protección social brasileño pueda continuar cumpliendo su papel sin comprometer su sostenibilidad.

Datos del Consejo Nacional de Justicia[2] indican que entre 2015 y 2019 hubo un aumento del 140% en el número de acciones referidas a prestaciones de seguridad o asistencia social, mucho mayor que el aumento en el número de procesos administrativos en el INSS.

Según el Boletín Estadístico de la Seguridad Social n. 29[3], referido al mes de febrero de 2024, el porcentaje de judicialización de las prestaciones por invalidez y jubilación especial supera el 70%, como se muestra en el siguiente cuadro:

[2] Brasil. Conselho Nacional de Justiça. CNJ. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/acoes-previdenciarias-aumentam-com-decisoes-divergentes-do-inss-e-da-justica/, acesso em 25 ago 2024.

[3] Ministério da Previdência Social. BEPS. Boletim Estatístico da Previdência Social Volume n. 29, n. 02, de Fevereiro/2024. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/arquivos/beps022024_final-1.pdf, acesso em 24 ago 2024.



Boletim Estatístico da Previdência Social - Vol. 29 Nº 02 fevereiro/2024

12 BENEFÍCIOS CONCEDIDOS POR ORIGEM DE DECISÃO E CLIENTELA, SEGUNDO PRINCIPAIS ESPÉCIES DE BENEFÍCIOS DO RGPS

Código	Espécies de Benefício	Total			Decisão do Despacho de Concessão						Grau de Judicialização (em %)		
					Administrativa		Judicial		Outras				
		Geral	Urbana	Rural	Urbana	Rural	Urbana	Rural	Urbana	Rural	Geral	Urbana	Rural
41	Aposentadoria por idade	74.436	40.776	33.660	40.052	20.295	2.568	9.813	1.156	550	16,6	5,9	32,0
42	Aposentadoria por tempo de contribuição	17.567	17.534	113	8.578	63	8.380	28	3.876	22	30,1	30,2	24,8
46	Aposentadoria especial	1.653	1.653	–	15	–	996	–	52	–	60,7	60,7	–
57	Apos. por tempo de contribuição de professor	661	661	–	413	–	126	–	22	–	22,3	22,3	–
32	Aposentadoria por invalidez previdenciária	9.451	6.034	1.457	2.317	284	5.498	1.172	19	1	72,4	70,9	80,4
92	Aposentadoria por invalidez Acidentária	348	325	23	86	5	239	18	–	–	73,9	73,5	78,3
21	Pensão por morte previdenciária	33.693	23.162	10.531	20.273	8.254	2.452	2.114	457	163	15,5	10,5	20,1
31	Auxílio-doença previdenciário	246.226	223.627	22.599	68.542	6.545	11.424	2.579	143.461	13.496	5,8	6,2	11,4
91	Auxílio-doença Acidentário	14.078	13.773	305	13.291	283	377	18	100	4	2,8	2,7	5,9
36	Auxílio Acidente	2.212	2.031	181	417	62	1.411	119	3	–	79,2	79,3	65,7
94	Auxílio-acidente Acidentário	2.697	2.623	74	269	17	2.330	56	4	1	88,5	88,8	75,7
25	Auxílio-reclusão	648	604	45	231	26	257	19	18	–	50,3	51,5	42,2
80	Salário-maternidade	59.858	30.858	29.150	28.215	14.713	268	10.348	1.375	186	18,8	8,9	45,7
	Outras espécies	61.618	61.316	2	47.888	–	13.188	–	160	2	21,8	21,8	–
	Total	526.316	429.181	97.134	231.387	58.550	47.694	26.164	150.730	14.456	14,1	11,8	26,7

FONTES: INSS, Tabs e Sinbas web

(1) As outras decisões de despacho de concessão são Concessão Normal, Concessão c/Justificação Administrativa, Concessão com Diligências (Rti ou Sjd), Concessão em Fase Recursal, Concessão Decorrente de Acao Judicial, Conc. Decorrente Revisao Administrativa, Conc. com Base no Artigo 180 do Regs, Conc. Base Artigo 27 Inciso II do Regs, Concessao com Conversao Tempo de Servico, Conc. com Base no Artigo 180 do Regs, Conc. com Base Artigo 80 da Lei 8213/91 e Conc. s/Verificacao da Perda

(2) As outras espécies concedidas são aquelas do RGPS com baixa frequência de concessões, as de natureza assistencial e os benefícios de legislação específica. Dentre as principais espécies estão: Pensão c/Ratea/Dependentes Semiguais, Pensão por Morte Acidente do Trabalho, Pensão Vitalícia Semiguais, Pensão por Morte de Ex-Combatente, Pensao Especial Hansenianos Lei 11520/07, Auxílio Suplementar Acidente Trabalho, Aposentadoria por Invalidez Trab. Rural, Pensão por Morte de Trabalhador Rural e Pensão

Este resultado se repite cada mes.

¿Pero cuál sería el motivo de tanta judicialización? ¿Por qué es tan difícil que el beneficio se otorgue por la vía administrativa?

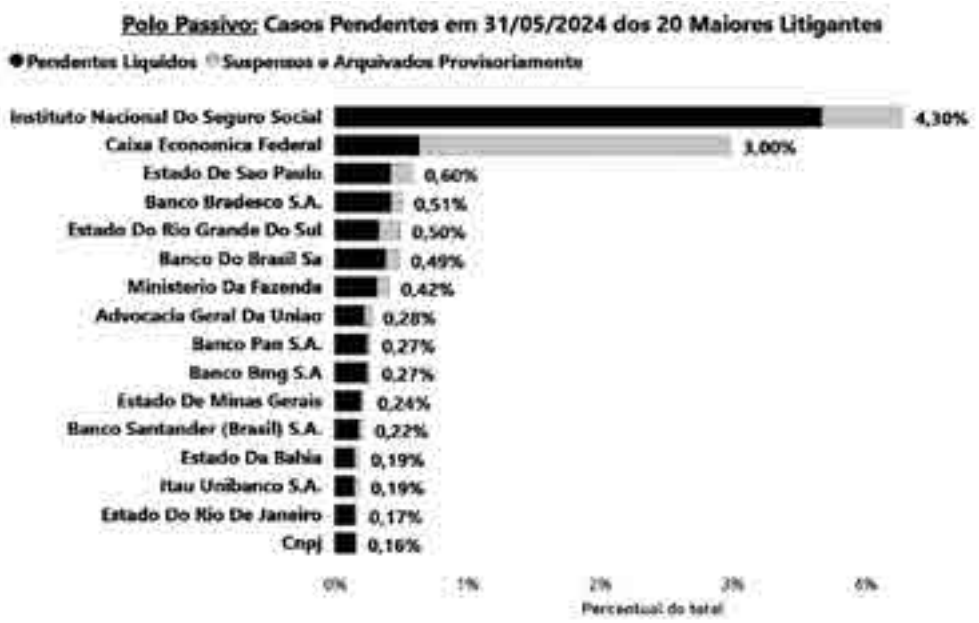
La excesiva judicialización no es saludable para el país, cuyo gasto es tres veces mayor que un proceso administrativo.

Brum Vaz observa que no hay otro país en el mundo donde haya mayor judicialización que Brasil. Según él, somos campeones con diferencia. *Este conflicto genera una invencible plétora de causas para juicio, comprometiendo la estructura del Poder Judicial, que no recibe un aumento en la misma medida*[4].

No es novedad que el INSS lidere el ranking de mayores litigantes en la Justicia Federal, según el Consejo Nacional de Justicia[5]:

4 Brum Vaz. Paulo Afonso. Judicialização dos Direitos da Seguridade Social. Curitiba: Alteridade, págs. 201 e 202.

5 Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números. Disponível em: https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-litigantes/, acesso em 24 ago 2024.



La ineficiencia de la máquina administrativa brasileña es uno de los factores más críticos que conducen a la excesiva judicialización de las políticas públicas. El sistema administrativo, que debería ser capaz de implementar y gestionar políticas sociales de manera efectiva, a menudo resulta incapaz de satisfacer las demandas de la población de manera oportuna y adecuada. Esta ineficiencia se manifiesta de varias maneras: desde el exceso de burocracia y la falta de recursos hasta una mala gestión y la falta de claridad en los procedimientos administrativos.

En muchos casos, la población, al encontrar barreras y retrasos en el acceso a sus derechos por la vía administrativa, recurre al Poder Judicial como última alternativa para resolver sus problemas. Este fenómeno es particularmente evidente en temas relacionados con la salud, la previsión y la asistencia sociales, en los que los ciudadanos, ante negativas, demoras excesivas u omisiones por parte de los organismos públicos, buscan una solución a sus demandas en los tribunales.

Esta creciente dependencia del Poder Judicial para resolver temas que deberían tratarse a nivel administrativo no sólo sobrecarga el sistema judicial, sino que también genera un círculo vicioso de ineficiencia. El tiempo y los recursos que podrían invertirse en mejorar los procesos administrativos terminan destinándose a litigios, lo que, a su vez, perpetúa las fallas y debilita aún más la capacidad del sistema de protección social para cumplir su función.

Además, la intensa judicialización contribuye a la desigualdad en el acceso a la justicia, ya que no todos los ciudadanos tienen los mismos recursos o conocimientos para buscar garantía judicial de sus derechos. Esto refuerza un escenario de exclusión, donde sólo quienes tienen mayor capacidad de acceder al Poder Judicial pueden obtener soluciones, mientras otros permanecen al margen, sin que sus necesidades sean cubiertas.

Ante este escenario, se hace evidente que la desjudicialización es no sólo una estrategia necesaria, sino también urgente para revertir la crisis de eficiencia que afecta la máquina administrativa y, en consecuencia, el sistema de protección social brasileño. Es imperativo que las soluciones

estén diseñadas no sólo para aliviar al Poder Judicial, sino también para fortalecer la capacidad administrativa para responder a las demandas sociales de manera efectiva, reduciendo así la necesidad de intervención judicial.

2. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL SISTEMA BRASILEÑO DE PROTECCIÓN SOCIAL

El sistema de protección social en Brasil, que se denomina Seguridad Social, es un conjunto de políticas, programas y servicios públicos diseñados para garantizar el bienestar de la población, de los trabajadores y especialmente de aquellos en situación de vulnerabilidad social. Pretende garantizar los derechos fundamentales con el trípode: Salud, Previsión Social y Asistencia Social, promoviendo la igualdad y la inclusión.

El principio básico del Orden Social de la Seguridad Social es garantizar el bienestar y la justicia social sobre la base de la primacía del trabajo.

La Enmienda Constitucional n. 108/2020 también estableció que *el Estado ejercerá la función de planificar las políticas sociales, asegurando, de conformidad con la ley, la participación de la sociedad en los procesos de formulación, seguimiento, control y evaluación de estas políticas*.

Los principios constitucionales que organizan la Seguridad Social están establecidos en el artículo 194 de la Carta Magna, cuyos objetivos establecen:

I - universalidad de cobertura y servicio;

II - uniformidad y equivalencia de prestaciones y servicios para las poblaciones urbanas y rurales;

III - selectividad y distributividad en la prestación de beneficios y servicios;

IV - irreductibilidad del valor de las prestaciones;

V - patrimonio en forma de participación en el costo;

VI - diversidad de la base de financiamiento, identificando, en partidas contables específicas para cada área, los ingresos y gastos vinculados a las acciones de salud, previsión social y asistencia social, preservando el carácter contributivo de la seguridad social;

VII - carácter democrático y descentralizado de la administración, mediante gestión cuatripartita, con participación de los trabajadores, empleadores, jubilados y el Gobierno en órganos colegiados.

La Seguridad Social es financiada por la sociedad en su conjunto, directa e indirectamente a través de recursos de los presupuestos de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, y de otras contribuciones sociales diversas.

La Seguridad Social brasileña se estructura en tres regímenes distintos: el Régimen General (Art. 201 CF/88); los Regímenes Propios (Art. 40 CF/88); y el Régimen Complementario (Art. 202 CF/88).

El Régimen General está dirigido a los trabajadores del sector privado, mientras que los Regímenes Propios se ocupan de los funcionarios públicos permanentes de la Unión, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal. Ambas son de afiliación obligatoria y de carácter contributivo, debiendo observar criterios que preserven el equilibrio financiero y actuarial. Son responsables de garantizar los ingresos de los trabajadores/servidores públicos en situaciones de riesgo social, tales como: incapacidad temporal o permanente, muerte, desempleo, exposición a agentes nocivos, invalidez, actividad riesgosa, maternidad, prisión y vejez, cada una con sus características propias. peculiaridades y especificidades.

También existe el régimen complementario, de carácter voluntario y contractual, basada en la constitución de reservas que garantizan la prestación contratada, y regulada por ley complementaria.

La Asistencia Social es una política pública dirigida a proteger a las personas en situación de pobreza o vulnerabilidad social, sin necesidad de cotización previa, garantizando a los asistidos (personas con discapacidad y adultos mayores de 65 años) un Beneficio de Prestación Continuada equivalente a un salario mínimo.

Igualmente existen varios Programas Sociales, entre ellos Bolsa Familia (reemplazado por el Auxilio Brasil), que ofrece apoyo financiero y servicios de protección social básica y especial a personas que acreditan bajos ingresos a través de un registro llamado CADÚnico.

Según el Portal de Transparencia, más de 40 millones de personas se benefician actualmente de la Seguridad Social y Asistencia Social, como se muestra en el siguiente cuadro[6]:

Grandes números do INSS

Valor bruto da folha maio/2024

	Benefícios do RGPS	Benefícios Assistenciais e de Legislação Especial	Total
Benefícios Pagos (Quant.)	33.962.590	6.126.395	40.088.985
Valor Bruto (R$)	R$ 68,26 bi	R$ 8,66 bi	R$ 76,92 bi

Contribuintes RGPS*	58,5 milhões

El gasto para pagar el beneficio a este número de protegidos supera los 77 mil millones de reales, considerando que hay 58,5 millones de cotizantes al Régimen General de Seguridad Social.

En cuanto a la Salud, Brasil cuenta con un sistema público universal y gratuito para todos los ciudadanos a través del SUS - Sistema Único de Salud, que abarca desde cuidados básicos, como consultas y exámenes, hasta servicios de alta complejidad, incluyendo cirugías y tratamientos especializados. Está financiado por impuestos y administrado por el gobierno federal, los estados y los municipios.

Como hemos visto, Brasil tiene un sistema de protección social que funciona como una red de seguridad social, con el objetivo de reducir las desigualdades sociales y garantizar que todos los

[6] Ministério da Previdência Social. Portal da Transparência. Dados de 05/2024, publicados em Junho/2024. Disponível em: https://www.gov.br/inss/pt-br/portal-de-transparencia, acesso em 25 ago 2024.

ciudadanos tengan acceso a una vida digna. Se sustenta en una combinación de recursos públicos, incluidos impuestos y contribuciones de trabajadores y empleadores, y es administrado por el gobierno en diferentes niveles (federal, estatal y municipal).

El principal objetivo de este sistema es garantizar la protección social de todos los brasileños, especialmente en momentos de mayor vulnerabilidad, como vejez, enfermedad, desempleo o situaciones de extrema pobreza. Además, busca promover la inclusión social, asegurando que incluso los ciudadanos más vulnerables tengan acceso a servicios básicos y seguridad económica.

Aunque integral, enfrenta varios desafíos, como la sobrecarga de servicios, recursos financieros insuficientes e ineficiencia administrativa, lo que a menudo resulta en retrasos en el servicio y el otorgamiento de beneficios. Estos problemas se ven incrementados por la judicialización, donde el acceso a los derechos termina siendo buscado a través del Poder Judicial, sobrecargando tanto el sistema administrativo como el judicial.

3. JUDICIALIZACIÓNY EL DERECHO FUNDAMENTAL AL ACCESO A LA JUSTICIA

El acceso a la justicia fue democratizado después de la promulgación de la Constitución Federal brasileña en 1988, al incluirla en la lista de derechos fundamentales y reconocidos como instrumentos internacionales de derechos humanos:

> *Art. 5 Todos son iguales ante la ley, sin distinción de ninguna especie, garantizando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes (...)*
>
> *XXXV - la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial la lesión o amenaza a derechos;*

Considerado como principio de tutela judicial o de irrenunciabilidad del control judicial, asegura la garantía de los derechos subjetivos. Consiste en el derecho a evocar la actividad jurisdiccional siempre que un derecho, individual o no, haya sido vulnerado o simplemente amenazado.

Este derecho es fundamental para el mantenimiento del Estado Democrático de Derecho, pues es a través de él que los ciudadanos pueden exigir el cumplimiento de las normas legales y la indemnización por los daños sufridos. Como bien destacó el profesor Boaventura de Sousa Santos:

> ...ciudadanos que han tomado conciencia de que los procesos de cambio constitucional les han otorgado derechos significativos y que, por lo tanto, ven la ley y los tribunales como un instrumento importante para hacer valer sus derechos y sus justas aspiraciones de ser incluidos en el contrato social.[7] *(traducción libre)*

Esta disposición constitucional refuerza la idea de que ningún derecho puede ser vulnerado sin posibilidad de intervención judicial. Se debe respetar el derecho a la defensa plena y al proceso contradictorio, el derecho de petición, el acceso a asistencia jurídica gratuita y el debido proceso legal.

Para Brum Vaz, el derecho social reclamado por *la judicialización es objeto de política pública que es establecida por los órganos políticos competentes, con la definición de criterios de*

[7] SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma Revolução Democrática da Justiça. 3ª. Ed. São Paulo: Cortez, pág. 35.

elegibilidad para los beneficios sociales estatales y el bien jurídico es, en teoría, puesto a disposición de los titulares del derecho. derecho subjetivado que cumple con los requisitos legales [8].

En palabras del Juez Federal Savaris, debe haber agilidad y eficacia en el ejercicio de la actividad jurisdiccional:

> *El derecho de acceso, por derivar del debido proceso legal, implica exigencias de justicia accesible a quienes la necesitan, ágil en la protección de derechos individuales o difusos, y eficaz para hacer realidad, a nivel de hechos, las composiciones que resultan de actividad jurisdiccional. Existe, en efecto, la promesa y el deber estatal de celeridad en los procesos administrativos y judiciales, que se desprende claramente de la norma contenida en el artículo 5. LXXVIII, de la Constitución Federal. ("todas las personas, en el ámbito judicial y administrativo, tienen asegurada una duración razonable del proceso y los medios que garanticen la celeridad de su tramitación")*[9].

Ahora bien, pero si el acceso a la justicia es un derecho social fundamental, basado en normas de derechos humanos, ¿por qué vamos a defender la desjudicialización?

La desjudicialización no significa impedir el acceso a la justicia, sino más bien promover formas alternativas de resolución de conflictos que puedan ser más rápidas, menos burocráticas y más accesibles para las partes involucradas. El objetivo es evitar que cuestiones que pueden resolverse eficientemente fuera del Poder Judicial acaben sobrecargando los tribunales y perjudicando la celeridad de la justicia.

Al proporcionar mecanismos extrajudiciales eficaces, como la mediación, el arbitraje y la conciliación, la desjudicialización amplía las formas de acceso a la justicia, permitiendo a los ciudadanos resolver sus conflictos más rápidamente y a un menor costo. Esto, en última instancia, mejora el funcionamiento del sistema judicial, reservándolo para casos en los que la intervención judicial es realmente necesaria.

4. LAS RAZONES DE LA EXCESIVA JUDICIALIZACIÓN EN BRASIL EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

La judicialización se refiere al fenómeno en el que cuestiones o conflictos, que podrían o deberían resolverse mediante decisiones administrativas o políticas, terminan siendo llevados al Poder Judicial para su resolución. En Brasil, la judicialización se ha convertido en un elemento cada vez más presente en varios sectores, reflejando tanto brechas en el funcionamiento de las instituciones públicas como la búsqueda de la población de garantías legales para sus derechos.

Según datos del Tribunal de Cuentas Federal, el coste operativo de la judicialización excesiva de los conflictos sobre las prestaciones concedidas por el INSS se estimó en 4,7 mil millones, lo que corresponde al 24% del número total de organismos involucrados. Las inspecciones identificaron como principales causas de este resultado las siguientes:

a) *incentivos procesales para el litigio;*

[8] BRUM VAZ. Paulo Afonso. Judicialização dos Direitos da Seguridade Social. Curitiba: Alteridade, pág. 181. (traducción libre)

[9] SAVARIS. José Antonio. A Judicialização das Políticas Públicas de Proteção Social in Direito Processual Previdenciário, Curitiba: Alteridade, pág. 51. (Traducción libre)

b) *demora en el proceso administrativo;*

c) *divergencia de entendimiento entre el Poder Judicial y el INSS;*

d) *defensa inadecuada de la Unión;*

e) *problemas y lagunas en la legislación;*

f) *error del INSS en el análisis administrativo de la prestación; y*

g) *falta de integración entre los sistemas de información del INSS, el Consejo de Apelaciones de la Seguridad Social (CRPS) y los órganos del Poder Judicial*.

El monto gastado por el INSS en gastos de defensa de procesos judiciales, en investigaciones realizadas a través de la Ley de Acceso e Información, entre 2016 y 2021 es bastante significativo, como se puede observar en la siguiente tabla[10]

Gestão	2016	2017	2018	2019	2020	2021
57202 - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL	32.547.375,11	29.926.240,92	31.124.390,00	34.521.580,29	25.507.323,69	22.501.322,85

La ineficiencia administrativa es una de las principales causas de la excesiva judicialización en Brasil. Esta ineficiencia se manifiesta de varias maneras, dañando el funcionamiento del sistema de protección social y comprometiendo la confianza de la población en los servicios públicos. Tres aspectos particularmente críticos son el servicio al cliente, la calidad de la información proporcionada y la adecuada conducción de los procesos administrativos.

La atención al ciudadano, que debería ser el punto de partida para resolver problemas y garantizar derechos, suele estar marcada por la lentitud, la falta de preparación de los empleados y el exceso de burocracia. Los ciudadanos a menudo se enfrentan a largas colas virtuales, procesos que consumen mucho tiempo y un servicio despersonalizado que no satisface sus necesidades inmediatas. Esta ineficiencia no sólo causa frustración, sino que empuja a muchos ciudadanos a buscar soluciones en el Poder Judicial, creyendo que es la única manera de obtener una respuesta adecuada a sus demandas.

Otro punto crítico es la calidad de la información proporcionada por la administración pública. Los ciudadanos suelen recibir orientaciones contradictorias o incompletas, lo que genera confusión e incertidumbre sobre cómo proceder para garantizar sus derechos. La falta de claridad y precisión en la comunicación entre los organismos públicos y la población contribuye a un ambiente de desconfianza e insatisfacción. Cuando los ciudadanos no pueden obtener la información necesaria para resolver sus problemas a través de los canales administrativos, la judicialización se convierte en una alternativa casi inevitable.

La conducción de los procesos administrativos también adolece de problemas estructurales, como la falta de estandarización, la ineficiencia en el procesamiento de documentos y la falta de un seguimiento efectivo de los casos. Estas fallas en la gestión y tramitación de casos provocan

[10] Datos obtenidos mediante investigación con el Ministerio de Seguridad Social, por la Coordinación General de Presupuestos, Finanzas y Contabilidad, cuyo número de protocolo es 03005.174147/2021-16, con respuesta el 10/09/2021.

importantes retrasos en la concesión de beneficios y en la resolución de problemas, obligando a los ciudadanos a recurrir al Poder Judicial como forma de presionar para encontrar una solución. Además, la falta de transparencia en los procedimientos administrativos refuerza la percepción de ineficacia y falta de compromiso de las autoridades para resolver las demandas sociales.

La complejidad de las normas y la dificultad para acceder a información de calidad generan desconfianza en el sistema e inestabilidad emocional. El Consejo de Recursos, que es el órgano administrativo de apelación, es bastante eficiente. Sin embargo, sobrecargados de casos y sin suficientes consejeros, se necesitan una media de dos años para completar un proceso administrativo en vía de recurso.

Estos aspectos de la ineficiencia administrativa dan como resultado un círculo vicioso: cuanto más ineficiente es el sistema administrativo, más personas recurren al poder judicial; y cuanto más crece la judicialización, más se sobrecarga el sistema, agravando aún más las fallas administrativas. Este ciclo compromete la sostenibilidad del sistema de protección social, generando costos adicionales y reduciendo la efectividad de las políticas públicas.

4.1. Falta de adecuación de precedentes cualificados a la normativa administrativa interna

La falta de adecuación de precedentes calificados a las normas administrativas internas es una cuestión central que contribuye a la ineficiencia del sistema de protección social y al aumento de la judicialización en Brasil. Los precedentes calificados, es decir, decisiones judiciales vinculantes o de gran relevancia, deben servir de referencia a la administración pública a la hora de tomar decisiones en casos similares. Sin embargo, la falta de integración de estos precedentes en las normas administrativas internas a menudo resulta en un desajuste entre las prácticas administrativas y las directrices jurisprudenciales, generando inseguridad jurídica y fomentando el recurso al poder judicial.

Los precedentes calificados son decisiones judiciales que, por su relevancia o por la autoridad del órgano que las dicta (como los tribunales superiores), tienen la capacidad de orientar la interpretación y aplicación de la ley en casos futuros. En Brasil, el uso de precedentes ha ganado protagonismo con la adopción de mecanismos como la repercusión general en el Supremo Tribunal Federal (STF) y los recursos repetitivos en el Superior Tribunal de Justicia (STJ), que buscan uniformar la jurisprudencia y reducir el número de controversias sobre cuestiones idénticas.

Estos precedentes, cuando se incorporan adecuadamente a las prácticas administrativas, pueden servir para alinear las decisiones de los organismos públicos con los lineamientos establecidos por el Poder Judicial, evitando interpretaciones contradictorias y, en consecuencia, la judicialización innecesaria de demandas que podrían resolverse administrativamente.

Es interesante señalar que el Reglamento Interno del Consejo de Recursos de la Previsión Social (CRPS) (Ordenanza MPS nº 4061/2022) adoptó este procedimiento, al establecer, en su artículo 54, §2º[11] que, los Consejeros están autorizados a juzgar recursos con base en los Precedentes Calificados del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia.

[11] Portaria 4.061/22, Art. 54, § 2º Observado o parágrafo anterior, poderão ser aplicadas às decisões do CRPS as interpretações oriundas do Superior Tribunal de Justiça - STJ: I - nos recursos especiais repetitivos, com trânsito em julgado, desde que as decisões não sejam objeto de Recurso Extraordinário, mesmo que supervenientes, e nem estejam suspensas pelo STF; II - nos incidentes de assunção de competência (IAC) e incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR), desde que as decisões não sejam objeto de Recurso Extraordinário, mesmo que supervenientes, e nem estejam suspensas pelo STF; e III - nas súmulas em matéria infraconstitucional, desde que não sejam objeto de Recurso Extraordinário, mesmo que supervenientes, e nem estejam suspensas pelo STF.

Pese al avance de normas en el ámbito de la CRPS, no ocurre lo mismo en la normativa administrativa interna, cuya rigidez e inaplicabilidad de estas decisiones jurisprudenciales cualificadas dan lugar a numerosos rechazos que podrían evitarse, retrasando un resultado ya esperado, cuya la demanda esperará años hasta que esté terminado. Esto genera más gastos, que podrían evitarse.

Otro punto que destacar es la existencia de diversas normas internas, ordenanzas, resoluciones, a veces contradictorias, dentro de la propia administración pública, lo que dificulta la estandarización de las prácticas administrativas en línea con los precedentes. Esta fragmentación puede dar lugar a decisiones divergentes en situaciones similares, lo que empeora la inseguridad jurídica.

4.2. Inversión en Tecnología e Inteligencia Artificial para la modernización y reducción de la judicialización

El avance de la tecnología y la inteligencia artificial (IA) ha brindado nuevas oportunidades para enfrentar desafíos complejos en varias áreas, incluida la gestión pública y el sistema de justicia. En el contexto de la desjudicialización, la inversión en inteligencia artificial y tecnología es crucial para mejorar la eficiencia administrativa y reducir la dependencia del poder judicial para resolver conflictos que podrían resolverse a nivel administrativo.

Durante los últimos diez años, el INSS ha ido adoptando la digitalización de los procesos administrativos y el protocolo a través de la aplicación "Meu.INSS", que permite al asegurado obtener información, simular su jubilación, obtener copias de informes médicos, cartolas de pagos, entre muchos otros servicios.

Sin embargo, a pesar de los innegables avances, hubo una importante exclusión de miles de beneficiarios que ni siquiera tienen acceso a internet o son analfabetos digitales, que poco o nada saben sobre este mundo digital. Lo ideal sería capacitar personas que brinden personalmente información a los asegurados en las agencias del INSS, con el fin de aclararles y enseñarles cómo acceder al sistema, para que se familiaricen con estas nuevas herramientas tecnológicas.

Cabe señalar también que dentro del propio sistema tecnológico de la Seguridad Social existe una incompatibilidad de acceso entre el procedimiento administrativo y el proceso de recurso, dificultando aún más la gestión y conducción de los procesos, lo que provoca excesiva demora y falta de interés por parte de los asegurados por esta vía.

Se implementaron sistemas basados en inteligencia artificial con la robotización del análisis de documentos, triaje de solicitudes y verificación de datos, que permiten realizar estas actividades de forma más rápida y con menor margen de error. Sin duda, la automatización de procesos garantiza una mayor uniformidad en las decisiones administrativas, minimizando la subjetividad. Pero, como dijimos, el asegurado desconoce las reglas y los documentos necesarios requeridos, lo que dificulta completar correctamente su solicitud, presentando su prestación sin las pruebas adecuadas y siendo rechazada a los pocos minutos, generándole insatisfacción y llevando a del Poder Judicial, para resolver su demanda.

Si bien los beneficios de la IA y la tecnología son evidentes, su implementación efectiva requiere importantes inversiones en infraestructura, capacitación del personal y el desarrollo de sistemas personalizados para satisfacer las necesidades específicas de la administración pública brasileña. Más allá, es necesario superar desafíos como la resistencia al cambio, la protección de datos y garantizar que los sistemas tecnológicos sean accesibles para toda la población, incluidos aquellos con menos familiaridad con la tecnología.

Por lo tanto, la inversión en IA y tecnología no es solo una elección, sino una necesidad estratégica para la modernización de la administración pública y la reducción de la judicialización. Al fortalecer la capacidad de los órganos administrativos para resolver problemas de manera efectiva y transparente, será posible crear un entorno en el que los conflictos puedan resolverse antes de que se conviertan en disputas legales, promoviendo la sostenibilidad del sistema de protección social y la confianza de la población en las instituciones públicas de pensiones.

Para maximizar los beneficios de la IA y la tecnología, es fundamental que los diferentes sistemas utilizados por la administración pública estén integrados y sean interoperables. Esto significa que los datos y la información deben poder compartirse entre diferentes agencias y sectores de manera segura y eficiente. La interoperabilidad de los sistemas permite que la información fluya más fácilmente, reduciendo la necesidad de duplicación de procesos y mejorando la coordinación entre las diferentes partes involucradas.

Por ejemplo, la integración de los sistemas de Seguridad Social, Salud y Asistencia Social puede permitir una visión más completa y coordinada de la atención ciudadana, evitando que ellos tengan que recurrir al Poder Judicial para resolver los problemas que surgen por la falta de comunicación entre los diferentes órganos.

En este sentido, un médico que evalúe la incapacidad temporal o permanente del asegurado deberá estar vinculado al Sistema de Salud, con acceso a las consultas, exámenes y prescripciones médicas del beneficiario, cuya conexión de datos permitirá mayor seguridad en la decisión y evitará la judicialización.

Podemos ver en la tabla que añadimos al inicio de este trabajo que las prestaciones que dependen del peritaje médico son las más judicializadas. Es fundamental que la pericia médica federal se modernice y se integre con otros órganos, a fin de permitir una visión amplia del estado de salud del asegurado y de la necesidad de mantenerlo alejado por incapacidad laboral.

Para combatir la judicialización y fortalecer el sistema de protección social, es imperativo que la administración pública invierta en mejoras significativas en la atención al cliente, la calidad de la información y la conducción de los procesos administrativos. Esto incluye la formación continua de los empleados, la simplificación de los trámites burocráticos y la implementación de sistemas de comunicación y gestión de casos más transparentes y eficientes. Con estas mejoras, será posible reducir la necesidad de judicialización, asegurando que los derechos de los ciudadanos estén efectivamente protegidos a nivel administrativo.

5. LA SOSTENIBILIDAD DE LA PROTECCIÓN SOCIAL ESTÁ AMENAZADA

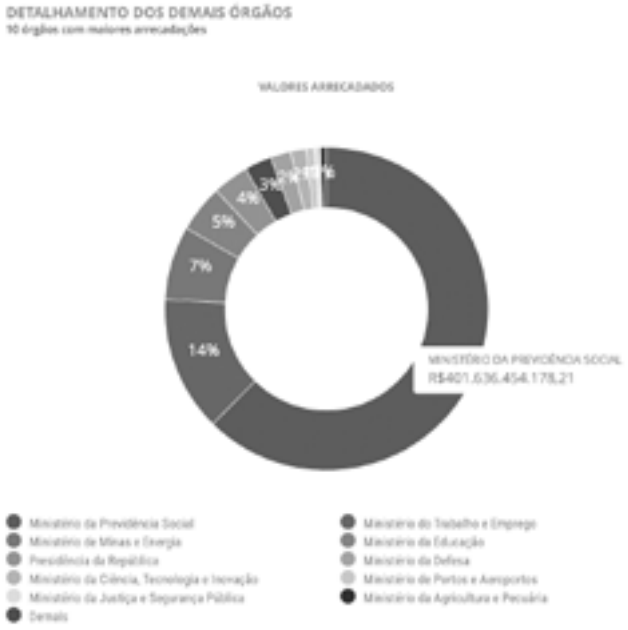
Según el Portal de Transparencia, la Previsión Social básica (General) y los regímenes propios representan el mayor gasto del gobierno federal, con un valor estimado de aproximadamente 624 mil millones de reales.[12]:

[12] Brasil. Portal da Transparência. Despesas da Previdência Social. Disponível em: https://portaldatransparencia.gov.br/despesas, acesso em 25 ago 2024.

Área de atuação (função) do Governo Federal com maior despesa

SUBFUNÇÃO	VALOR	% RELATIVO AO TODO
Previdência básica	R$ 558.740.034.658,99	89,46%
Previdência do regime estatutário	R$ 60.756.776.384,28	9,73%
Administração geral	R$ 3.102.152.483,24	0,50%
Outras transferências	R$ 1.179.033.675,14	0,19%
Outros encargos especiais	R$ 445.845.660,60	0,07%
Outros	R$ 316.246.141,27	0,05%
Total	**R$ 624.540.089.003,52**	**100,00%**

Los ingresos de la Seguridad Social ascienden aproximadamente a R$ 401 mil millones, como se muestra en el siguiente gráfico [13]:



Se puede observar que existe un déficit de aproximadamente R$ 223 mil millones, por lo que es necesario planificar y adoptar políticas públicas que permitan la sostenibilidad del sistema de seguridad social brasileño.

[13] Brasil. Portal da Transparência. Receitas da Previdência Social. Disponível em: https://portaldatransparencia.gov.br/receitas, acesso em 25 ago 2024.

Según datos publicados por el IBGE (Instituto Brasileño de Geografía y Estadística) el 22/08/2024, se estima que la población brasileña debería dejar de crecer en 2041, después de alcanzar su máximo (220.425.299 habitantes), momento en el cual la población del país irá en descenso, hasta alcanzar los 199.228.708 habitantes en 2070[14].

Esto se debe, entre otros factores, a la disminución de la tasa de fecundidad (bajó de 2,32 a 1,57 hijos por mujer); y el aumento de la longevidad (del 8,7% al 15,6%. En 2070, alrededor del 37,8% de los habitantes del país serán ancianos)

Estos datos, obtenidos tras la conclusión del último censo, deben servir como parámetro para la planificación a corto, medio y largo plazo, ya que influyen en la Seguridad Social, cuya población necesitará salud, así como seguridad social o protección asistencial durante más tiempo.

Por ello, es imperativo fortalecer la administración pública, con el mejoramiento de los servicios administrativos, la adecuación de los instructivos normativos a la jurisprudencia establecida por los tribunales superiores, así como invertir en tecnología para automatizar procesos de calidad y mejorar la transparencia.

El monto que actualmente se gasta en acciones legales puede reasignarse a otras prestaciones y servicios, que amplíen la protección social y modernicen la actual máquina administrativa, haciéndola más eficiente y adecuada.

6. MEDIDAS ADOPTADAS POR BRASIL PARA CONTENER LA HIPERJUDICIALIZACIÓN

La excesiva judicialización ya está en el radar del Consejo Nacional de Justicia, que viene parametrizando datos y números, en busca de una solución.

En 2019, el CNJ, junto con el Consejo Federal de Justicia, el Ministerio de Economía, la Fiscalía General de la República, la Defensoría Pública, el INSS, crearon el Comité Nacional para la Desjudicialización de la Seguridad Social, cuyos miembros fueron designados a través del CNJ. Ordenanza n. 127, de 10 de septiembre de 2019, con el fin de establecer estrategias efectivas, a través de un diálogo interinstitucional permanente, con miras a identificar potenciales puntos de conflicto y las causas reales de litigios en materia de seguridad social. El objetivo es adoptar medidas preventivas frente a litigios y fomentar la resolución consensuada de controversias.[15].

Luego de la creación de este comité, se tomaron varias acciones para hacer efectiva la desjudicialización. Entre ellos destacamos la Ordenanza Conjunta n. 04/2024, publicada el 15/04/2024, que crea la DESJUDICIALIZA PREV, que consiste en la cooperación entre el Consejo Nacional de Justicia, los Tribunales y demás órganos del Poder Judicial y la Fiscalía General de la República, con miras a solucionar los conflictos sociales, medidas de seguridad y asistencia en curso en todos los niveles jurisdiccionales sobre los temas enumerados en esta ordenanza conjunta.

En ese sentido, establecieron diez temas, ya consolidados por los Tribunales Superiores, y de los cuales no habrá más recurso por parte del INSS.

[14] Brasil. IBGE. Agência notícias: População do país vai parar de crescer em 2041. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/41056-populacao-do-pais-vai-parar-de-crescer-em-2041, acesso em 25 ago 2024.

[15] CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Estratégia Nacional Integrada para a Desjudicialização da Previdência Social. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Estrategia_Nacional___Desjudicializacao_Previdencia_Social.pdf, acesso em 25 ago 2024.

En complemento, el 01/07/2024, la Ordenanza Normativa AGU/Advocacia Geral da União n. 144/2024, creó el proyecto PACIFICA, con el propósito de posibilitar la adopción, a gran escala, de la solución extrajudicial de conflictos de manera electrónica, mediante el uso intensivo de automatización y recursos tecnológicos.

Estos son los objetivos de PACIFICA, tal como se establecen en el artículo 2. de la citada ordenanza:

I - fortalecer la cultura de resolución consensuada de conflictos;

II - contribuir a reducir los litigios, evitando la interposición de acciones judiciales y los costos resultantes, cuando existen medios más adecuados para resolver los conflictos;

III - consolidar el papel proactivo del Ministerio Público en la gestión de conflictos no resueltos administrativamente en el seno de las entidades representadas;

IV - proporcionar mayor eficiencia en la gestión pública, optimizando los recursos financieros y humanos;

V - reducir la burocracia en la realización de tareas administrativas y en la tramitación de expedientes;

VI - fomentar la cooperación entre los órganos de litigio y los órganos de consultoría del Ministerio Público, con miras a la resolución consensuada de los conflictos;

VII - garantizar el acceso rápido, simplificado y efectivo al justo ordenamiento jurídico;

VIII - promover la pacificación social y el reconocimiento de derechos, garantizando mecanismos más rápidos y menos costosos para la revisión de actos administrativos de órganos, agencias y fundaciones públicas federales;

IX - contribuir al fortalecimiento del pacto federativo, mediante la atribución de eficiencia en la inversión pública.

La implementación de este proyecto aún está en curso, no ha habido ninguna regulación. Sin embargo, se puede ver que existe una preocupación entre autoridades y organismos públicos, no sólo por el tema presupuestario, sino sobre todo por la protección social que llega tarde o ni siquiera se logra, dada la complejidad e ineficiencia de los mecanismos procesales actuales.

Parafraseando a Rui Barbosa, en Oração dos Moços, "La justicia demorada no es justicia; pero injusticia calificada y manifiesta". No tiene sentido que el asegurado reciba el resultado de su caso después de enfermarse o fallecer. El tiempo debe ser razonable.

Resaltamos oportunamente que, si bien la creación de estos instrumentos de pacificación de conflictos es loable, es importante aclarar que la administración pública debe, a toda costa, ser eficiente y ofrecer un servicio de calidad a la población brasileña, para que la demanda en conflicto ni siquiera llegue al punto de ser judicializada.

En todo caso, el Poder Judicial, cuando es llamado, tiene el deber constitucional de proteger los derechos sociales fundamentales de la ciudadanía, como resultado del modelo de Estado

Democrático de Derecho, lo que le confiere un papel fundamental e indispensable en la realización de estos derechos. La judicialización sigue siendo un mal necesario dada la ineficiencia y lentitud de la máquina administrativa[16].

7. CONCLUSIÓN

El análisis del sistema de protección social brasileño revela que la excesiva judicialización de las demandas de seguridad social es un reflejo directo de la ineficiencia administrativa y de la falta de adecuación de las normas internas a las directrices establecidas por precedentes cualificados. Este escenario no sólo sobrecarga al Poder Judicial, sino que también compromete la sostenibilidad del sistema, desviando recursos que podrían aplicarse mejor a la mejora de los servicios públicos.

Por lo tanto, la desjudicialización surge como una estrategia indispensable para garantizar que el sistema de protección social pueda seguir cumpliendo su papel fundamental de promover la dignidad y reducir las desigualdades. Al promover formas alternativas y más eficientes de resolución de conflictos, como la mediación y la conciliación, y al invertir en tecnología e inteligencia artificial, Brasil puede aliviar la presión sobre el Poder Judicial y garantizar que los derechos de los ciudadanos estén protegidos de una manera más ágil, eficiente y menos onerosa.

Además, es imperativo que la administración pública sea más eficiente y transparente, con regulaciones actualizadas e integradas con los precedentes judiciales. Esto requiere no sólo inversiones en infraestructura tecnológica, sino también un cambio cultural que valore la resolución de conflictos administrativos y la prestación de servicios públicos de alta calidad.

En resumen, si bien el acceso a la justicia es un derecho fundamental, la desjudicialización no debe verse como una forma de limitarlo, sino más bien como un medio para fortalecerlo. Al reducir la necesidad de litigios estamos promoviendo un sistema más justo, equitativo y sostenible, capaz de garantizar que todos los brasileños tengan acceso a sus derechos de manera efectiva y digna.

8. REFERENCIAS

Brasil. Constituição Federal de 1988

Brasil.Tribunal de Contas da União. Lista de Alto Risco da Administração Pública Federal, 2022. Disponível em: https://sites.tcu.gov.br/listadealtorisco/gestao_de_beneficios_administrados_pelo_inss.html, acesso em 24 Ago 2024.

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números. Disponível em: https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-litigantes/, acesso em 24 Ago 2024.

Brasil. Portal da Transparência. Despesas da Previdência Social. Disponível em: https://portaldatransparencia.gov.br/despesas, acesso em 25 Ago 2024.

Brasil. Portal da Transparência. Receitas da Previdência Social. Disponível em: https://portaldatransparencia.gov.br/receitas, acesso em 25 Ago 2024.

Brasil. Ministério da Previdência Social, pela Coordenação Geral de Orçamentos, Finanças e Contabilidade, cujo número de protocolo é o 03005.174147/2021-16, com a resposta na data de 10/09/2021.

[16] BRUM VAZ. Paulo Afonso. Judicialização dos Direitos da Seguridade Social. Curitiba: Alteridade, págs. 348 e 349.

Brasil. Ministério da Previdência Social. Portal da Transparência. Dados de 05/2024, publicados em junho/2024. Disponível em: https://www.gov.br/inss/pt-br/portal-de-transparencia, acesso em 25 Ago 2024.

Brasil. Ministério da Previdência Social. BEPS. Boletim Estatístico da Previdência Social Volume n. 29, n. 02, de Fevereiro/2024. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/arquivos/beps022024_final-1.pdf, acesso em 24 Ago 2024

Brasil.Portaria MPS/CRPS n. 4.061/22

Brasil. IBGE. Agência notícias: População do país vai parar de crescer em 2041. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/41056-populacao-do-pais-vai-parar-de-crescer-em-2041, acesso em 25 Ago 2024.

Brum Vaz. Paulo Afonso. Judicialização dos Direitos da Seguridade Social. Curitiba: Alteridade, 2021.

Santos, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça.* 3ª. Ed. São Paulo: Cortez, 2011.

Savaris, José Antonio. *A Judicialização das Políticas Públicas de Proteção Social* in *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba: Alteridade, 2016.

Silva, José Afonso. *Comentários à Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2005.

Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El decrecimiento de las relaciones laborales formales y los efectos en la sostenibilidad del sistema de seguridad social brasileño

The degrowth of formal labor relations and the effects on the sustainability of the Brazilian Social Security system

Jane Lúcia Wilhelm Berwanger[1] https://orcid.org/0000-0002-0460-283X
Ellen Tamara Silveira Weber[2] https://orcid.org/0009-0008-0290-0797
Oton de Albuquerque Vasconcelos Filho[3] https://orcid.org/0000-0002-5043-286X

Cita Sugerida: WILHELM BERWANGER, J.L., SILVEIRA WEBER, E.T. y VASCONCELOS FILHO, O.A.: «El decrecimiento de las relaciones laborales formales y los efectos en la sostenibilidad del sistema de seguridad social brasileño». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 413-429.

Resumen

Este artículo tiene como objetivo presentar reflexiones sobre la configuración actual del mundo del trabajo en Brasil y el aumento del desempleo y la informalidad, analizando, por tanto, cómo se produce el fenómeno de la disminución de las relaciones laborales formales, explorando, a partir de ahí, cómo este Este escenario impacta la sostenibilidad del sistema de pensiones brasileño. Se utilizó el método deductivo para analizar el impacto de la disminución de las relaciones laborales formales en Brasil sobre el sistema de seguridad social, y se encontró que la disminución de las relaciones laborales formales pone en riesgo la sostenibilidad del sistema de seguridad social, ya que existe un descenso de cotizantes a la Seguridad Social, que tiene un carácter esencialmente contributivo.

Palabras clave

informalidad; desempleo; seguridad social; principio de solidaridad

Abstract

The article examines the current situation of the labor market in Brazil, highlighting the increase in unemployment and informality. It analyzes the decline in formal labor relations and investigates the consequences of this trend for the sustainability of the Brazilian social security system. The deductive approach was employed to examine the effects of the decline in formal labor relations in Brazil on the social security system. This decline compromises the sustainability of the social security system, owing to a reduction in the number of contributors, given the system is fundamentally contributory.

Keywords

informality; unemployment; social security; principle of solidarity

[1] Lawyer. PHD in Human Rights (University of Coimbra), PhD in Social Security Law from PUC/SP; Director of Judicial Practice of the Brazilian Institute of Social Security Law; Professor of Social Security Law Author of several works on Social Security Law; Professor of the Master's Program at Faculdade CERS. E-mail: jane@berwangeradvogados.adv.br

[2] Lawyer. Specialist in Social Security Law. Postgraduate student in Social Security Civil Procedure. Graduated in Law from Dom Alberto College. E-mail: ellentamaraweber@hotmail.com.

[3] Lawyer. Doctor and Master in Law from the Federal University of Pernambuco (UFPE). Adjunct Professor at the University of Pernambuco in the Law course and in the Master's Program in Sustainable Local Development Management (PPGGDLS) and in the Master's Program at Faculdade CERS. E-Mail: otonvasconcelosfilho@gmail.com.

1. INTRODUCTION

Labor relations, as now defined, have not consistently had the same structure and have experienced several transformations over time. Society is ever evolving.

Currently, emerging technologies are spreading rapidly, redefining societal living and interaction. The digital era introduces new requirements and demands transformations, primarily impacting the socio-economic scenario in which it is embedded.

The labor market in Brazil is similarly affected. The evolving technology context has transformed the perception of labor relations, resulting in a reconfiguration of the labor market.

The digital age unequivocally enhances society across several sectors by resolving challenges and expediting production processes, due to the advancement of available technologies. The worry is to whether technological advancements and the changing nature of work are creating new societal dangers and socio-economic challenges, in addition to its benefits, including the decline of both formal and informal labor relations.

These socio-economic issues and social risks can substantially impact other equally vital sectors, especially the workforce. The Social Security system, the primary mechanism for protecting workers, may have detrimental impacts that jeopardize its viability, stemming from inadequate management of the evolving labor scene and the socio-economic challenges it generates.

This study will examine the decrease in professional relations in Brazil, investigating its intricacies and the consequent effects on the sustainability of the Brazilian social security system.

The initial section will analyze the institute of governance that the state must implement, demonstrating that effective governance is crucial for sustainability, economic development, and the welfare of citizens, based on the premise that social responsibilities should be considered alongside economic objectives.

The second section will offer insights into the present situation of the labor market in Brazil, highlighting the increase in unemployment and informality, while introducing the concept of the Fourth Industrial Revolution and its relevance to the current socio-economic scenery. It will also address labor legislation and present research data pertinent to the analysis.

Ultimately, this study will examine how the scenario of unemployment and informality, and consequently the decline in formal labor relations, affects the sustainability of the Brazilian social security system, through an analysis of the principle of solidarity and adherence to financial and actuarial balance.

The hypothesis claims that the reduction in Social Security contributors, which is fundamentally important, is closely correlated with a decrease in formal labor relations, thus threatening the sustainability of the social security system.

In this paper, we use the deductive approach to examine the effects of the decrease in formal labor relations in Brazil on the social security system. This study aims to establish a logical argument regarding the consequences of the decline in formal labor relations in Brazil on the sustainability of Social Security, starting with general premises about the impact of technology on contemporary society, the increase in unemployment, and trends towards informality, including in labor legislation.

2. SUSTAINABILITY, ESG AND SUSTAINABLE LOCAL DEVELOPMENT

The acronym ESG stands for environmental (E), social (S), and governance (G), which relate to environmental, social, and governance issues, respectively. Carroll is regarded as a pioneer in this domain, having claimed in 1979 that businesses had to consider social duties beyond their self-interests.

Li, Wang, Sueyoshi, and Wang illustrate the significance of ESG in the corporate sector:

> ESG is generally a standard and strategy used by investors to evaluate corporate behavior and future financial performance. As an investment concept for assessing the sustainable development of companies, the three basic ESG factors are the key points to consider in the investment analysis and decision-making process. In addition, environmental, social and governance (ESG) factors help to measure the sustainability and social impact of business activities. (Li, Wang, Sueyoshi and Wang, 2021, p. 11663)

The environmental conferences introduced the term "sustainable development," which subsequently developed into three pillars: social, environmental, and economic. According to Leal and Silva (2023), this progression resulted in the term "sustainability," as sustainable development is immeasurable, whereas sustainability is measurable. Silva (2023) notes that the sustainability theme has become increasingly prominent across all corporate sectors.

As corporations have focused on this matter, sustainability must be an aim sought in all operations of Public Administration, including the social security system. Public policies must be formulated and enhanced with an emphasis on citizen service, effective administration, and optimal utilization of available resources.

According to Joenck (2023), public administration must focus on choosing techniques that aim to:

> increase the likelihood that strategic objectives will be achieved and institutional deliveries will take place, and should therefore include an environmental and social concern, along the lines of what is already being developed by public companies, driven by the ESG approach - environmental, social and governance, which is in full use by the private market. (Joenck, 2023, p. 16)

Effective governance is crucial for every community aiming to enhance economic progress and the welfare of its population. Governance fundamentally relates to the capacity to establish societal objectives and develop initiatives to realize them, so benefiting the entire community. According to Hovarth Júnior (2024), governance enables the state to fulfill its duties, especially during periods of limited resources.

Decree 9.203, dated November 22, 2017, established the governance policy within the Federal Public Administration, describing it as follows:

> Art. 2 For the purposes of this Decree, the following shall be considered:
>
> I - public governance - a set of leadership, strategy and control mechanisms put in place to evaluate, direct and monitor management, with a view to conducting public policies and providing services of interest to society;

The Decree establishes six principles of public governance: responsiveness, integrity, reliability, regulatory improvement, accountability, and transparency.

The Public Governance Policy Guide summarizes it as follows:

> Therefore, the idea of improving governance is nothing more than the idea of improving the institution, of preparing it to better serve the public interest, of creating an institutional environment capable of generating and delivering results, of finally having a governance model that is better suited to the context. (Guide to public governance policy, 2018, p. 17)

Conversely, public activities devoid of legitimacy sometimes yield legislation and regulations that are more expensive to enforce due to insufficient voluntary compliance. This undermines citizens' confidence in the organization, perpetuating a detrimental looping process of reciprocal distrust, which contributes to bureaucracy and encourages non-compliance (Public Governance Policy Guide, 2018).

It is important to consider public governance through the lens of the United Nations' Sustainable Development Goals (Agenda 2030). In this context, SDG 16 is prominent: "Promote peaceful and inclusive societies for sustainable development, ensure access to justice for all, and establish effective, accountable, and inclusive institutions at all levels." This goal is relevant:

> 16.6 Develop effective, accountable and transparent institutions at all levels.
>
> 16.7 Ensure responsive, inclusive, participatory and representative decision-making at all levels.[4]

Consequently, the emphasis on optimal resource utilization and institutional efficiency is a global issue, which has been formally recognized in Brazil through Decree 9.203/17, requiring attention to ensure that society collectively benefits from state actions.

In the context of social security, Hovarth Júnior (2024) asserts that effective governance enhances the sustainability of social security systems by enabling their adaptation to demographic, social, or economic changes, while consistently pursuing efficient financial resource management through requisite adjustments.

Effective governance is essential, particularly in social security, to guarantee system transparency and efficacy, while also fostering social protection and prudent resource management.

3. THE NEW MORPHOLOGY OF THE WORKING ENVIRONMENT DUE TO THE IMPROVEMENT OF ICT AND LABOR LEGISLATION

It is well acknowledged that society is ever evolving; nonetheless, over the millennia, certain transformations have instigated profound revolutions in human behavior and social organization. This section's examination centers on the impact of a 20th-century industrial revolution that enabled mass manufacturing, significantly altering the prevailing labor practices of the time.

[4] SDG 16. Available at : https://gtagenda2030.org.br/ods/ods16/#:~:text=Objetivo%2016.%20Promover%20sociedades%20pac%C3%ADficas%20e%20inclusivas%20para,institui%C3%A7%C3%B5es%20eficazes%2C%20respons%C3%A1veis%20e%20inclusivas%20em%20todos%20os%C2%A0n%C3%ADveis accessed on August 24, 2024.

The advent and advancement of technology in recent decades have precipitated significant societal transformations, sometimes characterized as the fourth industrial revolution, or Industry 4.0.

Schwab (2016) asserts that the escalating sophistication, integration, and enhancement of technologies in the fourth industrial revolution enable global collaboration between physical and virtual manufacturing systems, facilitating the rapid and extensive dissemination of emerging technologies and innovations throughout society, thereby instigating significant transformations in social and economic frameworks.

The advantageous impacts of technical advancements and process digitalization are indisputable, helping society across all industries. Nevertheless, amid the relentless progression of the digital era we are witnessing, despite human beings' potential for adaptation, a pertinent inquiry emerges: Is society collectively mastering new technologies and leveraging them to its benefit, or is the fourth industrial revolution engendering detrimental effects and social risks?

According to Schwab (2016), the fourth industrial revolution requires a reevaluation of economic, social, and political systems to facilitate the dissemination of innovations and reduce disruptions; however, he claims that the state currently lacks adequate comprehension of these changes to accomplish this.

According to Hovarth Júnior (2024), the Fourth Industrial Revolution significantly transforms the labor market and work activities, generating new social dangers that directly impact the socioeconomic condition of the state.

Ibrahim and Almeida (2020) assert that the fourth Industrial Revolution requires alterations in work methodologies, leading to labor extinction and decrease, as well as the emergence of new professions; hence, these transformations must be effectively handled to prevent heightened inequality and social regression. Similarly, Hovarth Júnior (2024) argues that the fourth industrial revolution results in the substitution of both manual and cognitive labor by emerging technology, culminating in two forms of work relocation: individual replacement and total worker exclusion.

Schwab highlights a significant correlation between unemployment and technology:

> There are roughly two opposing camps when it comes to the impact of emerging technologies on the labor market: those who believe in a happy ending - workers displaced by technology will find new jobs and technology will unleash a new era of prosperity; and those who believe that fata will lead to a progressive social and political Armageddon, creating a massive scale of technological unemployment. History shows us that the likely outcome is somewhere in the middle between the two camps. The question is: What can be done to promote more positive outcomes and help those caught in the transition? (Schwab, 2016, p. 42)

In Revolution 4.0, those who retain their positions possess skills aligned with the digital era, whilst those with lower credentials and less capacity to adapt to technological advancements in real time are marginalized (Hovarth Júnior, 2024).

Schwab (2016) discusses the potential shift towards flexible employment, which could be transformative due to technological advancements, or conversely, result in the emergence of a "precariat" class comprising informal workers who transition between jobs in pursuit of subsistence, entirely outside the realm of labor rights.

Consequently, with this transformative technical advancement and the reduction in employability, a trend of work insecurity is emerging in the remaining positions.

Kremer and Faria (2005) define job insecurity as the deterioration of working and employment circumstances, characterized by low wages and diminished rights, which has become the prevailing situation for workers in Brazil's primary industrial chains.

The availability of jobs is not the sole issue with employment in Brazil; the quality of jobs is also a significant element. The instability of these positions therefore results in informality (Neri; Fontes, 2010).

The present condition of the labor market is attributable to a sequence of events, beginning with advances in technology, succeeded by reductions in employment and the instability of available positions which fosters the informal sector and initiates a chain reaction.

Alongside the fourth industrial revolution, additional factors also contribute to the emergence of insecure employment and the inclination towards informality. In Brazil, labor policy has experienced significant alterations and flexibilizations in recent years, perceived as adverse to workers. The labor reform of 2017 - legislation 13.467/2017 - clearly illustrated changes to both substantive and procedural legislation, diminishing rights and rendering formal labor interactions more unstable.

One modification relates to the establishment of the intermittent worker designation, as stipulated in the Consolidation of Labor Laws (CLT):

> Art. 443. Individual employment contracts may be agreed tacitly or expressly, verbally or in writing, for a fixed or indefinite term, or for intermittent work.
>
> § 3o An intermittent employment contract is one in which the provision of services, with subordination, is not continuous, occurring with alternating periods of provision of services and inactivity, determined in hours, days or months, regardless of the type of activity of the employee and the employer, except for aeronauts, who are governed by their own legislation.

Workers employed in this manner may endure prolonged periods, spanning days or even months, without engaging in labor or generating cash, and may get compensation below the minimum wage. Furthermore, during intervals of inactivity, this worker may provide services to other contractors, paralleling Schwab's earlier reference to the "precariat."

This contractual mode contradicts labor regulation, which identifies non-permanence as a basic criterion of the labor relations.

Zimmermann (2018) argues that intermittent employment contributes to the rise of informality, as these individuals, when not summoned by their contractor, tend to pursue alternative activities to augment their income.

According to Leite and Leite (2018), intermittent work is deemed unconstitutional, representing a clear instance of the exploitation of human labor, reducing the worker to the status of a disposable machine, which contradicts the constitutional principles of fostering citizenship and enhancing the social conditions of workers.

The legislature later legitimized the phenomenon of outsourcing after the Labor Courts initially rejected it in Law 6.019/1974:

> Art. 4-A. The provision of services to third parties is considered to be the transfer by the contracting party of the execution of any of its activities, including its main activity, to a legal entity under private law providing services that has the economic capacity compatible with its execution.

Promoting outsourcing constitutes a regression for workers, particularly as Zimmermann (2018) indicates that outsourced employees earn 30% less than direct staff, and it is well-documented that outsourced firms often vanish while owing millions to Social Security and other labor obligations.

Ajouz (2018) asserts that outsourcing advantages the business by lowering expenses, but for the employee, it signifies insecure working circumstances and, in effect, serves as a mechanism for increasing labor flexibility.

The labor reform includes a change that could put workers' rights at risk by letting negotiated agreements take precedence over legally binding provisions in certain situations set by the legislator. This means that collective agreements and conventions can be more important than the law, even if they lower workers' rights.

Additionally, Zimmermann (2018) says that the law allows, subject to the terms of the collective agreement or convention, lowering normal wages to the national minimum, changing what constitutes unhealthiness, and labeling money benefits as indemnities, which means they won't have an impact on labor funds or social security goals.

The existing labor policy fosters significant precariousness in working conditions and employee rights, serving as a substantial catalyst for the proliferation of informal employment, so leading to a standardization of informality.

Kremer and Faria (2005) indicate that initiatives to address informal work and integrate these individuals are lacking, resulting instead in a decline in the working and employment circumstances of formal workers.

Neri and Fontes (2010) specifically observe that informality is more prevalent and persistent than unemployment in the informal sector, which is the primary contributor to poverty rates in Brazil, as individuals in this sector typically earn lower incomes insufficient to support their families.

Similarly, Vaz (2020) indicates that employees in formal employment benefit from legal protections and often earn greater wages, since the informal sector generally exhibits lower income levels and educational attainment.

Concerning unemployment and informality in Brazil, the following PNAD/IBGE poll was conducted in 2019 and published in 2020:

> The average unemployment rate fell from 12.3% in 2018 to 11.9% in 2019, the second consecutive annual drop, according to the Continuous National Household Sample Survey (PNAD Contínua), released today (31) by the IBGE. The survey revealed that 12.6 million people were unemployed last year, 1.7% less than in 2018. However, compared to the lowest

> point in the series, when it reached 6.8 million in 2014, the jobless population almost doubled, growing 87.7% in five years.
>
> Informality - the sum of workers without ID cards, domestic workers without ID cards, employers without CNPJs, self-employed without CNPJs and auxiliary family workers - reached 41.1% of the employed population, equivalent to 38.4 million people, the highest figure since 2016, despite the stability compared to 2018.

Despite a decrease in unemployment figures, this does not indicate a rise in formal employment, as the population of informal workers has surged significantly.

Another poll by the PNAD/IBGE, which primarily attributes this association to the decrease in the population contributing to social security, shows a clear correlation between the decline in unemployment and the rise in informality.

> Research analyst Adriana Beringuy explains that there is a relationship between the increase in the country's employed population and the rise in informality.
>
> "Even with the drop in unemployment, in several states we can see that the rate of informality is higher than the growth in the employed population. In Brazil, of the increase of 1.819 million employed people, one million are informal workers," explains Adriana. "In practically the whole country, it is informality that has sustained the growth in employment," she observes.
>
> [...]
>
> "We can see that the growth of the contributing population is not keeping pace with the growth of the employed population as a whole. While the employed population increased by 2%, the number of social security contributors only grew by 1.7%," Adriana points out. "As we've already seen, the growth of the employed population is based on informality. And informal work reduces social security contributions," she adds.

From the perspective of social security, as noted by Vaz (2020), informal workers are technically classified as compulsory contributors to the system; nonetheless, due to their lack of legal labor relations, they remain excluded from the social security framework.

This situation of elevated unemployment rates and heightened informality adversely affects not only the Brazilian socio-economic context, as previously noted, but also the social security system, given its implications for social security.

The current labor market configuration, characterized by unemployment and informality, influenced by technological advancements, worker unpreparedness, and labor laws that promote informal employment, poses a potential threat to workers' social protection due to the lack of social security contributions, which may jeopardize the sustainability of the social security system, as will be elaborated upon subsequently.

This analysis will examine how the evolving context of employment and the decline in formal job links, stemming from rising unemployment and informality, impact Social Security, the primary protection for Brazilian workers facing social risk.

4. THE IMPACT OF SOCIAL SECURITY ON THE SUSTAINABILITY OF THE SOCIAL SECURITY SYSTEM IN BRAZIL

Initially, it is essential to examine the fundamental aspects of the Brazilian social security system to comprehend its structure and purpose.

The General Social Security System is regarded as a fundamental component of the Brazilian social protection framework, characterized by its contributing structure and mandatory enrollment for employees. Moreover, as Amado (2020) elucidates, it operates as a pay-as-you-go system, including a singular fund designated for the disbursement of social security payments, whereby current workers finance the benefits of those who are retired.

Couto Neto (2021) asserts that Social Security functions like to insurance, relying on mandatory payments from workers or voluntary participants, and is designed to address social contingencies impacting contributors by providing benefits.

This protection scheme is designed to shield the insured or their dependents from social risks that impair the contributor's capacity to work, ensuring an income to substitute their wage.

The principles regulating Social Security are enumerated by the parliament in Law 8.213/1991, which states the following:

> Art. 2 Social Security is governed by the following principles and objectives:
>
> I - universal participation in pension plans;
>
> II - uniformity and equivalence of benefits and services for urban and rural populations;
>
> III - selectivity and distributivity in the provision of benefits;
>
> IV - calculation of benefits based on corrected contribution salaries
>
> V - irreducibility of the value of benefits in order to preserve their purchasing power;
>
> VI - the value of the monthly income of benefits replacing the insured person's contribution salary or income from work is not less than the minimum wage;
>
> VII - optional supplementary pension plan, funded by an additional contribution;
>
> VIII - democratic and decentralized administrative management, with the participation of the government and the community, especially active workers, employers and retirees.

Alongside the principles established in the legislative framework, the theory posits that there are other principles, inherent in the Brazilian Social Security system, that are equally significant as those articulated by the legislature.

The notion of solidarity is fundamentally relevant to this research, as it is essential to the functioning of Brazil's pay-as-you-go social security system.

This concept imposes a duty on all individuals inside the system to participate, with society collaborating to sustain the system throughout time, especially for future generations, therefore fostering intergenerational solidarity.

Moraes (2013) elucidates that the present beneficiaries of the system are financed by current taxpayers, who will thereafter be supported by future generations of taxpayers when they become beneficiaries.

A generational contract exists, wherein current workers finance the social security benefits of retired workers, who, in turn, contributed to the benefits of a previous generation during their employment (Couto Neto, 2021).

Amado (2020) asserts that the idea of solidarity underpins social security, facilitating the socialization of risks across society to safeguard individuals during periods of necessity.

The essence of solidarity is evident in the requirement for contributions to the system, even from insured individuals who have retired after a lengthy contributory history, should they continue to work. This is pertinent as an insured person may, at the onset of their contributory life, be compelled to retire due to a misfortune resulting in disability (Amado, 2020).

Equally significant as the unity inherent in the system is its sustained financial viability. The constitution mandated that social security provisions ensure financial and actuarial balance, stating: *"Art. 201. Social security shall be organized as the General Social Security System, which shall be contributory and compulsory, adhering to criteria that maintain financial and actuarial balance."*

According to Amado (2020), financial and actuarial equilibrium ensures the stability of social security accounts for all insured generations by maintaining a balance between fund inflows and benefit expenditures, alongside the necessity for monitoring and analyzing trends and social factors that may disrupt this balance in the future.

The assertion that the active contributor, alongside the state and the employer, aids the insured who no longer contributes, and that there exists a cycle of dependence between current and future generations, implies that for the financial sustainability of the system, the economically active population must consistently outnumber the inactive population.

In Brazil, we are currently observing a phenomenon known as demographic transition, which is characterized by declining birth rates and an aging population. According to Hovarth Júnior (2024), this trend directly impacts Social Security, as it results in fewer contributors to support the pay-as-you-go system.

According to Vaz (2022), demographic transition is a big structural change that has put the welfare state at risk since the second half of the 20th century. This is because the age pyramid imbalance changes the relationship between public revenue and social expenditure, making the working generation pay for the social insurance of the older generation.

Data from the IBGE[5] indicates that in 1980, Brazil's population aged 65 and over constituted 4.0%, but in 2022, the Census recorded this demographic at 10.9% of the total population. According

[5] Available at: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38186-censo-2022-numero-de-pessoas-com-65-anos-ou-mais-de-idade-cresceu-57-4-em-12-anos Accessed on: August 17, 2024

to these statistics, the proportion of children under 14 years of age increased to 19.8% in 2022, a significant decline from 38.2% in 1980.

The data from the top of the pyramid, advanced age, should ideally always be lower than its base, without any balance or even inversion, in order for the population of taxpayers to stay greater than the older, inactive population. Nonetheless, the escalating imbalance of the age pyramid is increasingly concerning, as data from Amado (2020) indicates that, under current legislation, it is projected that by 2050 there will be only one active taxpayer for every inactive individual, a ratio that currently is three to one.

In addition to the concerning demographic background, another factor directly affecting the viability of the social security system is the present labor market situation and formal employment ties. The unemployment rate and the shift towards informality, previously identified in this study as underlying issues in the Brazilian economic scenario, are closely correlated with the decline of Social Security contributors

Vaz (2022) also claims that this issue is central to the social security dilemma and is more concerning than demographic transition. Even with a younger population surpassing the elderly, a stagnant increase in formal employment will lead to a decline in contributors and, consequently, a reduction in social security revenue.

As per Agostinho (2020), social security revenues consist of 1) employer payments based on payroll; 2) employee contributions, determined by wage rates; and 3) contributions from the Union, derived from social contributions and tax revenues.

Two-thirds of the resources supporting Social Security depend on non-formal paid activities and formal labor relations, which violates the current structure of formal labor relations.

The increasing informality in the labor sector is a major element undermining the sustainability of social security. Despite having income, a sizable portion of workers are subject to informal agreements and do not contribute to the system (Moraes, 2013)

Hovarth Júnior (2024), previously referenced for his caution regarding the escalating substitution of labor by emerging technologies—thereby exacerbating unemployment—also emphasizes that Social Security is primarily funded by economic growth and the labor market. Consequently, the reduction of employment significantly impacts the diminishing availability of the system's financial resources.

Vaz (2022) posits a reciprocal link between employment and social security, asserting that job and income are essential for the sustenance of any social security system. Consequently, the most pressing issues currently are the rise in unemployment and informality, which, if unresolved, will persist in jeopardizing the viability of Social Security and impose burdens on subsequent generations who will suffer the expenditures incurred by their predecessors.

As a result, a big part of the population is left out of the social security system because of how the job market is changing. This is because they are either self-employed, working informally without formal contracts, or unemployed, which threatens the system's ability to work well and keep its balance.

This is additionally what Cereza articulates:

> In this order, the new social security conception, in which the primacy of work has taken on new directions, does not find full social protection, where, amidst the growing informality of unemployment, thousands of citizens find themselves on the margins of society without any kind of benefit, be it social security or welfare. (Cereza, 2022, p. 80)

It is important to note that, in addition to the decline in formal employment, the precarious nature of the remaining jobs directly affects the social security system. Workers with lower salaries, despite being formally employed, contribute less, thereby diminishing Social Security revenue.

Ajouz (2018) identifies the primary risk factors affecting the operation of social security as diminished revenue collection, evasion of payments, and the erosion of protection for insured individuals.

Cherulli (2018) asserts that it is a reasonable deduction that individuals with lower contributions always result in an actuarial imbalance, particularly as this phenomenon amplifies the risk that the system must safeguard against.

The instability of employment is intricately connected to both the difficulties posed by technology advancements and the prevailing labor norms. Cherulli (2018) claims that the labor reform, which is a big reason for job insecurity and working without a permit, only looks at economic needs and ignores legal and social issues. This is a step backwards, especially when it comes to outsourcing and temporary work, which puts the social security system at risk.

Intermittent employment exemplifies insecure labor, directly affecting Social Security, as it often leads to informality or, at most, little contributions. Let us examine a tangible illustration of this scenario:

> So let's imagine an intermittent worker who is paid per hour of work, the minimum value of which in 2018 is R$4.34 (four reais and thirty-four cents). If he works 40 (forty) hours in a given month, which corresponds to 5 (five) days of work, he will only receive R$ 177.20 (one hundred and seventy-seven reais and twenty cents).
>
> The employer will pay a social security contribution of 20% of the remuneration paid and the intermittent employee, in this case, will also have 8% deducted from the payroll, resulting in an amount of R$ 163.04 (one hundred and sixty-three reais and four cents), i.e. less than the proportionality of the minimum hourly wage.
>
> As if that weren't enough, the tiny salary that the intermittent employee will receive means that they will also have to pay R$62.14 (sixty-two reais and fourteen cents), corresponding to 8% (eight percent) of the difference between the salary they receive and the monthly minimum wage, which is the requirement for them to have computed their contribution time, including to maintain their status as an insured member of the General Social Security System and satisfy the waiting period for social security benefits.
>
> In the example in question, therefore, only R$100.09 (one hundred reais and nine cents) would be left for the intermittent employee to pay for the maintenance of his subsistence and that of his family with basic expenses such as housing, food, education, health, leisure, clothing, hygiene and transportation.

> It is therefore unavoidable to conclude that employees who earn less than the minimum wage each month will be indirectly obliged to opt out of paying the supplementary social security contribution otherwise, they will be jeopardizing the existential minimum advocated by the Constitution. (Leite e Leite, 2018, p. 176-177)

Consequently, it is an issue that must be collaboratively addressed by the state and society to identify methods that ensure the sustainability of Social Security, while mitigating unemployment and informality, particularly within the framework of Revolution 4.0.

5. RESULTS AND DISCUSSIONS

This scenario illustrates that technological advancements and the evolving nature of work are generating new social risks and socio-economic challenges in Brazilian society, including a decrease in both formal and informal labor relations, which directly affects the sustainability of the social security system.

The data regarding unemployment indicates that its reduction alone does not facilitate an optimistic outlook for the Brazilian socio-economic scenario or a decrease in Social Security expenditures. In reality, a significant portion of the previously unemployed population is not transitioning into formal employment that would enable them to contribute to the system and secure labor or social security rights; instead, they are shifting to informal activities devoid of any social protection.

Neri and Fontes provide strategies for addressing informality.

> Given its complexity, tackling informality must be done through a set of measures of different kinds. An isolated action is unlikely to have an effective impact on reducing informality. Proof of this is the fact that the generation of formal jobs in recent years has required a series of favorable conditions, both in terms of macro and micro aspects, such as economic growth, greater schooling of the population, more efficient inspection actions, innovations in labor legislation and incentives for the formalization of micro and small companies.
>
> [...]
>
> Measures to combat unregistered employment are related to retraining workers to become formally employable and to inspection and monitoring actions. Policies aimed at micro-entrepreneurs, including the self-employed, should prioritize an integrated set of policies aimed not only at regularizing these activities, through incentives for formalization, but also access to markets and increased productivity. In general, it is necessary to recreate the relationship patterns between the state and society, offer the right incentives and reduce information asymmetries (Neri; Fontes, 2010, p. 29).

Balera and Silva (2020) assert that a struggling economy adversely affects the social realm; hence, a balance between economic and social growth is essential for social security to fulfill its objectives of well-being and social justice.

In this context, concerning the impact of technology—and consequently the fourth Industrial Revolution—on the Brazilian socio-economic scenario, it is imperative to identify mechanisms that

prioritize human value over the excessive emphasis on technology, aiming for a humanization of this Revolution (Hovarth Júnior, 2024).

According to Hovarth Júnior (2024), sustaining social protection systems necessitates the implementation of fair globalization, which entails harmonizing global economic and social integration with the preservation of social protection. This will be accomplished through several measures, including enhancing laws to fortify social protection, particularly for social security, education, and employment generation, as well as modifying labor regulations to adhere to principles such as decent work and equitable salaries.

Ibrahim and Almeida (2020) assert that the fourth Industrial Revolution is necessitating transformations across all domains of social protection, including labor regulation, social security adaptation, enhancement of social security, educational adjustments, and advocating for the universalization of social security independent of formal employment.

Schwab (2016) asserts that it is imperative to overhaul social, economic, and political systems, as the existing frameworks are inadequate to address the needs of both the present and future generations, necessitating innovation and systemic transformations rather than mere modifications or reforms.

The state must take on a number of components and actions in order to resolve the issue, with the social criterion taking precedence over the economic one.

6. CONCLUSION

The analysis conducted concludes that 1) the ongoing 4.0 revolution significantly influences the Brazilian socio-economic scenario, particularly the labor market; 2) technological advancements have transformed the work environment, prioritizing technology over human labor, resulting in job reductions and increased precariousness, which further exacerbates informality; 3) current labor legislation exacerbates job insecurity and promotes the informal sector by diminishing and relaxing workers' rights; and 4) unemployment and informality are indicators of a socio-economic crisis that adversely affects social security, jeopardizing the sustainability of the system, as the decline in formal employment leads to fewer contributors to the predominantly contributory social security framework.

Consequently, the hypothesis posited at the outset of this study is validated; there exists a direct correlation between labor market conditions and the sustainability of social security, as well as the fulfillment of its intended objectives, particularly concerning unemployment and informality. This is especially pertinent in the realm of social security, which predominantly relies on the ongoing integration of new contributors into its framework.

Given the social security system's strong connection to the formal labor market, it is imperative to manage the social risks associated with Revolution 4.0, particularly with the mitigation of unemployment and the inclination towards informality, to extricate people from social security uncertainty.

State action must implement effective governance and recognize the necessity of restructuring its processes to accommodate the new reality. In the domains of labor and social security, it is essential to cultivate the formal labor market and invest in the training of Brazilian workers, while also amending pertinent legislation to address not only economic requirements but primarily social

imperatives, thereby enhancing the protection and valuation of workers and ensuring the sustainability of Social Security.

7. REFERENCES

Agostinho, T. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: Saraiva, 2020

Ajouz, I. "Projeções da terceirização sobre a Previdência Social" - *Terceirização: conceito, crítica, reflexos trabalhistas e previdenciários* / Coordenação Marco Aurélio Serau Junior - São Paulo: LTr, 2018. Vários colaboradores.

Amado, F, *Curso de direito e processo previdenciário* - 13. Ed. - São Paulo: JusPodivm, 2020.

Balera, W; Silva, R.S. "O que fazer para a sociedade se comprometer mais com os desafios da seguridade social diante dos avanços tecnológicos?" - *Constituição, trabalho e previdência: desafios a superar na sociedade tecnológica* / Coordenação e organização Océlio de Jesús C. Morais. 1. Ed. - São Paulo: LTr, 2020.

BRASIL, Constituição (1988), Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado Federal: Centro gráfico, 05 de outubro de 1988, p 292.

BRASIL, Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 23 de novembro de 2017, p. 3.

BRASIL, Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943, Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 09 de agosto de 1943, p. 11937.

BRASIL, Guia da política de governança pública / Casa Civil da Presidência da República - Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2018.

BRASIL, Lei nº 6.019 de 3 de janeiro de 1974, Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 04 de janeiro de 1974.

BRASIL, Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991, Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 25 de julho de 1991, p. 14809.

Cereza, V.C. "A nova concepção previdenciária pós pandemia" - *Oitenta Anos do Plano Beveridge: uma nova previdência social para o pós pandemia Covid-19*? / Organização Fábio Luiz dos Passos, Jane Lúcia Wilhelm Berwanger. - 1. Ed. - Curitiba, PR: IBDP, 2022. Vários autores.

Cherulli, D.M. "Incônscio reformismo estatal e a destruição da ordem social" - *Terceirização: conceito, crítica, reflexos trabalhistas e previdenciários* / Coordenação Marco Aurélio Serau Junior - São Paulo: LTr, 2018. Vários colaboradores.

Couto Neto, M.R. *A Previdência Social: efetivo Direito Fundamental*. São Paulo: Editora Dialética, 2021

Hovarth Júnior, M. *A policrise e os sistemas de proteção social: desafios da preservação dos sistemas protetivos no século XXI*. Belo Horizonte: Editora IEPREV, 2024.

Ibrahim, F.Z.; Almeida, F.C. "Previdência Social para todos: uma resposta às mudanças no mundo do trabalho em face da quarta Revolução Industrial" - *Revista Brasileira de Direito Previdenciário,* v. 58 (ago./set. 2020). Porto Alegre: LexMagister; IBDP - Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário, 2020.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Dados Censo 2022. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38186-censo-2022-numero-de-pessoas-com-65-anos-ou-mais-de-idade-cresceu-57-4-em-12-anos acesso em: 17 de agosto de 2024

Joenck, C.S.C.M. "Governança pública e sustentabilidade: o uso dos instrumentos de sustentabilidade na administração pública federal". Dissertação (mestrado) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, 2023.

Kremer, A.; Faria J.H. "Reestruturação produtiva e precarização do trabalho: o mundo do trabalho em transformação". *Revista de Administração - RAUSP*, vol. 40, núm. 3, 2005, pp 266-279. ISSN: 0080-2107. Disponível em: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=223417392005 acesso em 20 de agosto de 2024.

Leal, T.L.M.C; Silva, V.N. "Relação entre ESG e sustentabilidade corporativa: uma análise sob o viés do desenvolvimento sustentável." *Revista de Administração de Empresas Eletrônica-RAEE*, v. 1, n. 19, p. 199-218, 2023.

LEITE, C.H.B.; Leite, L.D. "O trabalho intermitente na reforma trabalhista sob o enfoque do direito fundamental à Previdência Social" - *Direito previdenciário: nos 30 ano da Constituição Federal e 70 anos da Declaração Universal de Direitos Humanos* / Coordenação Adriane Bramante de Castro Ladenthin, Marco Aurpelio Serau Junior, Melissa Folman. - Curitiba: Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário - IBDP, 2018.

Li, T. et al. *ESG: Research progress and future prospects. Sustainability*, v. 13, n. 21, p. 11663, 2021.

Moraes, S.G. "A previdência nos 90 anos da Lei Eloy Chaves - o desafio da sustentabilidade" - *Previdência Social nos 90 anos da Lei Eloy Chaves* / Coordenação Jane Lúcia Wilhelm Berwanger, Melissa Folmann / Curitiba: Juruá, 2013. Vários colaboradores.

Neri, M.; Fontes, A. "Informalidade e trabalho no Brasil: Causas, consequências e caminhos de Políticas Públicas" - FGV Social, 2010. Disponível em: es61-Informalidade-e-trabalho-no-Brasil-causas-consequencias-e-caminhos-de-Politicas-Publicas-Marcelo-Neri.pdf (fgv.br). em 24 de agosto de 2024.

ODS 16. Disponível em: https://gtagenda2030.org.br/ods/ods16/#:~:text=Objetivo%2016.%20Promover%20sociedades%20pac%C3%ADficas%20e%20inclusivas%20para,institui%C3%A7%C3%B5es%20eficazes%2C%20respons%C3%A1veis%20e%20inclusivas%20em%20todos%20os%C2%A0n%C3%ADveis. Acesso em 24 de agosto de 2024.

Pesquisa PNAD/IBGE, notícia disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26741-desemprego-cai-para-11-9-na-media-de-2019-informalidade-e-a-maior-em-4-anos. Acesso em 22 de agosto de 2024.

Pesquisa PNAD/IBGE, notícia disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26913-desemprego-cai-em-16-estados-em-2019-mas-20-tem-informalidade-recorde. Acesso em 22 de agosto de 2024.

Schwab, K. *A quarta revolução industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda - São Paulo: Edipro, 2016.

Silva, F.C.N.C. "Sustentabilidade empresarial e ESG: uma distinção imperativa". *Revista GeSec*. São Paulo, SP, Brasil v. 14, n. 1, p. 247-258,2023.

Vaz, P.A.M. “Perspectivas e desafios para os direitos da seguridade social no contexto recessivo pós-covidiano” - *Oitenta Anos do Plano Beveridge: uma nova previdência social para o pós pandemia Covid-19?* / Organização Fábio Luiz dos Passos, Jane Lúcia Wilhelm Berwanger. - 1. Ed. - Curitiba, PR: IBDP, 2022. Vários autores.

Vaz, P.A.M. “Como a nova realidade socioeconômica brasileira impacta os direitos da seguridade social” - *Constituição, trabalho e previdência: desafios a superar na sociedade tecnológica* / Coordenação e organização Océlio de Jesús C. Morais. 1. Ed. - São Paulo: LTr, 2020.

Zimmermann, C.L. “A reforma trabalhista e os impactos na Previdência Social” - *Terceirização: conceito, crítica, reflexos trabalhistas e previdenciários* / Coordenação Marco Aurélio Serau Junior - São Paulo: LTr, 2018. Vários colaboradores.

Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Estabilidad, mercado laboral, tercera edad y capacitación: propuestas y luces desde las necesidades de la empresa en Chile, la sostenibilidad de las Pensiones y las Recomendaciones de la OIT

Stability, labor market, old age and labor training: proposals and lights from the dismissal cause of business needs in Chile, the sustainability of Pensions and the ILO Recommendations

Sebastián Andrés Pizarro Contreras[1] https://orcid.org/0000-0002-9858-925X

Cita Sugerida: PIZARRO CONTRERAS, S.A.: «Estabilidad, mercado laboral, tercera edad y capacitación: propuestas y luces desde las necesidades de la empresa en Chile, la sostenibilidad de las Pensiones y las Recomendaciones de la OIT». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 431-462.

Resumen

Chile presenta un escenario demográfico cuyas instituciones legales propias del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social no han sido capaces de entender ni de comprehender dentro de sus dinámicas tutelares. En efecto, el envejecimiento activo forma parte de una realidad que, dentro de canales laborales, se ve esquiva en el análisis jurídico y, mucho más, en la operatividad del entramado legal vigente. A modo ejemplar, no existen consideraciones desde la perspectiva del trabajador anciano vigente y la inexistencia de limitaciones al libre despido enmascarado por la causal de necesidades de la empresa, sin limitaciones en consideración a la ausencia de capacitación. Tampoco hay revisión de las condiciones estructurales legales desde una visión que contemple las particularidades referentes a la calidad del empleo disponible para el trabajador adulto mayor. Todo, en un marco de febles pensiones y de trabajo en condiciones no decentes. Se emplean dentro de la siguiente investigación los parámetros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) contenidos en su Recomendaciones, en pro del debate y desarrollo de propuestas analíticas y de lege ferenda para Chile.

Palabras clave

Trabajador anciano; causal de despido de necesidades de la empresa; trabajo decente; sistema de pensiones

Abstract

Chile presents a demographic scenario whose legal institutions of Labor Law and Social Security have not been able to understand or comprehend within their protective dynamics. Indeed, active aging is part of a reality that, within labor channels, is elusive in the legal analysis and, much more, in the operability of the current legal framework. As an example, there are no considerations from the perspective of the elderly worker in force and the non-existence of limitations to free dismissal masked by the cause of the company's needs, without limitations in consideration of the lack of training. There is also no review of the legal structural conditions from a vision that contemplates the particularities regarding the quality of employment available to the older worker. All this, in a framework of weak pensions and work in non-decent conditions. The parameters of the International Labor Organization (ILO) contained in its Recommendations are used in the following research, in favor of the debate and development of analytical and lege ferenda proposals for Chile.

Keywords

Elderly worker; cause for dismissal due to business needs; decent work; pension system

[1] Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Chile, Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Chile. Diplomado en Derecho Laboral de la Empresa por la Universidad de los Andes. Profesor de Metodología y Habilidades para la Investigación Jurídica de la Universidad Católica Silva Henríquez. Miembro de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, y de la Red Iberoamericana de Investigación en Seguridad Social. Correo electrónico: spizarroc@ucsh.cl.

1. INTRODUCCIÓN: DEMOGRAFÍA, HIPÓTESIS Y TUTELA DEL TRABAJADOR ADULTO MAYOR

Una de las más interesantes formas de poder corroborar la eficacia de un constructo jurídico social, es precisamente verificar la correspondencia efectiva entre lo que epistémicamente promete y lo que cumple y/o razonablemente está en condiciones de cumplir. Dicho de modo diverso, corroborar la coherencia entre aquello que conforma su núcleo existencial y la efectividad de sus postulados en un sentido práctico[2].

No es necesario caer en un reduccionismo *ad absurdum* para arrimarme al centro del argumento que pretendo desarrollar, primero, respecto del Derecho del Trabajo: no se trata de pensar a esta rama como una menos eficaz, menos tutelar, porque hay gente que pierde su trabajo constantemente. Ello no significa por lo mismo que, en abstracto, el Derecho del Trabajo traicione sus dinámicas proclives a la estabilidad laboral. Misma cuestión cuando se dan vulneraciones de derechos fundamentales referidas a la discriminación de algún grupo determinado, pues ello en caso alguno significará asumir que este Derecho valide circunstancias como la expuesta. Finalmente, nadie podría decir que el Derecho del Trabajo nada hace cuando un sector desaventajado como el de la tercera edad no resulta contratado y resulta fácilmente despedido por razones de inadecuación tecnológica, siendo uno particularmente eficaz desde las aristas de la estabilidad, la capacitación y la no discriminación. ¿O es que acaso es posible señalar precisamente, lo contrario, es decir, que respecto de los adultos mayores se da una de las más profundas ineficacias e incoherencias objetivas y subjetivas del Derecho del Trabajo? En lo personal, creo que si.

A su vez, de la Seguridad Social malamente podría decirse que, por ejemplo, por el hecho que existan bajas pensiones y/o no todos estén cubiertos ante la ocurrencia de particulares riesgos, esta rama resulte un fracaso. Es más, parafraseando a Alonso Olea y a Tortuero Plaza, resulta sencillamente imposible ir determinando las causales de situaciones de necesidad configurantes de estos riesgos, los cuales varían constantemente[3]. Con todo, lo mínimo esperable de un Derecho que tiene por base en esta arista la mitigación y respuesta a coyunturas sociales delicadas, es la anticipación. Por lo mismo, llama poderosamente la atención la escasa consideración que tiene desde la Seguridad Social el encontrarse activo -intuitivamente no por razones voluntarias en la mayoría de los casos- el trabajador en el mercado laboral con una edad avanzada, en consideración a bajas pensiones, recibiendo a cambio bajas remuneraciones en empleos de baja consideración y remuneración. Sin descartar, por cierto, un escenario especialmente nefasto desde las coyunturas del despido y de la cesantía, al menos en Chile.

La realidad latinoamericana comparada dista de reflejar un escenario muy diverso a lo que se observará respecto de Chile. CEPAL, en un estudio centrado en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México y Perú, observa las dinámicas de mercado laboral en personas que superan los 60 años de edad. Concluye a partir del cuadro que *infra* se reproduce, que, "como era de esperar, las tasas de ocupación disminuyen con la edad, y las variaciones en el agregado que se observan (…) obedecen al considerable aumento de la tasa en el grupo de 60 a 64 años para ambos

[2] En efecto, como bien indican Correa y Agüero a propósito del Derecho, (el destacado es propio) "uno de los indicadores más potentes de la madurez alcanzada por una disciplina está constituido por su capacidad para delimitar lo que de ella puede esperarse. Los juristas, de forma oblicua, han venido comunicando desde hace bastante tiempo que su experticia debe situarse en el campo de la determinación de la validez de textos con pretensiones normativas; de la atribución de significados de disposiciones normativas y, de la reconstrucción económica de sus saberes y métodos, a través de la formulación y depuración de teorías. Esta opción por el mundo de las normas (o de las palabras) ha implicado una participación temerosa de los juristas en el mundo de los hechos", Coloma Correa, R. y Agüero San Juan, C.: "Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba", Revista Chilena de Derecho, vol. 41 No 2, p. 674.

[3] Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L.: Instituciones de Seguridad Social, Madrid, Comares, 2000, p. 21.

sexos, si bien mucho más marcado para las mujeres. El fuerte aumento de la tasa de ocupación de hombres y mujeres en este grupo etario debe analizarse en el marco del crecimiento de la ocupación que caracterizó a la región entre 2004 e inicios de la década de 2010, pues este grupo etario es el más estrechamente vinculado con el mercado laboral. En contraste, la tasa de ocupación del grupo de 65 a 69 años aumentó solo levemente, como resultado de una modesta reducción de la tasa de los hombres y un aumento algo mayor de la tasa de las mujeres. Por último, la tasa de ocupación correspondiente al grupo de 70 años y más disminuyó como resultado de la contracción de la tasa de los hombres y el estancamiento de la tasa de las mujeres"[4]. Resulta ser una realidad ciertamente luego compartida la existencia, primero, de un mercado de trabajo de la tercera edad, con fluctuaciones y variables etarias y de sexo. Y luego, de un alza en el número de personas que ingresan a este mercado de trabajo.

Edad	Total			Hombres			Mujeres		
	2002	2012	2016	2002	2012	2016	2002	2012	2016
60-64 años	49,6	54,0	55,7	70,7	73,1	74,1	30,4	36,9	39,6
65-69 años	38,6	39,0	39,3	55,7	55,4	54,8	23,2	24,8	26,2
70 años y más	22,1	19,9	20,4	34,1	30,4	30,8	12,0	11,4	11,9
60 años y más	34,2	34,6	35,4	50,6	49,8	49,8	20,0	21,8	23,3

La presente investigación representa un ejercicio de jurídico-social basado en la realidad chilena, empero, de amplio campo para la reflexión con la siguiente hipótesis: Chile, a partir de su sistema de estabilidad relativa, promueve dinámicas de discriminación directa respecto de los adultos mayores desde la arista de la capacitación, sin promoción suficiente de las medidas tendientes a la igualdad de oportunidades y de trato, incluidas dentro de las Recomendaciones No 162, 198 y 202 y el IV Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2013 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, en más), mermando tanto la Libertad como el Derecho al Trabajo, sin obviar ciertamente, la sostenibilidad del sistema de pensiones. Así, y desde esta arista, se observa, por un lado, un Derecho del Trabajo particularmente ineficaz y poco coherente en tanto causa del escenario expuesto. Y por otro, una Seguridad Social que no tiene como contingencia cierta la ocurrencia de la vejez activa.

La señalada hipótesis se sustenta sobre un escenario demográfico nacional objetivo. Uno que no deja mucho espacio para la sorpresa: que, independiente de la indefinición conceptual jurídica en Chile de la noción de vejez[5], el desarrollo ha dejado como expresión manifiesta y constante el envejecimiento de la población como cuestión demográficamente indesmentible, desde el cual no se ha cavilado el modo en que esta pujante fuerza laboral. El Observatorio del Envejecimiento de la Pontificia Universidad Católica de Chile el año 2021 plantea en su estudio "¿Está Chile preparado para envejecer?", que "Chile será el país con el menor porcentaje de población menor a 14 años, pasando de 27.3% a 14.3% en el período de 50 años (2000 - 2050), viendo una disminución de 13% en su población más joven. De este modo, Chile envejecerá más que el continente en su totalidad, el que pasará del 5.8% a 20.3% para las personas 65 y más, y de 31% a 16.3% en la población menor a

[4] CEPAL, "La inserción laboral de las personas mayores en América Latina", disponible en https://www.cepal.org/es/enfoques/la-insercion-laboral-personas-mayores-america-latina.

[5] Tras revisar una serie de normativa ad-hoc nacional, Fabiola Lathrop señala: "Como vemos, no queda clara la razón de la determinación de estas edades tan diversas, así como no es fácil fijar una edad a partir de la cual una persona pasa a ser "adulto mayor". Esto se debe, entre otras razones, a que no es lo mismo "edad biológica" y "edad cronológica". La vejez no constituye solo un proceso biológico; muy por el contrario, involucra también una serie de cambios a nivel mental, aspectos psicológicos, sociales, familiares, laborales, etc. Solo un ejemplo: la edad de jubilación de la población económicamente activa suele determinarse alrededor de los 65 años, los que, conforme a la edad cronológica, marcarían el paso de adulto joven a adulto mayor; sin embargo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha fijado el comienzo de la ancianidad en los 75 años", Lathrop Gómez, F.: Protección jurídica de los adultos mayores en Chile, en Revista Chilena de Derecho, vol. 36, No 1, 2009, pp-83-84.

14 años, en el mismo período mencionado"[6]. A su vez, da cuenta del hecho que Chile, "si bien hacia el 2050 no se encontrará entre los países más envejecidos a nivel OCDE, como Corea del Sur o Japón, con un 39.8% y 37.7% de personas mayores respectivamente, deberá considerar que se encuentra entre los 5 países con la mayor caída porcentual en lo que respecta a personas menores a 14 años, y a nivel porcentual la población más joven representará el 14.3% del total, a casi un punto porcentual de España (13.1%) y a casi 4 puntos de Japón en dicho indicador"[7].

El Instituto Nacional de Estadísticas (INE), por su parte, en el año 2018 elaboró en su anuario referente a las proyecciones de la población, un planteamiento estadístico de las personas en edad de trabajar (PET), concluyendo que "la proporción de la población en edad de trabajar (15-64 años) se reduce desde 2015 y, según la proyección, seguirá descendiendo hasta llegar a representar el 61% de la población en 2050. En cambio, la proporción de la población mayor de 64 años irá en aumento. Se proyecta que para 2018 este grupo de edad constituya el 12% de la población, mientras que para 2050 su presencia se duplique y llegue a 25%. Según la proyección, en el 2031 la proporción de personas mayores superaría la proporción de los menores de 15 años"[8]. Se está en presencia de un advenedizo envejecimiento activo; uno en el que este no asume la gramática del deterioro, sino que, muy por el contrario, se proyecta como una fase natural de la extensión de la vida humana en la que la adquisición de nuevas habilidades deviene una meta nueva.

Así las cosas, la pregunta de investigación que sustenta la hipótesis aludida necesariamente debe acunar los parámetros tutelares del Derecho del Trabajo en un cariz crítico, bajo el prisma de la demografía proyectada dentro de un mercado de trabajo caracterizado por las dinámicas de la IV Revolución Industrial. De esta forma, se plantea la siguiente pregunta: ¿Han resultado ser el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social chilenos unos suficientemente tutelares, coherentes y eficaces considerando tanto la estabilidad laboral, la Libertad y el Derecho al Trabajo de la población en edad de trabajar calificable como adulto mayor y su proyección demográfica, pensando en la adecuación de este trabajador y la sustentabilidad del régimen de pensiones?

2. LAS RECOMENDACIONES DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y MARCOS EXPUESTOS EN EL IV INFORME DE LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO DE 2013: BREVES LECTURAS

Expuestos elementos del entorno que tradicionalmente han sido desdeñados por el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a la hora de configurar su estructura con relación al adulto mayor, corresponde recoger los principales elementos que brinda la normativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Esto, especialmente desde las Recomendaciones Nº 162, 198 y 202 y el IV Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2013. De esta forma, se procederá a revisar 4 instituciones elementales, pensando en la futura reforma integral chilena del trabajador de edad, traducida en un Proyecto que debiera ver la luz como ley muy prontamente.

---

6 Observatorio del Envejecimiento (Pontificia Universidad Católica de Chile), "¿Está Chile preparado para envejecer?", disponible en: https://observatorioenvejecimiento.uc.cl/wp-content/uploads/2021/03/Reporte-¿Está-Chile-prepardo-para-envejecer__v7.pdf, p. 3.

7 Ibíd. Adiciona el mismo estudio, que "el caso chileno se torna más relevante si se considera que desde 2010, el país cuenta con la fuerza laboral más envejecida en Sudamérica y que en 2019, el 50% de esta tenía una edad igual o superior a 41.2 años (ver Figura 4), a diferencia de países como Brasil, Bolivia o Colombia, que si bien presentan aumentos en la edad de la fuerza laboral desde 2010, para 2019 el 50% no superaba los 38 años", Ibíd., p. 9.

8 Instituto Nacional de Estadísticas (Chile), "Estimaciones y proyecciones de la población de Chile 1992-2050. Total país", disponible en: https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/proyecciones-de-poblacion/publicaciones-y-anuarios/base-2017/ine_estimaciones-y-proyecciones-de-población-1992-2050_base-2017_s%C3%ADntesis.pdf?sfvrsn=c623983e_6, p. 5.

La protección del adulto mayor por parte de la OIT, en específico o directamente, es cuestión relativamente madura dentro de la organización. Previo a la Recomendación No 162, fue a través de normativa indirecta que se tendía a la protección de este sector. Piénsese que un instrumento como el Convenio Nº 111 OIT de 1958 (recién ratificado por Chile en septiembre de 1971) sobre Discriminación (ocupación y empleo) tendría que considerar a la edad como factor de discriminación. Pero ello no fue así, sino hasta el año 1962, con la Recomendación sobre Protección del Empleo, Nº 122, en su párrafo 16. Aquella llama a los países a implementar medidas efectivas que permitan "responder a las necesidades particulares de ciertas categorías de personas, tales como personas de edad, los inválidos y otros trabajadores, quienes pueden encontrar dificultades especiales originadas en cambios estructurales o en cualquier otra causa, o para quienes puede ser especialmente difícil cambiar de lugar de residencia u ocupación".

De 1962 pasamos al año 1975, año en el que se dicta la Recomendación Nº 150 sobre desarrollo de los Recursos Humanos. Este instrumento, si bien no está dedicado especialmente al mayor de edad trabajador y no se encuentra vigente al ser reemplazado por la Recomendación del mismo nombre de 2004, Nº 195[9], desarrolla un acápite específico sobre "Trabajadores de edad avanzada", el cual establece (lo destacado es propio) en lo pertinente:

> "Las medidas para remediar *las dificultades con que tropiezan los trabajadores de edad avanzada en el empleo* podrían consistir, según los casos, en:
>
> (…)
>
> (b) proporcionar a los trabajadores de edad avanzada la *orientación y la formación profesionales de que precisen*, especialmente en relación con cualquiera de las necesidades siguientes:
>
> (i) actualizar sus conocimientos y calificaciones *proporcionándoles las informaciones adecuadas* en el momento oportuno;
>
> (ii) elevar su nivel de instrucción general y de calificación profesional con el concurso de especialistas en formación de adultos *para equipararlos con los jóvenes mejor instruidos y capacitados que ingresan o trabajan ya en la misma ocupación*;
>
> (iii) *informarlos oportunamente sobre los medios de perfeccionamiento disponibles* e iniciar y proseguir ese perfeccionamiento *en el momento adecuado, es decir, antes de que se introduzcan nuevas técnicas y métodos de trabajo*;
>
> (iv) poner *a su disposición otro empleo*, en su propia especialidad o en otra distinta, en que puedan utilizar sus calificaciones y conocimientos, en la medida de lo posible, sin pérdida de ingresos;
>
> (v) cerciorarse de que no estén privados de la *formación profesional por límites de edad máxima de admisión a dicha formación, fijados sin atender a la realidad*;
>
> (vi) elaborar *métodos especiales de formación profesional* adaptados a las necesidades de los trabajadores de edad avanzada;

[9] Instrumento en el que derechamente se elimina toda consideración específica al trabajador de edad avanzada, al modo realizado en la Recomendación No 150.

(vii) tomar todas las medidas necesarias para poner a su disposición instructores competentes en cuanto a sus cualidades técnicas y pedagógicas y que estén bien preparados para impartir una *formación complementaria adaptada a las necesidades de los trabajadores de edad avanzada*;

(c) *incitar a los trabajadores de edad avanzada a aprovechar los servicios de orientación y de formación profesionales o las oportunidades de traslado* que pueden ayudarlos a superar sus problemas;

(d) informar al público en general, y *especialmente al personal de orientación y formación profesionales, al personal de los servicios del empleo y de otros servicios sociales* competentes, a los empleadores y a los trabajadores, de los *esfuerzos de adaptación al empleo* que los trabajadores de edad avanzada pueden verse precisados a realizar y de la *conveniencia de ayudarlos* en tales esfuerzos".

Resulta interesante extraer ciertos aspectos de una Recomendación que ve la luz en la década de los 70 del siglo XX, caracterizada por las olas flexibilizadoras particularmente exitosas desde su influencia en la estructura a nivel global[10]. Tales se movieron entre la desregulación total y la morigeración de los cotos estructurales de la legislación laboral, *v. gr.*, remuneracionales, de tiempo de trabajo, de las labores a desempeñar, libre despido o causado, etc. La eliminación, dicho de otro modo, de todo cuanto inhibiese el libre desarrollo del empleo y del mercado. De este modo, estos remedios propuestos por la OIT en la Recomendación referida deben verse modalizados por el escenario flexible descrito:

— Todo cuanto se proponga en la Recomendación presupone un trabajador ya contratado. Cuestión que se colige desde el uso "en el empleo", previo a los remedios señalados. Es decir, era esta una Recomendación cuyo núcleo es el trabajador mayor de edad que ya ha superado el umbral de la cesantía y se encuentre trabajando.

— Se debe orientar, incitar y capacitar al trabajador mayor de edad. En esta senda, se persigue la equiparación con los jóvenes, realzando la formación técnica actualizada en desmedro de la experiencia. Por lo mismo, esta capacitación debe darse en el momento adecuado, antes que se introduzcan las nuevas técnicas y métodos.

— Se recomienda, bajo la lógica del no desmedro, proporcionar al trabajador otro empleo, sea este de la especialidad o no.

— Dar a conocer los esfuerzos de adaptación de los trabajadores de edad avanzadas particularmente a los que orientan y los servicios estatales.

[10] "La propuesta era reducir derechos laborales, desregular las condiciones de trabajo y adaptarlas a las necesidades económicas para solucionar las "rigideces del mercado laboral". Tales medidas se alinearon con el neoliberalismo, que desde la primera mitad del siglo XX había enfocado su atención en las organizaciones de trabajadores y sus movimientos sindicales, considerándolos parte del problema por encarecer el empleo y obstaculizar el crecimiento del mercado y del empleo. Al mismo tiempo, en el horizonte temporal estudiado los desarrollos de la tecnología productiva, de transportes y las telecomunicaciones incrementaron la competencia a nivel internacional y fueron las herramientas para importantes desplazamientos de las manufacturas hacia regiones que ofrecieran condiciones más favorables al capital, el decir menores costos de la fuerza de trabajo", Llanos Reyes, C., Pinto Sarmiento, Y., González Pizarro, J.: La flexibilización laboral desde las décadas de 1970 y 1980. Una historia más allá de los límites de lo nacional, en Revista de Historia de la Universidad de Concepción, No 30, 2023, p. 26.

Notar que, en caso alguno, la Recomendación trata o propone un tratamiento distinto pensando en la terminación del contrato de trabajo del adulto mayor. A su vez, tampoco se delinea un rol activo y/o subsidiario de los Estados a nivel formativo o de capacitación.

Ya en 1980 la OIT dicta la Recomendación No 162 sobre Trabajadores de Edad, cuyo acápite III "Protección" resulta especialmente de interés, abarcando soluciones indicadas en la Nº 150. Sucintamente, plantea:

— La promoción de una continuidad laboral para que los trabajadores de edad sigan trabajando en condiciones satisfactorias.

— Textualmente, el punto 18 señala (lo destacado es propio): "En caso de reducción del número de trabajadores, especialmente en las *industrias en situación declinante*, deberían hacerse *esfuerzos especiales para tener en cuenta las necesidades específicas de los trabajadores de edad,* por ejemplo facilitando su *readaptación profesional* en otras industrias, mediante una ayuda para *asegurarles un nuevo empleo* o garantizándoles una *protección adecuada* de sus ingresos o una *compensación financiera apropiada*.

— Por su parte, el punto 19 de este punto III indica: "Deberían hacerse esfuerzos especiales para *facilitar el empleo o la reincorporación al empleo de las personas de edad que busquen trabajo después de una inactividad profesional* debida a sus responsabilidades familiares".

El trabajo en condiciones satisfactorias[11] demuestra ser, a la vez, un antecedente y manifestación prístina del trabajo decente; idea que ciertamente sintetiza los pilares del obrar de la OIT en torno a creación de empleo, protección social, derechos en el trabajo y diálogo social. Por lo mismo, y en tanto manifestación de aquel, los puntos 18 y 19 del acápite III, *ut supra* transcritos, desarrollan la aspiración de la entidad en orden a que sus países miembros consideren la específica realidad y necesidades de los trabajadores de edad para el evento que una empresa en dificultades tenga que despedir trabajadores. Propone readaptación en otras industrias, una compensación o indemnización correcta y, finalmente, cooperación en la recolocación en un nuevo empleo. Crear empleo es, en esta senda, proteger la fuente del mismo, procurando el establecimiento de niveles sociales en la decisión del despido, apoyando la estabilidad de este trabajador. Existe especial consideración de la OIT cuando de un trabajador mayor de edad que ha tenido inactividad profesional motivada por responsabilidades familiares, y pretende este reincorporarse al mercado de trabajo.

Por su parte, ya en el 2006 la OIT emite la Recomendación No 198. Esta normativa recoge la realidad de décadas de flexibilidad, reconociendo a ciertos grupos de personas que, trabajando, se ven en la incertidumbre de efectivamente tener en los hechos, una relación de trabajo. Junto con los trabajadores de edad, la OIT alienta a los países miembros protejan especialmente -sin distinción en

[11] El artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 7, prescribe qué es lo que debe entenderse por condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos".

el *iter* contractual- a la mujer trabajadora, jóvenes, a quienes se desempeñan en la economía informal, migrantes y discapacitados.

La Recomendación Nº 202 del año 2012 enfoca la problemática desde el prisma de los pisos de protección social. El acápite II en el punto 5 letra c) indica que estas bases deben, al menos, contemplar la "seguridad básica del ingreso, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional, para las personas en edad activa que no puedan obtener ingresos suficientes, en particular en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez", para luego en el mismo punto, pero en su letra d), procurar los Estados miembros vislumbren la "seguridad básica del ingreso para las personas de edad, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional".

Finalmente, debe hacerse mención al IV Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2013, "Empleo y protección social en el nuevo contexto demográfico"[12]. Unos de los acápites más relevantes son "Posibilidad de prolongar la vida laboral" y "Garantizar una seguridad social adecuada y sostenible para todos", los cuales son posibles de resumir en las siguientes ideas marco[13]:

1.- En lo que respecta a la prolongación de la vida laboral, se asume que tal variable es un medio relevante a fin de preservar los sistemas de seguridad social. En esta senda, la sostenibilidad de un sistema de seguridad va de la mano con la estructura de edad de los trabajadores, retrasando la edad de jubilación. Esto traería consigo un aumento de las cotizaciones, así como una reducción de los pensionados y el porcentaje que representa a nivel del PIB en tanto carga las pensiones. El informe asume, con todo, que esta hipótesis podría no llegar a ser válida, pues presupone que el trabajador de edad debe tener empleos decentes y productivos, lo que no sucede frecuentemente.

   Europa, en una senda de retraso en la edad de jubilación, lo que ha efectuado es plantear reformas tendientes a suprimir progresivamente los planes de jubilación anticipada, aumentando la edad de jubilación, incentivando la vida laboral y castigando a quién igualmente se jubile anticipadamente.

2.- Fuera de los países OCDE, se constata que las bajas pensiones por el Estado son aquellas que llevan a que las personas que necesitan trabajar lo sigan haciendo formalmente, empero, este mismo factor también es fuerte incentivo para la informalidad.

3.- La vejez como un factor determinante de la pobreza, específicamente en mujeres, se extrapola al conjunto familiar, atentando contra sus niveles de bienestar. Como los ingresos del hogar se comparten entre más personas, el consumo *per capita* se reduce.

   Contener gastos ha sido el mantra constante cuando de seguridad social y cambios demográficos se trata. Por lo mismo, desde la OIT se promueve la generación de políticas tendientes a fijar niveles mínimos de seguridad social, combinados -en su caso y teniendo presente las realidades particulares de cada Estado- igualmente con medidas de asistencia social.

4.- La extensión de la vida laboral puede no ser lo más adecuado para todos. Imponer edades de jubilación a quienes, por ejemplo, carecen de lagunas previsionales, han tenido trabajos particularmente peligrosos o ya sencillamente carecen de buena salud, no parece ser una política de organización de trabajo receptiva ni del mercado en que se inserta ni de las realidades específicas en que los trabajadores desarrollaron su vida laboral. Lo

[12] Organización Internacional del Trabajo: Empleo y protección social en el nuevo contexto demográfico. 1a ed. Ginebra: Oficina internacional del trabajo, 2013.

[13] Cf. Ibíd., pp. 82-94.

cualitativo con referencia al trabajo y la salud son circunstancias que deben ser anotadas en la generación políticas públicas con enfoque en la vejez por parte de los Estados.

5.- Centrada en el desarrollo y actualización de las competencias, los avances tecnológicos deben ser asumidos de conformidad al curso de la vida, bajo la lógica del aprendizaje permanente. Se sigue la carrera laboral de las personas (*v. gr.* países escandinavos) y se dan oportunidades ciertas de capacitación en el lugar de trabajo. Esto incluye la aplicación de medidas prioritarias cuando de trabajadores mayores de edad se trata.

6.- Retener al empleado de edad avanzada puede encasillarse en 2 grandes categorías. La primera, en que se reducen o eliminan las cotizaciones de los empleadores. La segunda, mediante pagos, ya sea de bonos, subsidios salariales y transferencia de prestaciones por desempleo.

7.- Finalmente, no resulta aconsejable entender a los trabajadores de edad como un grupo con características homogéneo y sin tintes diferenciables entre sus integrantes. Ello implica, a su vez, la generación de políticas específicas.

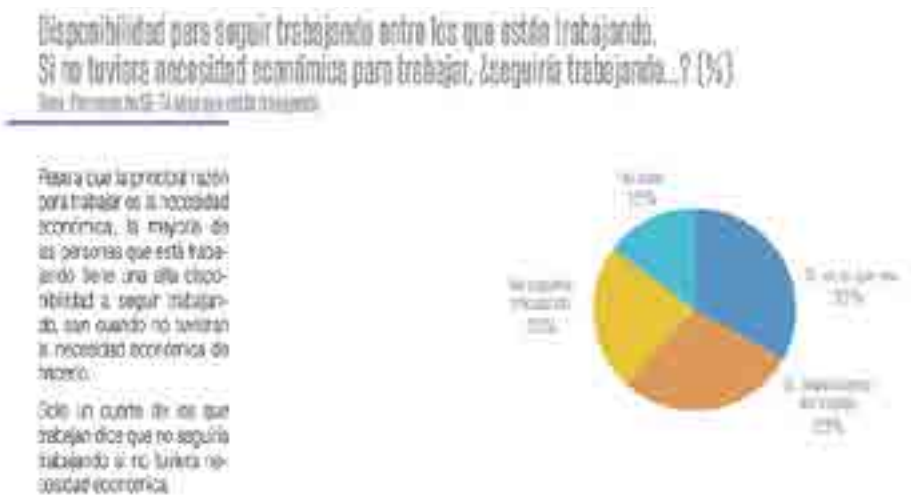
3. CAPACITACIÓN, ESTABILIDAD, PENSIONES Y REFORMA. FACTORES DE REVISIÓN DE LA REALIDAD LABORAL DEL ADULTO MAYOR

3.1. Capacitación, Libertad y Derecho del Trabajo en Chile: coherencia y demografía tecnológica

Si se revisan en mayor profundidad los cambios demográficos de la sociedad chilena respecto a las características de su mercado del trabajo, es posible dar cuenta de un grupo de trabajadores que va entre los 55 a 74 años con un perfil altamente laboral, diferenciable y claro. En un muy completo estudio suscrito el año 2018 por la Pontificia Universidad Católica, SENCE y OTIC del Comercio, Servicios y Turismo, se concluye que (el destacado es propio) "*casi la mitad de las personas entre 55 y 74 años está trabajando* (48%), con importantes diferencias por edad, género y educación. Entre los 55 y 59 años, un 67% trabaja, habiendo más de 30 puntos porcentuales de diferencia entre los hombres, donde un 85% trabaja y, las mujeres, donde un 51% trabaja. Las edades legales de jubilación por género (65 años en hombres y 60 años en mujeres) son más decisivas para los hombres que para las mujeres. *Desde los 65 años, la tasa de participación laboral de los hombres se reduce a 50% en el tramo entre 65 y 69 años y a 30% entre los 70 y 74 años*. Entre las mujeres, la reducción en la participación laboral se produce en la misma magnitud (15 puntos porcentuales) en el tramo de edad entre 60 y 64 años respecto del tramo entre 55 y 59 años y en el tramo entre 65 y 69 años respecto del de 60 y 64 años. *Tanto en hombres como en mujeres contar con mayor educación se asocia con mayor participación laboral*, pero las diferencias por nivel educacional son más grandes en las mujeres que en los hombres"[14]. En términos sencillos, se observa que el mentado grupo, más allá de tener diferencias entre hombres y mujeres que resultan sobreabundantes reiterar, comparte entre sus integrantes un factor sobre el que se construye el presente apartado: que prácticamente la mitad de ellos y ellas trabajan y desean trabajar, con un preocupante descenso porcentual entre quienes se arriman a los 70 años. Sustentada en la necesidad económica para trabajar, se conforma el siguiente cuadro[15]:

[14] Pontificia Universidad Católica, SENCE y OTIC del Comercio, Servicios y Turismo. Trabajo y personas mayores en Chile. Lineamientos para una política de inclusión en Chile, disponible en: https://sociologia.uc.cl/wp-content/uploads/2018/03/trabajo-y-psms-en-chile-web.pdf, p. 25.

[15] Ibíd., p. 37.



Esto habilita a preguntarse, a su vez, en las razones por las cuales se da un descenso en la empleabilidad al llegar a dicha edad. Una de las primeras cuestiones que se descartan en el estudio es el hecho que los adultos mayores no quieran seguir trabajando en razón del arribo de la edad de jubilación. Lo cierto es que, si bien "muchos trabajan por razones de índole económico más de la mitad de los que están trabajando se muestran dispuestos a seguir trabajando, aun cuando no tengan la necesidad económica de hacerlo. Esto es consistente con que las expectativas de edad de retiro se ubican por encima de las respectivas edades de jubilación legal por género"[16]. Por tanto, la jubilación no es factor para dejar de trabajar, empero, tampoco lo económico lo es para, necesariamente, continuar desarrollando labores. Un estudio más reciente de la Universidad de los Andes del año 2023[17], permite razonar que disgregado un 81.2% de adultos mayores con interés de seguir trabajando, el factor educacional formal resulta ser un factor eminente a la hora de tener interés en seguir trabajando por parte del trabajador adulto mayor:



16 Ibíd., p. 30.

17 Centro para el Envejecimiento de la Universidad de los Andes: Informe estudio preferencias motivacionales y laborales personas mayores de la Región Metropolitana, disponible en: https://www.uandes.cl/wp-content/uploads/2023/09/Informe-CEUANDES-CAPITAL-PM-.pdf, p. 29.

Es entonces que cabe ir cerrando cada vez más el cerco analítico, y volcarse a la preparación de quienes continúan laborando -cualquiera sea su argumento- siendo ya adultos mayores.

Parafraseando los resultados, las investigaciones revisadas permiten auscultar una preparación del trabajador adulto mayor que se ve condicionada por un ingreso muy temprano al mercado del trabajo[18], con una alta estabilidad laboral y preeminencia hacia la subordinación y dependencia[19]. No resultan extraño notar, entonces, que los niveles de formación formal, en general, sean bajos. Es precisamente la conjunción de dichos factores aquello que imposibilita observar a la capacitación como factor de mantención y perfeccionamiento de aquellos trabajadores que se mantienen activos en el mercado laboral ya en su madurez. Esto guarda fundamento en, justamente, una arista que tiende a ser desdeñada: en el deseo del trabajador de ser capacitado, al alero del desmedrado nivel educacional de la media del trabajador de tercera edad en Chile. En efecto, y "pese a este bajo nivel educacional, el 83% de los trabajadores percibe que su trabajo actual es adecuado en relación a su nivel de formación, estudios o experiencia laboral"[20], no observándose a la capacitación como algo útil; cuestión comprensible al alero de historias laborales en el que la estabilidad no se forjó -inevitablemente- en razón de actualizaciones formales constantes. Por ello, no debe extrañar que sea muy baja "la presencia de capacitación (…), pese a que alrededor de un tercio de los trabajadores y poco más de la mitad de los retirados disponibles manifiesta disposición a asistir a un curso de capacitación"[21]. Empero, los hechos demuestran que por más intenciones existan en orden a capacitarse, meramente el 4% de los trabajadores cuyas edades fluctúan entre los 60 y 74 años ha participado en una sesión de capacitación laboral de 8 o más horas durante el último año -2016-, y solo el 0,4% de los mayores de 75 años[22]:



[18] "El inicio de la vida laboral para quienes trabajaron alguna vez fue relativamente temprano. El 69% trabajó "la mayor parte de los años" entre los 18 y los 24 años. La trayectoria laboral difiere por género, donde a toda edad los hombres trabajaron más que las mujeres. Los que se mantienen trabajando han tenido durante toda su vida una mayor inserción en el trabajo", Ibíd., p. 28.

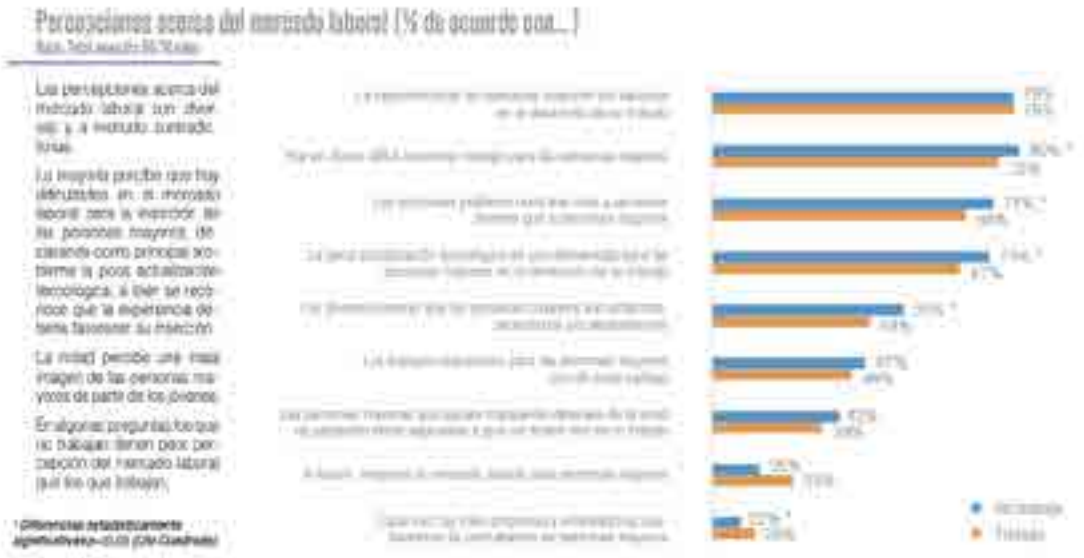
[19] "Las trayectorias laborales de tipo de trabajo han sido variadas: poco menos de la mitad se cambió algunas veces de trabajo, más o menos un cuarto se cambió muchas veces y poco más de un cuarto nunca se cambió. La estabilidad laboral en el mismo lugar es mayor que la del mismo tipo de trabajo. También es relativamente alta la estabilidad en una misma posición laboral, donde un 73% expresa haber trabajado la mayor parte como dependiente, un 20% como cuenta propia y solo un 7% en ambas posiciones laborales. Las mujeres y las personas retiradas tuvieron trayectorias laborales más estables en todas las dimensiones analizadas. Entre los que han trabajado alguna vez, un tercio nunca se encontró desempleado en su vida por más de un mes, un 42% estuvo desempleado entre 1 y 3 veces, 15% entre 4 y 6 veces y 11% más de 6 veces. Los retirados que están disponibles para trabajar han estado más desempleados que el resto", Ibíd.

[20] Ibíd., p. 30.

[21] Ibid.

[22] Cf. Centro de Políticas Públicas UC. Adultos mayores: un activo para Chile. Disponible en: https://politicaspublicas.uc.cl/wp-content/uploads/2017/06/Adultos-Mayores-un-activo-para-Chile.pdf, p. 22.

Uno de los puntos más relevantes a analizar tras el recién analizado es el factor de la tecnología en tanto arista capacitable. El ya referido estudio de la Pontificia Universidad Católica, SENCE y OTIC del Comercio, Servicios y Turismo establece a nivel estadístico sobre la sugestiva base de la percepción de quienes laboran y quienes no lo hacen que la escasa actualización tecnológica es una desventaja para el adulto mayor a la hora de desarrollar su trabajo[23]:



Pero también recurre a las empresas en una dinámica de estudio de campo, a efectos de extrapolar la percepción del sector trabajador con los pareceres de quienes contratan. Extraigo del estudio 3 opiniones desde la perspectiva de la capacitación y la contratación de adultos mayores que me parecen descriptivas tanto de una animosidad en torno a la caridad, como de las expectativas de las empresas hacia los prospectos y actuales asalariados de tal grupo etario (lo destacado es propio): "No, yo *creo* que no (debieran haber capacitaciones para personas mayores), *cómo vas a invertir en alguien que ya está próximo a jubilarse o que sigue trabajando*, si lo hay deben ser muy pocas" (Otros rubros, PYME, RM) (…) "Los procesos de inducción para la gente de más edad tienen que ser más establecidos, más claros y todo. Porque a veces como que llegan un poco, *llegan medios perdidos* con algunos temas, entonces hay que... pero yo creo que, *con buenas directrices, en el fondo se soluciona*. (...) *Ayudarlos un poco más al principio*. Pero eso, yo creo que, a la larga, te da mayores beneficios" (Comercio-turismo, PYME, RM) (…) "Yo creo que el factor fundamental tiene que ver con la *adaptación a las nuevas tecnologías*, yo creo que el *reciclaje laboral* de las personas mayores de cincuenta y cinco años creo que es un factor importante para poder tener mejor empleabilidad" (Comercio-turismo, PYME, RM)"[24].

Si se aúna en ideas nucleares lo expuesto en este punto, es posible decir que más de la mitad de los adultos mayores chilenos, con escasa capacitación tecnológica, han trabajado, trabajan o están dispuestos a ingresar subordinadamente al mercado del trabajo. Este último se presenta como un medio reduccionista desde el canto de su percepción a esta fuerza laboral, casi al borde de la caricatura y el estereotipo en desmedro de la operatividad de derechos fundamentales tales como la Libertad y el Derecho al Trabajo, descartando la capacitación del adulto mayor bajo el argumento

[23] Pontificia Universidad Católica, SENCE y OTIC del Comercio, Servicios y Turismo. Trabajo y personas…, p. 55.
[24] Ibíd., p. 64.

de la cercanía a la jubilación y un bajo número de personas que laboran. Variables que, según se ha visto, además de ser falsas, son asumidas míticamente -es decir, creídas sin base empírica que les de sustento- a efectos de resolver el tema de la vida laboral del adulto mayor. Lo cierto es que según puede destilarse de los estudios revisados, la materia del presente estudio para el empresariado chileno es un tema, mas no un problema. Este talante devela, en primer lugar, una nula autocrítica, deslizando un discurso corporativo que, cual mantra, reza que sobre la base de un reciclaje laboral en pro de la mejor empleabilidad de los mayores de 50 años, es posible hablar de una adaptabilidad a las nuevas tecnologías, ayudándolos a integrarse. Pero además releva, ya en segundo término, el fracaso institucional del Derecho chileno en esta materia.

En efecto, y según se revisará en lo sucesivo, lo realmente preocupante es que el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social nacionales no hayan asumido en serio la irritación sistémica que representa la circunstancia que un grupo importante de la población -que busca legítimamente su protección- se vea desguarnecida por representar, el mismo en si, una carga social que sigue siendo irresoluta[25], tanto al ingreso a trabajar, como al término de la relación de trabajo en clave tutelar. No existe retraducción eficaz alguna de estos subsistemas jurídicos en orden a asimilar bajo su núcleo las complejidades de un sector poblacional que, deseando ingresar a trabajar y/o mantener su trabajo, por su edad, es sencillamente discriminado. Ambas ramas prefieren leer las señales del entorno desentendiéndose de factores demográficos esenciales para la promoción de una estructura coherente con sus principios tutelares.

3.2. La falsa estabilidad laboral chilena: necesidades de la empresa, adecuación y capacitación técnica del adulto mayor

Chile representa un espectro laboral que, desde lo normativo, asienta la estabilidad laboral de quienes forman parte de su mercado de trabajo desde lo relativo. Ello significa, en palabras de la Corte Suprema -con destacado propio-, que "el trabajador goza del derecho a mantener su fuente de ingresos en la medida *en que no incurra* en alguna de las causales previstas por la ley para poner término al contrato de trabajo, al margen *de la prerrogativa que se otorga al empleador en el artículo 161 del Código del Trabajo, en el sentido de poder desvincular al dependiente por necesidades de funcionamiento* de la empresa o desahucio; en *aras de tal principio* se establecen por el legislador causales objetivas y subjetivas de terminación de la relación laboral"[26]. Es decir, el máximo interprete normativo en Chile expresa que, únicamente en la medida que el trabajador no incurra en las causales establecidas por la ley para poner término al contrato de trabajo, este mantendrá su fuente de ingresos, asumiendo desde ya la existencia de un mal llamado despido: las necesidades de la empresa, lisa y llanamente denominadas por la Corte Suprema como una prerrogativa del empleador, diferenciable de aquello cuanto el trabajador pueda llegar a incidir mediando su voluntad.

Las causales no son mera cuestión argumental en torno a la terminación del contrato de trabajo, amparables bajo la noción de "lo justificable". Expresan el supuesto ideológico sobre el cual se sustenta la tutela del Derecho del Trabajo. Aquel, en la medida que su flexibilidad no mute en la deformación de su núcleo, coadyuva a imprimir en las interpretaciones dables de su texto la necesaria significancia de estabilidad ante la relatividad campante en el sistema de despido chileno. Expresa Domínguez Montoya que "entre mayores sean los niveles de indeterminación de la causalidad,

[25] "La superación del concepto de riesgo se opera cuando la indemnización no se limita a riesgos futuros e inciertos, elementos éstos típicos de la noción de riesgo en sentido estricto, sino que se extiende a eventos susceptibles de compensación pero ya realizados. De aquí que la doctrina francesa proponga, en sustitución de la expresión riesgo social, la de cargas sociales", Hernández Martín, D. "El ámbito objetivo de la Seguridad Social", VV.AA. Diez lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social, Madrid, Artes Gráficas Helénica, 1964, p. 59.

[26] Humeres Noguer, H.: "2005. Corte Suprema, 23 de junio de 2005. Vilches Zapata, Ricardo con Segetrans Transportes S.A. (casación en el fondo)", en: Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (1), p. 369.

mayores serán los niveles de inseguridad jurídica, desfavoreciendo la posición de los más interesados en la plena justificación de las medidas extintivas como son los trabajadores eficacia de los derechos laborales a la voluntad del empleador. Esto, por cuanto el despido como acto de poder y autotutela, se constituye como un mecanismo expeditivo, que deja en las manos de una de las partes, el empleador, la posibilidad de extinguir la relación laboral sin acudir al juez"[27].

No obstante lo expuesto, existe suficiente consenso doctrinal y jurisprudencial en Chile en orden a indicar que la causal de necesidades de la empresa representa un señero ejemplo de apertura e indefinición. Si se revisa el artículo que la contiene -161 inciso 1º del Código[28]-, es dable concluir que está redactado "en términos tan vagos y amplios, que cualquier circunstancia económica puede ser calificada como tal"[29]. Si a lo anterior se agrega que invocación de la causal implica el pago inmediato de determinadas indemnizaciones[30], más que una causal, estamos en presencia de una prorrogativa empresarial que precisa meramente de una formal motivación en pro de perfeccionar el despido del trabajo. En efecto, y aun cuando el trabajador judicialice la terminación del despido por considerar que la aplicación de la causal es indebida, injustificada o improcedente, aquella podrá hacerse igualmente efectiva "mediante el pago de la indemnización por parte del empleador, por lo que la facticidad o concreción del despido por esta causal vendrá dada por su mayor o menor capacidad económica.

Es por ello que, siguiendo ahora al artículo 169 del mismo cuerpo, el antedicho aviso al trabajador supone una oferta irrevocable de pago de la indemnización por años de servicios, *ergo*, no pudiendo ser dejada sin efecto, la que deberá ser pagada en un solo acto al extenderse el finiquito, salvo pacto en contrario"[31]. El modo en el que se configura normativamente la causal "constituye un "incentivo" para impedir su impugnación, más aún si esta tiene limitaciones importantes de cuantificación[32]. Sumado a lo anterior, esta modalidad de despido no tiene limitaciones cuantitativas ni limitaciones temporales de concreción, pudiendo materializarse un Despido Colectivo, sin requisitos adicionales, ni autorizaciones de ningún tipo, siendo inexistente la intervención de poderes públicos y organizaciones sindicales"[33]. Lo relevante, al final del día, es que el despido por necesidades de la

---

27 Domínguez Montoya, Á., "La fragilidad causal del despido en Chile: disponible en: análisis, críticas y propuestas", disponible en: http://www.centrass.utalca.cl/docs/documentos/Primer%20Panel.Ponencia%20General.pdf, p. 15.

28 Art. 161. Sin perjuicio de lo señalado en los artículos precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores. La eventual impugnación de las causales señaladas, se regirá por lo dispuesto en el artículo 168.

29 Ugarte Cataldo, J.L: Derecho del Trabajo, Flexibilidad Laboral y Análisis Económico del Derecho. Santiago: Editorial Lexis Nexis, 2004, p. 40.

30 Art. 163. Si el contrato hubiere estado vigente un año o más y el empleador le pusiere término en conformidad al artículo 161, deberá pagar al trabajador, la indemnización por años de servicio que las partes hayan convenido individual o colectivamente, siempre que ésta fuere de un monto superior a la establecida en el inciso siguiente.
A falta de esta estipulación, entendiéndose además por tal la que no cumpla con el requisito señalado en el inciso precedente, el empleador deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente a dicho empleador. Esta indemnización tendrá un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración.
La indemnización a que se refiere este artículo será ompatible con la sustitutiva del aviso previo que corresponda al trabajador, según lo establecido en el inciso segundo del artículo 161 y en el inciso cuarto del artículo 162 de este Código.

31 Pizarro Contreras, S.: "La terminación del contrato de trabajo por necesidades de la empresa y el despido colectivo: análisis comparado de la legislación chilena y alemana", en: AA.VV. Estabilidad en el empleo. Estudios en homenaje al profesor Francisco Walker Errázuriz. Ediciones On Demand, Santiago: 2017, p. 277.

32 Considérese que, al alero del artículo 168 letra a) del Código del Trabajo, "el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la de los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, aumentada esta última de acuerdo a las siguientes reglas: a) En un treinta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación improcedente del artículo 161;"

33 Domínguez Montoya, Álvaro, "La fragilidad…", p. 16.

empresa depende del empleador, bien de su capacidad económica y en rigor, de su libre albedrío. "Así las cosas, la causal de despido de necesidades de la empresa se usa en muchas ocasiones en forma residual. El empleador no ve otra forma de prescindir de su trabajador por lo que invoca la causal debido a las características ya señaladas. Y el legislador da señales en este sentido, no expresas por cierto, pero en ciertas disposiciones le otorga este carácter"[34].

Si acotamos las disquisiciones sobre la causal de necesidades de la empresa en Chile en torno al tema de la capacitación, en abstracto, la legislación chilena ya tendría resuelta desde la perspectiva genealógica, la problemática discriminadora por falta de adecuación del adulto mayor. Esto, pues mediante la ley Nº 19.759 promulgada en septiembre de 2001, el Derecho del Trabajo chileno proscribió la posibilidad que originalmente prescribía el artículo 161 inciso 1º del Código del Trabajo[35]: la de incluir dentro del halo de racionalidad técnica inherente a esta causal, la falta de adecuación laboral o técnica del trabajador, eliminando el haz de flexibilidad que la legislación le dotaba en desmedro de la estabilidad. Por tanto y, en definitiva, aun cuando el empleador pretendiese sustentar la prudencia de su decisión de término del contrato de trabajo pues el trabajador no se ha adecuado técnicamente, lo cierto es tal contingencia fue proscrita por el legislador laboral hace ya prácticamente 22 años. Todo lo anterior, sin obviar que a nivel constitucional se establece en el artículo 19 Nº 16 -el cual trata la Libertad y el Derecho al Trabajo- como los únicos criterios de discriminación la capacidad y la idoneidad personal, y a nivel legal el Código del Trabajo en su artículo 2 y en una enumeración *numerus apertus* incluye como categoría de discriminación a la edad. "Dicho de otra manera: por un lado, el empleador tiene derecho a optar por aquel trabajador que considere más capacitado o idóneo para una función específica; pero, por otro, el trabajador tiene derecho a que no se le discrimine por causas ajenas a su capacidad o idoneidad para el cargo o función"[36]

Lo cierto es que, no obstante lo terminante de la imposibilidad de despedir mediando la falta de adecuación técnica, cierta doctrina chilena daba cuenta de una cierta *contradictio in terminis* en el giro de tuerca del legislador de la ley Nº 19.759. Parafraseando a Thayer, si bien la eventualidad de justificar un despido por necesidades de la empresa en aquella circunstancia solo podría darse en la medida que los esfuerzos en pro de la adecuación del trabajador resultasen fútiles, "no hay como refutar que es una necesidad de la empresa poner término a los servicios de un trabajador que no se adecua laboral o técnicamente a las funciones para las cuales fue contratado"[37]. El parecer expuesto ha sido refrendado mediando la excelente salud de la que goza a nivel comparado, *v. gr.*, la causal objetiva de "falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo", contemplada en el artículo 52 letra b) del Estatuto de los Trabajadores de España (ET), país cuya legislación que continuamente es observada por Chile para sus procesos de reforma o génesis normativa. Con el matiz, por cierto, que a diferencia del caso chileno, España presenta un componente social a propósito de la invocación de esta causal basado en la capacitación y el reintegro al mercado laboral, amortizando por un lado las consecuencias de encontrarse sin trabajo intempestivamente y, por otro, fortaleciendo en abstracto la operatividad del Derecho al Trabajo.

---

34 Silva Niño de Zepeda, R.: De las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio: su problemática y relación con el Procedimiento de Tutela Laboral. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago: Universidad de Chile; Facultad de Derecho, 2011, p. 72.

35 El artículo 161 original del Código del Trabajo, incluía en su inciso primero tal posibilidad del siguiente modo: "Sin perjuicio de lo señalado en los artículos precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores, y la falta de adecuación laboral o técnica del trabajador".

36 Irureta Uriarte, P.: Constitución y Orden Público Laboral. Santiago, Facultad de Derecho-Universidad Alberto Hurtado, 2006, p. 87.

37 Thayer Arteaga, W.: Dimensión Histórica del Código del Trabajo. Ediciones de la Universidad del Desarrollo, Santiago: 2008, p. 63.

En efecto, España en su ya aludido artículo 52 letra b) del ET, prescribe determinadas exigencias para que el empleador pueda despedir a un trabajador por inadaptación[38]: que las modificaciones técnicas sean razonables, facilitación por parte del empleador de un curso en pro de la adaptación del trabajador para los cambios, y que el término del contrato de trabajo solo puede producirse habiendo transcurrido, al menos, dos meses desde que se introdujo la modificación o finalizó la formación de adaptación[39].

Resultando evidente que la legislación chilena ni remotamente observó a su par española en esta materia, interesante resulta notar a efectos analíticos cuanta falta de rigor disciplinar se observa en el comentario de Thayer; esto, desde la perspectiva de la congruencia del Derecho del Trabajo. De aquel no es difícil extraer que da la objetiva impresión que el autor no fue capaz de distinguir entre la imputabilidad de la causal y voluntad del trabajador con relación a su aplicación, como si mayormente la voluntad del trabajador fuere primordial a la hora de demarcar los derroteros de su vida laboral. Es de suyo claro que en esta clase de despido por falta de adecuación el trabajador es a quién le es imputable aquella carestía técnica, mas, aquella no recae sobre su voluntad, salvo que queramos ver una suerte de negligencia o dolo por parte de él. No debe obviarse en esta argumentación que, por lo demás, el deber de capacitar en la legislación laboral chilena es que uno que recae en el empleador primariamente, y luego en un cariz subsidiario, al Estado[40].

Considerando ello, la solución que dio el Derecho del Trabajo chileno fue una basada, a diferencia de la anotada legislación española, en una consideración particularmente facilista y hasta, inocente: la asunción que, mediando la extracción normativa de la posibilidad, el empleador se inhibirá de despedir a un trabajador que no le es útil desde la faz del rendimiento por no adecuarse tecnológicamente. Los hechos demuestran que no obstante el encasillamiento de la causal como una de naturaleza técnica, de mercado, e incluso, como una en la que la propia voluntad del empleador se ve anulada no quedándole otra alternativa que despedir al trabajador[41], el Derecho Laboral chileno se

[38] Considerar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 03 de Octubre del 2003, Recurso No 551/2003: "La falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas, precisamente durante su situación de baja por maternidad, tampoco pueden ser esgrimidas como justificativas del despido, cuando no consta que a la actora se le haya facilitado cursos de reconversión o perfeccionamiento, máxime teniendo en cuenta que la implantación del nuevo sistema informático concluyó en Abril del año 2000, y la actora se reincorporó a su trabajo, procedente de la baja por maternidad el 29 Abril 2002".

[39] En profundidad, Gorelli Hernández, J.: "El rendimiento como causa de extinción del contrato de trabajo", en: Revista Derecho & Sociedad, N° 53, p. 77.

[40] Ello se extrae desde lo prescrito por el artículo 179 del Código del Trabajo: "La empresa es responsable de las actividades relacionadas con la capacitación ocupacional de sus trabajadores, entendiéndose por tal, el proceso destinado a promover, facilitar, fomentar y desarrollar las aptitudes, habilidades o grados de conocimientos de los trabajadores, con el fin de permitirles mejores oportunidades y condiciones de vida y de trabajo; y a incrementar la productividad nacional, procurando la necesaria adaptación de los trabajadores a los procesos tecnológicos y a las modificaciones estructurales de la economía, sin perjuicio de las acciones que en conformidad a la ley competen al Servicio Nacional de Capacitación y Empleo y a los servicios e instituciones del sector público". Se agrega a dicha norma, el artículo 183 AD, el cual señala: "Las empresas de servicios transitorios estarán obligadas a proporcionar capacitación cada año calendario, al menos al 10 por ciento de los trabajadores que pongan a disposición en el mismo período, a través de alguno de los mecanismos previstos en el Párrafo 4° del Título I de la ley N° 19.518. La Dirección del Trabajo verificará el cumplimiento de la obligación establecida en este artículo". Finalmente, desde la arista de los costos de las actividades de capacitación, el artículo 34 de la Ley Nº19.518 expresamente prescribe: "Los desembolsos que demanden las actividades de capacitación a que se refiere este Párrafo serán de cargo de las empresas, las cuales podrán compensarlos, así como los aportes que efectúen a los organismos técnicos intermedios para capacitación, con las obligaciones tributarias que les afecten, en la forma y condiciones que se expresan en los artículos siguientes".

[41] La Corte de Apelaciones de Concepción en su Rol Nº 5692-2007 establece: "Que las causales de terminación del contrato de trabajo pueden clasificarse en objetivas y subjetivas. Son causales objetivas aquellas independientes de la voluntad de las partes, esto es, que el hecho que eventualmente dé origen a la causal debe ser extraño a la voluntad del actor, ajeno, no miran a la voluntad de las partes, por ejemplo, las necesidades de la empresa. Son

termina engañando a si mismo mediando una estabilidad que no tiende a la protección de la fuente de empleo.

Muy a diferencia de cuanto se expone respecto de España, Chile no obliga a la patronal a tener que formular un curso, a justificar la razonabilidad de los cambios técnicos y mucho menos tener que esperar 2 meses para proceder al despido. Dicho de forma diversa, siendo la causal de necesidades de la empresa mero voluntarismo del empleador, nada quita que sin perjuicio de haberse eliminado de la causal por necesidades de la empresa la posibilidad de terminar el contrato de trabajo por falta de adecuación técnica del trabajador es una perfectamente vívida, al alero de su indefinición argumental, los reduccionismos que gobiernan la continuidad, capacitación y estabilidad del trabajador de edad, así como un bajo costo en judicialización[42]. A efectos de la Recomendación Nº 198, el trabajador de edad en Chile y su realidad no goza de recaudos especiales en la estructuración e invocación de una causal que, además de enmascarar el libre despido bajo los ritos y formas jurídicas, acalla las falencias estructurales de una empresa en el proceso laboral de integración, mantención y terminación.

En definitiva, bien vale concluir que el Derecho del Trabajo chileno, más allá de carecer en una causal abiertamente flexible y libre a la voluntad del empleador cualquier consideración de índole social, no es capaz de cumplir con aquello que -mínimamente-, se espera de él. Esta afirmación va más allá del hecho que Chile en este punto no satisfaga los parámetros sugeribles desde las Recomendaciones OIT aludidas en esa investigación. No existe deber de capacitación por el empleador si acaso nota que hay capacidad suficiente en lo que nos interesa dentro de una sociedad que deambula por la IV Revolución Industrial -la capacitación tecnológica-, ni posibilidad de demostrar la valía del trabajador fruto de algún proceso de capacitación en pro de los rendimientos esperables, cupiendo la subsistencia fáctica del despido por falta de adecuación técnica del trabajador, la cual penderá únicamente de la sola voluntad y capacidad económica del empleador para su ejecución[43]. Así las cosas, es perfectamente conjeturable que tras la falsa tecnicidad de una causal de término como la analizada, con nula consideración social, se escondan factores tales como la desidia del empleador a capacitar a un adulto mayor y reduccionismos conceptuales ajenos a cualquier consideración demográfica, de los que pende la *praxis* jurídica de la Libertad y el Derecho del Trabajo en Chile.

---

causales subjetivas aquellas que dependen para su configuración de hechos que emanan de circunstancias imputables a las partes en sí y no atribuibles a los demás elementos del contrato, por ejemplo, el incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato" (Considerando Séptimo).

42 De ello da cuenta muy tempranamente la Corte de Apelaciones de Concepción, al señalar que "el legislador contempla en el artículo 161 inciso 1º diversas hipótesis de aplicación de la causal, tales como racionalización de la empresa, modernización de la misma, bajas en la productividad de la empresa, cambios en las condiciones del mercado y cambios en las condiciones de la economía. Las hipótesis descritas tienen en común los elementos de ajenidad u objetividad, gravedad y permanencia. Si se comparan las hipótesis indicadas, el carácter económico o tecnológico de las necesidades de la empresa está latente en cada una de éstas, lo que constituye un faro, en la búsqueda de la medida que debe ser usada como referencia en la precisión de lo que debe entenderse por necesidades de la empresa. Las situaciones descritas por la ley no logran cerrar la vasta casuística que puede llegar a constituir la causal en comento, por lo que la norma admite otras situaciones análogas" (el destacado es propio), Corte de Apelaciones de Concepción, Rol Nº 264-2008.

43 Si bien en la actualidad los criterios referentes a la aplicación de la causal de necesidades de la empresa en Chile se encuentran desprovistos de argumentación sobre la falta de adecuación técnica del trabajador fundada desde la norma misma -pues esta variable resultó derogada-, una específica sentencia de la Corte Suprema demuestra que, a nivel argumental, es posible llegar a conclusiones dentro de la causal de necesidades de la empresa que incluyan la variable de falta de adaptación del trabajador. Esto, pues según el máximo Tribunal en la causa analizada en la investigación que se indicará, no establece que el artículo 161 inciso 1º -el cual contiene esta causa- contenga requisitos específicos para su configuración, pues la enumeración indicada no es taxativa. Revisar Yáñez Monje, P.: Las necesidades de la empresa como causal de término de contrato: ¿conversión a un sistema de libre despido?, en Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Chile, Vol. 1, No 1, 2010, pp. 145-152.

3.3. Trabajador de edad y sostenibilidad de las pensiones en Chile (o bases para una intervención situacional gerontológica y planificación de las áreas de producción)

No existe misterio alguno en torno a que el sistema de pensiones en Chile se encuentra en crisis. Una, absolutamente ligable a cuestiones de sostenibilidad, tanto jurídica, política, financiera como social. En esta investigación solo se abarcará el tema de la sostenibilidad desde el prisma anotado por la OIT respecto de los trabajadores de edad y sus alcances en Chile: la prolongación de la vida laboral ante la calidad del trabajo disponible y ejercido por los adultos mayores que aún no se jubilan. Empero, se hará en el análisis un matiz social no observado por la estructura jurídica chilena, por cierto, abstracta, general y unívoca: la consideración por las particularidades de los trabajadores según área de la producción, fomentando una intervención situacional gerontológica, procurando la planificación de su laboralidad como reflejo de aquella.

Para esta inflexión en el análisis, menester resulta recordar ciertas variables, brevemente. Una de las cuestiones más sugestivas planteadas por la Organización Internacional del Trabajo en el IV Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2013 apunta a que el retraso de la edad de jubilación solo puede llegar a resultar útil para los fines -más población en edad para el trabajo con impacto en la producción y número de cotizaciones, básicamente, en pro de la sostenibilidad del sistema- en la medida que el trabajo ejercido sea uno orientado por los lineamientos del trabajo decente y la producción. Contra tales, es posible encontrar las lagunas previsionales y empleos precarios. Cual silogismo, si es que existe un combate efectivo contra tales circunstancias, podría llegar a pensarse en posponer la edad de jubilación en Chile y, en consecuencia, hacer más sustentable del régimen de pensiones en Chile. Este planteamiento, de suyo general y no particularizado en alguna rama de la producción, no debe abandonar los llamamientos de la OIT a considerar las particularidades de grupos desaventajados, entre los cuales se encuentra el adulto mayor, facilitando el empleo o su reincorporación al ruedo.

La precariedad de las pensiones pagadas en Chile es razón poderosa en la decisión de un adulto mayor en orden a continuar trabajando o bien jubilada decide retornar al mercado del trabajo en Chile. Según relata el profesor Cifuentes "la cuestión principal de debate en Chile en relación con las prestaciones de Seguridad Social para los adultos mayores se relaciona con la cuantía de la pensión, en la que, a diciembre 2020, nos encontramos con prestaciones por vejez al cumplimiento de la edad legal con promedios en hombres de $257.000 (US$ 360 aprox.) y de $152.000 (US$ 210 aprox.) respecto de las mujeres, ambos casos muy distantes del actual sueldo mínimo de Chile de $326.500 (US$ 455 aprox.), en particular en el caso de las mujeres, según datos de la Superintendencia de Pensiones"[44]. No es difícil conjeturar que estas bajas pensiones encuentran recaudo, *v. gr.*, en periodos de cesantía, la existencia de una causal suficientemente flexible como la revisada en el punto anterior, el no pago de las cotizaciones por parte de los empleadores, así como bajas remuneraciones. Sobra decir que el mínimo nacional propuesto por la OIT en la Recomendación No 202 de 2012 no se cumple por Chile. El corolario de ello es que los trabajadores cotizan por menos de la mitad de los años que laboran. Larraín y Cabezón grafican lo expuesto[45]:

[44] Cifuentes Lillo, H.: Los adultos mayores y las pensiones por vejez en Chile, en https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/13537/13874.

[45] Cabezón, M.E y Larraín, C.: Pensiones en Chile. ¿Cómo han evolucionado en el tiempo?, en Serie Informe Económico, No 197, 2021, p. 15.





El mercado de trabajo delineado en estos esquemas devela una abstracta prolongación de la vida laboral que viene precedida por un alto porcentaje de trabajadores que cotizan por pocos años y por valores mínimos. Estos guarismos, representativos de una realidad global del mercado, dan pábulo para comprender en la actualidad una informalidad laboral creciente en determinados sectores etarios post pandemia por COVID-19, "tanto para hombres como para mujeres, independiente del nivel educativo, estado de salud o ingresos no laborales"[46]. Analizar al sistema de seguridad social desde la perspectiva de la sostenibilidad en esta línea, acarrea entender que la informalidad es el resultado de un mercado de trabajo que, observado en términos generales, resulta ser precario para dotar a sus participes trabajadores de pensiones suficientes. No existe una estructura legal capaz de revertir los periodos de cesantía, mediando al efecto un entramado que fortalezca la pronta reintegración, matizando despidos carentes de consideraciones sociales, demográficas y de capacitación. No resulta así prudente, desde el prisma planteado, proponer el retraso de la edad de jubilación al no resolverse las disyuntivas expuestas.

En este punto, planteo que el Derecho del Trabajo no resulta ser coadyuvante de la Seguridad Social, precisamente por no ser el primero de los subsistemas referidos uno que técnicamente no se encuentra comprometido con el mercado de trabajo. Una cosa es tener un compromiso macro con la sostenibilidad del sistema capitalista -su función política-, y otra muy distinta es afrontar el dinamismo y particularidades de las áreas de la producción de frente al trabajo y al trabajador que abjura tutelar contractualmente, sin mediar al efecto un empleo calificable como decente. El fracaso en el tratamiento de esta paradoja teórica por parte tanto del Derecho del Trabajo como de la

[46] Pontificia Universidad Católica de Chile: Trabajo y Personas Mayores a tres años de la pandemia, en Observatorio para el Envejecimiento, año 4, vol. 23, 2023, p. 5. A mayor abundamiento, el estudio citado refiere a los niveles de informalidad laboral del mercado chileno entre 2019-2023, respecto de hombres y mujeres: "Considerando la ENE 2023, se da cuenta que los niveles de informalidad laboral alcanzan su máxima tasa luego de los 70 años, tanto para hombres como para mujeres (…). Para el caso de hombres, el 57,7% de la población 70+ corresponden a ocupados informales considerando el último trimestre móvil. Para el caso de las mujeres, se llega a cifras similares en el quinquenio previo, es decir, entre los 65 y 69 años. Luego de los 70 años, cerca de 6 de cada 10 mujeres trabaja desde la informalidad. En el otro extremo, la informalidad alcanza los valores más bajos cuando hombres y mujeres aún se encuentran en edades pre-jubilatorias y/o cercanas al retiro y aumentan considerablemente posterior a este hito. Específicamente en el caso de los hombres entre 60 y 64 años, la formalidad no supera el 30% y se mantuvo relativamente estable en medio de la pandemia por COVID-19 (Gráfico 3). Por su parte, para las personas mayores de 70 años se observa la mayor proporción de informalidad, que además alcanzó su punto más alto en 2022 con un 58,6% entre los ocupados, 3,4 puntos porcentuales más que lo registrado en 2019. En el caso de hombres de 65 a 69 años la informalidad incrementa en más de 10 puntos porcentuales respecto a los grupos más jóvenes, y ha aumentado sostenidamente durante 2023, superando los niveles de 2019", Ibíd., pp. 5-6.

Seguridad Social es, justamente, este mercado precario incapaz de dotar de sostenibilidad suficiente a las pensiones.

Fruto de lo referido, una manifestación coherente en vistas a una futura extensión de la edad de jubilación en tanto consecuencia de procesos de corrección normativos redundantes en el mercado de trabajo, sería la adopción de perspectivas que reconozcan las particularidades inherentes a la continuidad e inclusión del trabajador de edad dentro del área de producción en que se desempeña o procura hacerlo. Algo no menor pensando en Chile, considerando que "en el escenario actual del país, donde las personas mayores se empobrecen debido a las bajas pensiones que reciben, es cierto que una proporción importante de este grupo trabaja hasta la vejez, más allá de la edad legal de jubilación: Chile tiene un alto promedio de edad efectiva de jubilación tanto para mujeres (70,3 años) como para hombres (70,9 años), uno de los más altos entre los países que integran la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico"[47]. Tal es, en fin, un tema de intervención y correlativa planificación gerontológica del trabajo, de su calidad y condiciones. Este tipo de intervenciones "queda contextualizada en una forma metodológica que determina proactivamente las situaciones que configuran los llamados nudos críticos a fin de diseñar las alternativas y medios para alcanzar objetivos y metas de manera colectiva y consensuada"[48]. En términos simples, "de acuerdo con los planteamientos en perspectiva situacional, (…) la realidad no se explica de la misma manera por los distintos actores sociales, ya que ello depende de la relación de los grupos sociales con la situación y de la situación con el escenario pasado y futuro histórico, cultural, medioambiental (entre otros), en los que se desarrolla la vida"[49].

La discusión en este derrotero debe rodear, estimo, la noción de calidad dentro de un enfoque de derechos, leídas ambos núcleos como nudos críticos para la discusión. Uno de los escasos estudios dedicados concretamente a la calidad del empleo del adulto mayor en Chile, es el de los autores Luz María y Mauricio Ferrada Bórquez en su investigación "Calidad del empleo de los adultos mayores en chile, un factor de envejecimiento activo"[50]. Estos autores erigen la señalada noción alejándose de concepciones de caridad, determinando al trabajador de edad como un ser humano integrante de una comunidad política, con derecho a demandar del Estado acciones y prestaciones, participando de su definición[51]. La calidad del empleo en esta senda viene a ser la concreción de una suma de políticas tendientes a materializar la gramática de los derechos en desmedro de la perspectiva de la mera misericordia pasiva y en favor de la calidad de vida, habida consideración del contexto de cada quién[52]. Ahora bien, si se quiere ver de una forma rigurosamente jurídica asociada a la concreción de los Derechos Fundamentales dentro del mercado de trabajo, la calidad en el empleo de los adultos mayores es parámetro de relevancia para medir el trabajo decente como expresión de la Libertad y el Derecho al Trabajo.

47 Gray-Gariazzo, N., Sisto-Campos, V., Basualto-Cárcamo, C., y Rivera-Tovar, M.A.: Extension of working life and implications for occupational health in Chile. Revista de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, 2019, p. 694 (la traducción es propia).

48 Piña-Morán, M., Olivo-Viana, M.G., Martínez-Maldonado, Luz, M., Mendoza-Núñez, V.: Intervención situacional gerontológica: estrategia para potenciar los roles sociales de los mayores, en Revista Médica del Instituto Mexicano del Seguro Social, vol. 56, No 1, 2018, p. 107.

49 Ibíd., p. 106.

50 Ferrada Bórquez, L.M. y Ferrada Bórquez, M.: Calidad del empleo de los adultos mayores en Chile, un factor de envejecimiento activo", en Revista Papeles de Población, No 95, 2018, pp. 43-67.

51 Cf. Ibíd., pp. 46-47.

52 "El enfoque de derechos entronca perfectamente con el paradigma de la calidad de vida en la medida que tiene como finalidad garantizar una situación de certidumbre, lo que implica procurar condiciones para un desarrollo integral. Es decir asegurar en un concreto contexto social, la realización personal, garantizando que cada individuo o cada colectividad desarrolle su capacidad para reivindicar ante instancias de decisión las condiciones inherentes a su dignidad y que en un plano de justicia pueda cubrir sus necesidades básicas y, en definitiva, erradicar conductas o ideas inconsistentes con el respeto de aquella dignidad", Huenchuan Navarro, S.: Marco legal y de políticas en favor de las personas mayores en América Latina, en Serie Población y Desarrollo, No 51, 2004, p. 33.

Según estos autores, la calidad ha de considerar ciertos factores: ingreso, contrato laboral, seguridad social y jornada laboral. A su vez, cada uno de estos responde a las siguientes variables: sexo, zona urbana o rural, escolaridad, tamaño de la empresa, rama de actividad y edad. Tras la asignación de valores, concluyen que "los adultos mayores con más altos indicadores de calidad de empleo son los varones, con mayor escolaridad, que residen en el sector urbano y que se encuentran en el tramo de edad entre 60 y 69 años"[53]. Las observaciones realizadas en el punto 2 de esta investigación, sin obviar las del 3 respecto de las propuestas de la OIT en sus Recomendaciones e Informe, resultan ser absolutamente simbióticas en pro de la auscultación de la calidad del empleo. Efectivamente, la educación formal precisa de la capacitación específica en pro del fortalecimiento de las competencias y la continuación de la vida laboral, incluso jubilado, *bis a bis* el ingreso de los jóvenes al mercado de trabajo. No puede pensarse la calidad del trabajo del trabajador de edad sin adicionar a la educación formal que detenta, la necesaria capacitación -en lógica de actualización- de sus competencias. A su vez, la estructura jurídica reguladora de la vida laboral del trabajador no puede tender a la abstracción y uniformidad de criterios al modo del Derecho, pensando en la diversidad de factores y variables inherentes al área de la economía en la que este se desempeñe, así como en el lugar en que la desarrolla. La idea es ir mejorando la calidad del trabajo en beneficio de la sustentabilidad del sistema de pensiones y la vida del trabajador.

Por lo mismo, de suyo relevantes son las conclusiones a las que arriban los investigadores desde la perspectiva de los polos de producción y el tamaño de las empresas en que los trabajadores adultos mayores laboran: "Además, en las regiones que desarrollan los polos productivos del país (sector financiero y mínero), Región Magallanes, Metropolitana, Antofagasta y Atacama, observan mejor calidad de empleo; en comparación a aquellas de economía tradicional (pesca, silvoagricultura), actividades más ligadas a zonas rurales y preferentemente localizadas en las regiones como la Araucanía, Los Lagos y Aysén. A la vez, en las empresas de mayor tamaño (medianas y grandes), presentan mayor protección a la seguridad social y mejores condiciones contractuales a sus empleados (contrato escrito, indefinido y jornada legal laboral) en comparación a las pequeñas (menores a 50 personas) y a las microempresas (de nueve o menos trabajadores)"[54].

Un proceso de intervención gerontológica del mercado laboral debe asumir cuanto destila esta clase de información en beneficio de las pensiones y su sostenibilidad, sacando a la luz tanto fortalezas como debilidades del mismo. No es lo mismo pensar en un trabajador que desea continuar laborando en el sector financiero urbano dentro de la Región Metropolitana, que uno en silvoagricultura en Aysén. O en las posibilidades reales de verse capacitado en uno u otro contexto. Tenemos ámbitos de producción insertos en realidades radicalmente distintas una de sí. A su vez, no es lo mismo trabajar en una pequeña que en una gran empresa desde la perspectiva de la calidad del trabajo. Sin embargo, las herramientas estatales dirigidas a regular, por ejemplo, al despido, además de no efectuar diferenciación alguna desde el tamaño de la empresa, carecen de miramientos sociales, inversión mínima en capacitación sea que la relación de trabajo esté vigente o terminada, beneficios fiscales y/o tributarios suficientes fruto de la contratación o despido, análisis de riesgo o revisión de los factores etarios del trabajador. A mayor abundamiento, y ya desde la perspectiva de la jubilación, imponer una regla jubilatoria unívoca no resulta deseable, independiente de lo ya expuesto a propósito de la no conveniencia de retrasar la edad de jubilación si es que existe precariedad no resuelta dentro del mercado de trabajo. Las características específicas de los trabajadores de edad, por un lado, y de los sectores de producción en los que laboran por otro, instan a rehuir de parámetros generales en dicha arista.

[53] Ibíd., p. 64.
[54] Ibíd.

Por ello, planificar la vida laboral desde la perspectiva gerontológica conlleva, primero, fijar normas mínimas generales del trabajo para los trabajadores de edad, reconociendo sus peculiaridades. Una suerte de Estatuto laboral primero para, luego, mediante la coordinación entre lo público y lo privado, fortalecer sistemas de contratación, recolocación y capacitación obligatoria anual vigente que esté y/o finalizada la relación de trabajo, mejorando los incentivos estatales. A modo ejemplar y fruto de un ejercicio como el propuesto, junto con las mutuales de seguridad, se debe procurar la fijación de tramos flexibles de jubilación según área de la producción que, además propender a que el trabajador se inhiba de jubilar prontamente, el empleador lo haga respecto de despedir. En la misma línea argumental, la faz colectiva tampoco puede quedar atrás, debiendo promover los sindicatos acuerdos dentro de los convenios y/o contratos colectivos referentes a los despidos dables, favoreciendo la estabilidad laboral de aquellos socios que forman parte de grupos desaventajados, dentro de los cuales se encuentra el trabajador de edad.

El corolario final de una intervención gerontológica como la trazada es que la sustentabilidad del sistema de pensiones se vea reforzada a través de un mayor número de trabajadores cotizantes y el corolario descenso en el gasto estatal por concepto de jubilaciones. Un mercado de trabajo expuesto a esta clase de intervenciones habilita considerar la estabilidad y prolongación de la vida laboral, mejorándose la calidad de trabajo y consecuencialmente, la de la propia vida de la persona mayor. La laboralidad del trabajador de edad se aleja de consideraciones ligables al asistencialismo y la caridad, sino que se construye en tanto reflejo operativo de garantías fundamentales de las que no se ve desentendido ni ajeno.

3.4. La Reforma actual del régimen laboral del trabajador de edad en Chile: lo esperable del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

El actual proceso de Reforma nace de la fusión de los boletines Nos 12.451-13, 12.452-13 y 13.822-07, siendo el primero de aquellos el que planteó la necesidad de regular la contratación laboral del adulto mayor. La conjunción de todos estos boletines derivó en el "Proyecto de Ley integral de las personas mayores y de promoción del envejecimiento digno, activo y saludable". A 6 de agosto de 2024 este proyecto pasó a la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, siendo ya informado por parte de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía.

El aspecto laboral tiene una genealogía en nada ajena a una variedad de iniciativas legales en Chile. Precedió a este boletín No 12.451-13 el No 8396-13 de 20 de junio de 2012, el cual procuraba incorporar como contrato especial, el del trabajador adulto mayor. El mismo día pasó a la Comisión de Trabajo y Seguridad y no obstante aparecer "en tramitación", lo cierto es que hasta el día de hoy no tuvo ningún movimiento tras ese 20 de junio de 2012. El No 12.451-13 ingresó el 12 de marzo de 2019 y tal como su antecedente, también pasó a la Comisión de Trabajo y Seguridad Social -del Senado en todo caso-, decidiéndose finalmente su análisis por la Comisión Especial del Adulto Mayor. El 3 de noviembre de 2020 se decide refundir el boletín de carácter laboral con los No 12.452-13 y 13.822-07, los cuales tratan, respectivamente, la jornada de trabajo del adulto mayor y la promoción del envejecimiento positivo, el cuidado integral de las personas mayores y el fortalecimiento de la institucionalidad del adulto mayor.

Del Proyecto de Ley aludido es posible extraer normas de naturaleza laboral, indirecta y directa. Dentro de las indirectas hay contenido laboral interesante de extraer, pensando en su relevancia dogmática e interpretativa, así como la puesta en marcha del objeto y principios declarados en esta ley. A efectos analíticos, se revisará críticamente el apartado normativo directo sobre la base del indirecto. Las normas indirectas se encuentran contenidas en los siguientes artículos:

— 1[55] (objeto): se emplea la noción de igualdad en orden a promover, proteger y asegurar el reconocimiento y pleno ejercicio y goce de todos los derechos y libertades fundamentales de la persona mayor. La idea es incluirla, integrarla y contribuir a su participación. Empero, y como se verá desde los principios, la igualdad viene matizada por el enfoque diferencial para el goce los derechos, lo cual acarrea a su vez, visibilizar la especificidad de sus condiciones y vulnerabilidades.

— 3 en todas sus letras[56] (principios): se promueven y defienden derechos y libertades fundamentales de la persona mayor, valorizándola. Se señala como principio la igualdad y la no discriminación, bajo diferenciales y el enfoque de curso de vida.

— 13[57] (derecho a la educación): la persona mayor puede participar a través de la educación formal básica, media, superior, así como en la capacitación y desarrollo de habilidades en el uso de nuevas tecnologías que permitan su inclusión laboral, si es que existe oferta disponible.

— 15[58] (derecho al trabajo): es el Estado quién debe dar tutela al ejercicio de este derecho, erradicando conductas discriminatorias en razón de la edad. A su vez, el Estado debe

[55] Artículo 1.- Objeto. El objeto de esta ley es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.
Ninguna de las disposiciones de esta ley podrá constituirse o interpretarse como una limitación al ejercicio de derechos garantizados por el derecho internacional o la legislación interna nacional.

[56] Artículo 3.- Principios. La interpretación y aplicación de esta ley deberá hacerse de conformidad con los principios consagrados en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.
Asimismo, son principios generales de la presente ley: a) La promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas mayores. b) La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y su contribución al desarrollo. c) La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor. d) La igualdad y no discriminación. e) La participación, integración e inclusión intergeneracional plena y efectiva en la sociedad. f) El bienestar y cuidado. g) La seguridad física, económica y social. h) La autorrealización. i) La equidad e igualdad de género. j) Enfoque de curso de vida. k) La solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria. l) El buen trato y la atención preferencial. m) El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor. n) El respeto y valorización de la diversidad cultural. ñ) El acceso igualitario a la justicia. o) La pertenencia territorial. p) El de acceso a la educación. q) La progresividad y la no regresión de los derechos.

[57] Artículo 13.- Derecho a la educación. Las personas mayores tienen derecho a la educación, cuya finalidad es que éstas alcancen su desarrollo espiritual, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico, sexual y físico, durante las distintas etapas de la vida de las personas.
En virtud de lo anterior, podrán participar en los programas educativos disponibles, ya sea a través de la educación de adultos en los niveles de educación básica y media, o de la educación superior, así como en las actividades de capacitación de oficios, ocupaciones y desarrollo de habilidades en el uso de nuevas tecnologías de la información, que permitan su inserción laboral, en la medida en que exista oferta disponible para cada uno de los niveles educativos señalados.
Asimismo, las personas mayores tienen derecho a compartir sus conocimientos y experiencias con todas las generaciones, en consideración a su diversidad cultural.
El Estado, a través de los Ministerios de Educación, Trabajo y Previsión Social, y Economía, Fomento y Turismo, y de los demás órganos que corresponda, en el ámbito de sus competencias, deberá promover el desarrollo de programas, materiales y formatos educativos adecuados y accesibles a las personas mayores, atendiendo su identidad y necesidades, debiendo, además, promover los contenidos de un envejecimiento digno, activo y saludable.

[58] Artículo 15.- Derecho al trabajo. Las personas mayores tienen derecho al trabajo digno y decente, con igualdad de oportunidades y de trato respecto a los demás.
El Estado tiene el deber de dar protección al ejercicio del derecho al trabajo de la persona mayor y erradicar las conductas discriminatorias por motivos de edad.
El Estado, a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, fomentará que las y los empleadores adopten políticas y/o estrategias específicas de manejo y gestión de personal que consideren el desarrollo de las personas a lo

fomentar que la patronal adopte políticas y estrategias específicas con enfoque de ciclo de vida, cooperación intergeneracional y de transición a la jubilación, con reconocimiento de su trayectoria laboral. Por ello, la persona mayor tiene derecho al trabajo digno y decente, con igualdad de oportunidades.

— 21[59] (política nacional de envejecimiento): busca promover un envejecimiento digno, activo y saludable en una serie de ámbitos, incluyendo el laboral y educativo.

— 22[60] (líneas de acción): estas líneas incluyen, de conformidad a la letra f) del artículo, programas de promoción de medidas para el acceso de la persona mayor en beneficio de

largo de su vida laboral, con enfoque de ciclo de vida, cooperación intergeneracional y de transición a la jubilación. Estas políticas y/o estrategias deberán considerar el reclutamiento, desarrollo profesional, las condiciones laborales, la capacitación y perfeccionamiento, y la transferencia de conocimiento, en las distintas etapas de la vida de los y las trabajadoras.

De la misma manera, el Servicio Civil incorporará en las orientaciones técnicas de políticas de gestión de personas, lineamientos que consideren el desarrollo de las personas a lo largo de su vida laboral, con enfoque de ciclo de vida, cooperación intergeneracional y transición a la jubilación.

Asimismo, tienen derecho al reconocimiento de su trayectoria laboral como fuente de conocimiento y la valorización positiva de sus conocimientos adquiridos en cursos que han sido certificados por el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo, el Servicio de Cooperación Técnica u otro organismo afín, estudios técnicos y superiores, sean estos de pregrado o postgrado.

[59] Artículo 21.- Política Nacional de Envejecimiento. Existirá una Política Nacional de Envejecimiento que tendrá como principal propósito promover un envejecimiento digno, activo y saludable para toda la población y la protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas mayores consagrados en esta ley y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Esta política deberá contener, al menos, las acciones que contribuyan al envejecimiento digno, activo y saludable en el ámbito de la salud, laboral, educativo, de participación ciudadana, de acceso y desplazamiento personal en el entorno físico, de acceso a las tecnologías de la información y de acceso a las manifestaciones culturales, al deporte y a la actividad física. Todo ello, considerando los principios generales de la presente ley, establecidos en el artículo 3.

La Política será propuesta al Presidente de la República por el Comité Interministerial de Desarrollo Social y Familia, y se aprobará por decreto supremo expedido por el Presidente de la República, a través del Ministerio de Desarrollo Social y Familia. La elaboración de la propuesta de la política será realizada por el Servicio Nacional del Adulto Mayor, y contemplará instancias de participación ciudadana incidente, a través de encuentros y diálogos con la sociedad civil, incluyendo la participación de los Consejos Asesores Regionales de Personas Mayores. Los gobiernos regionales y las municipalidades podrán definir instancias de participación para presentar propuestas durante este proceso de elaboración.

El Servicio Nacional del Adulto Mayor deberá realizar una evaluación periódica e integral del cumplimiento de los objetivos y metas establecidas en la Política Nacional de Envejecimiento. Esta evaluación deberá revisarse, al menos, cada cinco años. La duración de la política no podrá exceder los diez años, debiendo dictarse nuevamente al término de dicho período en la forma señalada en este artículo.

[60] Artículo 22.- Líneas de acción. El Estado, a través de sus ministerios competentes y, especialmente, del Servicio Nacional del Adulto Mayor, directamente o en coordinación con otros órganos del Estado, deberá propender a la realización de las líneas de acción contempladas en el presente artículo. Para efectos de esta ley, se entienden como líneas de acción las distintas modalidades de atención que el Estado realiza respecto de las personas mayores que contribuyen a mejorar su calidad de vida, y al ejercicio efectivo y pleno de sus derechos y libertades: a) Programas de apoyo y cuidado para personas mayores con dependencia que cuenten o no con cuidadores. b) Programas para promover y fortalecer la asociatividad, participación, autonomía e independencia de las personas mayores. c) Elaboración de estándares de calidad de infraestructura pública específica para personas mayores, asistencia técnica y supervisión de dispositivos de atención para personas mayores, según corresponda. d) Financiamiento de iniciativas de apoyo directo para mejorar las condiciones de vida de las personas mayores dependientes y vulnerables que residen en establecimientos de larga estadía para adultos mayores. e) Programas de prevención de abuso, abandono, negligencia, maltrato y violencia contra las personas mayores. f) Programas de promoción de medidas para el acceso de las personas mayores, en igualdad de condiciones con las demás personas, al entorno físico incluida la vivienda, los espacios y edificios públicos, y el transporte público urbano y rural, a través de la accesibilidad universal y la eliminación de barreras arquitectónicas; así como el acceso a la participación cívica y social para su inclusión social, el empleo, la comunicación e información, y a los servicios de salud, apoyo

su participación en el empleo. Todo sujeto, ciertamente, a la oferta pública existente y los recursos disponibles.

Expuestas las normas indirectas, cabe revisar su influencia en el alcance efectivo de las directas, que no son sino las contenidas en artículo 29 de este Proyecto de ley, el cual incorpora el Capítulo XI en el título II del Libro I del Código del Trabajo, "Del contrato del trabajador persona mayor".

En primer lugar, cabe referirse al enfoque del curso de vida, contemplado como principio en la letra j) del artículo 3 de la norma en ciernes. Este enfoque implica "analizar cómo los eventos históricos y los cambios económicos, demográficos, sociales y culturales moldean o configuran tanto las vidas individuales como los agregados poblacionales denominados cohortes o generaciones"[61]. Llama poderosamente la atención que estas normas indirectas, que en el fondo son una guía para las políticas gestables en nombre del objeto de la ley, consideren el enfoque del curso de vida como principio rector. Ello, pues el voluntario contrato de trabajo del adulto mayor buscado incorporar por la ley[62] *no devela ninguna consideración a este principio dentro de su regulación* (artículos 152 quinquies J al 152 quinquies N del Código del Trabajo), siendo lo esperable la existencia de alguna norma referente al despido y/o la capacitación post-contractual en orden a su pronto reintegro. Tales normas hubieran sido el reflejo obvio de este enfoque bajo el concepto central de *transición*, característico de esta perspectiva[63]. Al Derecho del Trabajo chileno no le interesa la transición, es decir, no le resultan relevantes las irritaciones de la trayectoria[64], otro concepto basal del enfoque comentado ausente en la regulación específica del contrato. Asumir la vida laboral de alguien que trabaja -y que normativamente se le entiende como alguien valorable- debe comprender que las vicisitudes del trabajador de edad que justifican el enfoque diferencial en pro de la materialización de la igualdad. Y que, por lo mismo, posibilitan regular en nombre la igualdad, *v. gr.*, la imposibilidad de despedir a una persona mayor sin que se le haya capacitado o sin que se le haya ofrecido un puesto diverso dentro de la misma organización. O que exista respecto de aquel un programa de seguimiento con beneficios tributarios para el empleador. Se mantiene simplemente, una estabilidad relativa aplicable a todos los trabajadores independiente de su edad, sin rasgo tutelar adicional en beneficio de la estabilidad y continuidad de la persona mayor[65].

comunitario, entre otros. g) Programas que tengan por objeto contribuir a mejorar la calidad de vida de las personas mayores, respetando su autonomía y sus derechos.
Lo señalado en este artículo deberá realizarse considerando la oferta pública existente y los recursos disponibles.

61 Blanco, M.: El enfoque del curso de vida: orígenes y desarrollo, en Revista Latinoamericana de Población, Vol. 5, No. 8, 2011, p. 6.

62 El artículo 152 quinquies J del Proyecto, prescribe en su inciso 1º: "Se podrá regir por las normas de este capítulo el contrato individual que el trabajador persona mayor celebre con el empleador".

63 "El concepto de transición hace referencia a cambios de estado, posición o situación, no necesariamente predeterminados o absolutamente previsibles, aunque algunos de estos tienen mayores o menores probabilidades de ocurrir por el cambio en la edad y las condiciones culturales o sociales de cada individuo. Las transiciones representan un cambio del rol y el estatus que se tenía con anterioridad, para iniciar otro con nuevos derechos y obligaciones; a veces puede implicar nuevas facetas de identidad social. Durante la vida, se experimentan una gran cantidad de transiciones. Por ejemplo, el inicio de un nuevo grado académico, el primer empleo, el inicio de la primera unión, o el nacimiento del primer hijo", Cenobio-Narcizo, F., Guadarrama-Orozco, J., Medrano-Loera, G., Mendoza-de la Vega, K., y González-Morales, D.: Una introducción al enfoque del curso de vida y su uso en la investigación pediátrica: principales conceptos y principios metodológicos, en Boletín Médico del Hospital infantil de México, Vol. 76, No 5, p. 204.

64 "La trayectoria hace referencia a un camino de larga duración en el tiempo, que no necesariamente es permanente y estable, pero que se espera que tenga cierta continuidad. Para el enfoque del curso de vida, la trayectoria no supone alguna secuencia en particular ni determinada velocidad en el proceso del propio tránsito, aunque sí existen mayores o menores probabilidades en el desarrollo de ciertas trayectorias vitales. La trayectoria puede verse como un proceso: de la infancia a la vejez", Ibíd.

65 No puede considerarse como un coto o límite a la discutible estabilidad relativa, la inclusión en el artículo 159 del Código del Trabajo de un numeral 7º, el cual señala en el Proyecto: 7.- Cuando estando vigente un contrato

Continuando con los enfoques -diferencial y del curso de vida-, nada suma el que bajo el futuro artículo 152 quinquies K[66] se prescriba que las funciones pactadas deben ser compatibles al alero de la condición física y las capacidades del trabajador. Existe suficiente jurisprudencia, tanto administrativa[67] como judicial[68], que plasma en tanto manifestación del artículo 184 del Código del Trabajo, el alto deber de cuidado que debe tener el empleador en vistas a resguardar eficazmente la vida y salud del trabajador, sin distinción alguna referente a la edad de aquel. Dicho de modo diverso, este artículo deviene en funcionalmente irrelevante, pues igualmente el empleador en orden a la tutela eficaz del trabajador de edad deberá, indefectiblemente, considerar sus particularidades.

En lo tocante al derecho a la educación, llama la atención que no exista en la normativa contractual deber alguno reforzado de parte del empleador de tener que capacitar al trabajador mientras esté vigente la relación de trabajo. Tampoco hay lineamientos de beneficios tributarios dirigidos hacia la estabilidad, a impedir el término de la relación mediante, por ejemplo, la recolocación o la capacitación. Notar en esta traza que el Proyecto enfoca este derecho meramente desde la *inclusión*, desde un escenario particular dentro del íter contractual. El mero reconocimiento a la trayectoria y valorización de los conocimientos

indefinido por más de dos años y sea aceptada la solicitud de Jubilación del Trabajador que no desee continuar prestando servicios a su empleador, reciba su correspondiente certificado de saldo.
En los casos aplicables a esta causal de término de contrato, el trabajador, tendrá derecho a ser indemnizado en los términos del inciso segundo del artículo 163, con un límite máximo de ciento veinte días de remuneración. La indemnización a la que tendrá derecho el trabajador, no será incompatible con ninguna otra a la que el trabajador pudiera tener derecho.

66 Tal artículo establece: Compatibilidad de las funciones con la salud del trabajador persona mayor. Las funciones del trabajador persona mayor pactadas en el contrato de trabajo deberán ser compatibles con su condición física y sus capacidades, considerando los requerimientos de dichas funciones, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 184.

67 De conformidad a lo interpretado por la Dirección del Trabajo, Ord. No 1301 de octubre de 2023, el artículo 184 del Código del Trabajo determina que el empleador es el primer responsable de la "prevención"[i], conforme ha señalado esta Dirección en su reiterada jurisprudencia, contenida en los Dictámenes N°4.443/262, de 25.08.1993 y N°2284/93, de 17.04.1996, al indicar que es indudable que la prestación del servicio a que el trabajador se obliga debe efectuarse en condiciones que salvaguarden su integridad y salud.
Asimismo, el Dictamen N°5469/292, de 12.09.1997, estableció que "La obligación de protección es un deber genérico, cuyo contenido no queda exclusivamente circunscrito a las disposiciones legales expresas sobre la materia, sino también por la naturaleza de las circunstancias en que el empleador esté en condiciones de salvaguardar los intereses legítimos del trabajador".
En el mismo sentido, el Dictamen N°4334/69, de 05.11.2014, ha señalado que "(…) no es necesario, para que haya incumplimiento (del deber de protección), que exista daño a la salud. Lo importante es haber situado al trabajador en una situación de riesgo que podría haberse evitado, aumentando de manera innecesaria las posibilidades de que ocurra un acontecimiento lesivo para su persona", esto es, previniendo todo riesgo que pueda poner en peligro la vida y salud del trabajador, garantizándose la máxima protección".
A mayor abundamiento, la doctrina contenida en el Dictamen N°4870/281, de 21.09.1999, ha determinado que "El empleador, pues, es un deudor de seguridad frente a sus trabajadores y, en el cumplimiento de tal deber, responderá de la culpa levísima, es decir, "de la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes".

68 La Excma. Corte Suprema ha resuelto en el marco de un Recurso de Unificación de Jurisprudencia (Rol No 4994-2019), la recta interpretación que debe darse al artículo 184 del Código del Trabajo: Sexto: Que tal como fuera señalado en la sentencia dictada por esta Corte en los autos N° 32.070-2014, el artículo 184 del Código del Trabajo consagra una norma central en la estructuración de las relaciones laborales, puesto que obliga a los empleadores a "tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales".
Dicha norma impone un alto estándar de cuidado para el empleador, ya que le obliga a proteger "eficazmente" la vida y la salud de los trabajadores, lo que significa tomar medidas que tengan la capacidad de lograr el efecto buscado o esperado. (…)

El resto de la normativa contractual no analizada ni vinculada con las indirectas (152 quinquies L[69], M[70] y N[71]) es la manifestación positiva del Derecho al Trabajo al modo insinuado por los márgenes tutelares de este Proyecto de ley: mera flexibilidad insuficiente para alcanzar dignidad e igualdad de oportunidades, aun cuando sobre la mesa estructural se encuentren enfoques como los aludidos líneas atrás. Se traslada a la relación contractual, a las partes, las posibilidades de dotarse a sí mismas un mejor escenario laboral, reivindicando la autonomía de la voluntad. Sin embargo, darle flexibilidad al trabajador para adoptar ya sea una banda horaria dentro de una jornada ordinaria de trabajo, ya sea una jornada de libre elección horaria, en nada suma ni nada altera el escenario actual, y mucho menos dota de mayor concreción al Derecho al Trabajo en tanto garantía fundamental. Es más, las alternativas dadas por el Proyecto, así como las prohibiciones a las modificaciones unilaterales son perfectamente alcanzables con la normativa actualmente vigente. La letra N del 152 quinquies planeada por el Proyecto, es mera consensualidad. Nada nuevo, en verdad, agrega el Proyecto.

Pero, por lo demás, conceptualmente el Derecho al Trabajo asomado en este Proyecto queda absolutamente trunco a la luz de su riqueza dogmática y las problemáticas específicas de los trabajadores. Siguiendo a Claudia Rodrigo, "la dimensión política y la dimensión jurídica del derecho al trabajo son dos maneras de proteger el empleo, principalmente, mediante la estabilidad o mediante la libre elección de trabajo, que se expresa en instituciones sociales que promuevan el acceso al empleo. Por lo tanto, en un análisis en circunstancias no ideales -en que la realización de los derechos fundamentales no es plena-, si es que falta una, debiese existir la otra. Dicho de otro modo, o existe

[69] Artículo 152 quinquies L.- Duración y distribución de la jornada de trabajo. Bajo esta modalidad de contratación, la jornada de trabajo estará sujeta al límite semanal establecido en el inciso primero del artículo 22 y al límite diario establecido en el inciso segundo del artículo 28, ambos de este Código.
Las partes podrán distribuir la jornada ordinaria señalada en el inciso anterior, de acuerdo a una de las siguientes alternativas:
a) Jornada con bandas horarias. El contrato podrá contener una o más bandas horarias, con horarios diferidos de entrada y de salida.
Si las partes acordaren diferentes bandas horarias, el trabajador persona mayor tendrá la facultad de optar, unilateralmente, por cualquiera de aquéllas, indicándose en el contrato la anticipación del aviso del cambio de banda y la cantidad de veces en el mes que el trabajador persona mayor podrá hacer uso de esta facultad. En caso que nada se señale en el contrato, se entenderá que el trabajador persona mayor no requerirá de anticipación del aviso, ni tendrá limitación en la cantidad de veces al mes que podrá hacer uso de esta facultad.
b) Jornada de libre elección horaria. La jornada convenida por las partes se podrá distribuir como libremente escoja el trabajador persona mayor, pero considerando que el cumplimiento de sus obligaciones deberá realizarse dentro del horario de funcionamiento de la empresa o establecimiento, o dentro del rango horario que libremente elijan las partes, y conforme a la naturaleza de sus funciones.
La elección de la alternativa de distribución de jornada, ya sea con bandas horarias o de libre elección, deberá constar por escrito y estará vigente mientras no se pacte una nueva opción. Esta elección podrá fundarse, entre otras, en la naturaleza de las funciones, la condición física o de salud del trabajador persona mayor, su situación familiar, la distancia de su domicilio, o bien, diferentes jornadas en invierno o verano.
Por su parte, cuando la naturaleza de las funciones a desarrollar o la condición física del trabajador persona mayor lo aconsejen, éste podrá regirse por lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 22, lo que deberá consignarse en el contrato de trabajo.
En cualquier caso, la prestación de servicios deberá considerar las reglas generales de descansos diario y semanal establecidas en este Código.
La duración y distribución de la jornada de trabajo, la oferta original del contrato y la remuneración pactada en él, no podrá ser alterar ni modificada unilateralmente, salvo acuerdo expreso de las partes, y siempre velando por el interés de la persona mayor en su calidad de trabajador.

[70] Artículo 152 quinquies M.- Feriado Anual. El trabajador persona mayor podrá hacer uso anticipado de su feriado anual y de forma proporcional a los días devengados, a partir del séptimo mes contado desde el inicio de la prestación de servicios. En estos casos, no se aplicará la regla del fraccionamiento establecida en el inciso primero del artículo 70 de este Código.

[71] Articulo 152 quinquies N.- Contratación previa a tener la calidad de trabajador persona mayor. Los trabajadores que adquieran la calidad de trabajador persona mayor durante la vigencia del contrato de trabajo, continuarán rigiéndose por los términos y condiciones del contrato de trabajo que se encontrare vigente con anterioridad a adquirir la mencionada calidad, salvo que las partes acuerden acogerse a las normas de este capítulo.

garantía de mantención del puesto de trabajo mientras no medie justa causa, o existe libre elección de trabajo que se traduce en políticas de promoción de empleo, de formación y de reconversión laboral que posibilite el acceso libre a otro trabajo en supuestos de pérdida de trabajo. Si falta estabilidad y falta libre elección de trabajo, se disminuye de manera considerable el ámbito de protección del derecho al trabajo"[72]. Así, si bien resulta correcto señalar que el Proyecto procura asentar mejores pilares en beneficio del trabajador de edad, la verdad sea dicha ninguna de las 2 queda manifiesta con claridad supina, afectando las posibilidades finales de adaptación recíproca tanto del empleador como del trabajador anciano. Se dota institucionalmente de mejores herramientas a la empresa en pro de una intervención gerontológica en la vida laboral del trabajador[73] y la inserción del mismo en el mercado, empero, deja el mismo flanco abierto que se buscaba cubrir: la falta de garantías estructurales en la institución del despido, no modificando la causal de necesidades de la empresa -verdadera causal que destraba al libre despido- dejando a la persona mayor trabajadora expuesta a la pérdida de su trabajo. Al mismo tiempo, tampoco hay un llamamiento expreso y prescrito dentro de los márgenes del nuevo contrato del adulto mayor del deber de capacitar, y tampoco hay mejores alicientes que los actuales en beneficio de las empresas.

4. CONCLUSIONES

Recuérdese la pregunta con la que se inauguraba esta investigación: ¿Han resultado ser el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social chilenos unos suficientemente tutelares, coherentes y eficaces considerando tanto la estabilidad laboral, la Libertad y el Derecho al Trabajo de la población en edad de trabajar calificable como adulto mayor y su proyección demográfica, pensando en la adecuación de este trabajador y la sustentabilidad del régimen de pensiones? La respuesta con la que cabe cerrar esta investigación es, a todas luces, negativa, siendo la intuición que cruza el primer punto, a modo de hipótesis, correcta. Es posible sustentar esta respuesta en los siguientes puntos:

1.- Los trabajos de campo que se comparten demuestran claramente que, aun cuando uno de los principales motivos por los cuales para continuar trabajando son de tipo económico, no es menor advertir que altos porcentajes de trabajadores desean hacerlo, independiente de esta clase de consideraciones. Esto es, en paralelo, consistente con las edades efectivas de jubilación tanto para mujeres (70,3 años) como para hombres (70,9 años), y con el grupo etario de edad que más concentra trabajadores activos. Se rompe un primer paradigma: el trabajador mayor si quiere trabajar después de los guarismos legales denotativos de la edad para jubilar.

2.- El trabajador de edad chileno da cuenta en su derrotero de las falencias de un mercado de trabajo que imposibilita mejores pensiones desde hace varios lustros, reflejando una conjunción entre el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social incapaz de acometer la realidad. En pro de corroborar o rebatir esta idea, se analizaron 4 instituciones jurídico-laborales elementales que pudieran dotar de información, a saber: capacitación, estabilidad, pensiones y reforma.

3.- Como prólogo a dicha revisión, se plantearon los estándares de la Organización Internacional del Trabajo contenidos en sus Recomendaciones y el IV Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2013. A grandes rasgos, la OIT centra sus sugerencias en dar respuesta a las necesidades específicas a los trabajadores de edad,

[72] Rodrigo Silva, C.: El derecho al trabajo en el ordenamiento jurídico chileno: una mirada desde la precariedad laboral, Tesis doctoral para obtener el grado de Doctora en Derecho por la Universidad de Chile, y Doctora en Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social, Universidad de Salamanca, disponible en https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/148415/PDAHJES_RodrigoSilvaC_Derechoaltrabajo.pdf?sequence=1&isAllowed=y, p. 222.

[73] Vid. nota 58, artículo 12 inciso 3º del Proyecto.

determinando recién como factor de discriminación la edad en el año 1962. Ya la Recomendación No 162 de 1980 apela a tener en cuenta a las necesidades específicas de los trabajadores de edad en empresas con complejidades económicas, buscando su readaptación en otra empresa, protección adecuada a ingresos, compensación financiera adecuada, entre otras ayudas. Otras Recomendaciones sugieren la protección de sectores proclives a la economía informal, tales como los trabajadores en análisis. También se promueve la seguridad básica del ingreso, al menos el mínimo nacional, como piso de protección social para el trabajador de edad desempleado.

4.- Entrando al análisis de las instituciones revisadas, en lo que respecta a la capacitación, su efectividad reposa sobre reduccionismos severos y meras percepciones, tanto de parte del trabajador como del empleador. Respecto del primero, no obstante un perfil que revela un ingreso temprano al mercado, con escasa preparación formal y con alta estabilidad, se extrae que sus conocimientos le permiten desempeñarse satisfactoriamente en sus labores, no siendo necesario capacitarse. Sin embargo, quienes desean seguir trabajando y capacitarse -especialmente en lo tecnológico- son aquellos que tienen mayor educación formal (medio, superior, postgrado). En lo que refiere al empleador, los estudios revisados dan cuenta de reduccionismos, por ejemplo, en torno a la no necesidad de capacitar y a los porcentajes bajos de adultos mayores que laboran. Los bajos porcentajes de capacitación expost los 60 años de edad, concausales de las percepciones referidas, dan cuenta de bajo valor dado por el mercado del trabajo a la capacitación, en términos generales, con baja adhesión normativa al contenido del artículo 169 del Código del Trabajo. Malamente un trabajador no actualizado podrá adaptarse a los fenómenos de la trayectoria y transiciones ad-hoc dables en lo laboral y su mercado (cesantía, ciclos de trabajo por temporada, regreso al trabajo tras embarazos y postnatales, etc.).

5.- La estabilidad laboral, tildada de relativa en Chile, es cuestión mítica. Lo cierto es que la causal de necesidades de la empresa tiene la posibilidad de transformar en letra muerta el contenido de garantías fundamentales como la no discriminación por razones de edad, la Libertad y el Derecho al Trabajo. Su bajo costo enmascara un libre despido e, incluso, consideraciones de falta de adaptabilidad de un trabajador a cambios tecnológicos aunque la posibilidad haya sido proscrita hace más de 20 años. Tal posibilidad se ve alimentada por la ausencia de toda deferencia y elegibilidad social y demográfica. No hay deber de parte de las empresas de desarrollar planes de despido, ni de dialogar con los sindicatos o entidades públicas que le determinen a planificar terminaciones de contratos laborales teniendo presente las variables aludidas respecto del adulto mayor. El problema final de esto es que las garantías fundamentales del trabajador de edad indicadas al inicio del punto ven comprometida su aplicabilidad pues, además de posibilitarse un despido en las condiciones descritas, su cesantía no abraza capacitaciones, planes de recolocación, ni nada que le asegure -dentro de márgenes razonables- un pronto reintegro al trabajo en condiciones adaptadas a las necesidades del mercado.

6.- La sustentabilidad de las pensiones puede verse mejorada en la medida que se retrase la edad de jubilación e incremente el número de trabajadores contribuyentes del sistema de seguridad social, lo cual conlleva, al mismo tiempo, una morigeración de los factores que determinan precariedad desde el prisma del trabajador de edad. Se propone una línea gerontológica de análisis e intervención dentro del área de producción en la que el trabajador se desempeña al posibilitar revisiones más focalizadas, bajo una gramática de derechos, abandonando la caridad y el asistencialismo tradicional. Fuera de las acciones públicas y privadas, se propone estimular la acción sindical.

7.- Existiendo antecedentes suficientes sobre las precariedades laborales y de seguridad social de los trabajadores de edad, llama la atención que la reforma en ciernes, bajo el epítome de lo integral y el envejecimiento activo, sea tan feble en torno a la propuesta de medidas concretas en lo laboral específico. Si bien se reconocen algunas sugerencias provenientes de las Recomendaciones de la OIT en relación con el actuar de los agentes públicos y la orientación de sus políticas, esencialmente, lo cierto es que ninguno de los enfoques -diferencial y de curso de la vida- impone desde lo contractual obligación alguna para el empleador, ni reconoce las particularidades de los trabajadores. Se acendra una tutela desde la revitalización de la autonomía de la voluntad, posibilitando que el trabajador elija un sistema de franja o libre determinación de la jornada; perspectiva naturalmente civilista que no es capaz de reconocer, siquiera, la disparidad de poderes en la relación de trabajo. Finalmente, no resulta baladí constatar el enfoque tendiente al mero ingreso del adulto mayor al mercado laboral, no existiendo lineamientos dirigidos a la terminación y capacitación con relación vigente y/o terminada, latamente explayados con anterioridad, sin buscar la adaptabilidad del trabajador a los nuevos requerimientos. No existe efectiva Libertad ni Derecho al Trabajo. No hay giros de tuerca suficientes en el Proyecto, siquiera esbozados, que permitan avizorar un mercado laboral sin las tradicionales precariedades estructurales del adulto mayor, entre ellas, la insuficiencia en la cuantía de las pensiones.

En resumidas cuentas, una vez más el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social chileno pierden una gran oportunidad de reajustar su estructura, enrielándose hacia la coherencia tutelar en beneficio de un mercado laboral robustecido. Los trabajadores de edad denotan en su ruta laboral, parafraseando al enfoque de curso de la vida, la trayectoria y transiciones de estas ramas jurídicas. El punto es que siempre el Derecho tiene nuevas y briosas oportunidades, reconociendo que tras el error, existe siempre la posibilidad de enmendar y reformar, a diferencia de lo que ocurre con quién dicen resguardar.

5. BIBLIOGRAFÍA

Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Comares, 2000.

Blanco, M.: El enfoque del curso de vida: orígenes y desarrollo, en Revista Latinoamericana de Población, Vol. 5, No. 8, 2011.

Cabezón, M.E y Larraín, C.: Pensiones en Chile. ¿Cómo han evolucionado en el tiempo?, en Serie Informe Económico, No 197, 2021.

Centro de Políticas Públicas UC. Adultos mayores: un activo para Chile. Disponible en: https://politicaspublicas.uc.cl/wp-content/uploads/2017/06/Adultos-Mayores-un-activo-para-Chile.pdf.

CEPAL, "La inserción laboral de las personas mayores en América Latina", disponible en https://www.cepal.org/es/enfoques/la-insercion-laboral-personas-mayores-america-latina.

Cifuentes Lillo, H.: Los adultos mayores y las pensiones por vejez en Chile, en https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/13537/13874.

Cenobio-Narcizo, F., Guadarrama-Orozco, J., Medrano-Loera, G., Mendoza-de la Vega K., y González-Morales, D.: Una introducción al enfoque del curso de vida y su uso en la investigación pediátrica: principales conceptos y principios metodológicos, en Boletín Médico del Hospital infantil de México, Vol. 76, No 5.

Coloma Correa, R. y Agüero San Juan, C.: "Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba", Revista Chilena de Derecho, vol. 41 No 2.

Domínguez Montoya, Á., "La fragilidad causal del despido en Chile: disponible en: análisis, críticas y propuestas", disponible en: http://www.centrass.utalca.cl/docs/documentos/Primer%20Panel.Ponencia%20General.pdf.

Ferrada Bórquez, L.M. y Ferrada Bórquez, M.: Calidad del empleo de los adultos mayores en Chile, un factor de envejecimiento activo", en Revista Papeles de Población, No 95, 2018.

Gorelli Hernández, J.: "El rendimiento como causa de extinción del contrato de trabajo", en: *Revista Derecho & Sociedad*, N° 53.

Gray-Gariazzo, N., Sisto-Campos, V., Basualto-Cárcamo, C., y Rivera-Tovar, M.A.: Extension of working life and implications for occupational health in Chile. Revista de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, 2019.

Hernández Martín, D. "El ámbito objetivo de la Seguridad Social", VV.AA. Diez lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social, Madrid, Artes Gráficas Helénica, 1964.

Huenchuan Navarro, S.: Marco legal y de políticas en favor de las personas mayores en América Latina, en Serie Población y Desarrollo, No 51, 2004.

Humeres Noguer, H.: "2005. Corte Suprema, 23 de junio de 2005. Vilches Zapata, Ricardo con Segetrans Transportes S.A. (casación en el fondo)", en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (1).*

Instituto Nacional de Estadísticas (Chile), "Estimaciones y proyecciones de la población de Chile 1992-2050. Total país", disponible en: https://www.ine.gob.cl/docs/default-source/proyecciones-de-poblacion/publicaciones-y-anuarios/base-2017/ine_estimaciones-y-proyecciones-de-población-1992-2050_base-2017_s%C3%ADntesis.pdf?sfvrsn=c623983e_6.

Irureta Uriarte, P.: Constitución y Orden Público Laboral. Santiago, Facultad de Derecho-Universidad Alberto Hurtado, 2006.

Lathrop Gómez, F.: Protección jurídica de los adultos mayores en Chile, en Revista Chilena de Derecho, vol. 36, No 1, 2009.

Llanos Reyes, C., Pinto Sarmiento, Y., González Pizarro, J.: La flexibilización laboral desde las décadas de 1970 y 1980. Una historia más allá de los límites de lo nacional, en Revista de Historia de la Universidad de Concepción, No 30, 2023.

Observatorio del Envejecimiento (Pontificia Universidad Católica de Chile), "¿Está Chile preparado para envejecer?", disponible en: https://observatorioenvejecimiento.uc.cl/wp-content/uploads/2021/03/Reporte-¿Está-Chile-prepardo-para-envejecer__v7.pdf.

Organización Internacional del Trabajo: Empleo y protección social en el nuevo contexto demográfico. 1a ed. Ginebra: Oficina internacional del trabajo, 2013.

Piña-Morán, M., Olivo-Viana, M.G., Martínez-Maldonado, Luz, M., Mendoza-Núñez, V.: Intervención situacional gerontológica: estrategia para potenciar los roles sociales de los mayores, en Revista Médica del Instituto Mexicano del Seguro Social, vol. 56, No 1, 2018.

Pizarro Contreras, S.: "La terminación del contrato de trabajo por necesidades de la empresa y el despido colectivo: análisis comparado de la legislación chilena y alemana", en: AA.VV. *Estabilidad en el empleo. Estudios en homenaje al profesor Francisco Walker Errázuriz*. Ediciones On Demand, Santiago: 2017.

Pontificia Universidad Católica de Chile: Trabajo y Personas Mayores a tres años de la pandemia, en Observatorio para el Envejecimiento, año 4, vol. 23, 2023.

Pontificia Universidad Católica, SENCE y OTIC del Comercio, Servicios y Turismo. *Trabajo y personas mayores en Chile. Lineamientos para una política de inclusión en Chile*, disponible en: https://sociologia.uc.cl/wp-content/uploads/2018/03/trabajo-y-psms-en-chile-web.pdf.

Rodrigo Silva, C.: El derecho al trabajo en el ordenamiento jurídico chileno: una mirada desde la precariedad laboral, Tesis doctoral para obtener el grado de Doctora en Derecho por la Universidad de Chile, y Doctora en Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social, Universidad de Salamanca, disponible en https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/148415/PDAHJES_RodrigoSilvaC_Derechoaltrabajo.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Thayer Arteaga, W.: *Dimensión Histórica del Código del Trabajo.* Ediciones de la Universidad del Desarrollo, Santiago: 2008.

Ugarte Cataldo, J.L: *Derecho del Trabajo, Flexibilidad Laboral y Análisis Económico del Derecho*. Santiago: Editorial Lexis Nexis, 2004.

Yáñez Monje, P.: Las necesidades de la empresa como causal de término de contrato: ¿conversión a un sistema de libre despido?, en Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Chile, Vol. 1, No 1, 2010.

Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Derecho a la Seguridad Social y nacionalidad: evaluando la igualdad de trato en prestaciones asistenciales en los países iberoamericanos basado en el convenio 102 de la OIT

Social Security and nationality: evaluating equal treatment in social benefits in ibero-american countries based on ILO convention no. 102

Alexandre Schumacher Triches[1] https://orcid.org/0000-0002-2843-0905

Cita Sugerida: SCHUMACHER TRICHES, A.: «Derecho a la Seguridad Social y nacionalidad: evaluando la igualdad de trato en prestaciones asistenciales en los países iberoamericanos basado en el convenio 102 de la OIT». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 463-478.

Resumen

Considerando el Derecho Internacional de la Seguridad Social, el objetivo del presente artículo es examinar las desigualdades existentes entre ciudadanos nacionales y no nacionales en materia de Seguridad Social en los países del bloque iberoamericano que han ratificado la Convención nº 102 de la OIT, en relación con el requisito del tiempo mínimo de residencia para tener derecho a la prestación asistencial no contributiva. Se analizarán los sistemas de los países iberoamericanos que han ratificado la Convención nº 102 de la OIT para verificar la situación descrita anteriormente. Al final, se demostrará que la heterogeneidad de los sistemas nacionales, especialmente en lo que respecta al requisito del tiempo de residencia, tiene el potencial de generar desigualdad, vulnerando el ideal de igualdad entre nacionales y no nacionales, previsto en la Convención nº 102 de la OIT, y generando impactos en el derecho internacional de las migraciones.

Palabras clave

Seguridad Social; Desigualdad; Migraciones

Abstract

Considering International Social Security Law, the aim of this article is to examine the existing inequalities between national and non-national citizens concerning Social Security in Ibero-American countries that have ratified ILO Convention No. 102, specifically regarding the minimum residency requirement to qualify for non-contributory social benefits. The article will analyze the systems of Ibero-American countries that have ratified ILO Convention No. 102 to verify the described situation. In the end, it will be demonstrated that the heterogeneity of national systems, especially regarding the residency requirement, has the potential to create inequality, undermining the ideal of equality between nationals and non-nationals as stipulated in ILO Convention No. 102, and impacting international migration law.

Keywords

Social Security; Inequality; Migrations

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tratará la temática del Derecho Internacional de la Seguridad Social, visto como el conjunto de normas, principios y mecanismos internacionales que tienen como objetivo promover y proteger los derechos relacionados con la protección social a nivel global. El contexto

[1] Maestro en Derecho de las Relaciones Sociales - Derecho de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo. Especialista en Derecho Público por la Pontificia Universidad Catolica del Río Grande del Sur. Autor de obras sobre derecho procesal administrativo de la seguridad social, entre ellas: INSS Digital, Processo Administrativo Previdenciário, Direito Processual Administrativo Previdenciário, Reafirmação da DER, Miembro Consultor de la Comisión de Seguridad Social de la OAB/RS. Profesor en G4 Actualización Previdenciaria. Miembro de la Junta de Actuación Judicial del Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário - IBDP. Abogado. Correo electrónico: astriches@gmail.com"

específico del análisis será el entorno iberoamericano, y la metodología a utilizar será hipotético-deductiva.

La Convención nº 102, del 28 de junio de 1952, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), denominada Convención sobre la Seguridad Social (Norma Mínima), prevé la prohibición de la discriminación en el ámbito de la Seguridad Social entre los derechos de nacionales y no nacionales. Brasil ratificó dicha Convención en septiembre de 2008, a través del Decreto Legislativo nº 269/2008. Entre los países iberoamericanos, la norma fue ratificada por Argentina, Ecuador, Bolivia, España, Honduras, México, Perú, Venezuela, Portugal, República Dominicana y Uruguay.

El 20 de abril de 2017, el Supremo Tribunal Federal, corte constitucional de Brasil, juzgó el Recurso Extraordinario nº 587.970, registrado como Tema nº 173, y decidió que los extranjeros residentes en el país tienen derecho al Beneficio de Prestación Continuada, previsto en la Ley nº 8.742/93. Se trata de una prestación asistencial que no requiere la contraprestación contributiva y que es debida a las personas que residen en Brasil y que se encuentran en una situación de vulnerabilidad social.

Considerando el Derecho Internacional de la Seguridad Social, el objetivo del presente artículo es examinar las desigualdades existentes entre ciudadanos nacionales y no nacionales en materia de Seguridad Social en los países del bloque iberoamericano que han ratificado la Convención nº 102 de la OIT, en relación con el requisito del tiempo mínimo de residencia para tener derecho a la prestación asistencial no contributiva.

Se analizarán los sistemas de los países iberoamericanos que han ratificado la Convención nº 102 de la OIT para verificar la situación descrita anteriormente. Al final, se demostrará que la heterogeneidad de los sistemas nacionales, especialmente en lo que respecta al requisito del tiempo de residencia, tiene el potencial de generar desigualdad, vulnerando el ideal de igualdad entre nacionales y no nacionales, previsto en la Convención nº 102 de la OIT, y generando impactos en el derecho internacional de las migraciones.

2. BENEFICIO DE PRESTACIÓN CONTINUADA DE LA LEY ORGÁNICA DE ASISTENCIA SOCIAL DE BRASIL

El Beneficio de Prestación Continuada en Brasil se concede en dos situaciones específicas: para personas mayores de 65 años y para personas con discapacidad. En ambos casos, es necesario demostrar la condición de vulnerabilidad social, definida por la evaluación de la renta familiar por persona, que no puede superar un cuarto del salario mínimo nacional.

La legislación original prohíbe la concesión de esta prestación a los extranjeros residentes en el país, con excepciones para personas con nacionalidad portuguesa y siempre que se respete el principio de reciprocidad. Sin embargo, el Supremo Tribunal de Brasil, en fecha 20 de abril de 2017, juzgó el Recurso Extraordinario nº 587.970/SP en régimen de repercusión general, registrado como Tema 173, y decidió extender el beneficio a todo y cualquier residente extranjero en el país, independientemente del tiempo de residencia.

El proceso comenzó en la Vara Federal de São Paulo. La acción fue presentada por una ciudadana italiana cuyo requerimiento de prestación asistencial para la persona mayor fue denegado por el INSS el 01/09/2005.

El órgano de la seguridad social, en su calidad de imputado en el proceso judicial. defendió la imposibilidad de extender la mencionada prestación social a los extranjeros residentes en Brasil, salvo a los de nacionalidad portuguesa. Según el Instituto Nacional del Seguro Social (INSS), el Decreto nº 6.214, de 26 de septiembre de 2007, que regula dicha prestación social, prohíbe su concesión a extranjeros residentes en el país con nacionalidades distintas de la portuguesa. Cabe destacar que la autora del processo judicial comenzó a residir en Brasil el 19/11/1952.

La acción judicial tramitó en el Juizado Especial Federal de São Paulo, y el juzgado de primera instancia reconoció el derecho a la prestación asistencial. La sentencia de procedencia en sus aspectos fundamentales fue la siguiente:

(...)

Passo a examinar o mérito.

A autora é de nacionalidade italiana e o INSS argumenta que a condição de estrangeiro, por si só, impossibilita a concessão do benefício para a autora. A CF, no artigo 203, dispõe que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, sem fazer distinção entre os nacionais e os estrangeiros, com o que reconhece para estes os mesmos direitos sociais, sem o que estaria violada de justiça social como um dos objetivos da ordem social.

Além do mais, a igualdade é garantia fundamental estampada no artigo 5º da CF/88, que expressamente estende aos estrangeiros residentes no país a proteção dos direitos individuais previstos na CF/88, figurando entre eles o direito ao LOAS.

Nesse quadro o comando previsto do Decreto 1.744 de 08/12/95, em seu artigo 4º, se afigura ilegal, já que restringe regra constitucional.

Adotando uma interpretação sistemática verifica-se que referida norma pretendeu abranger neste benefício tanto os naturalizados (na verdade inexistem estrangeiros naturalizados, o que existem são brasileiros naturalizados), quanto os estrangeiros domiciliados no país. Apenas não teria sentido estender tal proteção àqueles que estão meramente de passagem, o que não é o caso dos autos.

A autora, segundo consta de sua inicial, possui visto permanente.

Vencida a primeira questão, analiso a satisfação dos requisitos legais de concessão do benefício da LOAS.

(...)

Pelo exposto, antecipo os efeitos da tutela para pagamento das parcelas vincendas e julgo procedente o pedido, determinando a concessão do benefício previsto no art. 20, da Lei 8.742/93 em favor de ----------, no valor de um salário mínimo, a contar da data do requerimento administrativo (01/09/2005).

(...)

Ante la decisión de procedencia del Juzgado Especial Federal de São Paulo, el órgano de previsión interpuso recurso ante la Sala de Apelaciones de los Juzgados Especiales Federales, el cual fue declarado improcedente, manteniéndose, por lo tanto, la decisión recurrida.

El argumento del INSS en el recurso interpuesto fue en el sentido de que la autora de la acción judicial poseía nacionalidad extranjera y que la asistencia social es un derecho exclusivo del ciudadano, es decir, de aquel que está en gozo de los derechos políticos, no pudiendo extenderse a las personas que no ostentan esa calidad. La decisión de la Turma Recursal, en resumen, constó en los siguientes términos:

(...)

O benefício assistencial está previsto na Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Assim, o que se depreende do dispositivo constitucional é que o benefício da assistência social será prestado à pessoa que dele necessite, ou seja, aquela portadora de deficiência ou o idoso, desde que preenchido o requisito econômico, na forma da lei.

Portanto, o que a Constituição delega para a legislação ordinária é a definição de pessoa deficiente, quem será considerado idoso e qual o critério a ser utilizado para aferição da condição de miserabilidade. De forma alguma a lei poderá restringir o benefício somente ao cidadão.

(...)

Ora, a Constituição não estabelece, em momento algum, que o benefício será prestado somente ao cidadão. Se a intenção fosse essa, teria havido determinação expressa, como, por exemplo, ao tratar da ação popular no artigo 5º, LXXIII, nos seguintes termos: qualquer cidadão é arte legitima para propor ação população, que vise a ....”

Ademais, como bem fundamentado pelo d. Juizo sentenciante “a igualdade é garantida fundamental estampada no artigo 5º da Cf/88, que expressamente estende aos estrangeiros residentes no país a proteção dos direitos fundamentais previstos na Cf/88, figurando ente eles o direito ao LOAS.

Diante disso, a sentença recorrida não merece reparos nesse aspecto.

(....)

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso da autarquia re,. Apenas para afastar a imposição de multa pelo não cumprimento de determinação judicial. Mantenho, no mais, a r. sentença recorrida. Mantida a tutela concedida.

(....)

Frente al entendimiento adoptado por la Turma Recursal de los Juizados Especiales Federales de São Paulo en el sentido de que el Beneficio Asistencial previsto en el artículo 203, inciso V de la Constitución Federal y regulado por la ley nº 8.742/93, es debido para todos los extranjeros residentes en Brasil independientemente de la nacionalidad y tiempo de residencia en el país, el INSS, inconforme con la decisión, interpuesto Recurso Extraordinario llevando la materia ante la Suprema Corte y argumentando que aunque el artículo 5º de la CF establece la igualdad de derechos entre brasileños y extranjeros, lo dispuesto en el artículo 203 no sería autoaplicable.

También sostuvo que nacionales y extranjeros no están en idéntica situación fáctica. Citó en apoyo a su tesis el hecho de que se han extendido a los portugueses residentes en el país los mismos derechos de los ciudadanos brasileños en materia de reciprocidad, con eso significando que a los demás no se les asegurarían iguales derechos. Aseguró la autarquía que en aquel juicio, la Corte Suprema asentó que corresponde exclusivamente a la ley - y no al Poder Judicial - definir los criterios para la aferición de la hiposuficiencia. Afirmó también no haber nivel de desarrollo económico suficiente para sustentar a todos los brasileños y extranjeros residentes en el país.

El juicio contó con la participación de innumerables entidades en la condición de amicus curiae, conforme al artículo 138 del Código de Proceso Civil, entre ellos Cáritas, el Instituto Brasileño de Derecho Previsional y la Defensoría Pública de la Unión. Y ciertamente posee relevancia considerable en el contexto de los derechos sociales en Brasil y en el mundo.

La Suprema Corte de Brasil entendió por no dar provimento al recurso del INSS y reconocer el derecho de los extranjeros residentes en el país al Beneficio de Prestación Continuada de la Ley nº 8.742/93. Como el juicio fue en régimen de repercusión general, la tesis fijada por la Corte fue la siguiente: Los extranjeros residentes en el país son beneficiarios de la asistencia social prevista en el artículo 203, inciso V de la Constitución Federal, una vez atendidos los requisitos constitucionales y legales.

La negativa del órgano previdenciario al derecho de la autora italiana se dio en base a actos administrativos y decretos que, bajo cualquier lectura, demostraban evidente incompatibilidad con la Constitución Federal y la propia Ley n° 8.742/93, ambas de jerarquía normativa superior.

La Constitución Federal en el artículo 203 prevé:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

> III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
>
> IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
>
> V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Con el objetivo de regular el inciso V del artículo 203 de la Constitución Federal brasileña, la Ley nº 8.742/93 establece:

> Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

El artículo comentado reguló el texto constitucional restringiendo el derecho a los extranjeros residentes en el país. A su vez, el artículo 5º de la Constitución Federal asegura al extranjero residente en el país el disfrute de los derechos y garantías individuales en igualdad de condición con los brasileños. También el artículo 203 de la CF/88 no prohíbe la asistencia social a extranjeros. Además de estas normas, la Corte Suprema de Brasil aún concedió fuerza normativa a algunos principios fundamentales: la universalidad de la cobertura y del atendimiento, la igualdad, la solidaridad y, notoriamente, a la ciudadanía.

En consonancia con la norma constitucional, la ley que trata de la organización de la Asistencia Social - Ley nº 8.742/93 - no prevé distinción acerca de la nacionalidad para la percepción de la prestación pecuniaria asistencial. Al contrario, contempla en el art. 4º, IV, el principio de igualdad de derechos en el acceso al atendimiento sin discriminación de cualquier naturaleza:

> Art. 4º A assistência social rege-se pelos seguintes princípios:
>
> I - supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica;
>
> II - universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas;
>
> III - respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade;
>
> IV - igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais;
>
> V - divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão.

Conforme se verifica, no existe en la Ley nº 8.742/93 ni en el texto constitucional cualquier prohibición de conceder a los extranjeros legalmente residentes en Brasil el beneficio asistencial de un salario mínimo previsto en el artículo 203, inciso V de la Constitución Federal. La Corte Suprema

de Brasil destacó aún tratados internacionales en que Brasil es signatario en materia de derechos humanos tales como el Pacto de San José de Costa Rica, Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo.

La decisión confiere protección a aquellos incapaces de garantizar la subsistencia, exigiendo además de los requisitos específicos de la propia prestación asistencial, la condición de residente en Brasil independiente del período de residencia y en cualquier modalidad jurídica migratoria y/o nacionalidad. El INSS, por fuerza de actos normativos propios, ha dado ejecución a la decisión judicial.

3. MIGRACIONES Y NACIONALID EM EL CONTEXTO DEL SIGLO XXI

Las migraciones entre los pueblos desde la antigüedad son una realidad. Los seres humanos son naturalmente migrantes, siempre en busca de mejores condiciones de vida, y por eso el tema de las migraciones sigue siendo muy actual.

Según la OIM, en los primeros 15 años del siglo XXI, hubo un aumento del 41% en el número de migrantes en el mundo, alcanzando aproximadamente 244 millones. De ese número, cerca de un tercio (76 millones) vive en Europa y 75 millones en Asia, continente que más ha recibido migrantes en estos últimos 15 años. Por último, 54 millones de migrantes residen en América del Norte. (OIM, 2022)

Todos los seres humanos tienen el derecho de emigrar, lo que está garantizado en muchos textos internacionales, incluso en la propia Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948. La cuestión es el derecho a inmigrar. De nada sirve el derecho de salir del país sin poder ingresar en otro. (FRIEDRICH; PASSOS, 2020) O, lo que es peor: no tener su condición humana debidamente observada por el país elegido en razón de la nacionalidad.

Este tema tiene relevancia en el contexto actual debido a la reciente pandemia de COVID-19, las diversas guerras que ocurren en el mundo, entre ellas el conflicto en Ucrania y en Gaza, los problemas climáticos como la inundación que recientemente asoló el estado de Rio Grande del Sur en Brasil, y la condición económica bastante delicada que muchos países están experimentando por problemas también políticos, como es el caso en América del Sur de la República Bolivariana de Venezuela. Muchas personas están migrando en todos los continentes en busca de mejores condiciones de vida, pues no son todas las naciones que están consiguiendo garantizar condiciones de vida mínimamente aceptables para su población. (SILVA, 2019)

El tema de las migraciones puede ser objeto de innumerables disciplinas como las relaciones internacionales, las ciencias económicas, la psicología, el servicio social, el derecho y la ciencia política. Vertientes teológicas como el espiritismo también se han dedicado al estudio de la inmigración familiar. En este sentido, cabe destacar el trabajo de Cáritas de Brasil, en trabajo dirigido a los inmigrantes, refugiados y apátridas.

La migración es el desplazamiento poblacional por el espacio geográfico de forma temporal o permanente que, desde el inicio de la humanidad, ha contribuido a la supervivencia del ser humano. (SILVA, 2019) Las personas migran por alguna razón y muchas veces la supervivencia de un determinado grupo social depende de su desplazamiento por el espacio. En ese sentido es lo que ocurría antiguamente con la migración de los pueblos en busca de alimentos y lo que se renueva actualmente ante el contexto de las guerras.

Dejar el país de origen con todas las dificultades que implica esta decisión es una realidad para miles de personas. Muchos pueden optar por tomar ese rumbo, pero para una buena parte de las personas, (FRIEDRICH; PASSOS, 2020) la migración se convierte en una actitud obligatoria frente a un problema político, religioso o incluso económico.

La doctrina (SILVA, 2020) trae cuatro razones para la migración:

1.- Económica: cuando el migrante sale en busca de mejores calidades de vida, empleos, salarios, muy común en países o regiones subdesarrolladas.

2.- Cultural y religiosa: en el caso de grupos sociales que migran al lugar con el cual se identifican, como los musulmanes que migran a La Meca para facilitar la práctica de su religión.

3.- Política: ocurre con bastante frecuencia durante crisis políticas, guerras, dictaduras en las cuales varios contingentes políticos migran de forma libre o forzada para evitar los problemas de su país.

4.- Naturales: muy común en lugares con la ocurrencia de desastres ambientales, sequías, frío intenso, calor excesivo, etc.

Entre el siglo XVI y el inicio del siglo XX, la historia nos cuenta que el principal movimiento migratorio ocurrió desde el continente europeo hasta otras regiones del mundo dentro del contexto de colonización de América, África y Asia. (WEBER, 1980) En el transcurso del siglo XX, el flujo migratorio pasó a ser mucho mayor en el sentido contrario, saliendo de los países subdesarrollados hacia los países desarrollados de Europa y principalmente hacia los Estados Unidos y Canadá.

En el contexto actual, se verifica movimientos migratorios de países más pobres hacia países vecinos que poseen economías más estables; en este caso, incluso los migrantes aprovechan que la entrada en esos países es facilitada por poseer menos barreras burocráticas que los tradicionales países inmigrados y migran en busca de mejores condiciones de vida. Es lo que ha estado ocurriendo en países de América del Sur como Brasil, Argentina, Colombia y Chile que reciben muchos migrantes.

Según la Declaración Universal, la ONU de 1948:

> Qualquer pessoa que se enquadre no conceito de refugiado deve ter a proteção do estado, independentemente de o temor ser proveniente das situações da Segunda Guerra Mundial. (SILVA, 2019)

Así se desarrolla el derecho internacional de los refugiados, que puede definirse como:

> Qualquer pessoa que se enquadre no conceito de refugiado deve ter a proteção do estado, independentemente de o temor ser proveniente das situações da Segunda Guerra Mundial. (SILVA, 2019)

Con el advenimiento de la globalización del capital y, por ende, de las movilidades humanas, las familias se vieron insertadas en una nueva dinámica de relación con sus territorios, sus vecinos y con las otras naciones por medio de los nuevos flujos migratorios que aumentaron gradual y exponencialmente a partir de la crisis global de 2008.

Acontece que:

> Os países estabelecem suas próprias regras sobre nacionalidade e sobre migração, definindo as possibilidades, proibições e critérios para a entrada em seu território. Como essas regras não impedem uma pessoa decidida ou desesperada de decidir migrar, muitas o fazem irregularmente, ficando a margem do direito do local de destino. (FRIEDRICH; PASSOS, 2020)

Esta situación no exime al migrante de medidas restrictivas, prejuicio, empleos degradantes, inhibido de buscar sus derechos, de volver a su lugar de vida y de interactuar con el lugar de destino.

En Brasil, por ejemplo, es relevante el reciente caso de los migrantes venezolanos que se retiran de su país en razón de la fuerte crisis política y económica. Una vez recepcionados por el estado brasileño, estos migrantes establecen vida propia en el lugar de destino. No raras veces se relacionan con personas, contraen matrimonio, generan hijos y alteran por completo su propio destino. La característica sociológica de estos países va siendo también alterada con los flujos migratorios.

Claro que todo grupo inmigrante mantiene, mientras minoritario en la sociedad en que elige vivir, mayor o menor grado de aislamiento con respecto al grupo social circundante y eso genera dificultades culturales. Es común que los grupos circundantes vean en él una amenaza, incluso que velada, a su propia supervivencia, todo en razón de su nacionalidad y de la supuesta competencia de acceso a las políticas públicas. (WEBER, 1980)

Sobre migraciones, puntual y realística es la descripción del ficcionista uruguayo Mario Benedetti:

> Uma primeira em que você se nega a desfazer as malas, porque tem a ilusão de que o regresso será amanhã. Tudo lhe parece estranho, indiferente, alheio. Quando escuta os noticiários só presta atenção às notícias internacionais esperando (inutilmente, claro) que digam alguma coisa, uma coisinha, de seu país e de sua gente. A segunda etapa é quando você começa a se interessar pelo que acontece ao seu redor, pelo que prometem os políticos, pelo que não cumprem (a esta altura você já se sente em casa), pelo que vociferam os muros, pelo que cantam as pessoas. (BENEDETTI, 2017)

Los nuevos flujos migratorios de familias transnacionales comportan diversos desafíos para el Derecho de la Seguridad Social tanto a nivel doméstico como internacional, pues en una sociedad líquido-moderna las realizaciones individuales no pueden solidificarse en posesiones permanentes porque en un abrir y cerrar de ojos los activos se transforman en pasivos y las capacidades en incapacidades. (BAUMAN, 2005)

4. LA IGUALDADE DE TRATAMIENTO DE LOS RESIDENTES NACIONALES Y NO NACIONALES: EL CASO DE LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS QUE RATIFICARON LA CONVENCIÓN Nº 102 DE LA OIT

La Convención nº 102 de la OIT, del 28 de junio de 1952 establece los requisitos mínimos en lo que respecta a la cobertura, adecuación, condiciones de acceso y otros parámetros esenciales de las prestaciones en materia de Seguridad Social. Es una norma internacional que obliga a los países firmantes y sirve de referencia para la concepción de sistemas de protección social sostenibles, sólidos y basados en derechos.

No está demás destacar que la Seguridad Social es una herramienta importante para prevenir y reducir la pobreza, la desigualdad, la exclusión social y la inseguridad social, para promover la igualdad de oportunidades, la igualdad de género y la igualdad racial, y para apoyar la transición del empleo informal al empleo formal. (PESSOA; CARDOSO, 2023)

La norma de la OIT fue negociada y adoptada por los gobiernos, representantes de los trabajadores y empleadores de los 187 estados miembros. (OIT, 2018) y posee numerosas normas orientadas a la regulación del Derecho Internacional de la Seguridad Social. Entre ellas, cabe destacar aquella que trata de la igualdad de tratamiento de los residentes nacionales y no nacionales:

> **PARTE XII Igualdad de tratamiento de los residentes no nacionales**
>
> Artículo 68.º
>
> 1. Los residentes no nacionales deberán tener los mismos derechos que los residentes nacionales. Sin embargo, podrán prescribirse disposiciones especiales para los no nacionales y para los nacionales nacidos fuera del territorio del Miembro, en lo que respecta a las prestaciones o partes de prestaciones financiadas exclusivamente o de manera preponderante con fondos públicos, y en lo que respecta a los regímenes transitorios.
>
> 2. En los sistemas de seguridad social contributivos cuya protección comprenda a los asalariados, las personas protegidas que sean nacionales de otro Miembro que haya aceptado las obligaciones de la parte correspondiente del Convenio deberán tener, respecto de dicha parte, los mismos derechos que los nacionales del Miembro interesado. Sin embargo, la aplicación de este párrafo podrá estar condicionada a la existencia de un acuerdo bilateral o multilateral que prevea la reciprocidad.

Esta regla, mientras norma mínima, es de fundamental importancia dentro del contexto del derecho de las migraciones, una vez que objetiva garantizar la protección social mínima con efectividad a nivel transaccional. Desde el punto de vista de las prestaciones asistenciales financiadas a través de fondos públicos, el artículo deja evidenciado que pueden ser prescritas disposiciones especiales respecto a los no nacionales y respecto a los nacionales nacidos fuera del territorio del miembro.

En este sentido, lo que se verifica en el ámbito iberoamericano es la existencia de hecho de sistemas asistenciales de prestación continuada con características heterogéneas, no en lo que se refiere al riesgo social protegido, que en la mayoría de los casos está relacionado con la edad avanzada, condición de persona con discapacidad y vulnerabilidad económica, sino especialmente en cuanto al criterio de tiempo mínimo de residencia del no nacional en el país en que está postulando el derecho a la Asistencia Social.

Esta es la razón por la cual cobra relevancia el estudio comparado de los modelos de seguridad social en materia de Derecho de la Asistencia Social. El análisis de las relaciones entre sistemas puede proporcionar reflexiones sobre cooperación internacional, especialmente en áreas como inmigración, desplazamiento de trabajadores y acuerdos bilaterales sobre beneficios sociales.

Nunca es demasiado recordar sobre el tema que, aunque los sistemas no sean exactamente iguales unos a otros, en general, contienen una serie de principios que se recogen en casi todos, aunque no con la misma regulación (CASTILLO; AZCÚE, 2020, p. 136) y estos aspectos merecen ser analizados.

Según enseña Monereo Pérez:

> Ante los nuevos desafíos los sistemas nacionales de Seguridad Social basados en la solidaridad deben ser más sólidos y expansivos que nunca. Es necesario disponer de sistemas de Seguridad Social eficaces que permite a las sociedades y a las personas que la integran afrontar los riesgos que comporta la globalización, aprovechar plenamente las oportunidades que ofrece y adaptarse a los cambios continuos. (MONEREO PÉREZ, 2019)

Examinando los sistemas de Asistencia Social de los países iberoamericanos que ratificaron la Convención nº 102 de la OIT, se constató que tres de ellos tienen reglas diferentes a las brasileñas en materia de protección asistencial, específicamente en relación con el tiempo de residencia como requisito para la concesión del beneficio, además de los requisitos vinculados a contingencia social protegida. Se trata de España, Argentina y Uruguay.

Se utilizarán los casos de los tres países mencionados porque presentan de manera expresa la condición del tiempo de residencia como requisito para el encuadramiento en el derecho a la protección assistencial em los respectivos portales governamentales. En cuanto a los demás países, no se constató tal exigência. Y el caso de Portugal no será tratado debido a que existe un acuerdo específico entre este país y Brasil.

Sin embargo, es importante hacer una salvedad: la investigación se realizó a partir de los datos contenidos en los portales gubernamentales de los respectivos países. No fue posible consultar íntegramente las normas que regulan estos derechos, ya que se constató poca transparencia con respecto a ellas en los portales y también debido al hecho de que muchas de ellas están previstas en actos administrativos de difícil acceso público.

De todos modos, los tres países iberoamericanos a continuación mencionados, todos ellos signatarios de la Convención nº 102 de la OIT, son suficientes para el examen y las demonstraciones propuestas por el artículo, así como para la obtención de conclusiones objetivadas com el presente investigación.

4.1. Reino de España

La Seguridad Social en el Reino de España abarca el Derecho de la Asistencia Social. Las informaciones sobre el programa asistencial pueden ser localizadas en el sitio de la Seguridad Social vinculado al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: https://www.seg-social.es.

El Ingreso Mínimo Vital en España es un beneficio que busca prevenir el riesgo de pobreza y exclusión social para personas que viven solas o están integradas en una unidad de convivencia y no disponen de recursos económicos para cubrir sus necesidades básicas.

Se configura como un derecho subjetivo a un beneficio económico que forma parte de la acción protectora de la Previsión Social y garantiza un nivel mínimo de renta a quien se encuentra en situación de vulnerabilidad económica. Busca garantizar una mejora real en las oportunidades de inclusión social y laboral de los beneficiarios.

Funciona como una red de protección que busca permitir la transición de una situación de exclusión a la participación en la sociedad. Para obtener el derecho a la prestación debe ser comprobada la residencia legal y efectiva en España de forma continua e ininterrumpida durante al menos el año anterior a la presentación del pedido.

El período de un año no es necesario para menores incorporados a la unidad de convivencia por nacimiento, adopción, reagrupamiento familiar de hijos e hijas, guarda para fines de adopción o acogimiento permanente, personas víctimas de tráfico de seres humanos y explotación sexual, mujeres víctimas de violencia de género.

Además, es necesario demostrar la condición de vulnerabilidad económica, considerada como la capacidad económica del solicitante individual o de la unidad de convivencia, contabilizando los recursos de todos sus miembros. La residencia legal en España se acreditará mediante inscripción en el registro central de extranjeros, en el caso de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de la Confederación Suiza, o con tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión o autorización de residencia en cualquiera de sus modalidades, en el caso de extranjeros de otra nacionalidad.

Las víctimas de tráfico de seres humanos y de explotación sexual, así como sus hijos, pueden comprobar la residencia legal en España con la autorización de residencia provisional emitida por la Secretaría de Estado de la Seguridad del Ministerio del Interior, en colaboración con las autoridades policiales o judiciales, o emitida por el Secretario de Estado de las Migraciones en respuesta a la situación personal de la víctima.

Las mujeres víctimas de violencia de género y sus hijos podrán comprobar la residencia legal en España con la autorización de residencia provisional emitida por la autoridad competente para conceder la autorización de residencia por circunstancias excepcionales. La dirección en España se acreditará con el certificado de registro.

4.2. República Argentina

La República de Argentina posee cuatro modelos de beneficios asistenciales denominados de Pensión No Contributiva - PNC: Pensión no nontributiva por incapacidad, Pensión no nontributiva para madre de 7 hijos, Pensión de vejez no contributiva, Pensión no contributiva para personas con VIH y/o Hepatitis B y/o C. Las informaciones sobre la prestación asistencial argentina pueden ser localizadas en el portal de la Administración Nacional de la Seguridad Social - ANSES: https://www.anses.gob.ar.

La Pensión no contributiva por incapacidad es debida a personas que no pueden, debido a su estado de salud y vulnerabilidad social, ser plenamente incluidas. Se exige la condición de argentino nativo o naturalizado, residente en el país y, si es extranjero, deberá comprobar residencia mínima continua en el país por 10 años. En el caso de solicitantes menores, la exigencia será comprobada por la residencia mínima continua en el país de 3 años por parte de sus padres, madres o responsables.

La Pensión no contributiva para madre de 7 hijos es un beneficio mensual y vitalicio que se destina a las madres con 7 o más hijos (incluyendo los adoptados), independientemente de la edad o estado civil. Tiene como requisitos la condición de ser argentino o naturalizado (mínimo un año de residencia en el país). Si es extranjero, deberá residir en el país al menos 15 años. La Pensión de vejez no contributiva es debida a las personas con 70 o más años, sin pensiones o cobertura no contributiva.

En caso de fallecimiento del titular, tiene derecho al cobro de la pensión la viuda o unión estable con más de 70 años incapacitada que haya convivido junto en los últimos 5 años anteriores al fallecimiento.

Como requisito, además de la edad y demás condiciones específicas de la prestación, se requiere ser argentino nativo o naturalizado residente en el país. En este último caso, es necesario haber residido en el país al menos 5 años antes de hacer el pedido. Los extranjeros deben haber residido en el país al menos 40 años antes de solicitar. La ausencia definitiva del país implicará la pérdida del derecho al beneficio.

Finalmente, la Pensión no contributiva para personas con VIH y/o Hepatitis B y/o C (Ley 27.675) es un beneficio destinado a personas que viven con VIH y/o hepatitis B y/o C y que se encuentran en situación de vulnerabilidad socioeconómica.

Tiene como requisitos, además de los diagnósticos médicos, tener 18 años de edad y residir en el país en el momento de la solicitud del beneficio. Los argentinos naturalizados o extranjeros deberán tener un mínimo de 5 años de residencia continua en el país en el momento de la solicitud.

4.3. República Oriental del Uruguay

La República Oriental del Uruguay posee el sistema Pensión de Vejez e Invalidez (no contributiva). El programa ofrece ayuda financiera a personas evaluadas como carentes de recursos, sea por edad o discapacidad, que no han logrado contribuir al sistema de seguridad social o, al menos, por tiempo suficiente para generar el derecho a un beneficio contributivo.

El órgano responsable es el Banco de Previsión Social y la unidad ejecutora es la Dirección Técnica de Beneficios - Beneficios Económicos. Fue creado en 1919. Las informaciones pueden obtenerse en el portal del Banco de Previsión Social - BPS: https://www.bps.gub.uy.

Tiene como objetivo evitar la pobreza y la miseria de personas que no consiguen obtener recursos para su subsistencia, proporcionar protección financiera a cualquier persona que, debido a la edad o discapacidad, no pueda generar ingresos de la actividad laboral, no tenga acceso a beneficios contributivos por vejez o invalidez, y carezca de recursos para cubrir sus necesidades vitales.

La protección se ejecuta a través de uno de dos beneficios: Pensiones de Vejez e Pensiones de Invalidez. En el primer caso se destina a habitante de la República con 10 años de residencia en Uruguay en los últimos 20 años, 70 años o más y que no tenga recursos, no tenga capacidad contributiva y/o no tenga años para jubilarse. Y en el segundo para habitante de la República con 10 años de residencia en Uruguay en los últimos 20 años que compruebe incapacidad absoluta y permanente para todo trabajo, no tenga condiciones de acceso a un beneficio contributivo (jubilación) y carezca de recursos para atender a sus necesidades.

5. CONCLUSIÓN

La relación entre los países iberoamericanos signatarios de la Convención nº 102 de la OIT en lo que respecta al Derecho de la Asistencia Social demuestra que los modelos de protección asistencial guardan similaridad. De regla general, las contingencias sociales protegidas son la edad avanzada, condición de persona con discapacidad y vulnerabilidad económica.

Sin embargo, los sistemas analizados guardan heterogeneidad en lo que se refiere al requisito de residencia mínima para la obtención de la protección asistencial. Brasil, que no exige tiempo mínimo de residencia para que el no nacional obtenga la protección asistencial, destaca de países como República Argentina, República Oriental del Uruguay y Reino del España, que exigen tal requisito (varían entre 1 hasta 40 años de tiempo de residência). El enfoque dado al presente estudio demostró que Brasil posee uno sistema abrangente en materia de protección assistencial.

Algunas particularidades necesitan ser destacadas. Una primera de ellas es que la República Oriental del Uruguay posee un sistema de protección asistencial desde el año de 1919, lo que demuestra la tradición del país con este tipo de política pública. En el caso de Argentina, en caso de fallecimiento del titular, tiene derecho al cobro de la pensión la viúva o unión estable con más de 70 años incapacitada que haya vivido junta en los últimos 5 años anteriores al fallecimiento. Aún en este país, la ausencia definitiva del país implicará la pérdida del derecho al beneficio.

En el Reino de España, el período de un año de residencia no es necesario para menores incorporados a la unidad de convivencia por nacimiento, adopción, reagrupamiento familiar de hijos e hijas, guarda para fines de adopción o acogimiento permanente, personas víctimas de tráfico de seres humanos y explotación sexual, mujeres víctimas de violencia de género.

La no igualdad entre nacionales y no nacionales en materia de seguridad social es un tema complejo y sensible que involucra varias dimensiones jurídicas, políticas y sociales. Muchos países y organizaciones internacionales, como la Unión Europea y las Naciones Unidas, promueven principios de igualdad y no discriminación. La idea es garantizar que todos los individuos, independientemente de su nacionalidad, reciban un trato justo y equitativo en relación con los sistemas de Seguridad Social.

Véase que los brasileños que se encuentren residiendo en Uruguay, Argentina o España tendrán condiciones desiguales de protección assistencial, em caso de vulnerabilidade social, con relacion estos tres países, y con respecto al tratamiento dado en Brasil.

En vista de la cuestión tratada, los trabajadores migrantes pueden enfrentar discriminación en relación a beneficios de Seguridad Social. Esto puede ocurrir por la vía de la exclusión de beneficios, cuando ciudadanos no nacionales pueden no tener acceso a ciertos beneficios o pueden tener derechos limitados en comparación con ciudadanos nacionales.

Las leyes y políticas de seguridad social varían significativamente entre los países. Algunos países adoptan políticas inclusivas que aseguran que no haya discriminación entre nacionales y no nacionales, mientras que otros pueden tener reglas que limitan el acceso de los no nacionales a los beneficios sociales. El caso brasileño es paradigmático y merece ser destacado, pues garantiza la protección igualitaria entre nacionales y no nacionales desde el año de 2017.

Por su parte, la discriminación en Seguridad Social puede aumentar la vulnerabilidad de la persona migrante, principalmente ante crisis económicas y problemas de salud debido a la falta de una red de protección adecuada. Además, la exclusión de no nacionales de los sistemas de Seguridad Social puede afectar su integración y bienestar social, exacerbando desigualdades y tensiones sociales.

La aproximación para tratar con la discriminación en Seguridad Social debe ser guiada por principios de justicia e igualdad, buscando asegurar que todos los individuos, independientemente de su nacionalidad, tengan acceso adecuado y justo a los beneficios de seguridad social.

Aunque no existe un derecho fundamental a la migración universalmente reconocido en el mismo sentido que derechos como la libertad de expresión, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros tratados internacionales garantizan derechos relacionados con la movilidad, como es el caso del Artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que garantiza que toda persona tiene el derecho de circular libremente y de elegir su residencia dentro de un Estado, y que toda persona tiene el derecho de salir de cualquier país, incluso del propio, y de regresar a su país.

Para promover y proteger el derecho fundamental de la migración es esencial fortalecer la protección jurídica, desarrollando e implementando normas internacionales que protejan los derechos de los migrantes y promuevan su dignidad, desarrollar políticas de inmigración que respeten los derechos humanos e integren a los migrantes de manera justa y equitativa, y aumentar la concienciación sobre los derechos de los migrantes y combatir prejuicios y discriminación.

El tema analizado tiene potencial para promoción de reflexiones acerca del Derecho Internacional de la Seguridad Social. Deja margen para algunas provocaciones: ¿cuál es la lógica en negar la protección social asistencial a extranjeros residentes fuera de sus países que se encuadren en condiciones regulares pero en situación de vulnerabilidad social solo por no haber cumplido el tiempo mínimo de residencia? ¿Cuál es el impacto de un modelo inclusivo de protección asistencial en la sostenibilidad financiera del sistema? ¿Es viable la construcción de mecanismos de compensación entre los países con respecto a la concesión de prestaciones asistenciales a los no nacionales? ¿Cuál es la posibilidad de cómputo de período de residencia entre los países signatarios de la Convención nº 102 de la OIT para cumplimiento de exigencias de tiempo mínimo? Una mayor asimetría en las reglas en materia de Asistencia Social podría ser un paso importante para el desarrollo de una propuesta de renta mínima universal en el ámbito del Derecho Internacional de la Seguridad Social, em especial em el bloque iberoamericano?

El balizador de todo siempre deberá ser la necesidad de cumplir el patamar mínimo de bienestar social y de elevarlo a condiciones cada vez más consistentes, especialmente cuando se presenta la Agenda 2030 de la ONU, formalmente conocida como Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, plan global para erradicar la pobreza y promover el desarrollo sostenible hasta 2030.

La migración es abordada en este plan reflejando su impacto e importancia para el desarrollo sostenible global, notablemente en el Objetivo 10 de reducir las desigualdades, apuntando a facilitar la migración y la movilidad ordenada, segura, regular y responsable de las personas, incluyendo la implementación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas.

La Agenda 2030 reconoce la importancia de la migración para el desarrollo sostenible y propone un enfoque integrado para maximizar sus beneficios mientras protege los derechos de los migrantes. La implementación efectiva exige colaboración internacional, políticas inclusivas y un enfoque basado en evidencias para asegurar que la migración contribuya positivamente a los objetivos globales de desarrollo.

6. REFERÉNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bauman, Zygmunt. *Vida Líquida.* Rio de Janeiro, Zahar Editor. 2005.

Beck, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. São Paulo, editora 34. 2010.

Benedetti, Mário. *Andaimes.* Tradução Mario Damato. São Paulo, Mundaréu. 2017.

Berwanger, Jane Lucia Wilhelm; Veronese, Osmar. *Constituição. Um olhar sobre minorias vinculadas à Seguridade Social.* Curitiba, Juruá Editora. 2014.

Bobbio, Norberto. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 587.970.* São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 20 de abr. 2027.Parte superior do formulário

Castillo, Santiago Pérez del; Azcúe, Álvaro Rodriguez Azcúe. *Direito de la Seguridad Social*. Montevideo, FCU. 2020.

Cifuentes, Lilo, Hugo, *El sistema de Seguridad Social Chileno.* Ediciones Universidad Católica de Chile. Publicado en Santiago de Chile, 2018.

Contreras, S. A. P. . *Chile, crisis y seguridade social: leciones y perspectivas.* Revista Paradigma, *[S. l.]*, v. 30, n. 1, p. 31-39, 2022. Disponível em: https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/2616. Acesso em: 20 ago. 2024.

Dias, Angela Valente Silva. *Benefícios assistenciais para pessoas idosas uma comparação Brasil e Chile: o desafio de proteger vulneráveis no século XXI.* Anais do V Congresso Internacional da Rede Ibero-americana de Pesquisa em Seguridade Social, p. 278-297 , set/2023.

Esping-Andersen, Gosta. *The Three Worlds of Welfare Capitalism.* New Jersey, NY: Princeton University Press. 1991.

Friedrich, Tatyana Scheila, PASSOS, André Franco de Oliveira. *Quanto mais o tempo passa mais eu me sinto estrangeira: direitos, subjetividades e corpos silenciados pelo processo migratório em Terra Estrangeira.* Direito e cinema Brasileiro. Coordenadora: Ezilda Melo. Lisbon International Press, Portugal. 2020.

Marshall, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status.* Trad. Meton Porto Gadelha, Rio de Janeiro, Zahar, 1967.

Mastrodi, Josué; Acelar, Ana Emília Cunha. *O conceito de cidadania a partir da obra de T. H. Marshall: conquista e concessão.* Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 17(33): 3-27, jul.-dez. 2017.

Pérez, José Luis Monereo; Lozano, Pompeyo Gabriel Ortega. *Prohibición de discriminación. Temas Laborales*: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, n. 145, p. 327-370, 2018.

Perez, José Luis Monereo. *La refundación del derecho del Trabajo para garantizar la plena efectividad de los derechos sociales fundamentales y el "trabajo decente".* Rio de Janeiro. Teoria Jurídica Contemporânea. Janeiro-Junho de 2019.

OIM. *Informe sobre las migraciones em el mundo.* 2022. Disponible en: https://publications.iom.int. Acceso em 20 ago. 2024.

OIT. *Ratificação da Convenção N.º 102 da OIT e outras normas de segurança social.* Nota informativa Proteção Social para Todos. Agosto de 2018.

Pessoa, Rodrigo Monteiro; Cardoso, Jair. *A seguridade social e as agendas paralelas: reflexões sobre o trabalho decente e proteção dos trabalhadores.* Revista Paradigma, 32(1). 2023.

Portal ONU - *Refugiados*. Disponível em: https://nacoesunidas.org/acao/refugiados/. Acesso em: 31.03.2020.

Silva, Gabriel de Oliveira. *Solicitação de Refúgio de crianças e adolescentes desacompanhadas (os): a atuação da Defensoria Pública da União.* Revista da Defensoria Pública da União / Defensoria Pública da União. - nº 12. (jan/dez.2019) Brasília, DPU, 2019.

Silva, Thamires Olimpia. *O que é migração?* Brasil Escola. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/o-que-e/geografia/o-que-e-migracao.htm. Acesso em 30 de março de 2020.

Weber, João H. *A imigração na ficção gaúcha.* RS: Imigração e colonização. Organizador: José H. Dacanal e Sergius Gonzaga. Porto Alegre, Mercado aberto. 1980.

Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Los desafíos de la sostenibilidad del Sistema Jubilatorio uruguayo

The challenges of sustainability of the uruguayan pension system

Álvaro Rodríguez Azcúe[1] https://orcid.org/0000-0002-8061-9342

Cita Sugerida: RODRÍGUEZ AZCÚE, Á.: «Los desafíos de la sostenibilidad del Sistema Jubilatorio uruguayo». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 479-498.

Resumen

El estudio trata los problemas contemporáneos de la sostenibilidad del sistema de pensiones en general, centrándose en el caso de Uruguay, que posee uno de los sistemas más antiguos y desarrollados de América Latina.
Se reflexiona acerca de la necesidad de encontrar un punto de equilibrio que contemporice la sostenibilidad del sistema de pensiones con la cobertura y la suficiencia, al mismo tiempo que con el crecimiento económico que lo haga factible.
Se describen las reformas del régimen jubilatorio de las últimas tres décadas y se hace foco en la más reciente de 2023, principalmente desde la perspectiva de la sostenibilidad.
Dada la relevancia de la iniciativa del movimiento sindical, por la que se modificarían aspectos muy relevantes del régimen de jubilaciones y pensiones, se la aborda tomando en consideración la trayectoria del sindicalismo, su tradicional mirada a largo plazo y su política de alianzas amplia que contrasta con la llevada adelante en el caso, de sesgo cortoplacista y en tensión con amplios sectores políticos y académicos.

Palabras clave

Sostenibilidad o sustentabilidad; Diálogo Social; Sistema jubilatorio o de pensiones; Regímenes mixtos; Capitalización individual; Reparto

Abstract

The study deals with contemporary problems of pension system sustainability in general, focusing on the case of Uruguay, which has one of the oldest and most developed systems in Latin America.
It reflects on the need to find a point of equilibrium that reconciles the sustainability of the pension system with coverage and adequacy, as well as with the economic growth that makes it feasible.
It describes the pension reforms of the last three decades and focuses on the most recent reform of 2023, mainly from the perspective of sustainability.
Given the relevance of the trade union movement's initiative, which would modify very important aspects of the retirement and pension system, it is approached taking into consideration the trade union movement's history, its traditional long-term vision and its policy of broad alliances, which contrasts with the one carried out in this case, which has a short-term bias and is in tension with broad political and academic sectors.

Keywords

Sustainability; Social Dialogue; Pension system; Mixed systems; Individually funded; Pension system; Distribution

1. INTRODUCCIÓN

La literatura contemporánea sobre la Seguridad Social abunda en el análisis de la sostenibilidad de los sistemas de pensiones, desafiados principalmente por la dinámica demográfica y las transformaciones del mundo del trabajo.

El estudio que se presenta al lector aborda la cuestión en términos generales, así como su relación con el Estado del Bienestar y sus diferentes tipologías, a modo de marco teórico general del análisis que se ensaya, sin dejar de hacer notar la necesidad de que el sistema de pensiones alcance un cierto nivel de equilibrio en relación al conjunto de las políticas pública que no restrinja

[1] Especialista en DTSS (FD-UR). Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de Derecho de la Seguridad Social (FD-UCLAEH de Punta del Este - Uruguay). Profesor Asistente de DTSS (FD-UR de Montevideo - Uruguay). Docente del Postgrado en Derecho del Trabajo Aplicado (FD-UM - de Montevideo - Uruguay).

las posibilidades de crecimiento futuro, pero que procure, en la mayor medida posible, la máxima cobertura y suficiencia.

Luego se avanza en la consideración de la experiencia de Uruguay, *pionero* en América Latina en materia de jubilaciones y pensiones, así como el impacto de su maduración en la forma de financiamiento.

Posteriormente, nos centrarnos en las características principales de las reformas previsionales de las últimas tres décadas, donde se brinda una contextualización y descripción de las características principales, desembocando en la más reciente, instrumentada a través de la Ley N° 20.130 de 2 de mayo de 2023, detallando los instrumentos utilizados para dotar de sostenibilidad al sistema de pensiones.

En la coyuntura resulta inevitable la consideración de la reforma constitucional promovida por el movimiento sindical, por el impacto que podría tener su aprobación en la sostenibilidad del régimen jubilatorio nacional.

Por último, como corolario del estudio realizado se presentan algunas reflexiones acerca de los desafíos que tiene nuestro sistema jubilatorio.

2. PRESENTACIÓN GENERAL: LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE PENSIONES

Los sistemas de seguridad social se suelen evaluar a luz de la amplitud de su cobertura, de la suficiencia de las prestaciones y de su sostenibilidad económica financiera en el mediano y largo plazo.

El peso económico del sistema de pensiones es en sí mismo una opción política, del mismo modo que lo es su diseño o arquitectura. Afirma Montoya Melgar que el sistema de pensiones será "más o menos redistributivo"[2] de acuerdo con las concepciones ideológicas de las que se parta. En alguna medida nos muestra el modelo de *Estado del Bienestar* en el que se inscribe.

A ese respecto es oportuno recordar las enseñanzas de Monereo Pérez cuando señala que en la lucha ideológica subyacente a la política social del Estado del Bienestar está presente la contraposición de varios modelos: i) *el modelo neoliberal radical* de desmantelamiento del sistema de protección social, casi impracticable en un régimen de democracia constitucional[3]; ii) *el modelo neoliberal moderado*, que pretende un Estado social devaluado a mínimos, con objetivos limitados a la pobreza extrema y, por último, iii) *el modelo de política social del constitucionalismo democrático-social,* "que pretende ir mucho más allá, luchando contra las situaciones de pobreza, pero también contra las situaciones de desigualdad social y protegiendo a todos los individuos frente a los riesgos y situaciones de necesidad social y políticamente relevante en cada momento histórico."[4]

Dicha clasificación jurídica presenta similitudes con la que postula, en el campo de las ciencias políticas y la economía, respectivamente, Esping-Andersen en Estados del bienestar *liberal*,

[2] Montoya Melgar, Alfredo, Derecho del trabajo, Ed. Tecnos, Madrid, Decimoctava edición, 1997, pág. 30.

[3] Sería el caso de la experiencia de Chile durante la dictadura de Augusto Pinochet, entre 1973 y 1990.

[4] Monereo Pérez, José Luis, "John Maynard Keynes (1883-1946): La política económica como elemento de sostenibilidad del Estado del Bienestar", en Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum, n° 39, 2° Trimestre 2024, pág. 335.

corporativista y *socialdemócrata*[5], y Titmuss en el Estado *residual*, el basado en el *logro personal* y el *institucional redistributivo*.

En cualquier caso, es necesario que el sistema jubilatorio sea económicamente sustentable, de modo que haga factibles sus promesas de prestaciones en horizontes temporales de mediano y largo plazo, dado que, como sostienen Barr y Diamond, "un gasto excesivo en pensiones puede reducir la inversión y provocar grandes distorsiones que interfieran con el crecimiento económico."[6]

En nuestro concepto una de las formas que nos aproxima al conocimiento de un sistema de pensiones y, en alguna medida, nos permite ubicarlo en el marco teórico que nos propone Monereo Pérez, es su relación con la economía en general, su peso porcentual en el conjunto del producto bruto interno, comparándolo con experiencia de países extranjero que se pueden visualizar como modelos. Con este criterio, siguiendo a Barr y Diamond, podremos saber si "el sistema es demasiado grande o demasiado pequeño."[7]

Lógicamente, un análisis profundo y global de un sistema jubilatorio habrá de completarse con el estudio del diseño de las fuentes de financiamiento, la forma de cálculo de las prestaciones, para observar cómo se comportan las transferencias intra y entre generaciones, lo que nos mostrará los efectos redistributivos o no del sistema[8], además de la amplitud de la cobertura y la suficiencia que alcanzan las prestaciones.

Señala Arena que en "los enfoques más modernos de la protección social, el desarrollo de los sistemas de pensiones implica lograr el equilibrio de una delicada ecuación que, además de la clásica función de seguro de los ingresos frente a distintos riesgos, incorpora la solidaridad necesaria para que los sistemas previsionales sean sostenibles y permitan enfrentar la pobreza y la desigualdad provocadas, entre otros factores, por los bajos índices de cobertura y la insuficiencia de las prestaciones."[9]

Como ocurre con todas las políticas públicas, en nuestro campo de estudio no existe una única vía para dotar de sostenibilidad económica a un sistema de pensiones, sino que, dependiendo del modelo que se busque concretar, podrá alcanzarse por la vía de moderar los egresos: reduciendo el número de beneficiarios, endureciendo las condiciones de acceso (elevando la edad mínima y el número de años de servicios); moderando la cuantía de las prestaciones (formas de cálculo que consideren períodos de cotización cada vez más extensos y reducción de las tasas de reemplazo; penalización del anticipo de la jubilación) y su mecanismo de indexación o congelando el elenco de contingencias a proteger; también podría conseguirse el mismo objetivo desplazando el financiamiento del sistema a esquemas de ahorro individual total o parcial; o por el contrario, podría abonarse la sostenibilidad por la vía de incrementar los recursos económicos del sistema, sea ampliando la base de cotizantes, por ejemplo, mediante el combate del trabajo informal y de la subdeclaración; aumentando las

---

5 Titmuss, Richard, Essays on the Walfare State, Londres, 1958, citado por Esping-Andersen, Gøsta, Los tres mundos del Estado del Bienestar, Edicions Alfons el Magnánim, 1993, pág. 73.

6 Barr, Nicholas - Diamond, Peter, La reforma necesaria. El futuro de las pensiones, El hombre del Tres, España, octubre 2012, pág. 107.

7 Barr, Nicholas - Diamond, Peter, La reforma necesaria. …, op. cit., pág. 105.

8 Rodríguez Azcúe, Álvaro, "El principio de solidaridad en el Derecho de la Seguridad Social: contribución de Oscar Ermida Uriarte", en Memoria y vigencia del pensamiento jurídico de Oscar Ermida Uriarte. Estudios en su homenaje, FCU, Montevideo, 2022, pág. 743 y siguientes. Colotta Sosa, Matilde y López Dourado, Viviana, "Los principios de la Seguridad Social", en Memoria y vigencia del pensamiento jurídico de Oscar Ermida Uriarte. …, ob. cit. pág. 723 y siguientes.

9 Arena de Mesa, Alberto, Los sistemas de pensiones en la encrucijada. Desafíos para la sostenibilidad en América Latina, CEPAL, Santiago de Chile, 2019, pág. 43.

cotizaciones patronales y/o personales o afectando el producido de impuestos al sistema de pensiones o incrementando la incidencia de los ya existentes[10].

En un mundo globalizado ningún país es enteramente libre de elegir el modelo ideal, dado que sistemas muy potentes y generosos que no se apoyen en economías productivas pueden afectar la competitividad económica del país y por ende las posibilidades de desarrollo en el mediano y largo plazo, de allí la importancia que todos los Estados, o la mayor parte de ellos, avancen en la misma dirección para evitar el *dumping social*[11].

Con ese tipo de condicionamientos cada sociedad construye, por las vías que considere más adecuadas, de acuerdo a sus raíces históricas, valores prevalecientes, peso de las diferentes concepciones políticas e ideológicas sobre el modelo de *Estado del Bienestar*, el contexto económico, político y social, escogiendo alguno de los caminos referidos o combinando algunas de esas medidas.

En nuestro concepto la búsqueda del equilibrio y sostenibilidad económica financiera es una cuestión extremadamente importante, pero debe procurar contemporizarse con una amplia cobertura, que debería tender a la universalidad, y la suficiencia o adecuación de las prestaciones que permitan satisfacer razonablemente las necesidades que provocan las contingencias sociales, por la relevancia que poseen para mantener el tejido social integrado, materializar la *justicia social* y por tratarse, además, de un *derecho humano,* ampliamente reconocido por los instrumentos que reflejan la cultura jurídica universal[12]; todo ello en un marco dinámico que nos permita en las próximas décadas atender, con mayor intensidad, prestaciones económicas y/o en servicios asociadas al proceso de envejecimiento poblacional, como es el caso de las necesidades salud y de cuidados[13].

Por ese conjunto de razones la sostenibilidad económica-financiera del sistema de jubilaciones y pensiones es un objetivo imprescindible.

3. LA EXPERIENCIA DE URUGUAY: DE LOS SEGUROS SOCIALES A LA SEGURIDAD SOCIAL

Uruguay ha sido en América Latina uno de los países pioneros en instrumentar seguros sociales para la protección de la vejez, invalidez y la sobrevivencia[14].

Una trayectoria política y social peculiar[15], marcada por la anticipación en el abordaje de la *cuestión social*[16] le ha permitido al país transitar de un inicial sistema de seguros sociales a una concepción más moderna de la Seguridad Social, consolidando a la fecha una amplia *cobertura*

[10] Señala Gloria Rojas que "cada país de la UE tiene su propia tendencia: elevar la edad de jubilación, penalizar las jubilaciones anticipadas, endurecer las exigencias contributivas, distribuir riesgos entre lo público y lo privado, o incorporar factores de sostenibilidad." ("La sostenibilidad del sistema de seguridad social a través de fórmulas de financiación que procuren pensiones de jubilación adecuadas y suficientes", en Documentación Laboral núm. 104, vol. II, Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pág. 133).

[11] Franco, Rolando y Di Filippo, Armando (Compiladores), Las dimensiones sociales de la integración regional en América Latina, CEPAL, Santiago de Chile, 1999, pág. 83-102.

[12] Barbagelata, Héctor-Hugo, El particularismo del Derecho del trabajo y los Derechos Humanos Laborales, FCU, 2 edición, 2009, pág. 219-220.

[13] Rodríguez Azcúe, Álvaro, "Sistema Nacional Integrado de Cuidados: Primeros comentarios a la Ley 19.353", en revista Derecho Laboral N° 260, pág. 731-741.

[14] Mesa-Lago, Carmelo - Bertranou, Fabio, Manual de economía de la Seguridad Social, CLAEH, 1998, pág. 30. Rodríguez Azcúe, Álvaro, Evolución histórica del sistema jubilatorio", en VVAA, Temas jubilatorios, UdelaR, 2006, págs. 33-50.

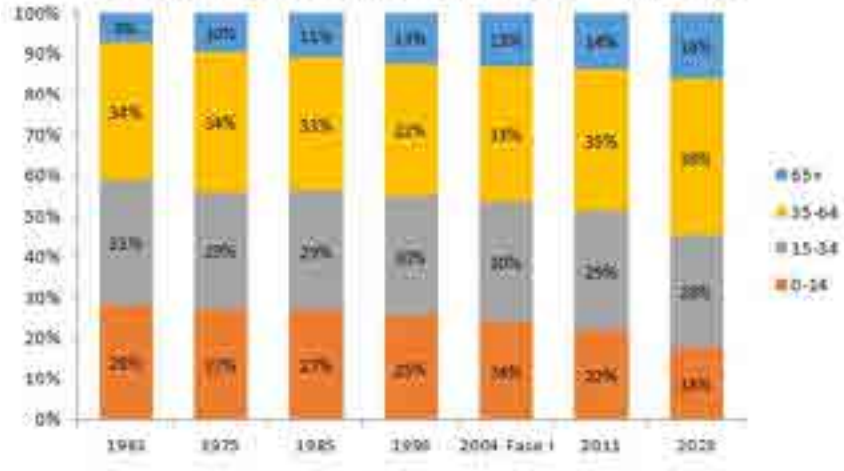
[15] García Bouzas, Raquel, La república solidaria, UdelaR - CSIC, Montevideo, 2011.

[16] Barbagaleta, Héctor-Hubo, Derecho del trabajo, t. I, v. 1, 3era. Edición, FCU, 2002, pág. 19-20. Barbagelata, Héctor-Hugo, Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista, FCU, Montevideo, 2009, pág. 16.

previsional, que alcanza prácticamente a toda la población mayor de 65 años de edad[17], por medio de diferentes instrumentos, principalmente de naturaleza contributiva (77,8%), complementado con otro de naturaleza no contributiva[18]. Claro está que no se ha tratado de un proceso lineal de avance, sino que ha enfrentado vicisitudes de retrocesos, en el plano democrático y social, sin dejar de señalar, también, el uso y abuso clientelar del sistema jubilatorio[19].

Por otra parte, las prestaciones que brinda el sistema han alcanzado un nivel de *suficiencia*, con las que se ha reducido la pobreza en la misma franja etaria de forma sustantiva[20]; pero que, por esas razones, además de otros cambios sociales, como la trayectoria demográfica, marcada por un proceso de envejecimiento creciente y una baja tasa de fecundidad[21], como se puede apreciar en el cuadro que sigue, así como por las transformaciones del mundo del trabajo y un escaso ritmo de crecimiento económico, se ve desafiado en su *sostenibilidad* en el mediano y en el largo plazo[22].

Gráfico 4: Proporción de Población según grupos de edad. Uruguay 1963-2023.



Fuente: INE – Censos 1963, 1975, 1985, 1996, 2004-Fase I, 2011 y 2023.

Conviene recordar que la matriz de protección social de Uruguay ha sido desde sus orígenes, en 1896, de tipo *bismarckiana*[23], contributiva, construida a partir de la posición de la persona en el mundo del trabajo, ampliada en un proceso progresivo que avanzó en función de la capacidad de presión de los diferentes colectivos de trabajadores, hasta alcanzar a todas las actividades lícitas remuneradas a mediados del Siglo XX, incluyendo tempranamente a patronos y trabajadores autónomos con carácter obligatorio (Ley N° 9.999 de 3 de enero de 1941), consolidándose en las últimas décadas como un sistema de Seguridad Social de tipo contributivo.

17 Informe de la Comisión de Expertos en Seguridad Social, Diagnóstico del Sistema Previsional Uruguayo, págs. 46-49.

18 Rodríguez Azcúe, Álvaro, "El brazo no contributivo de la seguridad social", en revista Derecho Laboral N° 271 (2018), págs. 503-534.

19 OIT, Informe al gobierno de la República Oriental del Uruguay, Ginebra, 1964. Papadópulos, Jorge, Seguridad Social y política en el Uruguay, CIESU, Montevideo, 1992, págs. 53-55.

20 Bellomo, Felix - Nuñez, Inés, "Personas mayores en Uruguay: Un estudio multidimensional", en Comentarios de Seguridad Social Nº 83, Enero 2022, Asesoría General en Seguridad Social, Banco de Previsión Social, Montevideo, pág. 34. Informe de la Comisión de Expertos en Seguridad Social, Diagnóstico … ob. cit., págs. 49-53.

21 Isabella, Fernando, Da Silva, Carolina, Mascari, María Pía, Escenarios Demográficos Uruguay 2050. Hacia una Estrategia Nacional de Desarrollo, Volumen III, OPP, 2017, págs. 15-28.

22 Informe de la Comisión de Expertos en Seguridad Social, Diagnóstico … ob. cit., págs. 53-58.

23 Rodríguez Azcúe, Álvaro, "Evolución histórica del sistema jubilatorio uruguayo", en VVAA, Temas jubilatorios, UdelaR, Montevideo, 2006, págs. 33-50.

Los seguros sociales nacen con un régimen financiero de capitalización plena colectiva, mutando luego a uno de capitalización parcial, primero, y de reparto puro, después, para arribar, a fines de la década de los 70 del siglo pasado, a uno de reparto puro asistido por impuestos[24], centralizando su gestión en un ente autónomo público, el Banco de Previsión Social, a partir de la reforma constitucional de 1967[25].

En una perspectiva histórica podemos observar que, en grandes trazos, en Uruguay el financiamiento del sistema tuvo básicamente tres etapas[26]:

a) en un *primer momento* (1896-1935), desde los orígenes de los seguros sociales hasta mediados de la década del treinta del siglo pasado los ingresos del sistema, de carácter tripartito, eran mayores a los egresos;

b) en un *segundo momento* (1935-1970), en las tres décadas y media siguientes, entre mediados de los treinta y los setenta, la dinámica poblacional presentaba tantos trabajadores jóvenes cotizando, como trabajadores adultos recibiendo jubilaciones, en el que se consolida un sistema de reparto puro;

c) finalmente, en un *tercer momento* (1970-2024), desde los años 70 y hasta nuestros días[27], con diferentes intensidades según las coyunturas del mercado de trabajo y los ciclos de la economía nacional, el sistema se sostiene con los aportes patronales y personales de los asegurados más un financiamiento creciente fiscal que, entre impuestos afectados y asistencia financiera del Estado, ronda, en el régimen general, aproximadamente el cincuenta por ciento del total de su presupuesto.

d) Dentro de este período corresponde hacer una subdivisión: i) 1970 a 1995 y ii) 1996 en adelante, por la creación del pilar de ahorro individual obligatorio, diseñado en base a la capitalización individual, según veremos a continuación.

4. LAS REFORMAS PREVISIONALES ANTERIORES Y LA SOSTENIBILIDAD

En las últimas tres décadas la *sostenibilidad* del sistema jubilatorio ha estado en el centro del debate político: en la reforma de 1995[28], con un sesgo principalmente centrado en lo económico-financiero; en la de 2008, con una mirada enfocada en la sostenibilidad social (debilidades en la

[24] La reforma tributaria de 1979 de inspiración neutral, amplía el Impuesto al Valor Agregado y con un tercio de su producido se financia la reducción de aportes de empleadores y trabajadores al sistema de seguridad social.

[25] El ente autónomo Banco de Previsión Social es creado por el art. 195 de la Constitución de República y ampara aproximadamente al 90% de las personas que trabajan en el país; el 10% restante se encuentra cubierto por alguno de los servicios de retiros estatales, militar y policial, o de las Cajas paraestatales, bancaria, notarial y profesional.

[26] Seguimos en este punto los conceptos estudiados por Miranda Muñoz, Martha, Sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones de la seguridad social en Latinoamérica y el Caribe: Aspectos actuariales y de gobernanza, CISS, México, pág. 11-13.

[27] Sienra, Mariana, La evolución del sistema de seguridad social en el Uruguay (1829-1986), Instituto de Economía, UdelaR, diciembre de 2007, pág. 27. Banco de Previsión Social. Pasado, presente, futuro: siempre junto a la gente, 2017, pág. 45 y siguientes. OIT, Informe al gobierno de la República Oriental del Uruguay, Ginebra, 1964, pág. 51 y siguientes.

[28] Saldain, Rodolfo, Reforma jubilatoria. El nuevo modelo previsional. Ley N° 16.713 de 3.IX.1995, FCU, 1995, págs. 271 y siguientes. La reforma previsional que le antecedió se materializó durante el período de la dictadura cívico-militar, "estudiado en la serenidad del gabinete y libre, por consiguiente, de la inevitable excitación de los intereses" (Considerando III), mediante un decreto del poder ejecutivo denominado acto institucional n° 9 de 23 de octubre de 1979.

cobertura y la suficiencia)[29]; y en la de 2023, con un balance positivo en estos últimos aspectos, pero desafiado por una preocupación justificada sobre la sostenibilidad económica-financiera del sistema, como ahondaremos a continuación.

En efecto, en el año 1995, se ensaya una *reforma previsional de tipo mixta* (Ley N° 16.713 de 3 de setiembre de 1995)[30], con un componente *paramétrico* que: i) incrementa la edad mínima de retiro de la mujer, pasando -en ocho años- de 55 a 60 años de edad; ii) incrementa los años de servicios requeridos para acceder a la jubilación, de 30 a 35 años; iii) incrementa los años que se consideran para el cálculo del sueldo básico jubilatorio y rebaja la tasa de reemplazo. Al mismo tiempo que se incorpora otro componente de tipo *estructural*, con la creación de un pilar de ahorro individual obligatorio, de capitalización individual, al influyo de las ideas predominantes en la región por aquellos años, el 'milagro' de la experiencia chilena, difundida y promovida por el Banco Mundial[31].

En el año 2008 (Ley N° 18.395 de 24 de octubre de 2008), en otro contexto social y político[32], se flexibiliza el acceso a la jubilación por diferentes mecanismos, se reduce de 35 a 30 años el mínimo de servicios para acceder a la jubilación común, se crean diferentes modalidades flexibles de acceso a la jubilación por edad avanzada y, en el caso de la mujer, se computa un año de servicios por cada hijo o menor adoptado. Ese conjunto de medidas, sumadas al impacto de otras políticas públicas como la reforma laboral, de salud, tributaria y de asistencia social, mejoran sensiblemente la formalidad del mercado de trabajo y revierten la caída de la cobertura, mejora la suficiencia de las prestaciones y la distribución del ingreso, al mismo tiempo que se equiparan las altas de jubilación entre hombre y mujer[33].

La mejora de la cobertura y de la suficiencia de las prestaciones aparejó, naturalmente, una mayor demanda de recursos económicos, más del estimado en el momento de sustanciarse la reforma, a la que se suman los costos de la llamada ley de cincuentones[34], por la que se atenúa el impacto negativo del régimen mixto a la primera generación de jubilados de la reforma de 1995; también incide en el cuadro descrito la ralentización del crecimiento económico.

En la elección nacional de 2019 todos los partidos políticos plantean la necesidad de una reforma previsional que permita asegurar la sustentabilidad del sistema jubilatorio en el mediano y largo plazo.

5. LA REFORMA DE 2023 (LEY N° 20.130)

La última reforma previsional de Uruguay tiene sus antecedentes formales en el año 2020 (Ley N° 19.889 de 9 de julio de 2020), en otro contexto político, económico y social[35], bajo los impactos

---

29 Bucheli, Marisa, Ferreira-Coimbra, Natalia, Forteza, Álvaro J., Rossi, Ianina, El acceso a la jubilación o pensión en Uruguay: ¿cuántos y quiénes lo lograrían?, CEPAL, 2006.

30 Mesa-Lago, Carmelo - Bertranou, Fabio, Manual de economía de la seguridad social, CLAEH, Montevideo, 1998, pág. 311.

31 Banco Mundial, Envejecimiento sin crisis. Informe de Banco Mundial sobre investigaciones relativas a políticas de desarrollo, Washington D.C., 1994, págs. 266-268.

32 A la crisis económica, financiera y social del año 2002, una de las mayores de la historia contemporánea, sobreviene un proceso de recuperación económica a partir de 2003, y a partir de 2005 un cambio en la conducción política y económica, intervencionista, de corte neo keynesiana.

33 Lavalleja, Martín, Rossi, Ianina, Tenenbaum, Victoria, La flexibilización de las condiciones de acceso a las jubilaciones en el Uruguay, CEPAL, 2018, Santiago de Chile, pág. 31-32.

34 Rodríguez Azcúe, Álvaro, "La problemática de los cincuentones y su solución: comentarios a la Ley N° 19.590 de 28.XII.2017", en Revista Doctrina & Jurisprudencia", t. 45, CADE, 2018.

35 A partir de 2014 en adelante se ralentiza el crecimiento económico, el empleo, el salario real y las jubilaciones y se produce un cambio en la conducción de las políticas pública, con un marcado sesgo liberal conservador.

de la pandemia por la covid-19[36], cuando se crea la Comisión de Expertos integrada por referentes en la materia pertenecientes a todos los partidos políticos con representación parlamentaria, con actores del movimiento sindical y de las organizaciones de jubilados y pensionistas, del mismo modo que de las cámaras empresariales con el cometido de, primero, realizar un diagnóstico del sistema previsional y, segundo, ensayar un conjunto de recomendaciones de reforma, las que, finalmente, después de un proceso de negociación entre los partidos políticos de la coalición de gobierno, quedaron contenidas en la Ley N° 20.130 de 2 de mayo de 2023[37], vigente desde el 1° de agosto de 2023.

En el informe de diagnóstico que le antecede[38], en lo relativo a la sostenibilidad del sistema de jubilaciones y pensiones, se hizo constar:

> *"14. En la última década cambió la trayectoria relativamente estable o a la baja del gasto público previsional y se produjo un aumento equivalente a 2,5 puntos del PIB.*
>
> *14.1. El gasto público previsional alcanzó los 11 puntos del PIB en 2019, varias décadas antes de lo previsto. El país tiene un importante nivel de gasto previsional, similar al de los países desarrollados, lo que implica un desafío en términos de sostenibilidad, dado que aún no se registra un envejecimiento tan avanzado en términos comparados.*
>
> *14.2. El gasto previsional del BPS se ubicó en el orden de 7 puntos del PIB en el año 2008 y se preveía que evolucionara en ese orden de valores hasta la década de 2040. Sin embargo, en la última década cambió la trayectoria y en 2019 alcanzó 9,2 puntos del PIB. En todo caso, el aumento reciente observado en la relación entre el gasto previsional del BPS y el PIB es importante y requiere seguimiento.*
>
> *14.3. Considerando, además del BPS, al SRPFFAA y al SRPP, el aumento del gasto previsional fue de 2,5 puntos del PIB desde 2008.*
>
> *14.4. Estos incrementos son el principal factor explicativo del crecimiento del gasto público."*

Para atender los desafíos de la sostenibilidad, la reforma utiliza una batería de medidas que apunta a enlentecer el crecimiento de los recursos que demanda el sistema de pensiones, en cambio no opera cambios en el financiamiento del sistema. De alguna manera se parte de la base que el volumen de recursos que utiliza el país y los que se necesitarán en las próximas décadas es razonable para su grado de desarrollo y envejecimiento poblacional, de allí que no se exploren nuevas formas de financiamiento.

En apretada síntesis las medidas que se emplean en la reforma para asegurar la sostenibilidad del sistema jubilatorio son: i) el *incremento gradual de la edad mínima* de jubilación, pasando de 60 a 65 años, de forma gradual para las generaciones que nacieron entre 1973 y 1977; ii) *ampliación del período considerado para el cálculo de la prestación en los regímenes especiales* (militar, policial, bancaria, profesional y dependientes de escribanos) a los mejores 20 años de cotización, puesto que los afiliados al régimen general (Banco de Previsión Social) ya lo aplicaban y los escribanos afiliados a la Caja Notarial se basan y seguirán haciéndolo en base a los mejores 30 años de cotización[39];

[36] Rodríguez Azcúe, Álvaro, "Respuestas sociolaborales al COVID-19", en Revista Derecho del Trabajo, N° 28, julio/setiembre 2020, pág. 69-93.

[37] Sobre el proceso de la reforma, ver: Rodríguez Azcúe, Álvaro, "Reforma del sistema previsional en el Uruguay", en Revista Derecho del Trabajo Año XI, N°39, abril-junio 2023, La Ley Uruguay, págs. 22 y siguientes.

[38] Informe de la Comisión de Expertos en Seguridad Social, Diagnóstico del Sistema Previsional Uruguayo, pág. 53-54.

[39] Literal A) del artículo 63 de la Ley N° 17.437 de 20 de diciembre de 2001.

iii) *incorporación del pilar de ahorro individual obligatorio* para los afiliados a los servicios de retiros militar y policial y de las Cajas paraestatales de bancarios y profesionales[40], como un componente autofinanciando con el aporte del afiliado y la rentabilidad de las inversiones, dado que los afiliados al régimen general ya se incorporaron en la reforma de 1995; iv) *aumento de las edades de retiro obligatorio para los miembros de las Fuerzas Armadas*; v) cambios en las *pensiones de sobrevivencia*; vi) creación del *suplemento solidario,* sustitutivo de las jubilaciones y pensiones mínimas.

A su vez, la situación de las Cajas paraestatales que amparan a colectivos específicos más pequeños (menos del seis por ciento del total de afiliados a los diversos regímenes de previsión social), correspondientes a universitarios por el ejercicio liberal de la profesión, bancarios y notarios, presentan desafíos mucho más complejos en materia de sostenibilidad.

En efecto, respecto de la Caja de Profesionales Universitarios, la que posee el mayor número de afiliados de las tres paraestatales, en el mismo informe se consigna:

> *"El escenario Base 2019 indica que el patrimonio se volvería negativo entre 2029 y 2030, lo que haría inviable financieramente la sostenibilidad de la caja sin algún tipo de ayuda externa. Debido a esta situación, desde hace años la CJPPU está analizando y acordando una reforma que contribuya a mejorar su sostenibilidad a lo largo del tiempo."*[41]

> Los datos recientes son más adversos todavía, *"la dinámica deficitaria en el corto y mediano plazo no modifica la proyección de agotamiento de las reservas financieras de la CJPPU en 2025 y de las reservas totales (financieras y no financieras en 2026)"* [42].

Similar desafío presenta la Caja Bancaria, en el que el fondo previsional acumulado dividido los egresos por el mismo concepto cayó del 40,3% el 3,5% entre el año 2019 y el 2023[43].

Ahora bien, la situación de ambas Cajas presenta perspectivas de sostenibilidad diferentes, dado que, si bien en ambos casos el Poder Ejecutivo promovió una reforma legislativa por la que se elevaban las edades mínima de jubilación de forma más acelerada que para el régimen general, establece gravámenes a jubilaciones y pensiones con tasas diferenciales progresivas, así como una forma de cálculo de las prestaciones menos generosas a las preexistentes, el proyecto de ley relativo a la Caja Profesional fracasó en el trámite parlamentario, mientras que el de la Caja Bancaria, con el apoyo del sindicato de trabajadores, de la organización profesional patronal y del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, se aprueba en general por la unanimidad de los legisladores[44], convirtiéndose en la Ley N° 20.208 de 1º de noviembre de 2023.

---

40 Los afiliados a la Caja Notarial de Seguridad Social quedan exceptuados, sujeto a la evaluación de su situación económica financiera (art. 14 de la Ley N° 20.130 de 2 de mayo de 2023).

41 Informe de la Comisión de Expertos en Seguridad Social, Diagnóstico del Sistema Previsional Uruguayo, pág. 274.

42 En los Estados Financieros de la Caja, cerrados al 31 de diciembre de 2023, se indica que con los cambios dispuestos, tanto los adoptados por la entidad previsional, como los introducidos por la reforma previsional general (Ley N° 20.130 de 2 de mayo de 2023), "la proyección a largo plazo muestra perspectivas de mejora, la dinámica deficitaria en el corto y mediano plazo no modifica la proyección de agotamiento de las reservas financieras de la CJPPU en 2025 y de las reservas totales (financieras y no financieras en 2026" (pág. 51).

43 CJPB, Memoria actuarial 2023, pág. 9.

44 La bancada parlamentaria del Partido Cabildo Abierto, de creación relativamente reciente (2019), que se inscribe dentro de la tendencia de "nuevas derechas" o "derechas alternativas" (Caetano, Gerardo, "Novedades y radicalidad de las «derechas alternativas» en el Uruguay reciente. El caso de Cabildo Abierto", en Estud. - Cent. Estud. Av., Univ. Nac. Córdoba no.49 Córdoba ene. 2023, pág. 1), no vota el artículo por el que se crea un aporte a cargo de los jubilados y pensionistas, además del senador del Partido Colorado, Raúl Batlle Lamuraglia.

Con ese panorama crítico el directorio de la Caja de Profesionales dispone el incremento de la tasa de aportes de sus afiliados del 16,5% al 18,5%, en atención a lo dispuesto por los arts. 263 y 264 de la Ley N° 20.130 (resultados operativos deficitarios en tres ejercicios consecutivos o alternados en los últimos cinco años), además de promover tres proyectos de ley[45], pero se deberá aguardar a que finalice el año electoral[46], en el que se encuentra el país durante el 2024, para volver a impulsar un nuevo proyecto de ley que la dote de mejores posibilidades económicas financieras, dentro de las que, necesariamente, se establecerá, seguramente, el aumento de la edad mínima de jubilación, actualmente fijada en 60 años, formas de cálculo de las prestaciones menos generosas (ampliación del período considerado para el cálculo del sueldo básico jubilatorio actualmente fijado en los últimos 3 años y tasas de reemplazos más modestas), además de prever gravámenes para las jubilaciones y pensiones e, imprescindiblemente, se necesitará un fuerte apoyo económico estatal que complete el esfuerzo de los diferentes colectivos involucrados; todo ello, sin perjuicio de mejorar la fiscalización sobre el cumplimiento de la normativa vigente.

Por su parte, la Caja Notarial de Seguridad Social, reformada mediante la Ley Nº 19.826 de 18 de setiembre de 2019, ha dado a conocer un reciente estudios en el que se señala que: *"de resultar aprobada la reforma constitucional, se reduciría en 3 años el período en que la Caja Notarial de Seguridad Social podría continuar sirviendo pasividades. En efecto, la capacidad de abonarlas se extinguiría en 2039 en lugar de hacerlo en 2042. Este dato, de por sí grave, resulta peor por las restricciones ya mencionadas a la posibilidad de introducir futuras adecuaciones en el régimen previsional de la Caja."*[47]

En una consideración más general sobre la reforma de 2023, es importante señalar que uno de los componentes más interesantes, además de la convergencia a un *sistema previsional común* para todas las actividades, en igualdad de condiciones, es la creación del *suplemento solidario*, concebida como una prestación económica de carácter decreciente (hasta $ 15.914 aproximado a U$S 400), financiada íntegramente por impuestos, destinada a complementar las jubilaciones y pensiones más bajas (hasta $ 47.742 aproximado a U$S 1.200).

Ahora bien, desde la perspectiva de la sustentabilidad se ha señalado en el debate parlamentario que la reforma de 2023 no la asegura completamente, dado que si el suplemento solidario se ajusta por índice medio de salarios[48], los ahorros en la trayectoria del gasto previsional, respecto del escenario anterior (Ley N° 16.713), no tendría mayores diferencias, apenas significaría un abatimiento de medio punto del producto interno bruto respecto del escenario previo a la reforma, lo que podría llegar a implicar que el ahorro se haga a costo de afectar las prestaciones de los colectivos socialmente más vulnerables.

---

45 El proyecto sobre facilidades de pago se convirtió en Ley el 3 de setiembre de 2024; otro proyecto sobre la causal jubilatoria por edad avanzada, muy sensible para afiliados que comenzaron a cotizar al sistema en forma tardía; y el tercer proyecto sobre el cambio del Índice de ajuste de las cantidades fijas del art. 71 de la Ley N° 17.738, conocido como recursos indirectos. Estos dos últimos proyectos, hasta comienzos de setiembre de 2024, no han sido promovidos por el Poder Ejecutivo ante el Legislativo.

46 El art. 229 de la Constitución prohíbe al Poder Legislativo, entre otras medidas, aumentar pasividades en los doce meses anteriores a las elecciones nacionales. En realidad, no existe impedimento jurídico alguno para disminuir pasividades, por la vía de crear nuevos gravámenes o acrecentar los existentes, o para endurecer condiciones de acceso a la jubilación. En cambio, parece claro que el proyecto de ley sobre la causal de jubilación por edad avanzada promovido por la Caja Profesional estaría alcanzado por la prohibición constitucional.

47 https://www.cajanotarial.org.uy/innovaportal/v/4327/1/innova.front/el-impacto-de-la-reforma-constitucional-a-plebiscitar.html

48 La Ley permite que el monto del suplemento solidario lo actualice el Poder Ejecutivo en base a la variación del índice de precios al consumo o del índice medio de salarios.

6. EL MOVIMIENTO SINDICAL: DE LA PREOCUPACIÓN POR LA SOSTENIBILIDAD A LA PROMOCIÓN DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL INSOSTENIBLE

En el último tercio del siglo XX el movimiento sindical contemporáneo se convierte en un actor social y político muy relevante en la vida política del país, aportando una mirada comprometida con la clase trabajadora y los sectores populares, con una mirada ideológica socializante, arraigada predominantemente en las diferentes corrientes marxistas[49].

La cultura de la negociación colectiva *tripartita* se edifica a partir de la puesta en funcionamiento de la Ley de Consejos de Salarios en 1944, ámbito en el que se encausa el conflicto industrial, institucionalizándolo, que opera simultáneamente con la transformación del sindicalismo de oficios y talleres, de corte anarquista, a uno industrial de masas, de corte marxista.

La unificación de los diferentes sindicatos de ramas de actividad en torno a la Convención Nacional de Trabajadores, en el año 1966, consolida lo que Errandonea y Costábile denominan un tipo de sindicalismo *dualista*, por contar con una dirección donde prevalecen las metas políticas (mediatas), que se orientan a fines revolucionarios a mediano plazo, y una base en la que predominan metas reivindicativas (inmediatas)[50].

Señala Supervielle que, a partir de ese momento la "crítica sindical ya no tiene entonces un tenor anti sistémico en el sentido de anticapitalista como en la etapa anterior, sino que pasa a discutir qué tipo de capitalismo considera más conveniente en la etapa que se vive y de alguna forma defiende el modelo keynesiano centrado sobre una fuerte intervención del Estado proponiendo incluso la nacionalización de los sectores estratégicos del Estado."[51]

El programa elaborado por la CNT en sus orígenes propone "una política de seguridad social, que opere una modificación a fondo del sistema vigente y proporcione a todos los ciudadanos la máxima protección"[52].

Dos décadas después, en el último período de la dictadura cívico-militar que discurre entre 1973-1985, a través de la organización heredera, el Plenario Intersindical de Trabajadores (PIT), participará conjuntamente con los partidos políticos y otras organizaciones sociales en el trabajo de la Concertación Nacional Programática (CONAPRO)[53], donde impulsa medidas concretas en materia de seguridad social como la integración de los representantes sociales en el directorio del Banco de Previsión Social que se materializa recién en el año 1992.

Promueve años más tarde la reforma constitucional de noviembre de 1989, junto con las organizaciones de jubilados y pensionistas, por la que se establece la revaluación de las pasividades por índice medio de salarios y en 1994, con similar alianza, por la anulación de las modificaciones del

---

49 Mantero de San Vicente, Osvaldo, Derecho Sindical, FCU, 1era. Edición, 1998, págs. 49 y siguientes. Mantero Álvarez, Ricardo, Historia del movimiento sindical uruguayo, FCU, 2003, págs. 133 y siguientes.

50 Errandonea, Alfredo -Costábile, Daniel, Sindicato y sociedad en el Uruguay, FCU, 1969, Montevideo, 1968, pág. 34. Señala Supervielle que, "la reestructuración del sindicalismo en el Uruguay a imagen y semejanza del sindicalismo de las empresas fordistas, reorienta el sentido de su acción a la búsqueda de aumento de salarios y de mejorar las condiciones de trabajo, pero siguiendo estos objetivos, pierden su vocación anti sistémica del período anterior." (Supervielle, Marcos, "Las relaciones laborales en Uruguay y sus configuraciones", en revista Derecho Laboral N° 256, pág.577).

51 Supervielle, Marcos, "Las relaciones laborales …, ob. cit., pág.579.

52 Germán D'Elía, El movimiento sindical, Nuestra tierra 4, Montevideo, 1969, pág. 49.

53 Giorgi, Francisco -Grzetich, Antonio, "La seguridad social en la Concertación Nacional Programática", en AAVV, La concertación social, Estudios en homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez, AMF, Montevideo, 1985, pág. 276.

sistema de seguridad social incluidas en leyes de presupuesto y de rendición de cuentas, iniciativas contaron la aprobación plebiscitaria.

Posteriormente, se opone a la reforma previsional de 1995 (Ley Nº 16.713 de 3.IX.1995), e intenta realizar un referéndum, pero no logra alcanzar el número de firmas necesarias para habilitar la consulta popular[54].

Participa activamente en los diálogos sociales sobre seguridad social convocados por el gobierno nacional en los años 2007-2008[55] y en los años 2012-2013[56], acordando reformas con el sector empleador y las autoridades de gobierno, iniciativas que contarán, en el ámbito parlamentario, con el apoyo de legisladores de todos los partidos políticos. También lo hace en otros diálogos sociales sobre el empleo, los ingresos, la seguridad, entre otros.

El cambio de escenario político que ocurre entre 2005 y 2020 impacta en la conducción del movimiento sindical, dado que un número muy considerable de dirigentes y referentes sindicales pasan a ocupar cargos de gobierno, en ministerios y entes públicos[57], provocando en los hechos una renovación masiva de la dirigencia sindical, cuya inexperiencia se apreciará en la gestión cotidiana de su posicionamiento político, con la aparición de tensiones internas, algunas de ellas tendientes a posiciones más radicales.

El cambio político que emana de las elecciones de 2019 y la concreción de la principal iniciativa de gobierno, la Ley de Urgente Consideración (LUC[58]), plantea un nuevo desafío para el movimiento sindical que resuelve enfrentar, en alianza con otras organizaciones sociales y el Frente Amplio, con la promoción de un referéndum contra algunos de los artículos contenidos en la referida Ley, que incluye la creación de la Comisión de Expertos de Seguridad Social, para dar comienzo al proceso de la reforma previsional.

En ese marco y con respecto al tópico que venimos considerando, ante la situación que enfrentan todas las instituciones de previsión social del país, tanto el Banco de Previsión Social, los servicios de retiros de militares y policías, así como de las Cajas paraestatales, el movimiento sindical se pronuncia de forma muy clara.

En efecto, en la instancia del trabajo de la Comisión de Expertos la central de trabajadores (PIT -CNT) expresa preocupación por la sostenibilidad del sistema previsional, en los siguientes términos:

> *"Los sistemas de seguridad social deben presentar un equilibrio razonable entre ingresos y egresos, no solo a corto plazo, sino también a largo plazo. El sistema uruguayo necesita una reforma para recomponer la sostenibilidad económica a futuro sin que ello repercuta negativamente en la cobertura y suficiencia de las prestaciones, objetivos esenciales para los que fueron constituidos estos sistemas."*[59]

---

54 PIT-CNT - ERT, Caminando. Los trabajadores y la seguridad social en Uruguay, Montevideo, 2011, págs. 76-77.

55 Rodríguez Azcúe, Álvaro, "Caracterización y resultados del diálogo nacional sobre seguridad social", en revista Derecho Laboral N° 230, pág. 303-312.

56 Busquets, José Miguel -Schenck, Marcela, "Segunda etapa del diálogo nacional sobre seguridad social: acuerdos, desacuerdos y evaluaciones", en Instituto de Ciencia Política, Informe de Coyuntura n.º 12, Ed. Estuario, Montevideo, 2013, pág. 205.

57 Supervielle, Marcos, "Las relaciones laborales …, ob. cit., pág.584.

58 Ley N° 19.889 de 9 de julio de 2020.

59 Insumos del PIT-CNT ante el proceso de discusión de la reforma de la seguridad social, ERT, setiembre de 2020, pág. 14.

A su vez, hace notar que los aportes personales son altos y los aportes patronales deberían analizarse en caso de tener que ajustarse; el pilar de ahorro actual debe ser transformado en uno administrado profesionalmente por el Estado, y sin fines de lucro; las exoneraciones (de aportes patronales a la seguridad social) deberían ser computadas como un ingreso; la financiación del sector rural está significando un peso para la seguridad social, y esto no debería suceder; se deben analizar otras fuentes de financiamiento más allá de los aportes de los trabajadores y empresarios. Por ejemplo, la renta y los ingresos; se entiende que no existe una relación directa entre volumen de aportación y niveles de empleo. Pero más allá de esto se deben explorar otras vías, entre otras reflexiones[60]. El foco, entonces, se centra en el fortalecimiento de los ingresos del sistema y no en la revisión de las prestaciones.

Ahora bien, transcurridos unos meses, en un contexto de pujas internas, el movimiento sindical organizado ha resuelto, con una peculiar mayoría[61], impulsar una reforma constitucional por la vía de la iniciativa popular, por la que se disponen cambios sustantivos y radicales en el sistema de pensiones que, en nuestro concepto[62], comprometen seriamente la sustentabilidad del sistema de pensiones.

En efecto, la iniciativa que será sometida a la consulta popular el 27 de octubre de 2024 estatiza íntegramente el régimen previsional, prohíbe el ahorro individual con fines jubilatorios, cosa que no había sostenido hasta ahora el movimiento sindical, establece la causal de jubilación a los 60 años de edad y 30 años de servicios y fija el monto de las jubilaciones y pensiones mínimas en el equivalente al salario mínimo nacional, además de incorporar en la Carta Magna un estatuto previsional, el llamado régimen de transición de la Ley N° 16.713 de 3 de setiembre de 1995 que prevé prestaciones tan generosas como insustentables.

Todas las evaluaciones de impacto de la reforma propiciada por el movimiento sindical son contestes en afirmar su muy alto costo fiscal en los diferentes horizontes temporales, corto, mediano y largo plazo, además de sus efectos regresivos en términos de redistribución del ingreso[63], lo que la torna como una opción de política altamente inconveniente por impactar negativamente la sostenibilidad del sistema, la equidad y solidaridad intergeneracional.

Es llamativo que el movimiento sindical, con más de tres décadas de experiencia en la cogestión del principal organismo de previsión social y un instituto de estudios que tiene por objeto "suministrar apoyo técnico a los trabajadores organizados, buscando mediante el mismo elevar su desempeño en la representación de sus iguales en el marco de la lucha de clases y en función de sus objetivos políticos"[64], no haya publicado estudios concretos sobre el impacto fiscal y distributivo de la reforma que impulsa, para contribuir a un debate informado y maduro.

---

60 Informe de la Comisión de Expertos …, ob. cit., pág. 277.

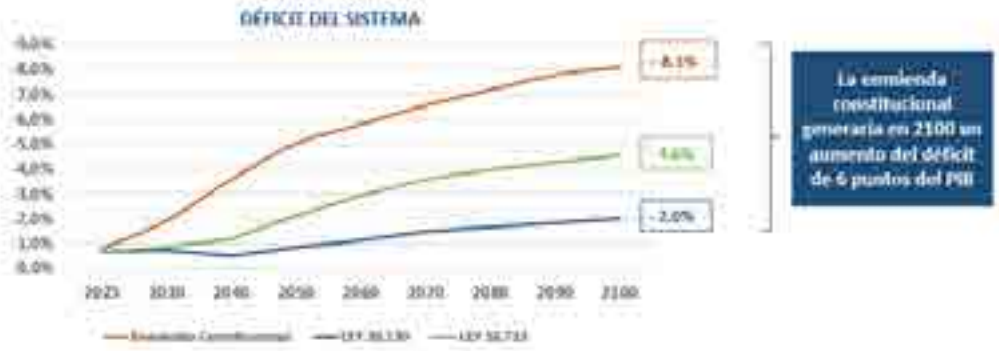
61 https://ladiaria.com.uy/trabajo/articulo/2022/12/pit-cnt-rechazo-por-mayoria-avanzar-en-este-momento-en-un-plebiscito-constitucional-contra-la-reforma-jubilatoria/

62 Rodríguez Azcúe, Álvaro, "Fundamentos jurídicos críticos del proyecto de reforma constitucional en materia de previsión social", en Revista Derecho del Trabajo, N° 44, págs. 3-20.

63 Pardo, Jimena, Valcorba, Martín, Zelko, Braulio, "Análisis de política: La iniciativa de reforma constitucional sobre seguridad social y su impacto en la equidad y la sostenibilidad del sistema", Montevideo, Octubre 2023 (https://www.etcetera.uy/post/nuevo-documento-de-an%C3%A1lisis-de-pol%C3%ADtica-plebiscito-seguridad-social visitado 20 de agosto de 2024). Viñales Guillama, Gustavo, "La reforma de la Constitución de la República no garantiza un mejor Sistema de Seguridad Social", CINVE, 2023 (https://cinve.org.uy/la-reforma-de-la-constitucion-de-la-republica-no-garantiza-un-mejor-sistema-de-seguridad-social/ visitado el 20 de agosto de 2024). Saldain, Rodolfo, Martínez Alba, Gonzalo, Plebiscito constitucional de la seguridad social. Análisis crítico, FCU, Montevideo, 2024, pág. 159-175.

64 https://www.cuestaduarte.org.uy/quienes-somos/sobre-el-instituto.

Los servicios técnicos del Banco de Previsión Social estiman el impacto de la reforma constitucional al año 2100 en 6 puntos del Producto Interno Bruto, como se observa en el cuadro que sigue, adicionales al déficit estimado para la reforma de 2023, sin incluir los costos que podría tener para los servicios de retiro militar y policial, ni los asociados a las tres Cajas paraestatales, cuya delicada situación financiera las hace definitivamente inviables con la causal jubilatoria a los 60 años.



Fuente: Asesoría General en Seguridad Social[65]

7. NUESTRA MIRADA SOBRE LOS DESAFÍOS DE LA SOSTENIBILIDAD

Con Pérez del Castillo hemos tenido la oportunidad de señalar que, "La intervención estatal siempre corre el riesgo de crear expectativas infundadas en la sociedad, en base a leyes que encierran simple expresión de buenos deseos, pero que no se concretan en la realidad, en beneficios tangibles, de cuantías suficientes para satisfacer las necesidades que se propone atender.

De allí la importancia que el diseño del sistema de seguridad social y de cada uno de sus componentes sean financieramente sólido, sustentables. De algún modo se genera una tensión entre las posibilidades reales que posee la sociedad, los postulados del principio de universalidad y del principio de suficiencia."[66]

Como se ha dicho, en nuestro derecho la sostenibilidad del sistema de pensiones está jurídicamente asegurada[67], conforme a lo previsto en el art. 67 de la Constitución, pero con ello no alcanza si la economía no es lo suficientemente robusta como para absorber sus costos, a riesgo de afectar la cobertura y o la suficiencia, de allí la necesidad de su abordaje conjunto, sistémico.

En un nivel más explícito, la sostenibilidad se ha incorporado al Derecho Positivo, recogido a texto expreso en el artículo 2° de la Ley N° 20.130 de 2 de mayo de 2023, en el que formulan los

65 BPS, Análisis de la propuesta de Reforma Constitucional, febrero 2024. Estimación de su impacto en el largo plazo, presentado por los técnicos del Banco de Previsión Social en la comparecencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ante la Comisión Permanente del Poder Legislativo el 7 de febrero de 2024.

66 Pérez del Castillo, Santiago - Rodríguez Azcúe, Álvaro, Derecho de la Seguridad Social, FCU, 2020, Montevideo, pág. 52-53. En el art. 78 de la Constitución de Perú se consagra el "principio de equilibrio financiero" (García Granara, Fernando, "La sostenibilidad financiera en los regímenes de pensiones", en II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Arequipa, 2006, pág. 855 y siguientes; Abanto Revilla, César - Paitán Martínez, Javier, Los regímenes de pensiones de la seguridad social en la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Lima, 2019, págs. 100-101.

67 Como señala Aparicio Tovar, "Las prestaciones (y ente ellas las pensiones), mientras no cambie la Constitución, son sostenibles porque lo tienen que ser, porque lo ha mandado el constituyente, que es "el jefe de todo esto"." (Aparicio Tovar, Joaquín, "La sostenibilidad …, ob. cit., pág. 291).

principios que inspiran nuestro sistema, luego de establecer que el derecho a la cobertura previsional integra el derecho humano a la seguridad social reconocido en la Constitución de la República y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado uruguayo.

En efecto, los principios que se acogen de forma expresa son los siguientes: universalidad, igualdad o justicia intrageneracional, adecuación, solidaridad social y *sustentabilidad y justicia intergeneracional,* definido como la propensión *"a garantizar una distribución equitativa del esfuerzo de financiamiento entre las generaciones actuales y futuras para asegurar el acceso a las prestaciones correspondientes"* (literal D) del art. 2 de la Ley N° 20.130).

Comentando la disposición, Saldain y Martínez afirman que, en el diseño de la reforma previsional, la sustentabilidad del sistema se fundamenta en *"dos opciones de política previsional: la generalización del régimen mixto, en el que una parte no depende de transferencias entre generaciones sino del ahorro previo y los cambios de largo plazo. La primera, porque una parte del ingreso de los futuros jubilados estará autofinanciado, sin necesidad de transferencias desde los cada vez menos jóvenes a los cada vez más mayores. La segunda, porque los cambios de edades jubilatorias disminuirán en el largo plazo (desde mediados de siglo en adelante) el período de percepción de los beneficiarios, aliviando la necesidad de transferencias desde la población entonces en edad productiva."*[68]

Por su parte, considera Delpiazzo que en "nuestro ordenamiento jurídico, la expresión "sustentabilidad" o "sostenibilidad" se advierte de creciente uso para contemplar no sólo los requerimientos inmediatos sino la proyección mediata de las decisiones que se adoptan con impacto en las generaciones futuras."[69]

En nuestro concepto la reforma de 2023 va en la dirección correcta, sin perjuicio de ser conveniente complementarla, dentro de ciertos límites, con otras medidas que suavicen el impacto del aumento de la edad mínima de jubilación, principalmente de personas con trayectorias laborales precarias o irregulares, con la correspondiente penalización de la tasa de reemplazo, además de algunas medidas que mejoren el financiamiento, como podría ser la revisión de las exoneraciones de aportes patronales, el incremento de los aportes patronales del sector rural que cuenten con capacidad contributiva suficiente, con la creación de un impuesto que grave los ingresos muy elevados para afectarlos parcialmente al financiamiento del sistema jubilatorio y pensionario, pero fundamentalmente para cubrir de ese modo a los trabajadores del sector informal con una prestación no contributiva o *pilar cero*[70].

Por tales fundamentos consideramos que la sostenibilidad del sistema de pensiones no es necesariamente una cuestión economicista; no compartimos la posición de Aparicio Tovar cuando afirma que con "la introducción del término sostenibilidad se ha lanzado a la opinión pública una duda sobre si las pensione están garantizadas ante los retos que suponen los cambios demográficos y la crisis económica con su consecuencia de desempleo. Aquí es donde ha entrado el leguaje economicista

---

68 Saldain, Rodolfo - Martínez Alba, Gonzalo, Sistema Previsional Común, FCU, Montevideo, 2023, pág. 159.

69 Delpiazzo, Carlos, "Principios del sistema previsional", en VVAA, Reforma del régimen previsional. A propósito de la ley N° 20.130, Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho, Montevideo, 2023, pág. 54.
En la misma dirección podríamos agregar las referencias expresas en los principios del Sistema Nacional Integrado de Salud (literal C) y L) del art. 3, art. 7 y art. 72 de la Ley N° 18.211 de 5 de diciembre de 2007).

70 Rodríguez Azcúe, Álvaro, "Reforma del régimen previsional: necesidad de un pilar cero potente", en Revista de la Facultad de Derecho, 2021, número 52.

para intentar cuestionar el mecanismo financiero de reparto, que es propio del Sistema de Seguridad Social."[71]

Al menos no lo es en el Uruguay, un país de renta media con una deuda externa equivalente al 57,4% (2022) y con un sistema de pensiones maduro, financiado por recursos fiscales en una porción considerable, cercana al 50%, los déficits de la seguridad social son del Estado mismo[72].

En ese contexto es que se torna muy riesgosa la iniciativa promovida por el movimiento sindical, dado que de aprobarse implicaría un incremento adicional muy significativo de los costos previsionales, en todos los horizontes temporales, que afectaría severamente la sostenibilidad del sistema de pensiones, tornado inviables a las tres Cajas paraestatales a muy corto plazo, pero también al régimen general que tendría absorberlas con los costos que ello implicaría, rediseñando el sistema dentro las limitaciones que impondría la reforma, operando en las vías que le permitiría en hipotético marco constitucional, como podría ser, principalmente la reducción de los salarios, con el consiguiente arrastre a la baja de las pasividades, el incremento en las tasas de aportes de los trabajadores y empleadores, con el previsible impacto en el empleo, la creación o aumentos de impuestos, con su incidencia negativa en las inversiones del sector privado, o una mayor emisión de moneda con sus efectos inflacionarios o mayor endeudamiento externo, posiblemente con organismos internacionales, con las tradicionales condicionalidades[73], según sean las circunstancias políticas y la coyuntura económica salvo que, la economía crezca de forma sostenida a un ritmo muy acelerado, acontecimiento para nada factible, y permita absorber el costo incremental que plantea la reforma constitucional.

Sostiene Oddone que en *"un escenario de restricciones presupuestales, ese dinero tiene que salir de algún lado y solo puede salir de tres fuentes. O de la redirección de gasto o de aumentar ingresos o de traer ingresos del futuro, que en el fondo son más impuestos o menos gastos futuros. Y sobre eso es que hay que trabajar para definir prioridades y fuentes. En cualquier de las opciones (redireccionar gastos, incrementar impuestos o emitir deuda), se van a afectar intereses y eso requiere ser previsto para que pueda ser gestionado con cuidado"*[74].

Todas las opciones referidas tienen impacto negativo en las posibilidades de crecimiento económico futuro y en la distribución del ingreso, puesto que la demanda creciente de recursos para atender el sistema jubilatorio limita las posibilidades y eficacia de otras políticas públicas, como la atención a la pobreza infantil, muy significativa en nuestro país[75], a la salud, a la educación y a la investigación científica, todas aristas claves para el desarrollo económico y social en el mediano y largo plazo.

---

71 Aparicio Tovar, Joaquín, "La sostenibilidad como excusa para una reestructuración del sistema de la Seguridad Social", en Cuadernos de Relaciones Laborales, vol. 33, Núm. 2 (2015), pág. 291.

72 El art. 67 de la Constitución de la República establece que el sistema jubilatorio se financia con contribuciones obreras y patronales y demás tributos establecidos por ley y la asistencia financiera que deberá proporcionar el Estado, si fuere necesaria.

73 En la actualidad el fondo de ahorro previsional que administran las AFAPs representa aproximadamente un 30% del Producto Interno Bruto y en un porcentaje muy considerable se invierte en títulos de deuda pública, con el que el Estado financia su déficit. La eliminación de la AFAPs que postula la iniciativa de reforma constitucional generaría un nuevo escenario para el Estado que podría llevarlo a contraer endeudamiento con los organismos internacionales y sus clásicos condicionamientos de reducción del gasto público social.

74 Batalla, Nicolás - Oddone, Gabriel, El despegue. Cómo crecer y distribuir en Uruguay, en la mirada de Gabriel Oddone, Ed. Debate, Montevideo, julio 2024, pág. 293.

75 Greif, Agustín - Fuletti, Darío, Análisis de la pobreza infantil en Uruguay y propuestas de política, UNICEF Uruguay, julio 2024.

8. REFLEXIONES FINALES

En las últimas décadas el Estado del Bienestar de Uruguay se ha visto atraído por dos polos: por un lado, *el modelo de política social del constitucionalismo democrático-social* y, por otro, *el modelo neoliberal,* ambos, en sus versiones moderadas.

En ese marco, el sistema de pensiones, uno de los más antiguos de América Latina, con más de un siglo y cuarto de vida ha logrado una cobertura casi universal, ha eliminado, prácticamente, la pobreza en la tercera edad, pero no ha resuelto los riesgos de sostenibilidad económica financiera en el mediano y largo plazo.

La reforma previsional de 2023 apunta a moderar razonablemente el incremento del gasto previsional que provoca un marcado envejecimiento de la población, por la vía de racionalizar el diseño del sistema, reforzando el vínculo entre contribuciones y prestaciones[76].

La sobrevivencia del régimen jubilatorio anterior hasta el año 2032 abre una ventana de oportunidad para el próximo período de gobierno, en el que se podrá evaluar el impacto de la reforma y perfeccionar su diseño, explorar fuentes de financiamiento adicionales, lógicamente, dentro de acotados márgenes que no afecte el crecimiento económico ni alteren mayormente la trayectoria del gasto previsional en términos de porcentaje del producto interno bruto.

Ahora bien, la irrupción de la iniciativa de reforma constitucional promovida por el movimiento sindical, con algunos postulados compartibles, como la necesidad de mejora de las jubilaciones y pensiones mínimas, pero con otras desacertadas y erróneamente diseñadas, provocaría un cambio muy significativo en el plano económico que, afectaría severamente la sustentabilidad del régimen general, además de tornar inviables a las tres Cajas paraestatales, a cortísimo plazo.

No deja de sorprender que el movimiento sindical, con la madurez y mirada de mediano y largo plazo que lo ha caracterizado, así como su amplia política de alianzas, tanto en el plano social, económico, político y académico, se haya embarcado en una batalla de horizonte cortoplacista, por la que se compromete su historia más valiosa de bregar por los intereses de la clase trabajadora y los sectores populares, sin perder la mirada en *clave país.*

La ciudadanía tendrá la última palabra en la materia, pero, en cualquier caso, independientemente del resultado del plebiscito, los problemas de la sostenibilidad del sistema de pensiones no desaparecen ni se resuelven con una reforma de la Constitución, son mucho más complejos, según hemos intentado demostrarlo, pero sí se puede agravarlo.

Corresponde bregar entonces por más diálogo social, más intenso, que permita aunar criterios que aseguren la necesaria sostenibilidad *económica financiera* del sistema de pensiones, combinada con su *dimensión social*, en la gobernanza del sistema y de su futura reforma que dote al sistema jubilatorio de la estabilidad política y social, al menos en sus principales líneas directrices.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aparicio Tovar, Joaquín, *"La sostenibilidad como excusa para una reestructuración del sistema de la Seguridad Social"*, en Cuadernos de Relaciones Laborales, vol. 33, Núm. 2 (2015), Madrid.

[76] Nicoliello, Ariel, "El principio contributivo y su reforzamiento en la reforma previsional uruguaya", en Um século de história. Previdência Social, VVAA, 2023, pág. 512

Arena de Mesa, Alberto, *Los sistemas de pensiones en la encrucijada. Desafíos para la sostenibilidad en América Latina*, CEPAL, Santiago de Chile, 2019.

Banco Mundial, *Envejecimiento sin crisis. Informe de Banco Mundial sobre investigaciones relativas a políticas de desarrollo*, Washington D.C., 1994.

Barbagaleta, Héctor-Hubo: *Derecho del trabajo*, t. I, v. 1, 3era. Edición, FCU, Montevideo, 2002.

- *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista,* FCU, Montevideo, 2009.

- *El particularismo del Derecho del trabajo y los Derechos Humanos Laborales*, FCU, 2 edición, Montevideo, 2009.

Barr, Nicholas - Diamond, Peter, *La reforma necesaria. El futuro de las pensiones,* El hombre del Tres, España, octubre 2012.

Batalla, Nicolás - Oddone, Gabriel*, El despegue. Cómo crecer y distribuir en Uruguay, en la mirada de Gabriel Oddone*, Ed. Debate, Montevideo, julio 2024.

Bellomo, Felix - Nuñez, Inés, *"Personas mayores en Uruguay: Un estudio multidimensional", en* Comentarios de Seguridad Social Nº 83, Enero 2022, Asesoría General en Seguridad Social, Banco de Previsión Social, Montevideo.

Banco de Previsión Social. *Pasado, presente, futuro: siempre junto a la gente*, 2017, pág. 45 y siguientes.

BPS*, Análisis de la propuesta de Reforma Constitucional*, febrero 2024. Estimación de su impacto en el largo plazo.

Bucheli, Marisa, Ferreira-Coimbra, Natalia, Forteza, Álvaro J., Rossi, Ianina, *El acceso a la jubilación o pensión en Uruguay: ¿cuántos y quiénes lo lograrían?,* CEPAL, 2006.

Busquets, José Miguel -Schenck, Marcela, *"Segunda etapa del diálogo nacional sobre seguridad social: acuerdos, desacuerdos y evaluaciones",* en Instituto de Ciencia Política, Informe de Coyuntura n.º 12, Ed. Estuario, Montevideo, 2013.

Caetano, Gerardo, *"Novedades y radicalidad de las «derechas alternativas» en el Uruguay reciente. El caso de Cabildo Abierto",* en Estud. - Cent. Estud. Av., Univ. Nac. Córdoba no.49 Córdoba ene. 2023.

Colotta Sosa, Matilde y López Dourado, Viviana, *"Los principios de la Seguridad Social",* en Memoria y vigencia del pensamiento jurídico de Oscar Ermida Uriarte, FCU, Montevideo, 2022.

Delpiazzo, Carlos, *"Principios del sistema previsional"*, en VVAA, *Reforma del régimen previsional. A propósito de la ley N° 20.130,* Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho, Montevideo, 2023.

Errandonea, Alfredo -Costábile, Daniel, *Sindicato y sociedad en el Uruguay*, FCU, Montevideo, 1969.

Esping-Andersen, Gøsta, *Los tres mundos del Estado del Bienestar*, Edicions Alfons el Magnánim, 1993.

Franco, Rolando y Di Filippo, Armando (Compiladores), *Las dimensiones sociales de la integración regional en América Latina*, CEPAL, Santiago de Chile, 1999.

García Bouzas, Raquel, *La república solidaria*, UdelaR - CSIC, Montevideo, 2011.

Germán D'Elía, *El movimiento sindical*, Nuestra tierra 4, Montevideo, 1969.

Giorgi, Francisco -Grzetich, Antonio, *"La seguridad social en la Concertación Nacional Programática",* en AAVV, La concertación social, Estudios en homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez, AMF, Montevideo, 1985.

Greif, Agustín - Fuletti, Darío, *Análisis de la pobreza infantil en Uruguay y propuestas de política,* UNICEF Uruguay, julio 2024.

Informe de la Comisión de Expertos en Seguridad Social, *Diagnóstico del Sistema Previsional Uruguayo,* Montevideo, 2022.

Insumos del PIT-CNT ante el proceso de discusión de la reforma de la seguridad social, ERT, Montevideo, setiembre de 2020.

Isabella, Fernando, Da Silva, Carolina, Mascari, María Pía, *Escenarios Demográficos Uruguay 2050. Hacia una Estrategia Nacional de Desarrollo*, Volumen III, OPP, 2017.

Lavalleja, Martín, Rossi, Ianina, Tenenbaum, Victoria, *La flexibilización de las condiciones de acceso a las jubilaciones en el Uruguay*, CEPAL, 2018, Santiago de Chile.

Mantero de San Vicente, Osvaldo*, Derecho Sindical*, FCU, 1era. Edición, 1998.

Mantero Álvarez, Ricardo, *Historia del movimiento sindical uruguayo*, FCU, 2003.

Mesa-Lago, Carmelo - Bertranou, Fabio*, Manual de economía de la Seguridad Social*, CLAEH, Montevideo, 1998.

Monereo Pérez, José Luis, *"John Maynard Keynes (1883-1946): La política económica como elemento de sostenibilidad del Estado del Bienestar",* en Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum, n° 39, 2° Trimestre 2024.

Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho del trabajo,* Ed. Tecnos, Madrid, Decimoctava edición, 1997.

OIT, *Informe al gobierno de la República Oriental del Uruguay*, Ginebra, 1964. Papadópulos, Jorge, *Seguridad Social y política en el Uruguay,* CIESU, Montevideo, 1992.

Pardo, Jimena, Valcorba, Martín, Zelko, Braulio, *"Análisis de política: La iniciativa de reforma constitucional sobre seguridad social y su impacto en la equidad y la sostenibilidad del sistema",* Montevideo, Octubre 2023 (https://www.etcetera.uy/post/nuevo-documento-de-an%C3%A1lisis-de-pol%C3%ADtica-plebiscito-seguridad-social visitado 20 de agosto de 2024).

Pérez del Castillo, Santiago - Rodríguez Azcúe, Álvaro, *Derecho de la Seguridad Social,* FCU, 2020, Montevideo.

PIT-CNT - ERT, *Caminando. Los trabajadores y la seguridad social en Uruguay*, Montevideo, 2011.

Rodríguez Azcúe, Álvaro: *"Evolución histórica del sistema jubilatorio uruguayo"*, en VVAA, Temas jubilatorios, UdelaR, Montevideo, 2006.

- *"Caracterización y resultados del diálogo nacional sobre seguridad social",* en revista Derecho Laboral N° 230, Montevideo, 2008.
- *"Sistema Nacional Integrado de Cuidados: Primeros comentarios a la Ley 19.353"*, en revista Derecho Laboral N° 260, Montevideo, 2015.
- *"El brazo no contributivo de la seguridad social",* en revista Derecho Laboral N° 271, Montevideo, 2018.
- *"La problemática de los cincuentones y su solución: comentarios a la Ley N° 19.590 de 28.XII.2017",* en Revista Doctrina & Jurisprudencia", t. 45, CADE, Montevideo, 2018.

- *"Respuestas sociolaborales al COVID-19",* en Revista Derecho del Trabajo, N° 28, julio/ setiembre 2020.
- *"Reforma del régimen previsional: necesidad de un pilar cero potente",* en Revista de la Facultad de Derecho, número 52, Montevideo, 2021.
- *"El principio de solidaridad en el Derecho de la Seguridad Social: contribución de Oscar Ermida Uriarte"*, en Memoria y vigencia del pensamiento jurídico de Oscar Ermida Uriarte. Estudios en su homenaje, FCU, Montevideo, 2022.
- *"Reforma del sistema previsional en el Uruguay",* en Revista Derecho del Trabajo Año XI, N°39, abril-junio 2023, La Ley, Montevideo.
- *"Fundamentos jurídicos críticos del proyecto de reforma constitucional en materia de previsión social"*, en Revista Derecho del Trabajo, N° 44, Montevideo, 2024.

Saldain, Rodolfo, Martínez Alba, Gonzalo: *Sistema Previsional Común*, FCU, Montevideo, 2023.

- *Plebiscito constitucional de la seguridad social. Análisis crítico,* FCU, Montevideo, 2024.

Saldain, Rodolfo, *Reforma jubilatoria. El nuevo modelo previsional. Ley N° 16.713 de 3.IX.1995*, FCU, 1995.

Miranda Muñoz, Martha, *Sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones de la seguridad social en Latinoamérica y el Caribe: Aspectos actuariales y de gobernanza*, CISS, México.

Rojas, Gloria, *"La sostenibilidad del sistema de seguridad social a través de fórmulas de financiación que procuren pensiones de jubilación adecuadas y suficientes"*, en Documentación Laboral núm. 104, vol. II, Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Sienra, Mariana, *La evolución del sistema de seguridad social en el Uruguay (1829-1986),* Instituto de Economía, UdelaR, diciembre de 2007.

OIT, *Informe al gobierno de la República Oriental del Uruguay*, Ginebra, 1964.

Supervielle, Marcos, *"Las relaciones laborales en Uruguay y sus configuraciones",* en revista Derecho Laboral N° 256.

Titmuss, Richard, *Essays on the Walfare State*, Londres, 1958.

Viñales Guillama, Gustavo, "La reforma de la Constitución de la República no garantiza un mejor Sistema de Seguridad Social", CINVE, 2023 (https://cinve.org.uy/la-reforma-de-la-constitucion-de-la-republica-no-garantiza-un-mejor-sistema-de-seguridad-social/ visitado el 20 de agosto de 2024).

Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Regulación constitucional del Sistema de Pensiones del Perú: la búsqueda del equilibrio entre la protección y la (in)sostenibilidad financiera

Constitutional regulation of the Peruvian Pension System: the search for balance between protection and financial (in)sustainability

César Abanto Revilla[1] https://orcid.org/0000-0003-3590-2058

Cita Sugerida: ABANTO REVILLA, C.: «Regulación constitucional del Sistema de Pensiones del Perú: la búsqueda del equilibrio entre la protección y la (in) sostenibilidad financiera». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 499-522.

Resumen

La Constitución es la fuente primera de la seguridad social, al ser la norma principal de la cual emanarán los principios que establece cada Estado al determinar su política sobre dicha materia (ámbito de comprensión y aplicación concreta de derechos, obligaciones, requisitos y demás parámetros de la misma), por lo cual es de importancia capital el estudio de las disposiciones específicas de la Carta Magna peruana de 1993 que la desarrollan, en temas como la universalidad, la administración pública y privada de su gestión, la intangibilidad de los fondos y reservas previsionales, entre otros.

Palabras clave

Seguridad Social; Pensiones; Reforma; Sostenibilidad financiera

Abstract

The Constitution is the primary source of social security, being the main rule from which the principles established by each State will emanate when determining its policy on this matter (scope of understanding and specific application of rights, obligations, requirements and other parameters thereof), which is why the study of the specific provisions of the Peruvian Magna Carta of 1993 that develop it is of capital importance, in topics such as universality, public and private administration of its management, the intangibility of pension funds and reserves, among others.

Keywords

Social Security; Pensions; Reform; Financial sustainability

1. NOTAS INTRODUCTORIAS

La seguridad social es un mecanismo de protección para el ser humano frente a las situaciones (contingencias o estados de necesidad) que se presentarán a lo largo de su vida y originarán la disminución (transitoria o permanente) de su capacidad para trabajar y/o para atender sus necesidades básicas. En la medida que su definición admite diversas acepciones, dependiendo de la especialidad desde la cual sea analizada, se le considera un concepto complejo.

[1] (Lima, Perú)
Maestro en Derecho del Trabajo por la Universidad Internacional de La Rioja
Profesor de Seguridad Social en la Maestría de Derecho del Trabajo de la Universidad de San Martín de Porres
Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Miembro de la Comisión Multisectorial del Poder Ejecutivo para la Reforma del Sistema de Pensiones, creada por la Resolución Suprema N° 081-2022-PCM
cabantor@usmp.pe

Esta disciplina cruza transversalmente los diversos estamentos que conforman a un país y a su sociedad, al tener impacto social (alcanzará a millones de personas), económico (representa una inversión dineraria permanente), político (las decisiones que se tomen sobre el modelo a utilizar serán fundamentales para su eficacia) y jurídico (los reclamos que deriven de su aplicación pueden originar una enorme carga judicial).

Para este comentario, tomaremos la definición de Fajardo (1992: p. 21), quien entiende a la seguridad social como un sistema de protección contra las contingencias humanas que procura elevar el nivel de vida del individuo y el bienestar colectivo, en base a la redistribución de la renta. Este concepto nos permite identificar sus aspectos esenciales:

Bajo estos criterios, acuñados por el Plan Beveridge (Inglaterra, 1942), que a su vez tuvo origen en la unión de los primigenios regímenes no contributivos (en especial, de Nueva Zelanda, 1898) y el seguro social de Bismarck (Prusia, 1883), forjados por el amalgama producido por la revolución de derechos (Francia) y la revolución industrial; el constituyente nacional fue introduciendo dichos conceptos en las Constituciones de 1920 y 1933, que fueron ampliados por la Constitución de 1979 y luego replanteados en la Carta Magna de 1993, a partir de la constatación real de su carácter principista (e idealista), que no era consecuente con las posibilidades de la economía nacional.

La seguridad social es considerada un derecho humano desde el año 1948, al ser incluida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos[2]; siendo considerada a partir de esa fecha como una materia de mención necesaria en la legislación de cada país y en los posteriores instrumentos internacionales[3], razón por la cual no podría ser ajena al contenido de nuestra regulación constitucional.

Por ello, considerando que la Constitución es la fuente primera de la seguridad social, al ser la norma principal de la cual emanarán los principios que establece cada Estado al determinar su política sobre la materia (ámbito de comprensión y aplicación concreta de derechos, obligaciones, requisitos y demás parámetros de la misma), es de importancia capital el estudio de las disposiciones específicas que la desarrollan[4].

2. ARTÍCULO 10: LA UNIVERSALIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En el Perú, rige desde 1993 una Constitución que puede ser ubicada dentro del espectro neoliberal. En materia pensionaria, consideramos que son cinco los artículos en los que se encuentra delineado el andamiaje principista de su regulación. El primero de ellos, es el artículo 10, que señala lo siguiente:

> Artículo 10.- El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

[2] Artículo 22.- Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

[3] De manera referencial: Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales (artículo 9); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XVI); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 9); entre otros.

[4] https://www.gob.pe/institucion/presidencia/informes-publicaciones/196158-constitucion-politica-del-peru

El antecedente inmediato de esta norma lo encontramos en los artículos 12[5] y 13[6] de su antecesora, la Constitución de 1979.

Como se aprecia, entre la Carta Magna de 1979 y la de 1993 existen diferencias que van más allá de la utilización de verbos distintos, pues mientras la primera forzaba al Estado a garantizar el derecho de todos a la seguridad social, la segunda lo plantea como un reconocimiento a su carácter universal, pero sujeto a la vez a un carácter progresivo.

De igual manera, mientras que la Constitución de 1993 hace referencia a la ley como el medio que determina las contingencias protegidas por la seguridad social (en aplicación del principio de exclusividad legal), en el artículo 13 de la Carta Magna de 1979 estas eran listadas bajo un sistema de numerus apertus: enfermedad, maternidad, invalidez, desempleo, accidente, vejez, muerte, viudez, orfandad y cualquier otra contingencia susceptible de ser amparada.

Para comprender esta norma, es necesario dividirla en tres secciones:

2.1. Primera: el derecho universal y progresivo a la seguridad social

La Constitución de 1979 utilizaba el verbo garantizar[7], que implica un compromiso u obligación; en tanto, la de 1993 se remite al verbo reconocer[8], que hace alusión a una aceptación declarativa de la existencia del derecho[9]; esto no implica un menor beneficio en favor de los beneficiarios. El hecho de asumir -como se hizo en 1979- el compromiso de otorgar a todos los ciudadanos el derecho a la seguridad social, no garantizaba su cabal cumplimiento, pues su materialización siempre está supeditada a las posibilidades económicas y financieras del país.

El cambio de verbo no genera una situación perjudicial, sino la delimitación tangible de la naturaleza de la seguridad social como un derecho económico, social y cultural (prestacional), que solo se concretará con la existencia previa de recursos dinerarios.

De igual manera, cuando hace referencia a la seguridad social como derecho universal, se reconoce que su vocación es procurar la protección de todas las personas, pero al añadir el carácter progresivo[10], se entiende que este acceso se dará de manera gradual. Ello implica que el Estado tratará, dependiendo de su posibilidad económica, que cada uno de los ciudadanos de nuestro país pueda disfrutar de este derecho.

---

5 Artículo 12.- El Estado garantiza el derecho de todos a la seguridad social. La ley regula el acceso progresivo a ella y su financiación.

6 Artículo 13.- La seguridad social tiene como objeto cubrir los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, desempleo, accidente, vejez, muerte, viudez, orfandad y cualquier otra contingencia susceptible de ser amparada conforme a ley.

7 De acuerdo al Diccionario de Lengua Española de la Real Academia, existen seis acepciones relativas a la palabra "garantizar" (garantía), de las cuales se tomarán las referidas en los números 1 (efecto de afianzar lo estipulado) y 3 (cosa que se asegura y protege contra algún riesgo o necesidad).

8 El citado Diccionario de Lengua Española registra 17 acepciones de la palabra "reconocer", de las cuales nos resulta pertinente la consignada en el número 5 (confesar con cierta publicidad la dependencia, subordinación o vasallaje en que se está respecto de alguien).

9 Este punto fue materia de debate en el Congreso Constituyente Democrático (CCD) de 1992, al revisarse la redacción del artículo 8 del Proyecto (artículo 10, bajo comentario), manteniéndose el texto que tenemos, pese a los cuestionamientos teóricos.

10 Según expuso la mayoría parlamentaria que integró el CCD, esta medida (acceso progresivo) fue tomada de las constituciones de Colombia, Honduras, Paraguay, República Dominicana, Venezuela y otros países.

La seguridad social se estructura sobre la base de principios, dentro de los cuales tenemos el de universalidad[11], a través del cual se determina al núcleo de personas que serán protegidas por este derecho. En virtud a ello, desde su origen, se ha ido otorgando -en el tiempo- tutela a determinados grupos de personas que han ido accediendo (poco a poco) a sus beneficios.

En un inicio, la protección no alcanzaba a la totalidad de ciudadanos, sino solo a los trabajadores (seguro social: régimen contributivo). Luego se postuló extenderla a sus familiares, menores de edad, adultos mayores, etcétera; naciendo así los regímenes no contributivos. Ello originó, a partir de la década de los cuarenta del siglo XX, al cambio a una corriente universalista que pretende que todas las personas, sin distinción alguna, accedan a la seguridad social; política que no ha podido -hasta la fecha- ser implantada a cabalidad por ningún país, atendiendo al alto costo que representa.

En el Perú, las normas de la época colonial -como la Real Orden del Rey de España, del 8 de febrero de 1803, aplicada a partir de 1820 en tiempos del Virrey Joaquín de la Pezuela- y la Ley General de Goces, Cesantía y Montepío de 1850, sólo alcanzaban a los servidores y funcionarios que laboraban para el Estado, así como a sus familiares.

Fue recién en el siglo XX que se dictaron las normas que incluyeron a los trabajadores de la actividad privada en el ámbito de la seguridad social. En 1936, la Ley N° 8433 dispuso la creación de la Caja Nacional del Seguro Social Obrero; en 1961, se dictó la Ley N° 13724 del Seguro Social del Empleado, posteriormente unificadas -junto a otras- en el Decreto Ley N° 19990 (1973).

En aplicación de la universalidad se ha incorporado incluso a quienes formalmente no desarrollan una actividad laboral, como las amas de casa (Ley N° 24705: 1987) o a las personas en estado de pobreza extrema y sin régimen previsional (2009: Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud; 2011: Pensión 65, para la vejez; 2015: Programa Contigo, para casos de discapacidad absoluta y permanente).

En resumen, la seguridad social es universal, en la medida que -como derecho humano- alcanza a todos los ciudadanos; pero su acceso se dará de forma gradual (progresiva), ampliándose dependiendo de las posibilidades económicas del país.

2.2. Segunda: protección frente a las contingencias que precise la ley

Como hemos referido, se entiende por contingencias a las situaciones o eventos que se presentarán a lo largo de la vida de cada persona y originarán la disminución, transitoria o permanente, de su capacidad para trabajar y/o atender sus necesidades básicas[12].

El artículo 13 de la Constitución de 1979 establecía una lista de contingencias que debían ser objeto de protección por la seguridad social (enfermedad, maternidad, invalidez, desempleo, accidente, vejez, muerte, viudez, orfandad y cualquiera otra contingencia susceptible de ser amparada conforme a ley), esquema de numerus apertus que permitía la inclusión posterior de contingencias adicionales. El artículo 10, en cambio, recurre a la fórmula de efectividad aplazada, al precisar que será la ley -y no la Constitución- el medio por el cual estas serán determinadas.

[11] Junto con los de solidaridad (todos deben colaborar con el financiamiento del sistema, bajo los mecanismos inter e intrageneracionales); integralidad (todas las contingencias deben contar con una prestación suficiente, oportuna y completa); unidad (procura que la gestión esté centralizada en el menor número de entidades, para un mejor manejo administrativo); e internacionalidad (procurar que los derechos generados por un trabajador en los diversos países que labore, sean reconocidos para que acceda a todas las prestaciones previsionales).

[12] En el Sistema Nacional de Pensiones (Decreto Ley N° 19990, artículo 80) se utiliza también el concepto contingencia para identificar el momento en el cual se genera el derecho a percibir una prestación económica (pensión).

La Carta Magna de 1979 pretendía ser precisa y detallada, pero resultó menos realista, pues enumeraba una serie de contingencias que se comprometía a otorgar, sin embargo, en la práctica se produjo el incumplimiento parcial de dicho listado, pues hasta la fecha el desempleo es una contingencia que no es atendida por la seguridad social en el Perú: la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) es un mecanismo laboral que no reúne las características tradicionales de un seguro de desempleo previsional.

Cabe recordar que al establecer que sea la ley el instrumento por el cual se determina una contingencia, permitió en el 2020 el debate sobre la inclusión de la COVID-19 en la lista de enfermedades profesionales, lo cual fue resuelto por la Ley N° 31025 del 18 de junio de 2020, que la reconoce como tal, pero solo para los servidores de la salud.

El que sea la ley el instrumento por el cual se prevén las contingencias protegidas por la seguridad social no implica un perjuicio para los derechos de los beneficiarios, pues consignar de forma expresa un riesgo en la Constitución -como en 1979- no representa una garantía real de protección, pues ello siempre está condicionado a las posibilidades de la economía nacional. La actual Carta Magna, con mejor criterio técnico, delega esta labor a la ley[13], pues las contingencias podrían incrementarse en un futuro dependiendo de la situación financiera estatal, como ocurrió en 2009, 2011 y 2015, al implementarse los regímenes asistenciales mencionados.

2.3. Tercera: el derecho a la elevación de la calidad de vida

La finalidad de la seguridad social es brindar protección ante el padecimiento de una contingencia, para que la persona pueda mantener el estatus económico y social en que se hallaba antes de tal situación o evento, evitando que su calidad de vida decaiga, pues ello generaría un desequilibrio que afectará también a la sociedad en su conjunto.

La seguridad social debe contar con mecanismos que sean financiados por la sociedad en su conjunto, pero el aporte del Estado, empleadores y trabajadores (dependientes, independientes, públicos y/o privados), que sería la principal fuente de financiamiento del sistema, es insuficiente: en la actualidad, la morosidad de pago de las contribuciones previsionales (salud y pensiones) es cercana al 45 %; por ello, se recurre mensualmente al Tesoro Público para cubrir la diferencia del pago de las planillas de prestaciones previsionales, restando recursos a las demás obligaciones públicas.

Desde sus orígenes, la seguridad social nace como un medio por el cual la colectividad (mediante el ahorro forzado) colabora con su renta (generada con el trabajo efectivo y/o el pago de los impuestos) a la formación del fondo del cual se paga a los beneficiarios de los regímenes de salud y pensiones, por lo cual es indispensable que la elevación del nivel de vida del individuo que padezca una contingencia sea el objetivo final de su reconocimiento, de ahí la necesidad que conste dentro de los preceptos constitucionales en esta materia. Este es, además, uno de los principales argumentos por los cuales la afiliación al sistema previsional debe ser obligatoria: formamos parte de una sociedad y la seguridad social constituye un derecho, pero también un deber, pues nos brindará una tutela personal, familiar y colectiva, financiada por todos los ciudadanos.

[13] Esto es consecuente con el principio de exclusividad legal, que sostiene que solo por ley pueden ser reconocidos los beneficios previsionales (salud y pensiones). El Tribunal Constitucional, en el fundamento 120 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00050-2004-AI/TC ha reconocido también que la pensión es un derecho fundamental, pero de configuración legal. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf

3. ARTÍCULO 11: GESTIÓN PÚBLICA, PRIVADA O MIXTA

Este dispositivo constitucional establece lo siguiente:

> Artículo 11.- El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.
>
> La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado[14].

El antecedente inmediato de esta norma es el artículo 14[15] de la Constitución de 1979.

Como anota Bernales (1998: p. 215), la diferencia de enfoque respecto de la entidad que tendría a su cargo las prestaciones de salud y pensiones entre ambas Constituciones se origina en la orientación política del gobierno que elaboró la segunda de las nombradas, más próxima a un modelo liberal, en el cual el Estado cumple una función de supervisión y participa de forma subsidiaria en la actividad económica del país.

La Constitución de 1979 preveía la existencia de una sola entidad pública para gestionar las prestaciones de salud y pensiones de la seguridad social, limitando la participación de la empresa privada. En la Carta Magna de 1993 se postula un modelo distinto, en el que dicha administración estará a cargo de entidades públicas, privadas o mixtas, asumiendo el Estado el rol de garante del "libre acceso" a las prestaciones de salud y pensiones que brinden; asimismo, asume la supervisión -en especial, en cuanto a las privadas o mixtas- del eficaz funcionamiento del sistema.

Para comprender esta norma, es necesario dividirla en tres secciones:

3.1. Las prestaciones de la seguridad social

Para atender las contingencias padecidas por el individuo, en procura de lograr una elevación de su calidad de vida (o al menos, mantenerla), la seguridad social se brinda a través de prestaciones, siendo las principales:

3.1.1. Prestaciones de salud[16]

Constituidas por las atenciones médico sanitarias y económicas (subsidios) de las contingencias (físicas o mentales) que, de forma transitoria o permanente, padezcan sus beneficiarios (titulares y/o dependientes).

---

[14] El segundo párrafo fue agregado por la Ley Nº 28389, publicada el 17 de noviembre de 2004.

[15] Artículo 14.- Una institución autónoma y descentralizada, con personería de derecho público y con fondos y reservas propios aportados obligatoriamente por el Estado, empleadores y asegurados, tiene a su cargo la seguridad social de los trabajadores y sus familiares. Dichos fondos no pueden ser utilizados para fines distintos de los de su creación, bajo responsabilidad.
La institución es gobernada por representantes del Estado, de los empleadores y de los asegurados en igual número. La preside el elegido entre los representantes del Estado.
La asistencia y las prestaciones médico asistenciales son directas y libres. La existencia de otras entidades públicas o privadas en el campo de los seguros no es incompatible con la mencionada institución, siempre que ofrezcan prestaciones mejores o adicionales y haya consentimiento de los asegurados. La ley regula su funcionamiento.
El Estado regula la actividad de otras entidades que tengan a su cargo la seguridad social de los sectores de la población no comprendidos en este artículo.

[16] También denominadas prestaciones sanitarias. Algunos autores entienden por prestación de salud a la atención médica, hospitalaria y farmacéutica, que recibe el pensionista (sin mencionar al asegurado y/o a sus familiares) en

Cabe recordar que ni la Constitución de 1993 ni las diversas leyes que regulaban esta materia[17] encontraremos una definición del concepto "salud", a pesar a ser uno de los derechos que mayor protección requiere. Fue recién el Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-2012-TR, el que la describe como "un derecho fundamental que supone un estado de bienestar físico, mental y social, y no meramente la ausencia de enfermedad o de incapacidad"[18].

Dejamos constancia que sentencias previas del Tribunal Constitucional habían delineado el contorno de este derecho: Expedientes N° 02945-2003-AA/TC, N° 01711-2004-AA/TC, N° 03081-2007-PA/TC, entre otros.

Cabe precisar que en el Perú, el sistema de salud de la seguridad social tiene un componente público subsidiado (Ministerio de Salud y Seguro Integral de Salud) y uno contributivo (Seguro Social de Salud, Sanidad de las Fuerzas Armadas y Policiales); así mismo, uno privado (Entidades Prestadoras de Salud, Clínicas y Seguros privados, etcétera), que interaccionan de forma complementaria, pero al no ser parte de este ensayo (enfocado en lo pensionario), no ahondaremos en él.

3.1.2. Prestaciones pensionarias

Materializadas con el pago de una suma dineraria (generalmente vitalicia y mensual) que es otorgada ante un estado de necesidad específico (años de servicios, incapacidad, vejez, etcétera), solo en la medida que el asegurado (o sus dependientes, en los supuestos de sobrevivencia) cumpla todos los requisitos establecidos por ley[19].

El principio de integralidad de la seguridad social postula que las prestaciones en dinero o en especie deberían cubrir la totalidad de las contingencias humanas de manera suficiente, oportuna y completa, para ser consideradas eficaces (Martí, 1957: p. 27), pero ello es inviable, por el alto costo de su implementación, en especial, en los países del tercer mundo. En la práctica, su aplicación se debería enfocar en cubrir -al menos- aquellas de mayor recurrencia.

Desde diciembre de 1992, el sistema pensionario está dividido en dos bloques:

a) Pensiones públicas: que comprenden a cuatro regímenes: (i) Sistema Nacional de Pensiones (Decreto Ley N° 19990)[20]; (ii) militar policial[21]; (iii) servidores públicos[22]; y (iv) servidores diplomáticos[23].

los servicios propios del Seguro Social o en aquellos con los que tenga contrato, sin tener derecho al cobro de los subsidios en dinero (Cruz, 1975, p. 119); premisa que no compartimos, al ser restrictiva.

17 Ley General de Salud (Ley N° 26842), Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud (Ley N° 29344) y Ley de Modernización de la Seguridad en Salud (Ley N° 26790).

18 Esta definición no es una idea original nacional, pues transcribe lo señalado en la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

19 El Tribunal Constitucional ha determinado los elementos que conforman el contenido esencial del derecho a la pensión en el fundamento 107 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00050-2004-AI/TC; asimismo, las pretensiones que pueden ser tuteladas en la vía urgente del Proceso de Amparo, al ser el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, como consta en el fundamento 37 del fallo derivado del Expediente N° 01417-2005-AA/TC.

20 Dentro del cual están incluidos también los regímenes especiales de los trabajadores mineros, de construcción civil, aviadores comerciales, periodistas, entre otros.

21 Regulado por el Decreto Ley N° 19846, que fuera reformulado el 10 de diciembre de 2012, con la dación del Decreto Legislativo N° 1133.

22 Regulado por el Decreto Ley N° 20530. Fue cerrado de forma definitiva el 17 de noviembre de 2004, pero hasta la fecha genera reclamos administrativos y judiciales.

23 Regulado por el Decreto Legislativo N° 894. Fue cerrado -en teoría- por la Ley N° 28091 (2003) pero reabierto desde el 1 de octubre de 2009 por el Decreto Supremo N° 065-2009-RE.

El SNP es administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP), institución pública descentralizada del Sector Economía y Finanzas, y actualmente cuenta con 4,5 millones de asegurados y más de 400,000 pensionistas, siendo uno de los regímenes previsionales más importantes, junto con el Sistema Privado de Pensiones (SPP).

b) Pensiones privadas: el 6 de diciembre de 1992 fue publicado el Decreto Ley N° 25897[24], que aprueba la creación del SPP como un modelo de participación paralela -en competencia con la ONP- que permitiría a las AFP la gestión de los aportes de los afiliados que se incorporen al nuevo mecanismo de capitalización en cuentas individuales, en contraposición al tradicional reparto público, colectivo solidario e intergeneracional.

Los afiliados que antes de incorporarse al SPP fueron parte del SNP y cumplieron los requisitos de temporalidad y aportación que prevé la ley, pueden acceder a un bono de reconocimiento[25].

En la actualidad existen cuatro AFP (Hábitat, Integra, Prima y Profuturo) que en conjunto cuentan con más 7,5 millones de afiliados y administran un fondo que supera los S/ 150 mil millones de Soles; sin embargo, hasta la fecha son cuestionadas por la forma abrupta de su implementación, las bajas pensiones que pagan y el alto monto de sus comisiones[26].

La fiscalización inicial del SPP estuvo a cargo de la Superintendencia de AFP (SAFP), pero diversos cuestionamientos a su labor originaron que a partir del 25 de julio de 2000 (Ley N° 27328) la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) asumiera dicha función.

Se deja constancia que el concepto de supervisión implica tanto el control y fiscalización de las actividades de las AFP, como la emisión de las normas generales sobre la estructura del SPP y las disposiciones internas que regulen los aspectos operativos para su mejor administración.

3.2. La habilitación de la gestión privada o mixta

Si bien subsiste aún la discusión respecto de la conveniencia de una existencia paralela de lo público y privado para la atención de la seguridad social[27], en la realidad quedó demostrado -principalmente con los excesos del Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS)- que el Estado carecía de la infraestructura suficiente, el personal idóneo y la tecnología necesaria para el correcto manejo de las prestaciones de salud y pensiones, que justifique un monopolio absoluto.

La Constitución de 1979 permitía (artículo 14, cuarto párrafo) la coexistencia de otras entidades públicas o privadas, ello estaba condicionado a que sus prestaciones fueran "mejores o adicionales" y que existiera consentimiento de los asegurados. El cambio de modelo a un sistema de participación o gestión paralela, con supervisión estatal, permitió que dicha medida fuera una realidad.

La justificación formulada por el Poder Ejecutivo -mayoría en el CCD- respecto de esta participación privada sin condicionamientos, era su aparente éxito en otros países de la región, en especial, el caso chileno en materia de pensiones. Como se ha visto en la práctica, pese a los beneficios que su implementación ha generado, hay una serie de aspectos que deberían ser revisados y reformulados estructuralmente, más aún en países como el Perú, con una informalidad laboral superior al 80 %.

[24] Su Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo N° 054-97-EF, publicado el 14 de mayo de 1997.

[25] Título emitido por el Estado, hasta por un monto máximo de S/ 60 mil Soles (aproximadamente unos US$ 16,200 Dólares Americanos).

[26] Por todos, desde sus orígenes, Neves (1993: pp. 7-10).

[27] A favor: Boloña (1995) y Pasco. En contra: Gordillo (1994) y Romero (2007).

3.3. La supervisión estatal de su eficaz funcionamiento

Acorde con la labor subsidiaria de un Estado dentro de una política de libre mercado, que inspiró al constituyente de 1993, la participación de éste se planteaba de manera conjunta con la privada, limitando su acción a la supervisión de su funcionamiento, lo cual se concretó a través de las denominadas "superintendencias".

Esta supervisión o fiscalización se ejerce principal, pero no exclusivamente, si la gestión es privada o mixta. Cabe aclarar que este artículo alude a una gestión que puede darse bajo tres opciones -utiliza la conjunción disyuntiva "o"-, por tanto, cualquiera de estas sería constitucional y legalmente viable; sin embargo, consideramos que lo mejor será la existencia de mecanismos alternativos o complementarios, nunca monopólicos.

4. ARTÍCULO 12: LA INTANGIBILIDAD DE LOS FONDOS Y RESERVAS

Este dispositivo constitucional establece lo siguiente:

> Artículo 12.- Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley.

El antecedente inmediato de esta norma lo encontramos en la parte final del primer párrafo del artículo 14[28] de la Constitución de 1979.

Si bien existe cierto nivel de coincidencia en el tratamiento de este tema en ambas constituciones, en cuanto a la utilización de los fondos solo para los fines previstos por la ley, la diferencia se aprecia respecto a la determinación del origen de los aportes.

En efecto, mientras que la de 1979 señalaba que los aportes provendrían del Estado, los empleadores y los asegurados, la de 1993 no se pronuncia al respecto; por tanto, será mediante ley que se determinará a los sujetos aportantes.

En la actualidad, la mayoría de regímenes de pensiones (públicos y privados) dejan en manos del trabajador (asegurado) la carga total de los aportes[29]. En materia de salud, por lo general, esta obligación contributiva corresponde al empleador (por ejemplo, en el caso del Seguro Social de Salud - EsSalud).

El objetivo de la norma era evitar la utilización indebida de los recursos de la seguridad social para objetivos distintos o diferentes a lo previsional; es decir, que los fondos y reservas solo pueden ser utilizados para la atención de las prestaciones de salud y pensiones, no para supuestos de retiro, devolución o similar, como se viene ejecutando desde el año 2016 y se ha extendido peligrosamente durante el 2020 (y hasta hoy), producto de la pandemia de la COVID-19.

---

[28] Artículo 14.- Una institución autónoma y descentralizada, con personería de derecho público y con fondos y reservas propios aportados por el Estado, empleadores y asegurados, tiene a su cargo la seguridad social de los trabajadores y sus familiares. Dichos fondos no pueden ser utilizados para fines distintos de los de su creación, bajo responsabilidad. (…)

[29] Recuérdese, como ejemplo, que el texto original del artículo 7 del Decreto Ley N° 19990 establecía que el aporte era abonado por el empleador (2/3 partes) y el asegurado (1/3), lo cual fue modificado a partir de 1995 por la Ley N° 26504, que determinó que la aportación en dicho régimen sería íntegramente de cargo del asegurado (artículo 2, in fine).

Durante la existencia del Instituto Peruano de la Seguridad Social (IPSS, hoy EsSalud) el Estado recurrió sistemáticamente a los fondos y reservas para el financiamiento de la caja fiscal y la realización de obras públicas (construcción de carreteras, complejos habitacionales con fin social, etcétera), a lo cual se sumó la falta de pago de la deuda que el Estado -como empleador, en sus tres niveles- tenía con dicha entidad, situación que junto con la hiperinflación, el cambio monetario y un manejo irregular de la institución, originó la crisis de la seguridad social en el Perú.

En tal sentido, la Carta Magna de 1993 realiza una precisión expresa en cuanto a los fondos y las reservas de la seguridad social al calificarlas de intangibles[30], lo cual implica que -como ya se ha señalado- no podrán ser utilizados para fines distintos o diferentes a lo previsional. Los funcionarios y/o particulares (en los regímenes privados) a cargo de su administración asumen la responsabilidad de ley por dicha utilización indebida o su manejo irregular.

En el fundamento 10 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00016-2020-PI/TC[31], el Tribunal Constitucional ha señalado -en relación a la intangibilidad- lo siguiente:

> 10. De otro lado, al momento de establecer la norma contenida en su primera disposición complementaria final, la Ley 31083 confunde el carácter patrimonial de la pensión. La pensión forma parte del patrimonio de la persona que goza de ese derecho, pero no implica un derecho de propiedad cualquiera. El derecho de propiedad sobre la pensión está acotado por la ley. Su titular no puede disponer libremente de él (cfr. sentencia emitida en el Expediente 0050-2004-AI/TC acumulados). No cabe afirmar que los aportes realizados al fondo del SNP estén garantizados por el derecho de propiedad y, en consecuencia, esté justificada la devolución de la totalidad de aportes con fines previsionales que hicieran las personas de 65 años o más que no cumplieron con los requisitos legales para finalmente obtener una pensión. Como ya se advirtió, los aportes realizados al SNP constituyen un ahorro colectivo previsional que solo genera un derecho a percibir en el futuro una pensión, si se cumplen los requisitos legales para tal efecto (esencialmente, haber aportado más de veinte años). De ahí que la primera disposición complementaria final de la Ley 31083 es también inconstitucional.

Estos criterios deben ser tomados en cuenta por el legislador antes de pretender cambios o reformas en los regímenes pensionarios públicos, sujetos al modelo de reparto.

4.1. Financiamiento previsional

El tratamiento legal relativo a fondos y reservas de la seguridad social está directamente relacionado a la financiación del sistema, puesto que para su implementación inicial y el posterior mantenimiento del mismo, serán necesarias sumas de dinero significativas que permitan la atención de las prestaciones de salud y pensiones, así como los gastos de administración. La seguridad social es un derecho humano económico, social y cultural, por tanto, de naturaleza prestacional, lo que implica que para su materialización efectiva requiere de la sostenibilidad temporal o sustento financiero tangible.

Generalmente el financiamiento previsional se realiza a través de las aportaciones y los impuestos. En aquellos países donde el sistema funciona en base a los aportes se utilizan las proyecciones realizadas por un actuario -de ahí su nombre: cálculo actuarial- en base a la matemática probabilística, para determinar un plan financiero elaborado sobre el estimado de la evolución probable

[30] De acuerdo con el Diccionario de Lengua Española de la Real Academia, la palabra "intangible" alude a lo que no debe o no puede tocarse.

[31] Proceso de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 31083, que pretendió crear un mecanismo de devolución de aportes en el SNP, que fuera análogo a los retiros aprobados para las AFPs.

de los recursos (ingresos) y obligaciones (pensiones y número de asegurados) en determinado periodo de tiempo: corto (un año), mediano (5 a 10 años) o largo (20 años o más).

Para elaborar el cálculo actuarial se toma en cuenta elementos demográficos (población económicamente activa - PEA, el desempleo, etcétera); biométricos (tasa de natalidad y mortalidad, esperanza de vida, longevidad, etcétera); políticos-sociales (determinados por cada país, según su plan de seguridad social: contingencias y prestaciones); y, económicos (fuerza industrial, nivel de informalidad, inflación proyectada, etcétera).

En los países del tercer mundo, ante el estatus financiero deficitario que se presenta regularmente entre los ingresos (aportes) y gastos (atención de las prestaciones y gastos de administración), el cálculo actuarial termina desbordado por el manejo inadecuado de los fondos y reservas, por lo cual deviene inevitable una subvención estatal de la seguridad social a través de los impuestos, recayendo sobre la colectividad social el mantenimiento de las falencias de su administración (Tesch, 1978: p. 22).

En cuanto a los aportes, resulta importante recordar que -en teoría- existen hasta tres modalidades para su administración:

a) Reparto. Prevista para seguros de corto plazo, en sus tres variantes: simple (se paga por el beneficio que se recibe: enfermedad, maternidad), atenuado (para supuestos de protección temporal) y de capitales constitutivos de cobertura (utilizado generalmente para los seguros de desempleo).

   En la práctica, las prestaciones de un grupo de personas (beneficiarios) son pagadas a través de los aportes por otro grupo de personas (asegurados) por un periodo determinado, luego de calcularse los costos de las prestaciones, los gastos de administración y la formación de una reserva técnica de emergencia. Se basa en el deber del beneficiario de pagar la prestación que recibe y en la solidaridad colectiva previsional (Rendón, 2008: p. 375)

b) Capitalización. Utilizada generalmente para los seguros a largo plazo (invalidez, vejez y muerte). Tiene dos modalidades: individual (capital constituido en base a una cuenta personal que en su momento atenderá la pensión del beneficiario) y colectiva (aportes comunes que son invertidos por el administrador, de manera tal que su rentabilidad permitirá -junto al aporte- atender las prestaciones).

c) Prima escalonada. Solución intermedia entre las modalidades anteriores, a través del cual se recauda una suma determinada por aportes obtenida de un porcentaje de la remuneración de los trabajadores (asegurados), que puede ser reajustada cada vez que exista un desequilibrio entre ingresos y egresos.

El aporte o contribución es el porcentaje de nuestra remuneración que mes a mes va a ser descontada para ser entregada al fondo pensionario o de salud que corresponda.

En materia pensionaria, en el Perú coexisten el sistema de reparto (Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530, entre otros) y la capitalización individual (SPP). Cabe destacar que al no haber cumplido el IPSS -en su momento- con la actualización de la tasa de aportación, el modelo que se aplica en la ONP pasó de un reparto de prima escalonada a uno puro o simple (Paz y Ugaz, 2003: p. 27).

Si bien durante mucho tiempo se discutió -en teoría- si los aportes tenían un carácter tributario (parafiscalidad) o eran una contribución especial de orden previsional, en nuestro país este debate

quedó zanjado con la dación de la Ley N° 27038, publicada el 31 de diciembre de 1998, que en su artículo 2 modificó el Código Tributario, precisando que las aportaciones del IPSS (hoy EsSalud) y la ONP se rigen por las normas de dicho código; por tanto, desde entonces se reconoce naturaleza de contribuciones tributarias. La recaudación de los aportes de dichas entidades es realizada por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT.

En virtud de las aportaciones se estructuran los fondos de pensiones y las reservas técnicas con las cuales se garantizan las emergencias que los primeros pudieran tener. Lamentablemente, desde hace muchos años tenemos un índice de morosidad en el pago de los aportes a la salud y pensiones por parte de los empleadores (públicos y privados), que en este último caso ronda el 45 %, originando que las AFPs interpongan en promedio unas diez mil demandas mensuales por cobro de adeudos.

No existe un modelo perfecto de seguridad social, pero resulta claro que no podemos pretender construir uno basado en la existencia de una relación laboral en un país donde la informalidad supera el 80 %. En tal sentido, pese a haber transcurrido casi 30 años desde su elaboración, hasta la fecha mantiene vigencia el informe del Banco Mundial de 1994 que detalla los aspectos negativos de las políticas económicas en pensiones en el mundo, siendo necesario replantear el sistema vigente ante su evidente fracaso[32].

4.2. Sobre los conceptos “fondos” y “reservas”

Esta norma alude de manera (aparentemente) conjunta a dos conceptos que no deben -ni pueden- ser entendidos como sinónimos.

Por **fondo**, entendemos al conjunto de ingresos que estarán destinados exclusivamente para la atención de las prestaciones de salud y pensiones, los cuales tienen carácter intangible, en cuanto no pueden ser utilizados para un fin distinto. Por ejemplo, los aportes que se realizan mensualmente a EsSalud y ONP son utilizados inmediatamente para atender el pago de las prestaciones respectivas: no ingresan a una cuenta de capitalización, como en el caso de las AFPs.

Las **reservas** son las masas económicas constituidas para cubrir las emergencias que se esperan en el futuro, según los esquemas teóricos financieros previos trazados (cálculos actuariales). También tienen carácter intangible, pero ello no implica que no puedan ser invertidas por la entidad respectiva para generar utilidad (incremento), siempre bajo los parámetros y supervisión fijados por ley.

Tomemos como ejemplo al Sistema Nacional de Pensiones (SNP). El artículo 21 del Decreto Ley N° 19990 precisa que los Fondos de Reserva se constituyen por los saldos líquidos de los ejercicios anuales, deducidos los gastos de prestaciones (salud y pensiones) y de administración; añadiéndose (segundo párrafo) que la reserva no estará destinada al pago de los conceptos antes señalados. Esta definición corrobora la diferenciación que existe entre fondos y reservas de la seguridad social.

Resultan ilustrativas, además, las definiciones contenidas en el artículo 11 del Decreto de Urgencia N° 067-98, norma que aprobó la valorización del saldo de la reserva de dicho régimen que debía ser transferida del IPSS a la ONP en una suma total de S/ 2,326’166,260.42 Soles. Respecto al concepto reserva, lo divide en:

[32] El pasado 3 de setiembre el Congreso de la República ha enviado al Poder Ejecutivo (para su promulgación u observación) la Autógrafa del Proyecto de Ley N° 344/2024-PL, que propone la Ley de Modernización del Sistema Previsional Peruano.

— **Reserva actuarial.** El valor a una fecha determinada de las obligaciones previsionales resultantes del cálculo actuarial que se efectúe para un régimen específico. Comprende las prestaciones económicas pensionarias, las no pensionarias, los gastos administrativos y las contingencias judiciales, hasta la total extinción de las respectivas obligaciones.

— **Reserva pensionaria.** Parte de la reserva actuarial referida al valor, a una fecha determinada, de las prestaciones económicas pensionarias dentro de un régimen previsional específico.

Como se aprecia, el concepto reserva implica una proyección de gastos que no puede equipararse al concepto fondo, que sirve para la atención permanente e inmediata de las prestaciones de salud y pensiones, aunque -como precisamos- ambas masas dinerarias pueden comprenderse en un solo bloque bajo la administración de cada entidad.

Las reservas, como proyección de gastos futuros, se han distorsionado -en cuanto a sus cálculos iniciales- a raíz de los pronunciamientos zigzagueantes del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional[33], lo cual debería ser considerado por los magistrados al evaluar detalladamente cada caso, para que sus decisiones sean asumidas luego de un análisis profundo de orden jurídico y fáctico que no sea ajeno a las implicancias financieras que pueden generar en la economía nacional.

4.3. La aplicación "en la forma establecida"

Para evitar que los recursos de la seguridad social nuevamente sean utilizados para fines ajenos a aquellos para los cuales están destinados, se precisa que la forma en la cual serán aplicados será determinada mediante ley.

En materia de pensiones públicas, los artículos 19 al 23 del Decreto Ley N° 19990 fijan las pautas aplicables al SNP; asimismo, existen normas de rango complementario como el Decreto Supremo N° 144-96-EF que establecen ciertos límites a las inversiones del FCR. En el Decreto Ley N° 20530 no existe norma alguna que trate lo concerniente a la constitución o manejo de fondos o reservas, pero los artículos 14 a 19 del Decreto Legislativo N° 817 (relativos también al FCR) le resultan aplicables.

En cuanto a la Caja de Pensiones Militar Policial, el Decreto Ley N° 21021 (artículos 35 y 36) desarrolla aspectos genéricos sobre los estudios actuariales y las inversiones.

En cuanto a las pensiones privadas, será la SBS la responsable de establecer las pautas para la administración del fondo e inversiones de las AFP. Sobre el particular resultan destacables la Resolución SBS Nº 167-2003, por la cual se aprobó el Reglamento para la Inversión de los Fondos de Pensiones en el Exterior; así como la Resolución SBS N° 643-2004, que faculta a las AFP a invertir los fondos en Proyectos de Inversión, pero conservando los principios de seguridad y rentabilidad que sustentan esta actividad.

Como se aprecia, si bien existe un mandato constitucional sobre este tema, en la práctica su desarrollo es intencionalmente genérico, para dar espacio a una gestión flexible.

[33] Solo la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00703-2002-AC/TC, proceso de Acción de Cumplimiento sobre la aplicación de la Ley N° 23908 (pensión mínima y reajuste trimestral en el SNP), generó en su momento que las contingencias judiciales proyecten un gasto en devengados de U$ 3,000 millones de Dólares Americanos para la ONP. En mérito a este fallo se interpusieron unas 70 mil demandas entre los años 2003 al 2006.

4.4. La responsabilidad "señalada por ley"

En cuanto a la determinación de la responsabilidad por la utilización y/o aplicación de los recursos de la seguridad social en una forma no establecida por ley, existen dos probabilidades:

— Asumir una fórmula amplia, que implique la atribución de responsabilidad administrativa, civil y penal, de acuerdo a las normas respectivas; o,

— Asumir una fórmula restringida, en cuyo caso la norma que establezca la forma de aplicación de los recursos mencionados deberá precisar cuáles serán las sanciones y la naturaleza específica de la responsabilidad correspondiente.

En cuanto a la primera opción, se tendrían que evaluar las circunstancias que rodeen a cada hecho que se califique como generador de responsabilidad, para determinar si estamos ante supuestos de responsabilidad administrativa, civil o penal[34], lo cual siempre deja un margen de discrecionalidad a la administración, que no resultaría conveniente en nuestro país.

En relación a la segunda opción, partiendo de la premisa que los principios que informan al Derecho Penal resultan de aplicación al Derecho Administrativo Sancionador, a la luz del principio de legalidad[35] no podría imputarse responsabilidad de esta naturaleza (administrativa y/o penal) a quienes apliquen los recursos de la seguridad social en forma no establecida por ley, pues se requeriría la existencia (previa al hecho) de una norma que determine la infracción o delito, y en nuestro país no existen (hasta la fecha) delitos especiales en materia previsional.

Consideramos que actualmente subsiste solo la responsabilidad civil (indemnización de daños y perjuicios) para sancionar dichos actos, la misma que sería insuficiente para resarcir los cuantiosos perjuicios que en esta materia pueden causarse.

Para evitar situaciones de manejos indebidos que queden impunes -incluso los supuestos de acción u omisión delictiva-, debería emitirse una norma que determine las sanciones, infracciones, delitos y penas aplicables a estos casos, dejando a salvo las acciones indemnizatorias civiles que eventualmente corresponda.

4.5. Cuestionamientos a los retiros de fondos de las AFPs

Los golpes al SPP se iniciaron el 21 de abril y 29 de junio de 2016, respectivamente, al ser publicadas las Leyes N° 30425 y N° 30478, que han establecido lo siguiente para los afiliados de las AFP:

a) A partir de los 65 años de edad, podrá elegir entre percibir la pensión que le corresponda bajo cualquier modalidad, o solicitar la entrega de hasta el 95.5 % del total del fondo disponible en su Cuenta Individual de Capitalización (CIC) en las armadas que considere

[34] Delitos contra la Administración Pública: peculado (artículo 387) y malversación de fondos (artículo 389). Discutible la aplicación de estos tipos penales a los particulares (para el caso de los regímenes privados de salud y pensiones) por la extensión de punibilidad establecida por el artículo 392 (modificado por la Ley N° 26198), pues tendría que determinarse si los recursos de la seguridad social pueden ser calificados como "asistenciales" o de "apoyo social". Sobre este tema nos hemos pronunciado anteriormente (Abanto, 2010).

[35] Constitución de 1993: Artículo 2, inciso 24, literal d): Nadie será procesado ni condenado por actor u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

necesarias. De ejercer esta opción, está renunciando a cualquier beneficio futuro de garantía estatal.

b) Antes de los 65 años de edad, disponer hasta el 25 % del fondo acumulado en su CIC para: (a) pagar la cuota inicial de la compra de un primer bien inmueble; o (b) amortizar el crédito hipotecario que se le haya otorgado para la compra de un primer bien inmueble. En ambos casos, deben ser créditos otorgados por entidades del sistema financiero.

Como hemos señalado anteriormente (Abanto y Paitán, 2016: p. 88), bajo la idea errada de que al ser los fondos propiedad de los asegurados, serán ellos quienes deban decidir el destino (y uso) de los mismos, se está confiando que la mayoría de éstos será capaz de encontrar un mecanismo u opción empresarial, bancaria, financiera o bursátil que les permita generar una rentabilidad suficiente que los provea de una pensión de jubilación por el resto de sus vidas.

La finalidad del ahorro forzoso previsional (afiliarse y pagar aportes obligatorios) es contar con un fondo que permita generar una prestación para atender tanto los supuestos de incapacidad física o mental (invalidez) y fallecimiento (sobrevivientes), como para sufragar una pensión de por vida al llegar la vejez (jubilación): el efecto inmediato de estas normas es dejar en manos de cada afiliado el destino de su futuro.

Si bien la reacción natural del ser humano, al decidir entre disponer de sus ingresos para atender gastos presentes y ahorrar para una previsión a futuro (vejez o jubilación), sea la de priorizar y utilizar su liquidez hoy, es el Estado quien deberá buscar las medidas que sean más convenientes para la mayoría, a fin de asegurar una base o piso mínimo de protección, dentro de las cuales se encuentra precisamente la seguridad social, que si bien en las últimas décadas ha atravesado diversas crisis estructurales, tanto por factores demográficos (incremento de la longevidad y disminución de las tasas de natalidad), como de carácter administrativo (manejo deficiente e irregular de las entidades previsionales estatales) y financiero (incremento de la informalidad laboral y la morosidad en el pago de los aportes, por parte de los empleadores), que han originado la implementación de una serie de reformas -incluida la participación más activa de entidades privadas en la gestión y atención de sus prestaciones (pensiones y salud)-, ello no debería justificar que se "abra la puerta" de acceso a los fondos que deben servir de sustento para las pensiones de vejez.

Desde nuestro punto de vista, las normas serían inconstitucionales por las siguientes tres razones centrales:

— Vulneran el acceso al derecho humano a la seguridad social;

— Vulneran el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión; y,

— Vulneran la intangibilidad de los fondos pensionarios de los afiliados.

No se trata de establecer un régimen basado en una especie de modelo paternalista en el cual el Estado decide por nosotros, sino de reconocer el hecho objetivo que la mayoría de personas -no todos- carecen de los recursos, la información y las herramientas para lograr que sus fondos previsionales se multipliquen de tal forma que les sirvan para percibir mensualmente un ingreso igual o mayor al que les correspondería de haber optado por alguno de los planes de pensiones que les ofrece el SPP.

Lamentablemente, esta tendencia se fortaleció durante el periodo de pandemia y se ha extendido hasta la actualidad.

Un detalle característico de estas leyes de retiro de fondos de las AFPs, es que -en su mayoría- fueron promulgadas por insistencia por el Congreso de la República, a pesar de las advertencias de la ausencia de un sustento técnico jurídico previsional mínimo y la sostenibilidad financiera presupuestal que las respalde.

5. PRIMERA DISPOSICIÓN: REFORMA Y SOSTENIBILIDAD

Esta norma constitucional, cuyo texto original fue reconfigurado por la Ley N° 28389, establece lo siguiente:

> Primera.- Declárase cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley Nº 20530. En consecuencia a partir de la entrada en vigencia de esta Reforma Constitucional:
>
> 1. No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley Nº 20530.
>
> 2. Los trabajadores que, perteneciendo a dicho régimen, no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones.
>
> Por razones de interés social, las nuevas reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones, ni la reducción del importe de las pensiones que sean inferiores a una Unidad Impositiva Tributaria.
>
> La ley dispondrá la aplicación progresiva de topes a las pensiones que excedan de una Unidad Impositiva Tributaria.
>
> El ahorro presupuestal que provenga de la aplicación de nuevas reglas pensionarias será destinado a incrementar las pensiones más bajas, conforme a ley. Las modificaciones que se introduzcan en los regímenes pensionarios actuales, así como los nuevos regímenes pensionarios que se establezcan en el futuro, deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación.
>
> Autorízase a la entidad competente del Gobierno Nacional a iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las acciones hubieran prescrito.

El texto original de esta disposición[36] no tenía antecedente en la Constitución de 1979.

La redacción inicial se refería a los denominados "derechos legalmente obtenidos" (o adquiridos) de los trabajadores públicos que eran pensionistas de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530: no se hacía mención a los asegurados o pensionistas de los otros regímenes. El objetivo de la norma era resguardar los derechos que éstos hubieran generado en el tiempo, evitando que cambios

[36] Primera.- Los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias.

introducidos por dispositivos posteriores los pudieran afectar, sea por la incorporación de requisitos distintos a los establecidos, la variación en los montos de las prestaciones, etcéterea.

Durante la vigencia del texto original impidió que se pudieran realizar reformas a nivel legal que dichos regímenes públicos requerían, pues cada vez que se cuestionaba dichas normas, colisionaban con los derechos adquiridos, originando el otorgamiento indebido de pensiones y diversos beneficios colaterales (Gonzáles, 2004).

La Constitución de 1993 no establecía qué principio o teoría debería ser utilizada para la interpretación y la aplicación de las normas en el tiempo, limitándose a prever la irretroactividad de la ley (salvo en materia penal, cuando sea benigna), razón por la cual se recurría supletoriamente -como regla general- a la teoría de los hechos cumplidos, regulada en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil[37].

Los aspectos estructuralmente irregulares y financieramente insostenibles detectados en los regímenes de pensiones de los servidores públicos (en especial, el Decreto Ley N° 20530), forzaron al Poder Ejecutivo a solicitar a inicios del 2004 que la Constitución de 1993 sea reformada (artículos 11 y 103, y Primera Disposición Final), pues solo de esa manera sería posible que se emitan las normas legales que reestructuren la regulan de dichas prestaciones económicas: al cierre del 2003, solo el régimen previsional estatal representaba un costo anual de más de S/ 5 mil millones de Soles.

Fue como consecuencia del impacto de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Rosa Medina[38], y alentados por las recomendaciones formuladas por el propio Tribunal[39] y la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos[40], a inicios del 2004 el Poder Ejecutivo presentó ante el Congreso de la República una propuesta de reforma para que la Primera Disposición Final fuera reformulada, suprimiendo los derechos adquiridos, la nivelación y otras figuras irregulares. Como bien señala Neves (2009: pp. 20-21), esta modificación permitió que se dicte la Ley N° 28449, por la cual se aprobó la reestructuración del régimen de los servidores públicos (Decreto Ley N° 20530).

La nueva estructura de la disposición comentada (reformulada), puede ser dividida en los siguientes puntos:

5.1. El cierre definitivo del régimen de los servidores públicos

El Decreto Ley N° 20530 era un régimen previsional que nació cerrado (artículo 4), pues si bien fue promulgado el 26 de febrero de 1974, tenía por finalidad regular las pensiones de los servidores y funcionarios públicos ingresados al Estado hasta el 11 de julio de 1962, pues quienes

37 Artículo III.- La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.

38 Expediente N° 00156-2001-AA/TC, en el cual se otorgó una pensión de cesantía del Decreto Ley N° 20530 a una servidora del Instituto Nacional de Salud que nunca aportó a dicho régimen, siendo incorporada por una interpretación excepcional que, de ser establecida como precedente, hubiera duplicado el número de beneficiarios, haciendo colapsar al Tesoro Público.

39 Expediente N° 00002-2003-AI/TC. "Si el emplazado considera que el régimen constitucional de los Decretos Leyes N°s 19990 y 20530 no es el que más se adecue a esos imperativos o a los que la economía nacional pueda mantener, siempre queda como última posibilidad, que dicho régimen constitucional sea modificado o suprimido. Al fin y al cabo, con el objeto de evitar que una generación pueda condicionar el futuro de las sucesivas, la Constitución ha instituido la función de la reforma constitucional" (fundamento 14).

40 Sentencia del Caso Cinco pensionistas versus Perú: "Si bien el derecho a la pensión nivelada es un derecho adquirido (…) los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública e interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados" (numeral 116).

ingresaron con posterioridad a esta fecha debían afiliarse a la Caja del Seguro Social del Empleado, que luego fuera incorporada -el 1 de mayo de 1973- al Decreto Ley N° 19990.

En la década de los ochenta del siglo pasado, dicho régimen fue abierto de manera excepcional -principalmente con fines políticos- para permitir el ingreso de trabajadores que no estaban comprendidos en su ámbito originario, lo cual generó que del cálculo inicial de unos 30 mil beneficiarios totales, se tuviera al 2003 más de 300 mil, que representaban un gasto anual de casi U$ 1,500 millones de Dólares Americanos.

Este hecho irregular no solo obedecía a la dación de variadas leyes de excepción, sino al otorgamiento de una serie de beneficios[41] que solo se pueden explicar en la medida que quienes dictan las normas legales, quienes las aplican y quienes las interpretan, tienen la calidad de servidores públicos; por tanto, receptores de estas ventajas, que claramente restan de imparcialidad sus actos y decisiones.

Por si ello fuera poco, la interpretación forzada de las normas de excepción se vio avalada por los pronunciamientos del extinto Tribunal Nacional del Servicio Civil, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Recién a mediados de 1996 se pudo implementar cierto nivel de regularización cuando la ONP asumió la calificación de los derechos pensionarios de dicho régimen, la misma que ejerció hasta mediados del 2001, que fuera emitida la sentencia del Expediente N° 00001-98-AI/TC.

En tal sentido, resultaba necesario establecer en la Carta Magna su cierre definitivo para de esta manera evitar que en un futuro se proyecten nuevas normas de excepción por las cuales se pretenda abrir nuevamente su ámbito subjetivo, pues de hacerlo, estaría viciada de inconstitucionalidad. Aquí radica la importancia de esta disposición, que no es meramente declarativa sino que veda de efecto jurídico cualquier disposición normativa infraconstitucional o acto administrativo que suponga una desnaturalización del carácter cerrado del sistema.

5.2. El interés social y la aplicación inmediata de las nuevas reglas

El tercer parágrafo del texto de la disposición comentada, se refiere a la finalidad que sustentaba la aplicación inmediata de las medidas en el sistema previsional del Estado.

La base de esta disposición está constituida por el interés social y no se trata de un problema de un grupo de personas o de pensionistas. La propia reforma planteó que el interés social es el que habilita la reforma y, sobre todo, a la aplicación inmediata de la ley. Este es el sentido de la norma, que coincide con la modificación del artículo 103 de la Constitución, por el cual la ley se aplica de modo inmediato y desde su entrada en vigencia a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Esta reforma resulta compatible con los tratados y pactos internacionales celebrados por el Perú y los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia. En el caso conocido como Cinco pensionistas versus Perú, la referida Corte señaló que si bien el derecho a la pensión nivelada es un derecho de propiedad, los Estados podían poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social, siempre y cuando se utilice la vía legal adecuada. En tal sentido, admitió que, mediante una norma legal -en este caso, la reforma

[41] Como la eliminación de los descuentos para pensión (Decreto Ley N° 22595), el reconocimiento de años de formación profesional (Ley N° 24156) o el incremento de los porcentajes aplicables a los beneficiarios de las pensiones de sobrevivientes (Ley N° 25008).

constitucional- y por el superior interés público o social, se podría limitar el monto de las pensiones, incluyendo no sólo a las futuras sino a las actualmente existentes.

Cabe resaltar que la norma alude a los regímenes administrados por el Estado, no exclusivamente al Decreto Ley Nº 20530; por ello, toda futura regulación respecto al contenido de los derechos pensionarios en los otros regímenes pensionarios públicos (SNP, militar policial o de los servidores diplomáticos) no podría contener reglas sobre nivelación de las pensiones con las remuneraciones.

Finalmente, de manera consecuente con el principio de exclusividad legal, se prevé que las nuevas reglas sobre pensiones deben dictarse necesariamente mediante una ley.

5.3. Los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación

El cuarto párrafo prevé que cualquier disposición futura sobre regímenes pensionarios deben regirse por los principios de sostenibilidad financiera y no nivelación

Esta regla es de aplicación a todos los regímenes (públicos y privados), actuales y futuros, y no se refiere exclusivamente al régimen de pensiones del Estado del Decreto Ley N° 20530. Es uno de los criterios más importantes en la reforma, al introducir la evaluación económica como un parámetro previo para cualquier reforma legislativa: los estudios actuariales y la revisión de la sostenibilidad financiera de cualquier sistema previsional constituyen reglas operativas para la implementación de cualquier cambio.

El Tribunal Constitucional ya había emitido opinión sobre el aspecto económico previsional[42], al referirse a la Segunda Disposición Final de la Carta Magna, que alude al reajuste de pensiones de acuerdo a la disponibilidad presupuestal y las posibilidades de la economía nacional; así como a la Undécima Disposición Final, cuando indica que las disposiciones que exijan nuevos y mayores gastos se aplican progresivamente. Según el Tribunal, la Constitución se refiere a un incremento o un interés de mejoría del sistema. Bajo el nuevo texto reformado, la sostenibilidad financiera es la base de todo el sistema pensionario y debe someterse a la exigencia de la disponibilidad financiera y la progresividad de los gastos para habilitar previamente cualquier cambio o ajuste.

En cuanto a la nivelación, fue un mecanismo de incremento de la pensiones del régimen del Decreto Ley N° 20530 que no estaba incorporado en el texto original de dicha norma, siendo creado por la Octava Disposición General de la Constitución de 1979. Consistía en el derecho que se otorgaba a los pensionistas de dicho régimen -con más de 20 años de servicios- de equiparar su pensión con el haber del servidor en actividad que ocupase el mismo cargo, en la misma entidad y bajo el régimen laboral público.

El problema se presentó cuando en la década de los setenta del siglo pasado, se inició la actividad empresarial del Estado, convirtiéndose algunas entidades públicas de ciertos sectores industriales estratégicos (petróleo, transportes, etcétera) en sociedades anónimas, pasando su personal del régimen laboral público (Ley N° 11377) al privado (Ley N° 4916), lo que también implicó la modificación de la estructura de sus ingresos.

Suprimida la nivelación por la reforma constitucional, el artículo 4 de la Ley N° 28449 ha implementado en su reemplazo un sistema de reajuste, en los siguientes términos:

[42] Expediente Nº 00002-2003-AI/TC (fundamento 14).

— Las pensiones percibidas por beneficiarios que hayan cumplido 65 años o más de edad y cuyo valor no exceda el importe de 2 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) vigentes en cada oportunidad, serán reajustadas al inicio de cada año mediante decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas, teniendo en cuenta las variaciones en el costo de vida anual y la capacidad financiera del Estado.

— Las pensiones percibidas por beneficiarios menores de 65 años de edad se ajustarán periódicamente, teniendo en cuenta las previsiones presupuestales y las posibilidades de la economía nacional.

5.4. La aplicación progresiva de topes y el destino del ahorro

La pensión máxima o tope es la suma mayor que se otorga por concepto de una pensión (cesantía, invalidez, jubilación, etcétera) en un régimen previsional.

El Decreto Ley N° 20530 establecía en su artículo 57 que la pensión máxima sería fijada por la Ley de Presupuesto del Sector Público Nacional, dispositivo que recién fue utilizado en el año 1991 (Ley N° 25303: artículo 292). Este precepto fue reproducido en las normas del presupuesto de los años 1992, 1993 y 1994.

En 1996, la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 817 varió la fórmula del tope, al señalar que quedaba fijado en el equivalente al sueldo de un congresista. El mencionado decreto fue sometido a una acción de inconstitucionalidad, proceso en el cual el Tribunal Constitucional señaló (Expediente N° 00008-96-I/TC, fundamento 18) que la nivelación prevista por la Octava Disposición General de la Constitución de 1979 había derogado al artículo 57 del Decreto Ley N° 20530.

Posteriormente, la Ley N° 28047 (31 de julio de 2003) fijó el monto máximo de las pensiones del citado régimen en una UIT, pero partiendo -una vez más- de la primacía de la teoría de los derechos adquiridos en materia previsional (impuesta por el Tribunal Constitucional), dicho precepto no pudo ser aplicado a las pensiones ya otorgadas, razón por la cual fue necesario elevar esta medida (el tope) a un rango constitucional.

Si bien el proyecto de reforma constitucional del Poder Ejecutivo (2004) postulaba aplicará de modo progresivo (gradual) topes a las pensiones que excedan de una UIT, los debates generados al interior del Congreso de la República elevaron dicho parámetro hasta dos UIT, como se aprecia del artículo 3 de la Ley N° 28449, efectuándose una reducción progresiva anual a las pensiones superiores a dicho monto.

6. SEGUNDA DISPOSICIÓN: PAGO OPORTUNO Y REAJUSTE

Esta norma constitucional, establece lo siguiente:

> Segunda.- El Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias que éste destine para tales efectos, y a las posibilidades de la economía nacional.

El antecedente de esta norma sería el artículo 20[43] de la Constitución de 1979.

Como se aprecia, la norma está dirigida exclusivamente a los regímenes de pensiones de la seguridad social que el Estado administra; por tanto, no alcanzaría ni al SPP ni a las prestaciones de salud.

Como señala Almansa (1989: p. 65), la seguridad social puede ser analizada desde un punto de vista económico, por cuanto su naturaleza está directamente implicada en la búsqueda y administración de los recursos disponibles con que paliar los requerimientos sociales, contingencias o estados de necesidad previsional.

Para García (2006: pp. 859-860), los supuestos previstos -pago oportuno y reajuste periódico- están supeditados a los factores de política económica, que a su vez se encuentran sujetos a los cambios coyunturales, financieros y demográficos, que son prácticamente imposibles de predecir con exactitud: situaciones temporales de un elevado índice de desocupación, bajas tasas de crecimiento, longevidad, entre otros factores, agudizarán los conflictos distributivos.

En opinión de Gonzáles y Paitán (2017: p. 154), la seguridad social no debe ser considerada un gasto innecesario, sino uno obligatorio y necesario: una inversión económica y social que garantice o, al menos, permita mantener una vida digna para toda la población -en especial, los más vulnerables (adultos mayores y personas con discapacidad en situación de pobreza extrema)-, ello no debe ser condición habilitante para asumir una actitud laxa ante la prioridad de asegurar los recursos reales y tangibles que permitan afrontar el pago de las prestaciones previsionales.

6.1. El pago oportuno y el reajuste periódico

Si bien el verbo "garantizar" implica un compromiso o garantía de cumplimiento, al quedar condicionado tal deber a dos variables (previsión presupuestaria y posibilidades de la economía nacional), en teoría, podría alegarse que existiría la posibilidad que esté habilitado un eventual incumplimiento, ante un estado -comprobado y comprobable- de falencia financiera pública.

El pago de las pensiones administradas por el Estado se efectúa -por lo general- en periodos mensuales, según los cronogramas establecidos por las entidades responsables; sin embargo, no existe, salvo casos como el literal a del artículo 4 del Decreto Ley N° 20530 (para pensionistas de 65 o más años de edad), plazos obligatorios para el reajuste (incremento) de las prestaciones previsionales en los regímenes públicos.

El Tribunal Constitucional ha efectuado una particular interpretación de esta norma[44], al señalar que la referencia al reajuste periódico no se puede entender como una autorización para disminuir las pensiones de quienes tienen el derecho adquirido, sino por el contrario, para incrementarlas, a fin de garantizar el derecho a una vida digna del pensionista y sus familiares. Precisa el Tribunal que esta interpretación es concordante con la Undécima Disposición Final de la misma Carta Magna, que prevé la aplicación progresiva de las disposiciones constitucionales -como la comentada- que requieren nuevos o mayores gastos; agregando, que el término progresividad, en materia de pensiones, no puede (nunca) interpretarse como sinónimo de regresividad, ni siquiera como de "mantenimiento" de un status quo previsional.

---

[43] Artículo 20.- Las pensiones de los trabajadores públicos y privados que cesan temporal o definitivamente en el trabajo son reajustadas periódicamente teniendo en cuenta el costo de vida y las posibilidades de la economía nacional, de acuerdo a ley.

[44] Expediente N° 00002-2003-AI/TC (fundamento 14, tercer párrafo).

No compartimos la tesis del Tribunal, pues en la eventualidad que existiera un resultado negativo de un estudio actuarial realizado por el Ministerio de Economía y Finanzas, respecto de la situación real de los fondos y reservas previsionales o, incluso, una situación que justifique de manera válida e incuestionable la necesidad de realizar una modificación in peius; no solo podría quedar en suspenso o sin efecto un reajuste, sino inclusive disminuirse las prestaciones otorgadas, en tanto la limitación no implique una afectación de la pensión mínima del régimen respectivo.

En la práctica, además, tenemos ejemplos de la aplicación del reajuste en negativo o de una reducción pensionaria, como se aprecia de la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N° 28449, que permitió afectar las prestaciones hasta en 18 %[45]:

> TERCERA.- Adecuación de las pensiones al tope
>
> (…)
>
> Las pensiones superiores al valor de dos (2) UIT vigentes a la fecha de promulgación de la presente Ley, se reducirán anualmente a razón de dieciocho por ciento (18%) hasta el año en el que dicha pensión alcance el tope vigente correspondiente.

Nos queda claro que el tema previsional suele ser uno de los menor importancia dentro de las prioridades del Estado. Como muestra de ello, recordar que el 2 de mayo de 2019 fue publicado el Decreto Supremo N° 139-2019-EF, norma por la cual se reajustaron las pensiones del SNP después de 18 años, pues el último ajuste previo fue el dispuesto a través del Decreto de Urgencia N° 105-2001.

6.2. Previsión presupuestaria y posibilidades de la economía nacional

Según lo dispuesto por el artículo 77 de la Constitución de 1993, la administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso de la República en base al proyecto remitido por el Poder Ejecutivo. En este, se asignan equitativamente los recursos públicos, programándolos y ejecutándolos a partir de criterios de eficiencia, necesidades sociales básicas y descentralización.

En tal sentido, se entiende por previsión presupuestaria a la programación de los gastos que se deberá efectuar en materia de pensiones -en este caso, solo las administradas por el Estado- por cada periodo fiscal. Este requisito, sin embargo, se debe aplicar de manera conjunta y concurrente con el otro previsto en la norma: la verificación de las posibilidades de la economía nacional.

No solo para proceder al reajuste, sino inclusive para asegurar el pago oportuno de las pensiones se requiere un análisis previo de la situación económico financiera del país, que determine la posibilidad real de proceder a la atención de las prestaciones pensiones de los regímenes administrados por el Estado.

Otro aspecto relevante al evaluar la situación económica financiera previsional, es el alcance de ciertos criterios judiciales que pueden originar un debacle derivado de miles de demandas contra el Estado. Sobre el particular, Montoya (2008: p. 316) precisa, correctamente, que "el impacto económico de las sentencias que debe emitir un órgano como el Tribunal Constitucional no puede ser un tema a ser desdeñado. Basta recordar que cuando se presenta una iniciativa legislativa existe una exigencia para realizar un análisis costo-beneficio del impacto de la futura norma (artículo 75 del

[45] El procedimiento de reducción gradual fue desarrollado por el Decreto Supremo N° 017-2005-EF y la Ley N° 28789.

Reglamento del Congreso), pues los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos (artículo 79 de la Constitución). Una lógica similar debe seguirse en el caso de la emisión de una sentencia constitucional".

Desde una óptica técnico económica del sistema, Bernal (2020: p. 63) sostiene que "si bien la cobertura ha aumentado desde el 2000 en adelante, esta continúa siendo muy reducida a comparación de los diferentes países de la región. En particular, se hace evidente que la mayoría de las personas que no se encuentran cubiertas por el sistema son los trabajadores de ingresos más bajos y los trabajadores independientes. Esto es un problema, porque todavía no se han diseñado políticas atractivas para este grupo, que no tiene la obligación de afiliarse a ningún subsistema. No obstante, este hecho tampoco quiere decir que está población se encuentre completamente desprotegida frente a la vejez, ya que puede que estén ahorrando a través de otros medios".

Como se aprecia, la regulación constitucional del tema pensionario es compleja, pero si algo la ha caracterizado en los últimos años, es la búsqueda (incompleta aún) del difuso y esquivo equilibrio entre los criterios mínimos de protección (objetiva y razonable) y la sostenibilidad financiera que se requiere para su materialización real.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abanto, C.: El delito de apropiación ilícita de las aportaciones de la seguridad social en materia de pensiones. La necesidad de una ley sobre delitos previsionales. En: Revista Gaceta Penal N° 14, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 2010

Abanto, C. y Paitán, J.: ¿Es inconstitucional la ley que libera los fondos de las AFP? El ahorro forzoso y la esencia de los regímenes previsionales. En: Revista Soluciones Laborales N° 101, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 2016

Almansa, J.: Derecho de la Seguridad Social. Madrid, Volumen I, Editorial Tecnos, 1984

Banco Mundial: Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento. Washington D.C., Oxford University Press, 1994

Bernal, N.: El sistema de pensiones en el Perú. Institucionalidad, gasto público y sostenibilidad financiera. Santiago de Chile, CEPAL, 2020

Bernales. E.: La Constitución de 1993: Análisis comparado. Lima, Cuarta Edición, Editorial RAO, 1998

Boloña, C.: ¿Dueño de tu jubilación? Lima, Instituto ELM, 1995

Cruz, G.: El Sistema Nacional de Pensiones. Lima, Ediciones CG, 1975

Fajardo, M.: Teoría General de la Seguridad Social. Lima, Ediciones Luis Alfredo, 1992

García, F.: La sostenibilidad financiera en los regímenes de pensiones. En: Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional, Arequipa, Libro de Ponencias del II Congreso Nacional, SPDTSS, 2006

Gonzáles, C.: Incorporación y desincorporación en el régimen de pensiones del Estado a la luz de la jurisprudencia constitucional. En: VV.AA. Estudios sobre la Jurisprudencia Laboral y Previsional, Lima, AMAG, 2004

Gonzáles, C. y Paitán, J.: El derecho a la seguridad social. Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 2017

Gordillo, E.: Apuntes sobre los argumentos a favor de la privatización: Los grandes engaños colectivos. En: VV.AA. Sistema Privado de Pensiones: Desafíos y respuestas, Lima, CEDAL, 1994

Martí, C.: Derecho de Seguridad Social. Las prestaciones. Madrid, Diana Artes Gráficas, 1954

Montoya, V.: El principio previsional de sostenibilidad financiera en la jurisprudencia constitucional. En: Revista Ius Et Veritas N° 36, Lima, PUCP, 2008

Neves, J.: Sistema Nacional y Sistema Privado de Pensiones: Opción diabólica. En: Revista Themis N° 25, Lima, PUCP, 1993

Pasco, M.: ¿Son los sistemas privados de pensiones formas de Seguridad Social? En: VV.AA. Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica, Madrid, OISS, 1998

Paz, J. y Ugaz, R.: Análisis del Sistema Privado de Pensiones desde un enfoque de costos hundidos endógenos. En: Revista Economía y Sociedad N° 50, Lima, CIESS, 2003

Rendón, J.: Derecho de la Seguridad Social". Lima, Editora Grijley, Cuarta Edición, 2008

Romero, F.: La financiación de la seguridad social. En: Actas del VII Congreso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Lima, UNMSM, 2007

Tesch, W.: Política Social del Estado: La Seguridad Social en el Perú". Lima, CELATS Ediciones, 1978

Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Dudas y certezas sobre la solidaridad intergeneracional en el sistema de pensiones en Italia[1]

Doubts and certainties about intergenerational solidarity in the pension system in Italy

Giuseppe Ludovico *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Milán*
Coordinador del Doctorado en Derecho Comparado, Privado, Procesal Civil y de la Empresa de la Universidad de Milán
https://orcid.org/0000-0003-4543-7997

Cita Sugerida: LUDOVICO, G.: «Dudas y certezas sobre la solidaridad intergeneracional en el sistema de pensiones en Italia». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 523-547.

Resumen

El presente artículo propone profundizar el significado del principio de solidaridad intergeneracional en el sistema de pensiones, partiendo de la identificación del valor constitucional del vínculo de la solidaridad social entre las generaciones para después pasar al análisis de los relativos posibles criterios para su aplicación. Tras reconstruir las diversas opiniones que también han alimentado el debate sobre el tema, el artículo examina la coherencia de la disciplina en materia de pensiones con respecto a la solidaridad intergeneracional y el papel que este principio ha asumido en los pronunciamientos con los que el Tribunal Constitucional italiano ha valorado la legitimidad constitucional de las recientes medidas legislativas para controlar el gasto en pensiones.

Palabras clave

Solidaridad; Generaciones; Pensiones; Adecuación

Abstract

The article aims to explore the meaning of the principle of intergenerational solidarity in the pension system, starting from the identification of the constitutional value of the obligation of social solidarity between generations and then moving on to the analysis of possible criteria for its implementation. After reconstructing the various opinions that have also inspired the debate on the subject, the article examines the consistency of the pension discipline with respect to intergenerational solidarity and the role that this principle has assumed in the pronouncements with which the Italian Constitutional Court has assessed the constitutional legitimacy of recent legislative interventions to contain pension expenditure.

Keywords

Solidarity; Generations; Pensions; Adequacy

1. LA SOLIDARIDAD SOCIAL COMO PRINCIPIO RECTOR DEL SISTEMA DE PENSIONES

El sistema de seguridad social y, en particular el sistema de pensiones, representan la expresión más evidente y elevada del principio fundamental de la solidaridad social consagrado en el artículo 2 de la Constitución italiana.

A pesar de la indudable función solidaria que desempeña el sistema de pensiones en el ordenamiento jurídico, la cuestión que cabe plantearse es si el desarrollo de la correspondiente regulación es realmente coherente con el principio de solidaridad social a la luz de los diferentes contenidos que pueden atribuirse a este principio.

[1] Agradezco mucho por la traducción al abogado y amigo Dr. Irving Aldo Rojas Valentino. Puntualizo que cualquier eventual error es de mi entera responsabilidad.

Situada entre «los valores fundadores del ordenamiento jurídico»[2], la solidaridad social en el sistema de pensiones asume, de hecho, un significado que no está definido ni preestablecido, sino que es necesariamente abierto y dinámico en función de las necesidades específicas de protección y de las decisiones contingentes de la política[3].

En esta perspectiva es fundamental la estrecha vinculación que en el marco de los valores constitucionales debe reconocerse entre el principio de solidaridad social del artículo 2 y el principio de igualdad sustancial del artículo 3 de la Constitución italiana[4], ya que este último sólo puede realizarse a través del deber de solidaridad de participar, en proporción a las propias posibilidades, en los costes de la convivencia social[5].

La solidaridad se convierte así en el principio cardinal de todo el sistema de valores constitucionales, que a través de una dimensión colectiva requiere la participación de cada uno para garantizar la igualdad de todos[6].

Otro aspecto relevante de la solidaridad social está representado por la inevitable limitación de los recursos disponibles en un determinado período histórico, lo que obliga a identificar criterios de redistribución y de repartición de ventajas y desventajas entre los distintos grupos sociales[7]. Y esto es aún más evidente en los sistemas de pensiones, donde la concesión de mayores ventajas a algunos se traduce, en una visión de sostenibilidad financiera, en proporcionales desventajas en detrimento de otros, mientras que la función constitucional del sistema debería ser garantizar a cada uno una adecuada protección en función de sus propias necesidades[8].

2. EL CARÁCTER ONTOLÓGICAMENTE INTERGENERACIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La evolución de los sistemas de seguridad social, incluido el italiano, ha pasado por diferentes épocas que sin duda han estado condicionadas por la situación demográfica del país y los recursos financieros disponibles.

En una fase inicial caracterizada por la expansión del sistema de seguridad social y la disponibilidad de considerables recursos financieros, el Tribunal Constitucional italiano adoptó una interpretación particularmente amplia del principio de adecuación, que se fijó en base a los principios de proporcionalidad y suficiencia de la remuneración, los cuales son expuestos en el artículo 36 de la Constitución italiana[9].

---

2 En este sentido: Tribunal Constitucional 28 de febrero de 1992, n. 75, en Giustizia Civile, 1992, pp. 414 ss.; Tribunal Constitucional 17 de diciembre de 2013, n. 309, en Giustizia Civile, 2014, pp. 531 ss.; Tribunal Constitucional 31 de diciembre de 1993, n. 500, en Il Foro Italiano, 11995, I, pp. 94 ss.

3 Giubboni, S.: Solidarietà. Un itinerario di ricerca, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022; Rodotà, S.: Solidarietà. Un'utopia necessaria, Laterza, Bari, 2014, pp. 46 ss.; Blais, M.C.: Solidarietà. Storia di un'idea, Giuffrè, Milano, 2012. Para una profundización de los diferentes significados del principio de solidaridad desde una perspectiva constitucional v. Giuffrè, F.: La solidarietà nell'ordinamento costituzionale, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 103 ss.

4 Persiani, M.: Il sistema giuridico della previdenza sociale, Cedam, Padova, 1960, pp. 113 ss.; Persiani, M.: Diritto della sicurezza sociale, en Enciclopedia del Diritto, Annali, IV, 2011, Giuffrè, Milano, pp. 449 ss.

5 Mengoni, L.: Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa, Vita e Pensiero, Milano, 2004, p. 67.

6 Giubboni, S.: Solidarietà, en Politica del Diritto, 2012, p. 536; Cinelli, M.: voce Sicurezza Sociale, en Enciclopedia del Diritto, vol. XLII, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 499 ss.

7 En este sentido: Casillo, R.: La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione, Esi, Napoli, 2016, pp. 230 ss..

8 Casillo, R.: La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione, ...op.cit., p. 231.

9 Ludovico, G.: Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte costituzionale, en Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro, 2021, n. 4, pp. 815 ss.

Con mayor precisión, en esta primera fase, el juez constitucional solía extender a la pensión el derecho del trabajador a una "retribución proporcional a la cantidad y calidad de su trabajo", configurando el tratamiento pensionista como "una forma de retribución diferida, directamente relacionada con la naturaleza y con los aspectos de la relación laboral desempeñada"[10]. La identificación entre el salario y el tratamiento de la pensión ha sido reiterada desde hace tiempo en numerosas sentencias, aunque las más recientes excluyen «una automática e integral coincidencia entre el nivel de la pensión y el salario final»[11].

Sin embargo, esta orientación particularmente expansiva por parte del juez constitucional tuvo que confrontarse con la perspectiva de solidaridad social desde una visión intergeneracional que fue surgiendo con posterioridad y de manera gradual, cuando la generosidad de las prestaciones otorgadas hasta ese momento, así como la evolución demográfica del país, hicieron particularmente evidente la necesidad de proceder a una distribución equilibrada del gasto en pensiones no sólo entre los grupos sociales existentes, sino también y, sobre todo, entre las distintas generaciones.

La atención que la seguridad social presta a la solidaridad intergeneracional se deriva en realidad de un debate mucho más amplio que esta problemática ha suscitado en relación con las cuestiones medioambientales y la necesidad de preservar el disfrute de los recursos naturales para las generaciones futuras, impidiendo que la explotación cada vez más intensa de esos recursos dañe irreparablemente sus derechos fundamentales.

El debate sobre la responsabilidad de las generaciones actuales frente a las generaciones futuras tiene implicaciones especialmente fascinantes, habida cuenta de la dificultad de reconstruir -de manera diversa- la dimensión temporal del Derecho[12]. Los mayores problemas en este sentido se refieren, en particular, a *cómo* garantizar una protección suficiente de los derechos fundamentales de

---

10 En ese sentido: Tribunal Constitucional 13 de enero de 1966, n. 3, en Il Foro Italiano, 1966, I, pp. 555 ss.; Tribunal Constitucional 9 de diciembre de 1968, n. 124, en Il Foro Italiano, 1969, I, pp. 7 ss.; Tribunal Constitucional 3 de julio de 1975, n. 176, en Il Foro Italiano, 1975, I, pp. 2165 ss.; Tribunal Constitucional 19 de enero de 1976, n. 30, en Diritto del Lavoro, 1976, II, pp. 131 ss.. En la doctrina sobre la relación entre 36 y 38 Const. v. Occhino, A.: I diritti sociali nell'interpretazione costituzionale, en Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, 2017, pp. 16 ss.; D'Onghia, M.: Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale, Cacucci, Bari, 2013, pp. 135 ss.; Cinelli, M.: Previdenza sociale e orientamenti della giurisprudenza costituzionale, en Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 1999, I, pp. 89 ss.; Cinelli, M.: I livelli di garanzia nel sistema previdenziale, en Argomenti di Diritto del Lavoro, 1999, pp. 65 ss.

11 Tribunal Constitucional 30 de abril de 2015, n. 70, en Giustizia Civile, 2015, pp. 531 ss.; Tribunal Constitucional 16 de julio de 2014, n. 208, en Il Foro Italiano, 2014, I, pp. 3027 ss.; Tribunal Constitucional 11 de noviembre de 2010, n. 316, en Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2011, II, pp. 438 ss.; Tribunal Constitucional 4 de abril de 1996, n. 106, en Il Foro Italiano, 1996, I, pp. 1503 ss.; Tribunal Constitucional 7 de julio de 1986, n. 173, en Il Foro Italiano, 1986, I, pp. 2087 ss.; Tribunal Constitucional 13 de marzo de 1980, n. 26, en Giustizia Civile, 1980, I, pp. 444 ss..

12 En general, sobre este argumento: Porena, D.: Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale, Giappichelli, Torino, 2018; Fondazione Bruno Visentini, Il divario generazionale tra conflitti e solidarietà. Vincoli, norme, opportunità: generazioni al confronto, Rapporto 2017, Dialoghi, 2017; D'Aloia, A.: voce Generazioni future (Diritto costituzionale), en Enciclopedia del Diritto, Agg., Giuffrè, Milano, 2016, pp. 331 ss.; Porena, D.: Il "rango" del principio dello sviluppo sostenibile nella gerarchia delle fonti del diritto: norme pattizie, consuetudini internazionali ed art. 10 della Costituzione, en Federalismi.it, 2016, n. 15; Pisanò, A.: Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 148 ss.; VV.AA.: Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale, Bifulco, R., D'Aloia, A. (ed.), Jovene, Napoli, 2008; Bifulco, R.: Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale, Franco Angeli, Milano, 2008; Pratesi, S.: *Generazioni future*? Una sfida per i diritti umani, Giappichelli, Torino, 2007; Bifulco, R.: Futuro e costituzione. Premesse per uno studio sulla responsabilità verso le generazioni future, en VV.AA.: Diritti umani, biopolitica e globalizzazione, Tarantino, A., Corsano R. (ed.), Giuffrè, Milano, 2006, pp. 46 ss. Para un análisis del debate desde el punto de vista ético, véase Menga, F.: Per una giustizia iperbolica e intempestiva. Riflessioni sulla responsabilità intergenerazionale in prospettiva fenomenologica, en Diritto & Questioni Pubbliche, 2014, n.14, pp. 713 ss.

las generaciones futuras, teniendo en cuenta que la persecución de este objetivo debe enfrentarse a dos obstáculos aparentemente insuperables: por una parte, la identificación exacta de las generaciones futuras en una dimensión temporal teóricamente infinita e indefinida; y por otra parte, la dificultad de reconocer derechos y relaciones jurídicas que recaen en sujetos que no sólo son indefinidos sino que, y sobre todo, aún no existen.

Estos problemas se complican aún más si se tiene en cuenta que la existencia de las generaciones futuras dependen de las elecciones y el comportamiento de las generaciones anteriores, con la consecuencia de que lo más probable es que las primeras no llegaran a existir si la conducta de las segundas fuera diferente[13].

A estos problemas, ya de por sí complicados, se añade la ulterior e irresoluble imposibilidad de prever las necesidades de las generaciones futuras de las que deberían depender las decisiones y los instrumentos que se adopten para proteger sus derechos fundamentales[14].

Después de haber ilustrado, de manera necesariamente sumaria, la problemática general de la protección de los derechos fundamentales de las generaciones futuras, es necesario ahora examinar, en particular, cómo se plantea la cuestión en el contexto del sistema de pensiones que, observando un marcado carácter intergeneracional, no ha permanecido ajeno al debate sobre el tema.

3. LA DELIMITACIÓN DE LAS GENERACIONES FUTURAS SEGÚN EL CRITERIO DE FINANCIAMIENTO A REPARTICIÓN

La vocación intergeneracional del sistema público de pensiones se fundamenta directamente en lo previsto por el artículo 38 de la Constitución, que, al reconocer el derecho de los trabajadores a disponer de medios adecuados para atender las necesidades de la vida durante la tercera edad, consagra una protección que no está sujeta a algún limite temporal para su vigencia, asumiendo como tal la connotación típica de "eternidad"[15] de los derechos fundamentales[16].

El carácter intergeneracional de esta protección es aún más evidente por su criterio de financiación a repartición, que, al asumir el coste de las prestaciones mediante las cotizaciones de los trabajadores, establece un fuerte vínculo de solidaridad entre las distintas generaciones, confirmando así la vocación intertemporal del sistema de pensiones[17].

Ciertamente, la elección del criterio a repartición -como señala la doctrina[18]- no puede considerarse constitucionalmente impuesta en el sentido de que corresponde a la discrecionalidad legislativa "la determinación de los tiempos, las formas y el alcance de las prestaciones sociales,

---

13 Es la conocida paradoja de Parfit, D.: Ragioni e persone, Il Saggiatore, Milano, 1989 pp. 462 ss..

14 Luciani, M.: Generazioni future. Distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali, en VV.AA.: Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale, Bifulco, R., D'Aloia, A. (ed.), ...op.cit., pp. 436-437.

15 Bifulco, R.: Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale, ...op.cit., pp. 121 ss.

16 D'Aloia, A.: voce Generazioni future (Diritto costituzionale), ...op.cit., pp. 352 e 362 ss.; Valenti, V.: Diritto alla pensione e questione intergenerazionale. Modello costituzionale e decisioni politiche, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 63 ss..

17 Sobre el punto Degoli M.C.: L'adeguatezza pensionistica e la crisi del modello assicurativo, … op.cit., p. 72; Ludovico, G.: La solidarietà intergenerazionale nel sistema pensionistico: fascino e limiti di un principio necessario, en Diritto delle Relazioni Industriali, 2019, n. 1, pp. 28 ss.

18 Casillo, R.: La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione, ...op.cit., pp. 251 ss..

dentro de un equilibrio racional con otros derechos constitucionalmente protegidos y al interno de los límites de la disponibilidad financiera"[19].

Esto significa, según el Tribunal Constitucional, que el artículo 38 de la Constitución vincula al legislador con el objetivo de proteger a los trabajadores en caso de necesidad, delineando un modelo "abierto"[20] a cualquier solución que sea idónea para garantizar la adecuada aplicación de la protección[21].

Sin embargo, debe entenderse si la elección del criterio de financiación a repartición vincula entonces al legislador a adoptar, de acuerdo con el significado antes mencionado del principio de solidaridad social, una equilibrada repartición de los recursos también entre las distintas generaciones para evitar que los niveles de protección concedidos a los actuales pensionistas puedan perjudicar la adecuada aplicación de las prestaciones para las generaciones futuras.

Sin embargo, la existencia de tal esquema sólo podría afirmarse deduciendo del criterio de financiamiento a repartición una norma vinculante para el legislador, el cual, en cumplimiento de los deberes de solidaridad social del artículo 2 de la Constitución, debería estar obligado a adoptar, en la repartición de los recursos disponibles, cualquier solución que resulte idónea para proteger el derecho a las prestaciones adecuadas de las futuras generaciones, con arreglo al artículo 38 de la Constitución[22].

El debate sobre este punto es particularmente intenso entre los partidarios de un mayor equilibrio intergeneracional en el gasto en pensiones[23] y los que, por el contrario, consideran que una distribución diferenciada de los actuales recursos no ofrece ninguna certeza de que el ahorro en el gasto actual se destinará a garantizar unas prestaciones adecuadas a las generaciones futuras[24], lo que hace sospechar que la invocación de la solidaridad intergeneracional no es más que un recurso facilista para justificar una reducción más radical del gasto actual en pensiones[25].

---

19 Tribunal Constitucional 10 de marzo de 2017, n. 53, en Giustizia Civile, 2017, pp. 627 ss.; Tribunal Constitucional 11 de enero de 2017, n. 7, en Giustizia Civile, 2017, pp. 36 ss.; Tribunal Constitucional 18 de julio de 2014, n. 215, en Giustizia Civile, 2014, pp. 3416; Tribunal Constitucional 19 de diciembre de 2006, n. 426, en Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali, 2006, II, pp. 51 ss.; Tribunal Constitucional 14 de julio de 1988, n. 822, en Giustizia Civile, 1988, I, pp. 2191 ss.; Tribunal Constitucional 10 de junio de 1994, n. 240, en Giustizia Civile, 1994, I, pp. 1743 ss.; Tribunal Constitucional 19 de enero de 1995, n. 17, en Rivista Giuridica del Lavoro, 1995, II, pp. 763 ss.; Tribunal Constitucional 31 de marzo de 1995, n. 99, en Giurisprudenza Italiana, 1995, pp. 529 ss.; Tribunal Constitucional 24 de octubre de 1996, n. 361, en Rivista Critica del Diritto del Lavoro, 1997, pp. 483 ss.; Tribunal Constitucional 27 de diciembre de 1996, n. 417, en Giustizia Civile, 1996, pp. 6 ss.

20 Cinelli, M.: L'«adeguatezza» della prestazione previdenziale tra parità e proporzionalità, en Il Foro Italiano, 1986, I, pp. 1773 ss.; Cinelli, M.: voce Sicurezza Sociale, …op.cit., pp. 505 ss.; Cinelli, M.: Previdenza sociale e orientamenti della giurisprudenza costituzionale, ...op.cit., p. 75.

21 Tribunal Constitucional 5 de febrero de 1986, n. 31, en Il Foro Italiano, 1986, I, pp. 1770 ss..

22 Casillo, R.: La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione, ...op.cit., pp. 251 ss.; Degoli M.C.: L'adeguatezza pensionistica e la crisi del modello assicurativo, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 57 ss.

23 Persiani, M.: Ancora sull'esigenza di una solidarietà previdenziale, en Argomenti di Diritto del Lavoro, 2016, p. 558; Persiani, M.: Crisi economica e crisi del welfare state, en Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali, 2013, pp. 661 ss.; Persiani, M.: Conflitto industriale e conflitto generazionale (cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale), en Argomenti di Diritto del Lavoro, 2006, pp. 943 ss..

24 Cinelli, M.: L'«effettività» delle tutele sociali tra utopia e prassi, en Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, 2016, pp. 29 ss..

25 La sospecha no es infundada, dado que las primeras referencias a la solidaridad intergeneracional en el sistema de pensiones se remontan al debate sobre la reducción del gasto que se desarrolló en Estados Unidos en los años ochenta. Sobre este punto véase Walker, A.: Intergenerational relations and the provision of welfare, en VV.AA.: The new generational contract. Intergenerational relations, old age and welfare, Walker, A. (ed.), Routledge, Londra, 1996, pp. 10 ss.: Williamson, J.B.: McNamara, T.K.: Howling, S.A.: Il dibattito sull'equità intergenerazionale, l'interdipendenza fra le generazioni e la riforma della Sicurezza Sociale negli Stati Uniti, en Sociologia e Politiche

El riesgo de que el argumento de la equidad intergeneracional se utilice instrumentalmente sólo para reducir los derechos de las generaciones actuales, no legitima sin embargo, que se prescinda por completo de las necesidades que subyacen a este principio, ignorando los desequilibrios plenamente evidentes que caracterizan al actual sistema de seguridad social, caracterizado desde hace mucho tiempo por la aplicación de generosos regímenes de pensiones totalmente desvinculados de la proporción de las cotizaciones pagadas.

El temor a que el debate sobre la equidad intergeneracional se traduzca en una mera reducción del gasto en pensiones se ve atenuado, además, por el significado más preciso que adquiere el concepto de generación en el sistema de pensiones.

Si en el debate general - como hemos visto - el principal problema de la configuración jurídica del principio de equidad intergeneracional es la indeterminación del concepto de generación, en el sistema de pensiones las generaciones futuras no son en absoluto indeterminadas, sino que se corresponden con los trabajadores actuales, es decir, con aquellos que aún no han adquirido el derecho a las prestaciones de jubilación[26]. Esto significa que en el sistema de pensiones el problema de la indeterminación del concepto de generaciones futuras sólo se plantea cuando se decide extender el ámbito temporal de la evaluación a generaciones que aún no existen[27], mientras que este problema no existe cuando se decide determinar el ámbito de aplicación del principio de equidad intergeneracional a pensionistas y trabajadores que, como tales, ya están vinculados entre sí por el criterio de la financiación a repartición[28].

Es este criterio, en definitiva, el que ofrece un razonamiento preciso para identificar a las futuras generaciones de pensionistas que corresponden a los trabajadores que ya forman parte del pacto intergeneracional de pensiones, expresando tanto en el plano económico como en el jurídico el vínculo de solidaridad que se materializa mediante el pago de cotizaciones para financiar las prestaciones de los pensionistas.

Por otra parte, no cabe duda de que la obligación de cotizar se impone en virtud del cumplimiento de los deberes de solidaridad de la Seguridad Social[29], teniendo la obligación de cotizar la misma naturaleza pública que la obligación de pagar impuestos[30].

Sociali, 2003, pp. 96 ss.; House, K.: Sustainability and intergenerational justice in age-related transfers, en VV.AA.: International Handbook on Ageing and Public Policy, Harper, S.: Hamblin K. (ed.), Edward Elgar, Cheltenham, 2014, pp. 206 ss.

26 Ludovico, G.: La solidarietà intergenerazionale nel sistema pensionistico: fascino e limiti di un principio necessario, …op.cit., pp. 28 ss.; Casillo, R.: Coerenza ed equità nella manutenzione del sistema pensionistico dopo la legge 22 dicembre 2011, n. 214, en Massimario di Giurisprudenza del Lavoro, 2019, pp. 746 ss.; Casillo, R.: Profili di insostenibilità giuridica e sociale dell'attuale tutela pensionistica di vecchiaia, en Il Diritto del Mercato del Lavoro, 2014, pp. 611 ss.; Casillo, R.: La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione, ...op.cit., p. 250; Spadaro, A.: L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione, en VV.AA.: Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale, Bifulco, R., D'Aloia, A. (ed.), ...op.cit., p. 104.

27 Casillo, R.: Profili di insostenibilità giuridica e sociale dell'attuale tutela pensionistica di vecchiaia, ...op.cit., p. 621.

28 Sobre la definición de generaciones v. Donati, P.: Equità fra le generazioni: una nuova norma sociale, en Sociologia e Politiche Sociali, 2003, pp. 19 ss.; Piancastelli, F.: Equità fra le generazioni: appunti per una analisi sociologica, en Sociologia e Politiche Sociali, 2003, pp. 60 ss..

29 En general, sobre este punto, Tribunal Constitucional 7 de julio de 1986, n. 173, cit.; Corte de Casación 12 de octubre de 2017, n. 24009; Corte de Casación, Secciones Unidas, 27 de junio de 2003, n. 10232, en Previdenza e Assistenza Pubblica e Privata, 2004, pp. 189 ss.; Corte de Casación 15 de junio de 2006 n. 13791, en Rivista Giuridica del Lavoro, 2007, pp. 331 ss.; Corte de Casación 5 de agosto de 2004 n. 15112, en Argomenti di Diritto del Lavoro, 2005, pp. 439 ss.; Corte de Casación 21 de febrero de 2000, n. 1950, en Notiziario di Giurisprudenza del Lavoro, 2000, pp. 501 ss.

30 Sobre el carácter público de la obligación de cotizar v. Persiani, M.: Il sistema giuridico della previdenza sociale, ...op.cit., pp. 232 ss.

No obstante, cabe señalar que, para efectos de la configuración del vínculo de solidaridad intergeneracional, la cuestión principal es su naturaleza y, en particular, si tal vínculo opera de manera tradicionalmente unidireccional, es decir, exigiendo a los trabajadores que contribuyan a la financiación de las prestaciones de los pensionistas, o también de manera bidireccional, obligando al legislador a evitar un gasto excesivo de las prestaciones actuales para no perjudicar el derecho de los futuros pensionistas a una protección adecuada de sus pensiones. La verdadera cuestión, en resumen, es si el principio de solidaridad intergeneracional puede vincular el derecho de los actuales pensionistas a la condición de que la medida de sus prestaciones de jubilación no perjudique el mismo derecho de quienes financian actualmente las prestaciones de jubilación.

4. EL PRINCIPIO DE FINANCIACIÓN POR REPARATICÓN COMO EXPRESIÓN DE LA SOLIDARIDAD ENTRE GENERACIONES

La cuestión de la bidireccionalidad de la solidaridad intergeneracional debe ser abordada, ante todo, considerando que, a criterio unánime de la doctrina, las pensiones son prestaciones que se encuadran dentro de la categoría de derechos sociales condicionados que, como tales, en lo que corresponde al *an* y el *quid* están reconocidos en el plano constitucional, mientras que el *quando* y el *quomodo* se dejan a la elección discrecional del legislador[31].

Esta concepción de la prestación de jubilación como un derecho condicionado ha llevado a la doctrina mayoritaria a excluir cualquier garantía de estabilidad en la norma previsional, en el sentido de que corresponde al legislador decidir el momento y la forma de la tutela[32], configurándose la pensión como un derecho complejo, de formación progresiva, que no garantiza al trabajador ninguna posición jurídica invariable tanto para el período anterior a la adquisición del derecho como para el período posterior[33].

De la naturaleza de derecho social condicionado se desprende que el legislador está legitimado para modificar en sentido peyorativo los requisitos de acceso a la jubilación y a las prestaciones[34] siempre que las modificaciones no sean irrazonables y vengan impuestas -como afirma el juez constitucional- por las «inderogables exigencias» de salvaguardar los equilibrios presupuestarios y

[31] Ales, E.: Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettazione giuslavoristica, en Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali, 2015, pp. 466 ss.; Giuffrè, F.: La solidarietà nell'ordinamento costituzionale, ...op.cit., 122; Baldassarre, A.: Diritti della persona e valori costituzionali, Giappichelli, Torino, 1997, p. 214; Baldassarre, A.: Diritti sociali, en Enciclopedia Giuridica Treccani, Vol. XI, Treccani, Roma, 1989, p. 30; Pinelli, C.: Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principi di equilibrio finanziario, en VV.AA.: La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale, Ruggeri, A. (ed.), Giappichelli, Torino, 1994, pp. 550 ss.

[32] Así, Cinelli, M.: I livelli di garanzia nel sistema previdenziale, ...op.cit., pp. 53 ss.. En sentido contrario Ferraro, G.: I diritti quesiti tra giurisdizione e legiferazione, en Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 1995, I, pp. 314-315. Para un análisis del debate v. Occhino, A.: L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 62 ss.

[33] En estos términos: Cinelli, M.: I livelli di garanzia nel sistema previdenziale, ...op.cit., p. 55.

[34] Cinelli, M.: Previdenza sociale e orientamenti della giurisprudenza costituzionale, ...op.cit., pp. 114 ss.; Persiani, M.: L'irragionevole confusione tra prelievo fiscale e solidarietà previdenziale, en Argomenti di Diritto del Lavoro, 2013, p. 945.

contener el gasto[35] en modo de poder «dar seguridad a los pensionistas actuales y futuros sobre la estabilidad financiera del propio sistema»[36].

En presencia de tales exigencias y sin perjuicio del núcleo incompresible del derecho[37], el legislador se ve así obligado, para garantizar la continuidad futura del sistema de pensiones, a adoptar medidas de reducción del gasto[38].

Si los actuales pensionistas gozan de un derecho condicionado a salvaguardar los equilibrios actuales y futuros del sistema, debe concluirse entonces que entre los requisitos que pueden legitimar la reducción de las prestaciones, se encuentra también el de garantizar la adecuación de las prestaciones futuras que se abonarán a los actuales trabajadores[39].

Esto significa que la necesidad de contención del gasto señalada reiteradamente por el Tribunal Constitucional adquiere relevancia no sólo en referencia al momento presente sino también en relación con las prestaciones futuras que son objeto del mismo derecho constitucional que incumbe a los trabajadores actuales, con la conclusión de la inevitable bidireccionalidad de la solidaridad intergeneracional no sólo de los trabajadores hacia los pensionistas sino también de éstos hacia los trabajadores.

5. EQUILIBRIO INTERGENERACIONAL Y VARIABLES DEMOGRÁFICAS Y ECONÓMICAS

El reconocimiento de un vínculo bidireccional de solidaridad entre las generaciones de trabajadores y pensionistas implica que existe un límite a la discrecionalidad del legislador, que debe buscar un «equilibrio razonable»[40] entre los distintos intereses generacionales a la hora de asignar los recursos disponibles.

El problema principal en este punto es identificar los factores de desequilibrio del sistema de pensiones para poder definir también los criterios y los límites de la realización de la solidaridad intergeneracional.

[35] Tribunal Constitucional 1° de julio de 2015, n. 127; Tribunal Constitucional 29 de julio de 2005, n. 345, en Il Foro Italiano, 2005, I, pp. 2601 ss.; Tribunal Constitucional 12 de noviembre de 2002, n. 446, en Giustizia Civile, 2002, pp. 3658 ss.; Tribunal Constitucional 4 de noviembre de 1999, n. 416, en Giustizia Civile, 1999, pp. 3625; Tribunal Constitucional 2 de julio de 1997, n. 211, en Informazione Previdenziale, 2000, pp. 102 ss.; Tribunal Constitucional 27 de diciembre de 1996, n. 419, en Giustizia Civile, 1997, I, pp. 589 ss.; Tribunal Constitucional 27 de diciembre de 1996, n. 417, cit.; Tribunal Constitucional 24 de octubre de 1996, n. 361, cit.; Tribunal Constitucional 10 de junio de 1994, n. 240, cit.; Tribunal Constitucional 15 de marzo de 1991, n. 119; Tribunal Constitucional 14 de julio de 1988, n. 822.

[36] Tribunal Constitucional 27 de enero de 2015, n. 6, en Giustizia Civile, 2015, pp. 629 ss.; Tribunal Constitucional 12 de enero de 1994, n. 2, en Giustizia Civile, 1994, pp. 9 ss.

[37] Tribunal Constitucional 11 de noviembre de 2010, n. 316, cit.; Tribunal Constitucional 23 de enero de 2004, n. 30; Tribunal Constitucional 30 de diciembre de 1998, n. 457, en Informazione Previdenziale, 2000, pp. 91 ss.

[38] Tribunal Constitucional 27 de diciembre de 1996, n. 417, cit.; Tribunal Constitucional 24 de octubre de 1996, n. 361, cit.; Tribunal Constitucional 10 de junio de 1994, n. 240, cit.; Tribunal Constitucional 14 de julio de 1988, n. 822, cit.. Sobre este punto, véase D'Onghia, M., Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale, ...op.cit., 129 ss.; Casillo, R.: La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione, ...op.cit., pp. 53 ss.

[39] Persiani, M.: Ancora sull'esigenza di una solidarietà previdenziale, ...op.cit., pp. 558 ss.

[40] Equilibrio razonable es la expresión utilizada por Tribunal Constitucional 7 de diciembre de 2017, n. 259; Tribunal Constitucional 30 de abril de 2015, n. 70, cit.; Tribunal Constitucional 11 de noviembre de 2010, n. 316, cit.; Tribunal Constitucional 13 de enero de 2004, n. 30; Tribunal Constitucional 18 de diciembre de 2002, n. 531; Tribunal Constitucional 17 de julio de 2001, n. 256, en Giustizia Civile, 2001, pp. 2187 ss.; Tribunal Constitucional 20 de noviembre de 1998, n. 372, en Giustizia Civile, 1998, pp. 3261 ss.; Tribunal Constitucional 30 de diciembre de 1998, n. 457, cit.; Tribunal Constitucional 7 de mayo de 1993 n. 226, en Diritto e Pratica del Lavoro, 1993, pp. 1535 ss.; Tribunal Constitucional 15 de marzo de 1991, n. 119.

La cuestión no es en absoluto sencilla, ya que el desequilibrio de los sistemas de pensiones en los países económicamente avanzados no depende de un único factor, sino de la acción conjunta de múltiples causas de carácter demográfico y económico.

En efecto, no cabe duda de que entre los factores de naturaleza demográficos hay que conceder un rol importante al progresivo envejecimiento de la población[41], pero el aumento del índice de esperanza de vida y la consecuente ampliación de la duración de las prestaciones no representan necesariamente elementos de desequilibrio en el sistema de pensiones cuya sostenibilidad está condicionada por otros factores no menos importantes.

En primer lugar, hay que señalar que el aumento de los índices de esperanza de vida no tiene un carácter uniforme y homogéneo, ya que está determinado por los niveles de educación, los estilos de vida, el lugar de residencia y los factores familiares que dan lugar a duraciones diferentes en la población del periodo de derecho a pensión[42].

La falta de atención a estos factores por parte de los sistemas de pensiones, que suelen prever la misma edad de jubilación para los distintos grupos de trabajadores, es el origen -como han puesto de manifiesto numerosos estudios- de importantes disparidades de trato entre los trabajadores con escasos niveles de estudios, que poseen un índice menor de esperanza de vida, y los trabajadores con niveles de estudios elevado que, al tener una mayor esperanza de vida, disfrutan de prestaciones de jubilación durante más tiempo que los primeros.

Por tanto, la opinión generalizada de que el desequilibrio de los sistemas de pensiones se debe al envejecimiento de la población parece demasiado simplista y, en muchos aspectos, incorrecta.

Baste decir que el aumento de la longevidad tampoco sería en sí mismo un factor de insostenibilidad del gasto en seguridad social si esta dinámica fuera acompañada de tasas de natalidad estables o de un número suficientemente adecuado de nuevos entrantes en el mercado laboral para soportar el gasto derivado de una mayor esperanza de vida[43].

Del momento que la transferencia de recursos procede de la generación más joven en favor de la de más edad, no parece excesivo afirmar que el desequilibrio del gasto no depende tanto de la mayor longevidad de los pensionistas actuales sino más bien de la baja fecundidad de los trabajadores actuales que en esta forma contribuyen por sí mismos a la futura insuficiencia de la protección de sus pensiones.

Y no sólo eso. Las investigaciones más recientes sobre longevidad demuestran que el envejecimiento de la población va acompañado de una ampliación también de la duración de las condiciones psicofísicas adecuadas, en el sentido de que los septuagenarios de hoy se encuentran mejor que sus coetáneos de hace 30 años, y en las pruebas cognitivas y de inteligencia obtienen mejores resultados probablemente porque son más cultos, más activos y están mejor cuidados que en el pasado. De hecho, según la Sociedad Italiana de Geriatría, una persona de 65 años tiene hoy la aptitud física y cognitiva de una de 40-45 años hace 30 años, y una de 75 la de una de 55 en 1980.

---

41 Sobre los efectos sociales y económicos de la longevidad, véase Scott, A.: The Longevity Imperative. Building a Better Society for Healthier, Longer Lives, Basic Books, Londra, 2024; Scott, A.: L. Gratton, The new long life, Bloomsbury, Londra, 2020; Alstott, A.: Law and the hundred-year life, en The Elder Law Journal, 2018, pp. 131 ss.; Gratton, L., Scott, A.: The 100-year life: Living and Working in an Age of Longevity, Bloomsbury, 2016, pp. 23 ss.

42 Alstott, A.: A new deal for old age. Toward a progressive retirement, Harvard University Press, 2016, pp. 20 ss.

43 Schokkaert, E., Van Parijs, P.: Debate on social justice and pension reform. Social justice and the reform of Europe's pension systems, en Journal of European Social Policy, 2003, p. 252.

Habría que suponer entonces que el aumento de la esperanza de vida de la población podría no provocar ningún desequilibrio si se buscara aumentar proporcionalmente la duración de la vida laboral, y esto es lo que el legislador ha intentado laboriosamente conseguir en los últimos años con algunas contradicciones evidentes que han conducido más recientemente al resultado diametralmente opuesto, pero políticamente rentable de reducir la edad de jubilación.

Esta correlación entre las condiciones económicas y sociales, la longevidad y la natalidad pone de manifiesto la complejidad de las relaciones intergeneracionales en el sistema de pensiones a repartición, cuya dinámica está, además, condicionada por factores adicionales de naturaleza puramente económica.

Los efectos del aumento de los índices de esperanza de vida se ven agravados por el bajo crecimiento de la productividad laboral[44], pero sobre todo por el desempleo provocado por la inestabilidad cíclica del marco económico[45] y, en el futuro, por la automatización y robotización de numerosas funciones, que se traducen, especialmente para los trabajadores más jóvenes, en una reducción del volumen de cotizaciones destinadas a financiar el sistema de pensiones[46].

Estas breves consideraciones sobre los factores que condicionan el equilibrio y la sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones llevan a excluir que el envejecimiento de la población represente el único factor de desequilibrio desde el punto de vista de la equidad intergeneracional, que se ve afectada por otras numerosas causas derivadas principalmente de la dinámica del mercado laboral y de las tendencias del marco económico general.

6. A LA BÚSQUEDA DE UN CRITERIO DE EQUIDAD INTERGENERACIONAL EN EL SISTEMA DE PENSIONES

La dificultad para identificar un criterio adecuado y suficientemente fiable que garantice un reparto equilibrado de los recursos disponibles entre las distintas generaciones implicadas en el «pacto» de pensiones deriva de la complejidad del sistema y de los factores que condicionan su sostenibilidad financiera.

---

44 Schokkaert, E., Van Parijs, P.: Debate on social justice and pension reform. Social justice and the reform of Europe's pension systems, ...op.cit., 251.

45 Sobre este punto Prosperetti, G.: Categorie giuridiche, lavoro, welfare: l'evoluzione degli istituti giuridici, en Argomenti di Diritto del Lavoro, 2017, p. 309.

46 Los efectos de la inestabilidad y la precariedad laboral sobre el equilibrio del sistema de seguridad social han sido ampliamente examinados en la doctrina desde muchos puntos de vista. Sobre este argumento Degoli M.C.: L'adeguatezza pensionistica e la crisi del modello assicurativo, … op.cit., pp. 114 ss.; D'Onghia, M.: Gli ammortizzatori sociali in mancanza di lavoro: il lento e difficile cammino verso un "welfare" universale, en Variazioni su temi di diritto del lavoro, 2022 pp. 687 ss.; Casillo, R.: La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione, ...op.cit., p. 253; Ludovico, G.: Sostenibilità e adeguatezza della tutela pensionistica: gli effetti della crisi economica sul sistema contributivo, en Argomenti di Diritto del Lavoro, 2013, pp. 909 ss.; Raitano, M.: I primi anni di carriera: lavoro atipico, povero e a bassa accumulazione contributiva. L'evidenza di un panel di lavoratori italiani, en Rivista delle Politiche Sociali, 2012, pp. 110 ss.; Cinelli, M.: Occupazione, protezione sociale, nuovi modelli di welfare: alcune riflessioni, en Jus, 2010, pp. 419 ss.; Sgroi, A.: Flessibilità del mercato del lavoro e sistema previdenziale, en Diritto delle Relazioni Industriali, 2009, pp. 881 ss.; Bozzao, P.: Le misure di sostegno al reddito per il lavoro discontinuo, en Lavoro e Diritto, 2007, pp. 29 ss.; Pessi, R.: Tutele previdenziali ed assicurative nello scenario dei nuovi modelli negoziali, en Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, 2006, pp. 39 ss.; Bozzao, P.: La tutela previdenziale del lavoratore discontinuo. Problemi e prospettive del sistema di protezione sociale, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 80 ss.; Lagala, C.: Precariato e Welfare in Italia, Ediesse, Roma, 2005; Cinelli, M.: «Nuovi lavori» e tutele: quali spazi per la previdenza sociale?, en Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2005, I, pp. 225 ss.; Sandulli, P.: Tutela previdenziale e assistenziale dei lavoratori atipici nell'ordinamento giuridico italiano, en Lavoro e Diritto, 2003, pp. 410 ss..

En el debate entre los estudiosos no hay uniformidad de opiniones ni siquiera sobre el significado que debe atribuirse al principio de equidad intergeneracional, que, según la teoría contractualista rawlsiana, debe entenderse a la luz del criterio del «ahorro justo» que cada generación debe preservar en favor de las siguientes para garantizar una «sociedad justa»[47], mientras que para las teorías utilitaristas las generaciones actuales deben soportar el sacrificio necesario para garantizar a las sucesivas el máximo bienestar posible[48].

Teniendo en cuenta los diferentes significados que se atribuyen al concepto de equidad intergeneracional, es inevitable que para aplicar dicho principio en el sistema de pensiones se hayan propuesto diferentes criterios que presentan distintas ventajas y desventajas atendiendo a los futuros cambios en el marco económico y demográfico[49].

Algunos han propuesto introducir una tasa de sustitución fija entre la pensión y la remuneración, es decir, determinar el importe de la primera en función de un porcentaje preestablecido de la segunda[50], pero este criterio, que persigue el objetivo de garantizar a cada generación el mismo nivel de protección en relación con la remuneración, no es capaz de hacer frente a ninguna variación del marco económico y demográfico, por lo que resulta excesivamente rígido con respecto a la evolución del número de pensionistas en comparación con los trabajadores en actividad[51].

Un criterio diferente ha sido propuesto por quienes han intentado introducir el principio de equidad intergeneracional directamente en el mecanismo de financiación del sistema de pensiones mediante la introducción de una relación constante entre la remuneración y las cotizaciones que corresponde al criterio de cálculo contributivo de las prestaciones de jubilación introducido en la legislación italiana por la Ley nº 335 de 8 de agosto de 1995[52]. Incluso este criterio, si bien garantiza la proporcionalidad de la prestación de jubilación con respecto a la cotización abonada, no parece del todo adecuado para garantizar la realización del principio de equidad entre generaciones, ya que transfiere todo el riesgo de jubilación a los pensionistas, garantizando en cambio a los trabajadores una cotización fija con respecto a su remuneración[53].

El principal problema de la aplicación del principio de equidad intergeneracional está constituido -como ya se ha mencionado- por la dificultad para garantizar una relación equilibrada entre las generaciones ante las cambiantes condiciones demográficas y económicas. Por este motivo,

---

47 Rawls, J.: Una teoria della giustizia, Feltrinelli, Milano, 2017, pp. 278 ss., espec. p. 284 (trad. A Theory of Justice, Harvard University Press, Harvard, 1971).

48 Cfr. Menga, F.: Per una giustizia iperbolica e intempestiva. Riflessioni sulla responsabilità intergenerazionale in prospettiva fenomenologica, ...op.cit., 738 ss.

49 Para analizar los distintos criterios v. Musgrave, R.A.: Finanza pubblica, equità, democrazia, Il Mulino, Bologna, 1995, pp. 311 ss. (trad. Public Finance in a Democratic Society, New York University Press, New Tork, 1986); Somaini, E.: Equità e riforma del sistema pensionistico. Un'analisi articolata della questione previdenziale: rapporti tra generazioni e intragenerazionali, Il Mulino, Bologna, 1996, pp. 62 ss.; Mazzaferro, C.: L'equità intergenerazionale del metodo contributivo, en VV.AA.: Verso un nuovo Stato sociale. Tendenze e criteri, Da Empoli, D., Muraro, G. (ed.), Franco Angeli, Milano, 1997, pp. 324 ss.; Piancastelli, F., Equità fra le generazioni: appunti per una analisi sociologica, ...op.cit., pp. 79 ss.; R. Casillo, La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione, ...op.cit., pp. 255-256.

50 Según este criterio Colozzi, I.: La riforma della previdenza è equa?, en VV.AA.: Lo stato sociale in Italia. Bilanci e prospettive, Donati, P. (ed.), Mondadori, Milano, 1999, pp. 98 ss..

51 Musgrave, R.A.: Finanza pubblica, equità, democrazia, ...op.cit., pp. 319 ss.; Somaini, E.: Equità e riforma del sistema pensionistico. Un'analisi articolata della questione previdenziale: rapporti tra generazioni e intragenerazionali, ...op. cit., pp. 63-64; Piancastelli, F.: Equità fra le generazioni: appunti per una analisi sociologica, ...op.cit., p. 80.

52 En este sentido Mazzaferro C., L'equità intergenerazionale del metodo contributivo, op. cit, pp. 326 ss.

53 Musgrave, R.A.: Finanza pubblica, equità, democrazia, ...op.cit., p. 320; Somaini, E.: Equità e riforma del sistema pensionistico. Un'analisi articolata della questione previdenziale: rapporti tra generazioni e intragenerazionali, ...op. cit., pp. 63-64; Piancastelli, F.: Equità fra le generazioni: appunti per una analisi sociologica, ...op.cit., p. 80.

también se ha propuesto o bien adoptar una proporción constante entre los valores promedios de las pensiones y de las remuneraciones durante un periodo determinado, a fin de garantizar a las distintas generaciones una relación estable entre estos factores[54], o bien establecer una tasa media de rendimiento de las cotizaciones para todas las generaciones, en función del crecimiento económico previsible a largo plazo[55].

A pesar de los diferentes criterios propuestos, estas lecturas coinciden en un aspecto fundamental de la cuestión, a saber, que el sistema de pensiones a repartición debe basarse en principios de equidad y solidaridad intergeneracional, ya que, por razones de justicia sustancial, debe evitar crear grandes disparidades de trato entre las distintas generaciones y, a mayor razón, entre las generaciones más próximas o entre los pensionistas actuales y los trabajadores que financian con sus propias cotizaciones las correspectivas prestaciones.

7. LOS DESEQUILIBRIOS INTERGENERACIONALES DEL SISTEMA DE PENSIONES ITALIANO

El debate sobre el tema de la equidad intergeneracional no ha sido dejado de lado ni siquiera dentro del ámbito parlamentario, el cual ha dado lugar a algunas propuestas para reformular el texto del artículo 38 de la Constitución de manera que se haga explícito el citado principio[56], aunque el mismo se deduce -como ya se ha visto- de los principios generales de la Constitución, además de que el principal problema que plantea este principio no es tanto su reconocimiento explícito en la Constitución sino más bien la identificación de un criterio adecuado para garantizar su concreta realización.

En este punto, la reflexión sólo puede centrarse en la regulación actual del sistema de pensiones, con el fin de determinar si se ajusta de algún modo al principio de equidad intergeneracional o si es incoherente o incluso contraria a una distribución equilibrada de los recursos entre generaciones.

En primer lugar, cabe señalar que, en comparación con otros países europeos, nuestro sistema de seguridad social ha estado desequilibrado durante mucho tiempo por el lado del gasto en pensiones, que absorbe una cantidad considerable de recursos que, de otro modo, podrían utilizarse para financiar otros instrumentos de protección social[57].

En realidad, la concentración de recursos en temas pensionarios no depende tanto del envejecimiento de la población, ya que otros países con tendencias demográficas similares no experimentan un igual desequilibrio en el gasto en pensiones, sino que hay que buscar reconectarla con la especial generosidad en el cálculo y en la duración de las prestaciones[58], manifestada en el pasado por el sistema. Y esta generosidad, que sigue generando hasta hoy elevados gastos para la financiación de las prestaciones, empezó a manifestarse en los años 70, precisamente cuando la demografía del país empezaba a revelar un progresivo envejecimiento de la población. En lugar de adaptar el sistema

54 Este es el criterio propuesto por Musgrave, R.A.: Finanza pubblica, equità, democrazia, ...op.cit., pp. 323 ss..

55 En este sentido, la regla elaborada por Somaini, E.: Equità e riforma del sistema pensionistico. Un'analisi articolata della questione previdenziale: rapporti tra generazioni e intragenerazionali, ...op.cit., pp. 56 ss.. Nello stesso senso Colozzi, I.: La riforma della previdenza è equa?, ...op.cit., pp. 98 ss.

56 Durante la XVII Legislatura se presentaron a la Cámara de Diputados dos proyectos de ley constitucional: la propuesta A.C. 3478 (*On. Mazziotti Di Celso et al., SCpI),* preveía la introducción en el cuarto párrafo del artículo 38 Constitución de la referencia a los «principios de equidad, razonabilidad y no discriminación entre generaciones», mientras que la propuesta A.C. 3858 (*On. Preziosi (PD) et al.)* proponía introducir un nuevo apartado en el artículo 38 de la Constitución con el siguiente texto: «El sistema de seguridad social está orientado a garantizar la adecuación del tratamiento, la solidaridad y la equidad entre generaciones, así como la sostenibilidad financiera».

57 Cfr. Boeri, T.: Perotti, R.: Meno pensioni più welfare, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 11 ss.

58 Degoli, M.C.: L'adeguatezza pensionistica e la crisi del modello assicurativo, … op.cit., pp. 74 ss.

al cambiante panorama demográfico, el legislador optó conscientemente por ampliar la promesa de pensiones, poniendo así en peligro el equilibrio intergeneracional durante las décadas siguientes.

El desequilibrio del gasto en pensiones es tal que aún hoy se sigue pagando un gran número de prestaciones que ya han alcanzado una duración incluso superior a los 37 años, lo que garantiza una rentabilidad considerable en relación con el importe de las cotizaciones pagadas[59] y, sin duda, una rentabilidad muy superior a la que se aplicará a las generaciones futuras[60].

Ni siquiera las reformas que tuvieron lugar en el periodo posterior, cuando el desequilibrio del gasto en pensiones exigió una intervención correctora del legislador[61], han garantizado una racionalización efectiva del sistema, no sólo porque se llevaron a cabo sobre la base de previsiones económicas y demográficas que resultaron demasiado optimistas[62], sino sobre todo porque el legislador quiso aplazar en el tiempo los efectos de los cambios estableciendo largos regímenes transitorios que tenían la única intención de salvaguardar políticamente las expectativas de quienes estaban más cerca de alcanzar los requisitos para obtener la pensión[63].

Especialmente significativo en este sentido es la gradualidad que acompañó al importante cambio en el sistema de cálculo de las pensiones, que durante mucho tiempo se calculó sobre la base del llamado criterio retributivo, que garantizaba una prestación igual al 80% de la remuneración del último período de la vida laboral tras haber cotizado cuarenta años al sistema. La Ley nº 335 de 1995 sustituyó el criterio de cálculo retributivo por el denominado criterio de cálculo contributivo, que equipara la prestación a la cuantía de las cotizaciones acumuladas durante la vida laboral[64] para garantizar una relación equilibrada entre prestación y cotizaciones[65].

Sin embargo, este nuevo criterio de cálculo quedó excluido -como es bien sabido- para los trabajadores que hubieran acumulado una antigüedad en el sistema igual o superior a dieciocho años al 1° de enero de 1996, para ellos el sistema continuó aplicándoles el *cálculo retributivo hasta que el Decreto Ley nº 201, de 6 de diciembre de 2011, convertido en Ley nº 214*[66], de 22 de diciembre de

---

59 Sobre este punto v. Centro Studi e Ricerche Itinerari Previdenziali (a cura di), La durata media delle pensioni. Approfondimento sulle pensioni italiane decorrenti dal 1980 al 2018 per numero, tipologia, genere e gestione, Itinerari Previdenziali, pp. 12 ss.. Véase también INPS, Osservatorio sulle pensioni vigenti. Pensioni per anno di decorrenza, en www.inps.it.

60 Sobre la particular generosidad de las tasas de rendimiento antes de las reformas de los años noventa v. Gronchi, S.: I rendimenti impliciti della previdenza obbligatoria: un'analisi delle iniquità del sistema, en Economia Italiana, 1995, pp. 41 ss.; Gronchi, S.: La sostenibilità delle nuove forme previdenziali ovvero il sistema pensionistico tra riforme fatte e da fare, en Economia Politica, 1998, pp. 298 ss..

61 Para una reconstrucción de las intervenciones de este periodo v. Degoli, M.C.: L'adeguatezza pensionistica e la crisi del modello assicurativo, … op.cit., pp. 75 ss.

62 Gronchi, S.: Le prospettive della previdenza di base, en Studi e note di Economia, 2001, pp. 34 ss.

63 Gronchi, S.: La sostenibilità delle nuove forme previdenziali ovvero il sistema pensionistico tra riforme fatte e da fare, ...op.cit., pp. 313 ss.; Treu, T.: Protezione sociale ed equilibrio integenerazionale, en WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 374/2018, pp. 5-6. Sulle riforme che hanno elevato l'età pensionabile v. Canavesi, G.: L'età pensionabile nella prospettiva previdenziale, en Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro, 2017, pp. 11 ss.

64 Así, Gronchi, S.: La sostenibilità delle nuove forme previdenziali ovvero il sistema pensionistico tra riforme fatte e da fare, ...op.cit., p. 297.

65 En general, sobre la relación entre cotizaciones y prestaciones v. Aaron, H.: The Social Insurance Paradox, en Canadian Journal of Economics and Political Science, 1966, pp. 371 ss.; Samuelson, P.: An Exact Consumption Loan Model of Interest with or without the Social Contrivance of Money, en Journal of Political Economy, 1958, pp. 467 ss..

66 Sobre esta reforma en general v. Canavesi, G.: L'età pensionabile nella prospettiva previdenziale, ...op.cit., pp. 50 ss.; Cinelli, M.: La *riforma delle pensioni* del governo "tecnico". Appunti sulla legge n. 214 del 2011, en Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2012, I, pp. 385 ss.; Sandulli, P.: Il sistema pensionistico tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214/2011, en Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, 2012, pp. 1 ss.

2011, extendió el sistema de cálculo contributivo a todos los trabajadores a partir del 1° de enero de 2012[67].

Conviene repetir que la gradualidad de las reformas de las pensiones no vino impuesta por imperativos constitucionales, sino por las decisiones discrecionales del legislador[68], que quiso evitar el llamado riesgo político del sistema de pensiones a repartición, que induce al responsable político a complacer las expectativas de las generaciones más próximas a la jubilación, en detrimento de los trabajadores que están llamados a soportar con sus propias cotizaciones el coste de esas decisiones[69]. Es en vano señalar que la decisión por la gradualidad se ha traducido automáticamente en una deuda implícita en materia de pensiones a cargo de los trabajadores que financian esas prestaciones, generando así fuertes disparidades de trato entre las generosas tasas de rendimiento de los pensionistas y los trabajadores en actividad cuya futura pensión se calculará íntegramente sobre la base del criterio de cálculo contributivo[7071].

Sin profundizar más en la evolución de la normativa en materia de pensiones a través de las generaciones, está bastante claro que el sistema sigue caracterizándose por algunas profundas desigualdades en la distribución de los recursos disponibles que son ciertamente incompatibles con la perspectiva de la equidad intergeneracional.

La disparidad de condiciones entre las distintas generaciones se ha acentuado, además, debido al objetivo de sostenibilidad financiera perseguido por las reformas de las pensiones iniciadas en los años noventa, lo que ha generado dudas sobre la garantía de adecuación de las prestaciones futuras[72]. En realidad, esto no significa que el objetivo de sostenibilidad y el de adecuación sean necesariamente incompatibles, dado que la sostenibilidad no constituye un valor autónomo preordenado al objetivo de eficiencia económica, sino un criterio que desde el punto de vista constitucional es funcional a la adecuación de las prestaciones futuras[73], de modo que la sostenibilidad, una vez entendida como una distribución equilibrada de los recursos, constituye la condición indispensable para garantizar la adecuación en el tiempo[74].

El contraste entre sostenibilidad y adecuación no surge entonces del significado de estos principios, sino de la elección del legislador de repartir los costes de la sostenibilidad de forma desigual entre las distintas generaciones, favoreciendo a unas generaciones en detrimento de otras que ven así peligrar la garantía de la adecuación en el futuro.

---

67 La reforma fue anticipada por la futura Ministra de Trabajo en su obra: Fornero, E., Castellino, O. (ed.), La riforma del sistema previdenziale italiano, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 39 ss.

68 Persiani, M.: Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata, en Argomenti di Diritto del Lavoro, 1998, p. 323.

69 Del riesgo político de las pensiones hablan Amato, G., Marè, M.: Il gioco delle pensioni: rien ne va plus?, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 87 ss., que identifican la solución del problema en la salida de las nuevas generación del sistema de repartición a través de las pensiones complementarias. Para una crítica sobre el punto v. Cinelli, M.: "*Operazione verità*" sui fondi pensione, en Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2007, I, pp. 475 ss..

70 A este respecto, permítaseme remitirnos a Ludovico, G.: Sostenibilità e adeguatezza della tutela pensionistica: gli effetti della crisi economica sul sistema contributivo, ...op.cit., pp. 923 ss..

71 Sobre el envejecimiento activo, véase, en todo sentido, Bozzao, P.: Anzianità, lavori e diritti, Esi, Napoli, 2017, pp. 18 ss.

72 Raitano, M.: Carriere fragili e pensioni attese: i possibili correttivi al sistema contributivo e la proposta di una pensione di garanzia, en Rivista delle Politiche Sociali, 2011, pp. 99 ss.

73 Cfr. Cinelli, M.: "*Operazione verità*" sui fondi pensione, ...op.cit., p. 475 ss.

74 Cfr. Persiani, M.: Crisi economica e crisi del welfare state, ...op.cit., pp. 644 ss.; Cinelli, M.: La sfida demografica al sistema delle pensioni tra immaginario e realtà, en Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, 2003, p. 441; Fornero, E.: Crisi finanziaria e riforme previdenziali: quale ripensamento critico?, en Politica Economica, 2009, p. 64.

Por lo tanto, el problema de la sostenibilidad no implica ninguna contraposición entre jóvenes y ancianos como a veces se tiende a simplificar, sino más bien una distribución equilibrada de los recursos disponibles desde la visión de la equidad intergeneracional y el respeto de los valores constitucionales que constituyen la base del vínculo de solidaridad entre generaciones para garantizar los derechos sociales y la adecuación de las prestaciones también para los trabajadores actuales.

8. LA EQUIDAD INTERGENERACIONAL SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El debate sobre la solidaridad intergeneracional en el sistema de seguridad social ha puesto en evidencia cómo la atribución a este principio de un significado jurídico vinculante para el legislador debería de conducir a nuevos escenarios interpretativos en la valoración de la legitimidad constitucional de las intervenciones legislativas en materia de pensiones.

Más concretamente, una vez aclarado que los deberes inderogables de solidaridad social del artículo 2 de la Constitución son funcionales a la garantía de la adecuación también de las prestaciones de jubilación de las generaciones futuras, será inevitable concluir que la constitucionalidad de las decisiones del legislador deberá apreciarse no sólo en función de sus efectos actuales, sino también y sobre todo en función de las consecuencias que dichas decisiones provoquen en el tiempo[75]. Desde una valoración sincrónica y actual, el Tribunal Constitucional debería pasar a un juicio de legitimidad proyectado sobre los efectos futuros de las decisiones actuales[76].

En realidad, esta perspectiva de extender en el tiempo el criterio de valoración de la legitimidad constitucional no parece haber encontrado hasta ahora confirmación alguna en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que en algunas decisiones parece en cambio seguir utilizando un parámetro de valoración todavía referido a la exclusiva salvaguarda de los derechos de los pensionistas actuales sin consideración alguna por los efectos sobre las prestaciones de las generaciones futuras[77].

Esto es lo que se deduce fácilmente de la controvertida sentencia n.º 70 de 2015[78], en la que el Tribunal declaró ilegítimo el artículo 24, párrafo 25, del citado Decreto-ley n.º 201/2011, en la parte en que disponía, para los años 2012 y 2013, la congelación de la revalorización automática de las pensiones que superasen tres veces la cuantía mínima. Sin entrar en los detalles de una decisión ampliamente criticada[79], basta considerar cómo el Tribunal entendió que se habían vulnerado los

[75] Sobre este punto véase Spadaro, A.: L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione, ...op.cit., p. 108, que se refiere a «un verdadero neoparámetro de constitucionalidad».; Spadaro, A.: I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile), en Rivista AIC, 2011, n. 4, p. 21; Porena, D.: Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale, ...op.cit., pp. 185-186.

[76] Ludovico, G.: Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte costituzionale, …op.cit., pp. 815 ss.

[77] Para un análisis de la jurisprudencia constitucional v. Arconzo, G.: La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli articoli 38, 81 e 97 Cost., en Diritto delle Relazioni Industriali, 2019, pp. 1 ss..

[78] Tribunal Constitucional 30 de abril de 2015, n. 70, cit..

[79] La sentencia ha sido comentada por numerosos autores: Barbera, A.: La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte, en Rivista AIC, 2015, pp. 5 ss.; Persiani, M.: Ancora sull'esigenza di una solidarietà previdenziale, ...op.cit., pp. 552 ss.; Persiani, M.: Ancora incertezze su adeguatezza e proporzionalità delle prestazioni pensionistiche, en Giurisprudenza Italiana, 2015, pp. 1186 ss.; Ferrante, V.: Incostituzionale il blocco della perequazione delle pensioni, en Diritto delle Relazioni Industriali, 2015, pp. 840 ss.; Bozzao, P.: L'"adeguatezza retributiva" delle pensioni: meccanismi perequativi e contenimento della spesa nella recente lettura della Corte costituzionale, en Federalismi.it, n. 10, 2015; Cinelli, M.: Sostenibilità economico-sociale e sindacato di legittimità costituzionale (ancora a proposito della sentenza n. 70 del 2015), en Il Diritto del Mercato del Lavoro, 2015, pp. 543 ss.; Cinelli, M.: Illegittima la reiterazione del blocco della perequazione delle pensioni: Le ragioni,

límites de razonabilidad y proporcionalidad a causa de la suspensión indiferenciada del mecanismo de revalorización por encima del importe *mínimo*, considerando injustificable tal medida a través de la genérica referencia de la norma a la «situación financiera contingente».

Recordando otro precedente en la materia[80], el Tribunal reconoció el derecho de los actuales pensionistas a la conservación automática del importe de sus pensiones, volviendo a proponer, con un claro retorno al pasado, la estrecha vinculación entre los principios de suficiencia y proporcionalidad de las retribuciones del artículo 36 de la Constitución y de adecuación de las prestaciones de la Seguridad Social del artículo 38 de la Constitución[81].

El aspecto más criticado de este pronunciamiento fue la falta de consideración por parte del juez constitucional de la función redistributiva del sistema de pensiones también en el plano intergeneracional[82], ya que evidentemente no era posible valorar la adecuación actual de las prestaciones de jubilación sin considerar, al mismo tiempo, el impacto de la revalorización automática de las pensiones actuales sobre la solidaridad intergeneracional a la que, por otra parte, el artículo 24 del Decreto-ley nº 201/2011 hacía referencia explícita[83].

Evidentemente, estas reflexiones no pretenden negar que las intervenciones para reducir el gasto en pensiones deban ir necesariamente acompañadas del respeto del principio de racionalidad, como ha subrayado reiteradamente el juez constitucional[84], ni afirmar que las intervenciones del legislador sobre las pensiones actuales sean una garantía de adecuación automática de las pensiones futuras[85].

Sin embargo, no puede ignorarse que la salvaguarda del mecanismo de revalorización automática fue garantizada por el Tribunal Constitucional con referencia a las prestaciones de jubilación que ya se han beneficiado de una importante tasa de rentabilidad con respecto a las cotizaciones pagadas,

---

en Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, 2015, pp. 429 ss.; Cinelli, M.: L'«effettività» delle tutele sociali tra utopia e prassi, ...op.cit., pp. 21 ss.; Leone, G.: Progressività e ragionevolezza nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: alcune riflessioni sulla sentenza n. 70/2015, en Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2015, II, pp. 845 ss.; D'Onghia, M.: La Consulta ridà linfa all'effettività dei diritti previdenziali: la sentenza n. 70/2015 in tema di perequazione automatica, en Rivista Giuridica del Lavoro, 2015, II, pp. 371 ss.; D'Onghia, M.: Sostenibilità economica versus sostenibilità sociale nella legislazione previdenziale, en Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, 2015, pp. 319 ss., Occhino, A.: I diritti sociali nell'interpretazione costituzionale, cit., 14 ss., y los comentarios publicados en VV.AA.: La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale Barbieri, M., D'Onghia, M. (ed.), en W.P.C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", Coll. Vol., 4/2015.

80 Tribunal Constitucional 11 de noviembre de 2010, n. 316, cit..

81 En contraste con la orientación más reciente que había negado el vínculo entre los arts. 36 y 38 Const.: Tribunal Constitucional 3 de noviembre de 2005, n. 409, en Giustizia Civile, 2006, p. 2543 ss.; Tribunal Constitucional 18 de diciembre de 2002, n. 531; Tribunal Constitucional 17 de julio de 2001, n. 256, cit.; Tribunal Constitucional 7 de mayo de 1993 n. 226; Tribunal Constitucional 24 de febrero de 1992, n. 62, en Giustizia Civile, 1992, pp. 326 ss.; Tribunal Constitucional 10 de febrero de 1993, n. n. 42, en Giustizia Civile, 1993, pp. 310 ss.; Tribunal Constitucional 15 de marzo de 1991, n. 119; Tribunal Constitucional 18 de enero de 1991, n. 20, en Lavoro e Previdenza Oggi, 1992, pp. 590 ss.; Tribunal Constitucional 7 de julio de 1986, n. 173, cit..

82 Bozzao, P.: Il pensiero della Consulta sul blocco pensionistico: adeguatezza "retributiva" o "redistributiva" della pensione?, en Il Diritto del Mercato del Lavoro, 2015, pp. 361 ss.; Ludovico, G.: Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte costituzionale, …op.cit., pp. 835 ss.

83 Así, Persiani, M.: Ancora sull'esigenza di una solidarietà previdenziale, ...op.cit., p. 554. Nello stesso senso Bozzao, P.: L'"adeguatezza retributiva" delle pensioni: meccanismi perequativi e contenimento della spesa nella recente lettura della Corte costituzionale, ...op.cit., p. 10; Ferrante, V.: Incostituzionale il blocco della perequazione delle pensioni, ...op.cit., p. 845; Casillo, R.: La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione, ...op.cit., pp. 65-66.

84 Sobre el punto v. Ales, E.: Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettazione giuslavoristica, ...op.cit., p. 469; Giubboni, S.: La perequazione automatica delle pensioni tra legislatore e giudice costituzionale, en Politiche Sociali, 2015, pp. 530 ss.

85 Cfr. Cinelli, M.: L'«effettività» delle tutele sociali tra utopia e prassi, ...op.cit., pp. 31-32.

a diferencia de los trabajadores actuales que deben soportar el coste de la revalorización sin poder disfrutar de una tasa de rentabilidad similar debido a las sucesivas reformas de las pensiones.

Entonces, la verdadera cuestión radica en que en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional se ha obviado por completo la perspectiva de la solidaridad intergeneracional en favor de una concepción exclusivamente individualista de la prestación que no tiene en cuenta el delicado equilibrio en el tiempo del mecanismo de financiación a repartición del sistema de pensiones.

El diálogo entre el legislador y el Tribunal Constitucional continuó con la sentencia núm. 173 de 2016[86], que en cambio consideró legítimo el artículo 1, párrafos 483 y 486, de la Ley núm. 147/2013, que, ya en vigor en el momento de la sentencia núm. 70, había previsto, para el trienio 2014-2016, una remodelación de la revalorización y una «contribución de solidaridad» a cargo de las pensiones que superasen catorce veces el tratamiento mínimo. El Tribunal aclaró que el nuevo régimen de revalorización difiere del anterior en la progresividad de las reducciones, mientras que la contribución de solidaridad se consideró legítima porque los recursos correspondientes se mantienen dentro del «circuito de la seguridad social»[87] como «medida de solidaridad "fuerte"*» también «con* una visión de la solidaridad intergeneracional».

La posterior Sentencia núm. 250 de 2017[88] reconoció la legitimidad del Decreto-ley núm. 65/2015, convertido con modificaciones en la Ley núm. 109/2015, que, refiriéndose explícitamente al objetivo de «salvaguardar la solidaridad intergeneracional», ha sustituido la norma declarada ilegítima por la Sentencia núm. 70 de 2015 con un nuevo régimen de suspensión de la revalorización automática. Sin embargo, incluso la motivación de esta posterior sentencia, aun refiriéndose explícitamente a la solidaridad intergeneracional, interpreta el principio de razonabilidad con referencia exclusiva al interés de los pensionistas actuales en preservar el poder adquisitivo de la prestación[89] sin ninguna valoración concreta de los efectos de este interés sobre el ulterior y no menos importante interés de los actuales trabajadores a la adecuación de las prestaciones futuras [90].

En términos más explícitos se expresó la posterior sentencia del Tribunal Constitucional núm. 234 de 2020, en la que se reconocen las «connotaciones intergeneracionales» del mecanismo de reducción de la revalorización de las pensiones y de la imposición de la contribución de solidaridad introducido por la Ley 145 de 2018[91], admitiendo, al mismo tiempo, que «el progresivo envejecimiento de la población y la erosión de la base productiva» han hecho «cada vez más frágil el pacto entre generaciones, sobre el que se funda el sistema de seguridad social»[92].

---

86 Tribunal Constitucional 13 de julio de 2016, n. 173, en Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2017, II, pp. 161 ss.

87 Sandulli, P.: Per un modello anche equo di perequazione, en VV.AA.: La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale Barbieri, M., D'Onghia, M. (ed.), ...op.cit., p. 81.

88 Tribunal Constitucional 1° de diciembre de 2017, n. 250, en Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2018, II, pp. 362 ss.

89 Persiani, M.: Ancora un tentativo non riuscito di individuare il principio costituzionale di sistema in materia previdenziale, en Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali, 2018, p. 170.

90 Persiani, M.: Ancora un tentativo non riuscito di individuare il principio costituzionale di sistema in materia previdenziale, …op. cit., pp. 170 ss.

91 Sobre este punto Cinelli, M.: I prelievi sulle pensioni d'oro: alla Corte costituzionale la narrazione, alla Corte dei conti l'epilogo? I nodi non sciolti dalla sentenza n. 234/2020, en Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, 2021, pp. 163 ss.; Cinelli, M., Prelievi «di solidarietà» sulle pensioni e principio di ragionevolezza, en Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2021, I, pp. 105 ss.

92 Tribunal Constitucional 9 de noviembre de 2020, n. 234, en Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, 2020, pp. 831 ss.

En una perspectiva similar parecen situarse algunas sucesivas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[93], que, llamado a juzgar precisamente sobre la legitimidad del Decreto-ley italiano n.º 65 de 2015, han excluido cualquier motivo de conflicto con el artículo 1 del Protocolo y con el párrafo 1 del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos[94], considerando decisiva, a efectos de ponderar el interés general y la protección de los derechos fundamentales de las personas, la necesidad perseguida por el decreto de salvaguardar la pervivencia del sistema de pensiones italiano «para las generaciones futuras».

9. SOSTENIBILIDAD Y ADECUACIÓN FUTURA DE LAS PENSIONES EN EL MÉTODO ABIERTO DE COORDINACIÓN EUROPEO

La cuestión de la solidaridad intergeneracional no concierne evidentemente sólo al sistema de pensiones italiano que incluso está sometido a mayores tensiones demográficas debido al acentuado envejecimiento de la población, sino que concierne transversalmente a todos los sistemas de pensiones europeos cuya disciplina, no por casualidad, ha sido incluida en el método abierto de coordinación[95] con el fin de combinar sostenibilidad y adecuación «en un espíritu de solidaridad y equidad entre las generaciones»[96].

En 2012, la Comisión Europea publicó un *Libro Blanco*[97] dedicado específicamente a los sistemas de pensiones titulado "*Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles"* [98], que incorporaba los resultados de la consulta realizada en 2010 con el *Libro Verde* titulado *"En pos de unos sistemas de pensiones* europeos adecuados, sostenibles y seguros" [99].

---

93 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Primera), 19 de julio de 2018, n. 27166 e 27167, A.C. Aielli, G. Arboit e altri contro l'Italia.

94 El artículo 1 de la Convención establece que « Las Altas Partes Contratantes deberán asegurarles a todas las personas bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en la Sección I de esta Convención », y el párrafo 1 del artículo 6, que « En la determinación de sus derechos y obligaciones civiles o de cualquier cargo criminal en su contra, cualquier persona tiene derecho a una vista pública dentro de un tiempo razonable por un tribunal imparcial e independiente establecido por la ley. El juicio deberá pronunciarse públicamente, pero la prensa y el público podrán ser excluidos de todo o parte del juicio por razones morales, de orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática cuando los intereses de menores o la protección de la vida privada de las partes así lo requiera, o hasta el punto estrictamente necesario de que en circunstancias especiales, según la opinión del tribunal, la publicidad perjudique los intereses de la justicia».

95 Sobre el método abierto de coordinación v. Casillo, R.: La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione, ...op. cit., pp. 79 ss.; Valenti, V.: Diritto alla pensione e questione intergenerazionale. Modello costituzionale e decisioni politiche...op.cit., pp. 105 ss.; Busilacchi, G., Jessoula, M., Raitano, M.: Il MAC le politiche pensionistiche: Italia, Europa, en Rivista delle Politiche Sociali, 2009, pp. 169 ss.; Ravelli, F.: Il «MAC/pensioni» nel quadro del coordinamento delle politiche sociali comunitarie, en Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, 2009, pp. 593 ss.

96 COM (2008) 418 def., Un rinnovato impegno a favore dell'Europa sociale: rafforzamento del metodo di coordinamento aperto per la protezione sociale e l'integrazione sociale.

97 La publicación del Libro Blanco coincidió con la proclamación de 2012 como el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad entre las Generaciones (Decisión n.º 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2011). Algunas de las indicaciones contenidas en el Libro Blanco se incorporaron posteriormente al Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento 2012 elaborado por la Comisión Europea (COM (2011) 815, def.) e incorporada a la Estrategia Europa 2020 (COM (2010) 2020).

98 COM (2012) 55, def.. El tema de la solidaridad intergeneracional ya había sido objeto de la Comunicación de la Comisión de 2007 «Promover la solidaridad entre las generaciones» (COM(2007) 244, final), de las conclusiones del Consejo de Estocolmo de 2001 que habían recordado la necesidad de «garantizar la adecuación de los sistemas de pensiones» «manteniendo al mismo tiempo la sostenibilidad de las finanzas públicas y la solidaridad intergeneracional», y de la Comunicación del Consejo de Lisboa de 2000, titulada «Evolución futura de la protección social desde una perspectiva a largo plazo: Pensiones seguras y viables» (COM (2000) 622, final), en la que se reconocía que «una estrategia global para garantizar pensiones adecuadas a pesar del cambio demográfico sólo puede concebirse y aplicarse sobre la base del consenso entre las generaciones...».

99 COM (2010) 365, def..

Las consideraciones del Libro Blanco son especialmente relevantes a los efectos aquí considerados en la parte en la cual aclaran que el objetivo de sostenibilidad perseguido por la mayoría de los legisladores europeos «provocará a una disminución de las tasas de sustitución», planteando serias dudas sobre la capacidad de las futuras pensiones para proporcionar unos «ingresos adecuados» que garanticen «un nivel de vida digno»[100].

La atención de las instituciones europeas, que en un principio se había centrado únicamente en la sostenibilidad financiera, ha pasado así a evaluar también la adecuación de los sistemas de pensiones, que desde 2012 es objeto de un especial monitoreo trienal por parte de la Comisión Europea y el Comité de Protección Social[101] que ha sido efectuado últimamente en coherencia con el Principio nº 15 del Pilar Europeo de Derechos Sociales, que reconoce el derecho de los trabajadores a una «pensión proporcional a las cotizaciones y que garantice unos ingresos adecuados», y con la Declaración de La Hulpe de 16 de abril de 2024, que interpreta este principio a la luz de los de «equidad y solidaridad intergeneracional».

Así, en el *Pension Adequacy Report* de 2024 las evaluaciones referidas a la protección de las pensiones italianas destacan cómo «A pesar del elevado gasto en pensiones, la adecuación de las pensiones es desigual en Italia» en el sentido de que «el sistema obligatorio de pensiones es eficaz para garantizar el mantenimiento de los ingresos del pensionista medio» pero «la desigualdad de los ingresos por pensiones sigue siendo elevada»[102].

Por tanto, la verdadera cuestión que plantea nuestro sistema de pensiones está representada por su capacidad futura para seguir proporcionando protección contra la pobreza y una protección adecuada contra la necesidad extrema, dado que «ninguna generación podrá disfrutar nunca de los beneficios de un sistema de pensiones justo y equilibrado desde el punto de vista financiero si la generación anterior no ha hecho un esfuerzo en este sentido»[103].

10. BIBLIOGRAFÍA

Aaron, H.: *The Social Insurance Paradox*, in *Canadian Journal of Economics and Political Science*, 1966, pp. 371 ss.

Ales, E.: *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettazione giuslavoristica*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali,* 2015, pp. 466 ss.

Alstott, A.: *A new deal for old age. Toward a progressive retirement,* Harvard University Press, 2016

Alstott, A.: *Law and the hundred-year life*, in *The Elder Law Journal,* 2018, pp. 131 ss.

Amato, G., Marè, M.: *Il gioco delle pensioni:* rien ne va plus*?*, Il Mulino, Bologna, 2007

Arconzo, G.: *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli articoli 38, 81 e 97 Cost.*, in *Diritto delle Relazioni Industriali,* 2019, pp. 1 ss..

Baldassarre, A.: *Diritti della persona e valori costituzionali,* Giappichelli, Torino, 1997, p. 214;

[100] Libro Bianco. Un'agenda dedicata a pensioni adeguate, sicure e sostenibili, … op.cit., pp. 4-5.

[101] The 2024 Pension Adequacy Report: current and future income adequacy in old age in the EU, Vol. I e II, Lussemburgo, 2018.

[102] The 2024 Pension Adequacy Report: current and future income adequacy in old age in the EU, … op.cit., Vol. II, pp. 154 ss.

[103] Así, S. Gronchi, La sostenibilità delle nuove forme previdenziali ovvero il sistema pensionistico tra riforme fatte e da fare, ...op.cit., p. 296.

Baldassarre, A.: *Diritti sociali,* in *Enciclopedia Giuridica Treccani,* Vol. XI, Treccani, Roma, 1989*,* p. 30 ss.

Barbera, A.: *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Rivista AIC*, 2015, pp. 5 ss.

Barbieri, M., D'Onghia, M. (ed.)*, La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale* in *W.P.C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", Coll. Vol.,* 4/2015.

Bifulco, R., D'Aloia, A. (ed.): *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli, 2008

Bifulco, R.: *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Franco Angeli, Milano, 2008

Bifulco, R.: *Futuro e costituzione. Premesse per uno studio sulla responsabilità verso le generazioni future*, in *Diritti umani, biopolitica e globalizzazione*, Tarantino, A., Corsano R. (ed.), Giuffrè, Milano, 2006, pp. 46 ss.

Blais, M.C.: *Solidarietà. Storia di un'idea,* Giuffrè, Milano, 2012

Boeri, T.: Perotti, R.: *Meno pensioni più welfare,* Il Mulino, Bologna, 2002

Bozzao, P.: *Anzianità, lavori e diritti,* Esi, Napoli, 2017

Bozzao, P.: *Il pensiero della Consulta sul blocco pensionistico: adeguatezza "retributiva" o "redistributiva" della pensione?*, in *Il Diritto del Mercato del Lavoro,* 2015, pp. 361 ss.

Bozzao, P.: *L'"adeguatezza retributiva" delle pensioni: meccanismi perequativi e contenimento della spesa nella recente lettura della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 10, 2015

Bozzao, P.: *La tutela previdenziale del lavoratore discontinuo. Problemi e prospettive del sistema di protezione sociale*, Giappichelli, Torino, 2005

Bozzao, P.: *Le misure di sostegno al reddito per il lavoro discontinuo*, in *Lavoro e Diritto,* 2007, pp. 29 ss.

Busilacchi, G., Jessoula, M., Raitano, M.: *Il MAC le politiche pensionistiche: Italia, Europa*, in *Rivista delle Politiche Sociali*, 2009, pp. 169 ss.

Canavesi, G.: *L'età pensionabile nella prospettiva previdenziale,* in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro,* 2017, pp. 11 ss.

Casillo, R.: *Coerenza ed equità nella manutenzione del sistema pensionistico dopo la legge 22 dicembre 2011, n. 214*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2019, pp. 746 ss.

Casillo, R.: *La pensione di vecchiaia. Un diritto in trasformazione,* Esi, Napoli, 2016

Casillo, R.: *Profili di insostenibilità giuridica e sociale dell'attuale tutela pensionistica di vecchiaia*, in *Il Diritto del Mercato del Lavoro*, 2014, pp. 611 ss.

Centro Studi e Ricerche Itinerari Previdenziali (a cura di), *La durata media delle pensioni. Approfondimento sulle pensioni italiane decorrenti dal 1980 al 2018 per numero, tipologia, genere e gestione*, Itinerari Previdenziali

Cinelli, M., *Prelievi «di solidarietà» sulle pensioni e principio di ragionevolezza,* in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro,* 2021, I, pp. 105 ss.

Cinelli, M.: "*Operazione verità*" *sui fondi pensione*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2007, I, pp. 475 ss..

Cinelli, M.: *«Nuovi lavori» e tutele: quali spazi per la previdenza sociale?*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2005, I, pp. 225 ss.

Cinelli, M.: *I livelli di garanzia nel sistema previdenziale*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 1999, pp. 65 ss.

Cinelli, M.: *I prelievi sulle pensioni d'oro: alla Corte costituzionale la narrazione, alla Corte dei conti l'epilogo? I nodi non sciolti dalla sentenza n. 234/2020*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2021, pp. 163 ss.

Cinelli, M.: *Illegittima la reiterazione del blocco della perequazione delle pensioni: Le ragioni*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2015, pp. 429 ss.

Cinelli, M.: *L'«adeguatezza» della prestazione previdenziale tra parità e proporzionalità*, in *Il Foro Italiano*, 1986, I, pp. 1773 ss.

Cinelli, M.: *L'«effettività» delle tutele sociali tra utopia e prassi*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2016, pp. 29 ss..

Cinelli, M.: *La riforma delle pensioni del governo "tecnico". Appunti sulla legge n. 214 del 2011*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro,* 2012, I, pp. 385 ss.

Cinelli, M.: *La sfida demografica al sistema delle pensioni tra immaginario e realtà*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale,* 2003, p. 441 ss.

Cinelli, M.: *Occupazione, protezione sociale, nuovi modelli di welfare: alcune riflessioni,* in *Jus*, 2010, pp. 419 ss.

Cinelli, M.: *Previdenza sociale e orientamenti della giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1999, I, pp. 89 ss.

Cinelli, M.: *Sostenibilità economico-sociale e sindacato di legittimità costituzionale (ancora a proposito della sentenza n. 70 del 2015)*, in *Il Diritto del Mercato del Lavoro*, 2015, pp. 543 ss.

Cinelli, M.: voce *Sicurezza Sociale,* in *Enciclopedia del Diritto,* vol. XLII, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 499 ss.

Colozzi, I.: *La riforma della previdenza è equa?*, in *Lo stato sociale in Italia. Bilanci e prospettive*, Donati, P. (ed.), Mondadori, Milano, 1999, pp. 98 ss..

D'Aloia, A.: voce *Generazioni future (Diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del Diritto,* Agg., Giuffrè, Milano, 2016, pp. 331 ss.

D'Onghia, M.: *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 135 ss.

D'Onghia, M.: *Gli ammortizzatori sociali in mancanza di lavoro: il lento e difficile cammino verso un "welfare" universale*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2022 pp. 687 ss.

D'Onghia, M.: *La Consulta ridà linfa all'effettività dei diritti previdenziali: la sentenza n. 70/2015 in tema di perequazione automatica*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2015, II, pp. 371 ss.

D'Onghia, M.: *Sostenibilità economica versus sostenibilità sociale nella legislazione previdenziale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale,* 2015, pp. 319 ss.

Degoli M.C.: *L'adeguatezza pensionistica e la crisi del modello assicurativo,* Giappichelli, Torino, 2023

Donati, P.: *Equità fra le generazioni: una nuova norma sociale,* in *Sociologia e Politiche Sociali,* 2003, pp. 19 ss.

Ferrante, V.: *Incostituzionale il blocco della perequazione delle pensioni,* in *Diritto delle Relazioni Industriali,* 2015, pp. 840 ss.

Ferraro, G.: *I diritti quesiti tra giurisdizione e legiferazione*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro,* 1995, I, pp. 314 ss.

Fondazione Bruno Visentini, *Il divario generazionale tra conflitti e solidarietà. Vincoli, norme, opportunità: generazioni al confronto, Rapporto 2017,* Dialoghi, 2017

Fornero, E., Castellino, O. (ed.), *La riforma del sistema previdenziale italiano,* Il Mulino, Bologna, 2001

Fornero, E.: *Crisi finanziaria e riforme previdenziali: quale ripensamento critico?*, in *Politica Economica*, 2009, p. 64 ss.

Giubboni, S.: *La perequazione automatica delle pensioni tra legislatore e giudice costituzionale*, in *Politiche Sociali,* 2015, pp. 530 ss.

Giubboni, S.: *Solidarietà,* in *Politica del Diritto,* 2012, p. 536

Giubboni, S.: *Solidarietà. Un itinerario di ricerca,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2022

Giuffrè, F.: *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale,* Giuffrè, Milano, 2002

Gratton, L., Scott, A.: *The 100-year life: Living and Working in an Age of Longevity*, Bloomsbury, 2016

Gronchi, S.: *I rendimenti impliciti della previdenza obbligatoria: un'analisi delle iniquità del sistema*, in *Economia Italiana*, 1995, pp. 41 ss.

Gronchi, S.: *La sostenibilità delle nuove forme previdenziali ovvero il sistema pensionistico tra riforme fatte e da fare*, in *Economia Politica,* 1998, pp. 298 ss..

Gronchi, S.: *Le prospettive della previdenza di base,* in *Studi e note di Economia,* 2001, pp. 34 ss.

House, K.: *Sustainability and intergenerational justice in age-related transfers,* in *International Handbook on Ageing and Public Policy,* Harper, S.: Hamblin K. (ed.), Edward Elgar, Cheltenham, 2014, pp. 206 ss.

Lagala, C.: *Precariato e Welfare in Italia*, Ediesse, Roma, 2005

Leone, G.: *Progressività e ragionevolezza nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: alcune riflessioni sulla sentenza n. 70/2015,* in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro,* 2015, II, pp. 845 ss.

Luciani, M.: *Generazioni future. Distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali,* in Bifulco, R., D'Aloia, A. (ed.): *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli, 2008, pp. 436 ss.

Ludovico, G.: *Il principio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro,* 2021, n. 4, pp. 815 ss.

Ludovico, G.: *La solidarietà intergenerazionale nel sistema pensionistico: fascino e limiti di un principio necessario,* in *Diritto delle Relazioni Industriali,* 2019, n. 1, pp. 28 ss.

Ludovico, G.: *Sostenibilità e adeguatezza della tutela pensionistica: gli effetti della crisi economica sul sistema contributivo*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2013, pp. 909 ss.

Mazzaferro, C.: *L'equità intergenerazionale del metodo contributivo*, in *Verso un nuovo Stato sociale. Tendenze e criteri*, Da Empoli, D., Muraro, G. (ed.), Franco Angeli, Milano, 1997, pp. 324 ss.

Menga, F.: *Per una giustizia iperbolica e intempestiva. Riflessioni sulla responsabilità intergenerazionale in prospettiva fenomenologica*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2014, n.14, pp. 713 ss.

Mengoni, L.: *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa,* Vita e Pensiero, Milano, 2004

Musgrave, R.A.: *Finanza pubblica, equità, democrazia,* Il Mulino, Bologna, 1995

Occhino, A.: *I diritti sociali nell'interpretazione costituzionale*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2017, pp. 16 ss.

Occhino, A.: *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali,* Giappichelli, Torino, 2004

Parfit, D.: *Ragioni e persone,* Il Saggiatore, Milano, 1989

Persiani, M.: *Ancora incertezze su adeguatezza e proporzionalità delle prestazioni pensionistiche*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2015, pp. 1186 ss.

Persiani, M.: *Ancora sull'esigenza di una solidarietà previdenziale*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro,* 2016, pp. 558 ss.

Persiani, M.: *Ancora un tentativo non riuscito di individuare il principio costituzionale di sistema in materia previdenziale*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali,* 2018, p. 170.

Persiani, M.: *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata,* in *Argomenti di Diritto del Lavoro,* 1998, p. 323 ss.

Persiani, M.: *Conflitto industriale e conflitto generazionale (cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale)*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro,* 2006, pp. 943 ss..

Persiani, M.: *Crisi economica e crisi del welfare state*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali,* 2013, pp. 661 ss.

Persiani, M.: *Diritto della sicurezza sociale,* in *Enciclopedia del Diritto,* Annali, IV, 2011, Giuffrè, Milano, pp. 449 ss.

Persiani, M.: *Il sistema giuridico della previdenza sociale,* Cedam, Padova, 1960

Persiani, M.: *L'irragionevole confusione tra prelievo fiscale e solidarietà previdenziale*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro,* 2013, p. 945 ss.

Pessi, R.: *Tutele previdenziali ed assicurative nello scenario dei nuovi modelli negoziali*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2006, pp. 39 ss.

Piancastelli, F.: *Equità fra le generazioni: appunti per una analisi sociologica,* in *Sociologia e Politiche Sociali,* 2003, pp. 60 ss..

Pinelli, C.: *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principi di equilibrio finanziario,* in *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale,* Ruggeri, A. (ed.), Giappichelli, Torino, 1994, pp. 550 ss.

Pisanò, A.: *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 148 ss.

Porena, D.: *Il "rango" del principio dello sviluppo sostenibile nella gerarchia delle fonti del diritto: norme pattizie, consuetudini internazionali ed art. 10 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 2016, n. 15

Porena, D.: *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino, 2018

Pratesi, S.: *Generazioni future? Una sfida per i diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2007

Prosperetti, G.: *Categorie giuridiche, lavoro,* welfare: *l'evoluzione degli istituti giuridici,* in *Argomenti di Diritto del Lavoro,* 2017, p. 309 ss.

Raitano, M.: *Carriere fragili e pensioni attese: i possibili correttivi al sistema contributivo e la proposta di una pensione di garanzia*, in *Rivista delle Politiche Sociali*, 2011, pp. 99 ss.

Raitano, M.: *I primi anni di carriera: lavoro atipico, povero e a bassa accumulazione contributiva. L'evidenza di un panel di lavoratori italiani*, in *Rivista delle Politiche Sociali*, 2012, pp. 110 ss.

Ravelli, F.: *Il «MAC/pensioni» nel quadro del coordinamento delle politiche sociali comunitarie*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2009, pp. 593 ss.

Rawls, J.: *Una teoria della giustizia,* Feltrinelli, Milano, 2017

Rodotà, S.: *Solidarietà. Un'utopia necessaria,* Laterza, Bari, 2014

Samuelson, P.: *An Exact Consumption Loan Model of Interest with or without the Social Contrivance of Money*, in *Journal of Political Economy*, 1958, pp. 467 ss..

Sandulli, P.: *Il sistema pensionistico tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214/2011*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale,* 2012, pp. 1 ss.

Sandulli, P.: *Per un modello anche equo di perequazione*, in *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale* Barbieri, M., D'Onghia, M. (ed.)*,* in *W.P.C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", Coll. Vol.,* 4/2015*,* p. 81 ss.

Sandulli, P.: *Tutela previdenziale e assistenziale dei lavoratori atipici nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Lavoro e Diritto*, 2003, pp. 410 ss..

Schokkaert, E., Van Parijs, P.: *Debate on social justice and pension reform. Social justice and the reform of Europe's pension systems,* in *Journal of European Social Policy*, 2003, p. 252 ss.

Scott, A.: L. Gratton, *The new long life,* Bloomsbury, Londra, 2020

Scott, A.: *The Longevity Imperative. Building a Better Society for Healthier, Longer Lives,* Basic Books, Londra, 2024

Sgroi, A.: *Flessibilità del mercato del lavoro e sistema previdenziale*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2009, pp. 881 ss.

Somaini, E.: *Equità e riforma del sistema pensionistico. Un'analisi articolata della questione previdenziale: rapporti tra generazioni e intragenerazionali,* Il Mulino, Bologna, 1996

Spadaro, A.: *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 4, p. 21 ss.

Spadaro, A.: *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione,* in Bifulco, R., D'Aloia, A. (ed.): *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli, 2008, p. 104 ss.

The 2024 Pension Adequacy Report: current and future income adequacy in old age in the EU, Vol. I e II, Lussemburgo, 2018.

Treu, T.: *Protezione sociale ed equilibrio integenerazionale,* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT* - 374/2018

VALENTI, V.: *Diritto alla pensione e questione intergenerazionale. Modello costituzionale e decisioni politiche*, Giappichelli, Torino, 2013

WALKER, A.: *Intergenerational relations and the provision of welfare,* in (ed.), *The new generational contract. Intergenerational relations, old age and welfare,* Walker, A. (ed.), Routledge, Londra, 1996, pp. 10 ss.

WILLIAMSON, J.B.: MCNAMARA, T.K.: HOWLING, S.A.: *Il dibattito sull'equità intergenerazionale, l'interdipendenza fra le generazioni e la riforma della Sicurezza Sociale negli Stati Uniti*, in *Sociologia e Politiche Sociali*, 2003, pp. 96 ss.

Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La Seguridad Social como derecho humano subjetivo y el derecho a unas rentas suficientes como parte de su contenido mínimo[1]

Social Security as a subjective human right and the right to sufficient income as part of its minimum content

Cristina Ramírez Bandera
Investigadora predoctoral contratada FPU
Departamento de DTSS - Universidad de Málaga
https://orcid.org/0000-0002-5794-8789

Cita Sugerida: RAMÍREZ BANDERA, C.: «La Seguridad Social como derecho humano subjetivo y el derecho a unas rentas suficientes como parte de su contenido mínimo». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 549-571.

Resumen

En un contexto de reformas en muchos países del mundo tendentes a garantizar la sostenibilidad económica de sus sistemas de pensiones ante la transición demográfica, no debe perderse de vista la configuración de la Seguridad Social como un derecho subjetivo humano. En el presente trabajo se realiza un recorrido por los principales instrumentos normativos de ámbito internacional que han consagrado tal estatus jurídico, justificando razonadamente la integración del derecho a unas rentas suficientes para toda persona como parte del contenido mínimo del mismo, alcanzándose la conclusión de que la suficiencia, como finalidad última de los sistemas de pensiones, no constituye una característica soslayable por los legisladores nacionales, sino, antes al contrario, un principio básico que salvaguarda la dignidad de la persona y cuyo incumplimiento deriva en la vulneración de un derecho humano.

Palabras clave

Seguridad Social; rentas suficientes; derecho humano; dignidad de la persona

Abstract

In a context of reforms in many countries around the world aimed at ensuring the economic sustainability of their pension systems in the face of demographic transition, the configuration of Social Security as a subjective human right must not be lost sight of. This paper reviews the main international regulatory instruments that have enshrined such legal status, justifying in a reasoned manner the integration of the right to sufficient income for all persons as part of its minimum content, reaching the conclusion that sufficiency, as the ultimate goal of pension systems, is not a characteristic that can be ignored by national legislators, but, on the contrary, is a basic principle that safeguards the dignity of the person and whose non-compliance results in the violation of a human right.

Keywords

Social Security; sufficient income; human right; person's dignity

1. INTRODUCCIÓN: LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO SUBJETIVO Y SU VINCULACIÓN TELEOLÓGICA A LA SUFICIENCIA

La Seguridad Social fue alumbrada como un auténtico hito en materia de solidaridad social. Sin embargo, a diferencia de otras formas de protección social -en especial, la caridad y la beneficencia-, la misma no constituye una simple liberalidad estatal, un mero objetivo de política pública o un privilegio, sino que actualmente se encuentra configurada como un auténtico derecho subjetivo de todo ser humano reclamable frente al Estado. La propagación de la Seguridad Social a lo largo del mundo y su relevancia para paliar la pobreza han llevado a dotarla de tal estatus jurídico,

[1] El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación Nacional PID2022-140298NB-100 "La Sostenibilidad del Sistema de Pensiones en contextos de reformas e inestabilidad económica", financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

al que se anuda la correlativa obligación jurídica por parte de los poderes públicos de cualquier país de implementar este sistema y dotarlo de los recursos necesarios para que alcance sus objetivos. No obstante, para determinar cuál es el contenido de dicho derecho subjetivo a la Seguridad Social, resulta conveniente realizar una revisión de los principales textos normativos en los que el mismo es consagrado.

Con todo, sí puede adelantarse una idea de gran importancia. La Seguridad Social constituye, en esencia, un sistema de ordenación pública destinado a la protección universal y uniforme de los individuos frente a la materialización de estados de necesidad derivados de ciertos riesgos. Nótese que ésta protección es proporcionada frente a estados de necesidad generados a partir de la actualización de "ciertos riesgos", y no de cualquier riesgo, lo que implica que cada Estado debe determinar la cobertura de su sistema de Seguridad Social -cuestión distinta es que esta libertad resulte absoluta o se encuentre limitada por la necesaria cobertura de concretos riesgos mínimos que deben ser protegidos para entender satisfecho el derecho a la Seguridad Social, tal y como se analizará a continuación-.

En cualquier caso, una vez seleccionado el abanico de riesgos cubierto por el sistema, el individuo queda protegido frente a los estados de necesidad que se deriven de su actualización. Siguiendo un esquema deductivo, del término "proteger"[2] se desprende que la persona debe quedar resguardada del estado de necesidad en el que ha caído con motivo de la materialización del riesgo, lo que no puede lograrse si no se ayuda al individuo a zafarse de él, escapando de sus efectos. De ello se sigue, entonces, que la acción protectora del sistema de Seguridad Social debe ser lo suficientemente intensa como para permitir a la persona salir de tal estado de necesidad, y, en la medida en que dicha acción protectora es dispensada mediante prestaciones económicamente valorables -en esencia, mediante la concesión de rentas[3]-, las mismas deben ser entonces, por imperativo teleológico, suficientes como para lograr tal objetivo, pues, de lo contrario, el sistema no estaría alcanzando el fin para el que fue concebido. Por tanto, puede concluirse que el contenido del derecho subjetivo a la Seguridad Social comprende necesariamente el derecho a prestaciones suficientes que permitan a las personas escapar del estado de necesidad en el que se encuentran debido a la actualización de los riesgos cubiertos por el sistema, es decir, depende de cada Estado seleccionar el concreto conjunto de riesgos cuya cobertura abarcará su sistema, pero, una vez seleccionados, las prestaciones que se proporcionen para hacer frente a los estados de necesidad derivados de la materialización de dichos riesgos deberán ser suficientes.

Continuando con esta cadena de conexiones, la afirmación del derecho a prestaciones suficientes comprendido en el derecho a la Seguridad Social lleva entonces a la afirmación, también, del derecho de todo individuo a unas rentas suficientes, al menos en lo que respecta a los riesgos protegidos por el sistema, pues, en caso de que la persona carezca por sí misma de capacidad económica suficiente, éste intervendrá para proporcionarle dichas rentas.

Ahora bien, aunque se afirme que la universalidad constituye uno de los rasgos característicos de los sistemas de Seguridad Social desde el surgimiento del sistema beveridgeano[4], debe notarse que esta particularidad suele afirmarse en relación a su ámbito subjetivo[5], aunque no en relación al ámbito

[2] La palabra "proteger" es definida por la Real Academia Española como "Resguardar a una persona, animal o cosa de un perjuicio o peligro, poniéndole algo encima, rodeándole, etc.". Esta acepción puede consultarse en https://dle.rae.es/proteger [último acceso el 8 de agosto de 2024].

[3] Los sistemas de Seguridad Social también pueden conceder prestaciones en especie (principalmente, la asistencia sanitaria) o cantidades dinerarias a tanto alzado, pero la mayor parte de las prestaciones del sistema adoptan la forma de rentas devengadas periódicamente (pensiones, subsidios…).

[4] Beveridge, W.H.: Report on Social Insurance and Allied Services, Londres, 1942.

[5] Esto es, la protección de todos los ciudadanos, independientemente de que se encuentren o no trabajando, a diferencia del sistema bismarckiano de base profesional.

de los riesgos cubiertos; esto es, la cobertura universal de riesgos, aunque deseable, no es realmente un rasgo propio y siempre presente en la Seguridad Social -un sistema que protegiese a todos los ciudadanos frente a solo ciertos riesgos seguiría pudiendo ser denominado un sistema de Seguridad Social, según la definición antes proporcionada-. Con todo, es cierto que cabe apreciar una tendencia de los sistemas de Seguridad Social de los países con mayor desarrollo a ampliar progresivamente su ideal de cobertura, hasta alcanzar, como culmen, no la protección de los estados de necesidad derivados de ciertos riesgos (*v. gr.* vejez, enfermedad, accidente…), sino la protección del estado de necesidad en sí mismo. Ello equivale, por tanto, a incorporar como riesgo protegido la pobreza, independientemente del acontecimiento del que se derive, ofreciendo una prestación económica de nivel asistencial para poder escapar de la misma[6]. En aquellos países en los que el sistema de Seguridad Social abarca tal grado de cobertura sí puede afirmarse que existe un auténtico derecho a unas rentas suficientes, al no quedar el mismo condicionado a que el estado de necesidad se haya producido por los concretos riesgos protegidos por el sistema, pues es el propio estado de necesidad el que se protege.

Ciertamente, son muchos los sistemas de Seguridad Social los que no contemplan -todavía- tan intensa protección[7], si bien este ideal de cobertura se ha tomado como objetivo por las principales organizaciones internacionales dedicadas al estudio y el análisis de la Seguridad Social, al concebirse la lucha contra la pobreza como una inversión social (en términos de solidaridad y justicia social distributiva), económica (en lo que respecta a demanda agregada y retornos económicos) y política (al ser fuente de paz y estabilidad social)[8]. Es por ello que los principales textos normativos internacionales han vinculado el derecho a la Seguridad Social al derecho a unas rentas suficientes y una existencia digna[9].

Por tanto, el objetivo del presente trabajo consiste en justificar jurídicamente la afirmación de la Seguridad Social como un derecho subjetivo de importancia capital en el desarrollo humano y determinar sus rasgos característicos a partir de un análisis normativo efectuado en el marco internacional y europeo. Del mismo modo, se pretenderá argumentar la integración en el mismo, como parte de su contenido mínimo, del derecho a unas rentas suficientes y a una existencia digna para toda persona, con el propósito de demostrar que la necesaria suficiencia que han de alcanzar los sistemas de Seguridad Social no constituye un mero propósito altruista estatal, sino una auténtica obligación

---

6 En España, la misma viene dada por el Ingreso Mínimo Vital, implementado mediante el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, sustituido posteriormente por la vigente Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital. Por su parte, en Italia esta prestación podía identificarse con el Reddito di Cittadinanza ("Renta de Ciudadanía"), instaurado mediante el Decreto legge n. 4/2019, de 28 de enero, el cual fue convertido posteriormente en la Legge n. 26/2019, de 28 de marzo. Sin embargo, por obra de la Legge di Bilancio di 2023 (Legge n. 197, de 29 de diciembre de 2022, art. 1, apartado 318), esta prestación ha sido derogada desde el 1 de enero de 2024, siendo actualmente sustituida por el Assegno di Inclusione (ADI) y el Supporto per la Formazione e il Lavoro (SFL).

7 Tal y como se señala en Goerlich Peset, J.M.: "El derecho de la Seguridad Social", en AA.VV.: Derecho de la Seguridad Social, Roqueta Buj, R. y García Ortega, J. (Dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, p. 46. De hecho, al inicio de la pandemia del COVID-19 en el año 2020, tan solo el 30% de la población mundial en edad de trabajar disfrutaba de la cobertura de sistemas integrales de Seguridad Social que proporcionasen toda la gama de prestaciones en relación a los riesgos a lo largo del ciclo vital, y más de la mitad de la población mundial estaba totalmente desprovista de una prestación de protección social. Datos extraídos de Organización de Naciones Unidas: Informe del Secretario General de la Asamblea General de la ONU "Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales" (GE.22-01282), 2022, disponible en https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g22/240/59/pdf/g2224059.pdf?token=L9UFOeSDzB2iTwubDA&fe=true.

8 Monereo Pérez, J.L.: "El derecho social fundamental a la existencia digna y el Ingreso Mínimo Vital", Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum, núm.24, 2020, p.24

9 Cfr. Gil y Gil, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social", en AA.VV.: Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria, Escobar Roca, G. (Dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2012, p. 1025.

jurídica consagrada a nivel internacional que vincula a los poderes públicos y cuyo incumplimiento supondría la conculcación de un derecho humano.

2. REVISIÓN NORMATIVA DE ÁMBITO INTERNACIONAL Y EUROPEO: LA CONSAGRACIÓN JURÍDICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL COMO UN DERECHO SUBJETIVO QUE REQUIERE NECESARIAMENTE LA SUFICIENCIA

2.1. Ámbito internacional

2.1.1. Organización de Naciones Unidas

Resulta importante destacar que dos de los cuerpos jurídicos que componen la tríada de textos normativos conocida como Carta Internacional de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) -esto es, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948[10] (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[11] (PIDESC) también de 1966- reconocen el derecho a la Seguridad Social en múltiples puntos de su articulado.

Así, el artículo 22 de la DUDH establece que "*Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*". La Seguridad Social alcanza entonces el estatus de derecho humano y se vincula a la satisfacción de aquellos derechos económicos -entre otros- indispensables para la dignidad y el libre desarrollo personal de toda persona, lo cual refleja el anterior nexo que se enunciaba entre el derecho a la Seguridad Social y el derecho a unas rentas suficientes, aunque con un límite indeterminado de gran relevancia: "*los recursos de cada Estado*". Asimismo, el precepto reproducido es complementado por el reconocimiento del derecho a la protección en caso de desempleo (art. 23.1 DUDH), el derecho de la maternidad y la infancia a recibir cuidados y asistencia especiales (art. 25.2 DUDH) y, especialmente, el derecho de toda persona a "*un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar*", lo que incluye el "*derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad*[12]" (art. 25.1 DUDH).

---

[10] Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de París el día 10 de diciembre de 1948 mediante su Resolución 217 A (III) y disponible en el siguiente enlace https://www.un.ºrg/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights.

[11] Estos dos últimos tratados internacionales son conocidos con el nombre de "Pactos de Nueva York" y fueron adoptados conjuntamente en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, disponible en https://documents.un.ºrg/doc/resolution/gen/nr0/007/35/pdf/nr000735.pdf?token=eFKsrIhfK01Jr0szvO&fe=true.

[12] Cabría plantearse si la "involuntaria materialización" constituye una característica esencial de los riesgos protegidos por los sistemas de Seguridad Social, habida cuenta de que la actualización de los mismos por voluntad de la persona en múltiples ocasiones no da derecho a protección alguna. Así, por ejemplo, en España no se considera en situación legal de desempleo y, por tanto, no tiene derecho a prestación por desempleo alguna aquella persona trabajadora que extinga voluntariamente su contrato de trabajo, salvo en los supuestos contemplados en el artículo 267.1.a).5ºdel Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (y ello por mor del art. 267.2.a) del mismo cuerpo legal). Sin embargo, afirmar con carácter general tal rasgo puede llevar a ciertas dificultades conceptuales, pues resultaría complicado sostener, por ejemplo, que la maternidad o la paternidad resultan involuntarias, siendo asimismo política y sociológicamente escabroso el debate acerca de si la caída en la pobreza, como riesgo protegido por ciertos sistemas, resulta en ocasiones voluntaria o no -o, al menos, imprudente-. Por estos motivos nos oponemos a la generalización de tal requisito, por las dificultades conceptuales que presenta.

Por su parte, el artículo 9 del PIDESC impone a los Estados Parte el reconocimiento del "*derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social*", mientras que su artículo 10 reconoce, en su apartado segundo, el derecho a la protección de las madres durante un tiempo razonable antes y después del parto, debiéndose conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de Seguridad Social a aquellas madres que trabajen durante dicho periodo, y, en su apartado tercero, el derecho a la protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes. Finalmente, el artículo 11 PIDESC establece el "*derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia*", debiendo los Estados Parte tomar medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho. No obstante, resulta importante señalar que el artículo 2.1 del PIDESC introduce una importante limitación a los derechos reconocidos en este instrumento internacional, pues indica que "*Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas* […] *hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados* […] *la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*". Se establece entonces como limitación al derecho a la Seguridad Social, nuevamente, los recursos de cada Estado, aunque añadiendo de forma algo más generosa que éstos deben ser empleados "hasta su máximo" antes de que su insuficiencia sea empleada como argumento para no satisfacer tal derecho.

El análisis de lo que deba entenderse por el "máximo de los recursos" se vincula a la noción de sostenibilidad y excede del objeto de estudio del presente trabajo, de modo que baste con fijar la idea de que el derecho a la Seguridad Social constituye un derecho humano básico proclamado en el seno de la ONU. De hecho, el mismo es reconocido con carácter particular para las mujeres en el artículo 11.1.e) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer[13], así como para los niños en el artículo 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño[14]. Asimismo, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares[15] reconoce en su artículo 27 el derecho de las personas trabajadores migratorias y sus familiares a la Seguridad Social en igualdad de condiciones que los nacionales, así como al reembolso del monto de las contribuciones realizadas en caso de que no tengan derecho alguna de las prestaciones reconocidas para los nacionales, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[16] reconoce en su artículo 28 el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familiares, garantizándose su acceso a programas de protección social, beneficios de jubilación y estrategias de reducción de la pobreza sin discriminación alguna por motivos de discapacidad.

Ahora bien, en lo referente al contenido de este derecho a la Seguridad Social, los textos normativos revisados no nos ofrecen gran detalle, debiendo acudir para conocer el mismo a la Observación General nº19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, CDESC), aprobada el 23 de noviembre de 2007[17]. Así, señala el CDESC, tras resaltar la importancia del derecho a la Seguridad Social para garantizar a todas las personas su dignidad humana así como, dado su carácter redistributivo, para reducir y mitigar la pobreza y prevenir la exclusión social, que

[13] Adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, y disponible en. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women.

[14] Adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, y disponible en https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child.

[15] Adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, y disponible en https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-rights-all-migrant-workers.

[16] Adoptada por la Asamblea General de la ONU el día 13 de diciembre de 2006, y disponible en https://www.un.ºrg/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf.

[17] Organización de Naciones Unidas: Observación General nº19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho a la seguridad social (GE.08-40400), 2007, disponible en https://documents.un.ºrg/doc/undoc/gen/g08/404/00/pdf/g0840400.pdf?token=nkIUv6lIPuHS5OzJG4&fe=true.

el mismo incluye "*el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo*"[18]. Asimismo, las "*medidas que se utilicen para proporcionar las prestaciones de seguridad social no pueden definirse de manera restrictiva y, en todo caso, deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de este derecho humano*"[19], pudiendo consistir las mismas en planes contributivos o basados en un seguro, o en planes no contributivos, aunque también resulten aceptables otras formas de Seguridad Social, como los planes privados o las medidas de autoayuda. Con todo, resalta el Comité que "*En casi todos los Estados habrá necesidad de planes no contributivos, ya que es poco probable que pueda proporcionarse la protección necesaria a todas las personas mediante un sistema basado en un seguro*"[20].

Del mismo modo, señala el CDESC que el derecho a la Seguridad Social se compone de los siguientes cuatro elementos[21]:

— *Disponibilidad*: El derecho a la Seguridad Social requiere que se haya establecido un sistema funcional -con independencia de que esté compuesto de uno o varios planes- que garantice las prestaciones correspondientes a los riesgos de que se trate, debiendo ser administrado o supervisado de forma eficaz por las autoridades públicas y resultar sostenible, a fin de asegurar que las generaciones presentes y futuras puedan ejercer este derecho.

— *Riesgos mínimos que deben ser cubiertos*: El derecho a la Seguridad Social comprende nueves ramas principales de Seguridad Social que deben necesariamente formar parte del sistema, a saber, la atención a la salud, a la enfermedad, a la vejez, al desempleo, a los accidentes laborales, a las prestaciones familiares, a la maternidad, a la discapacidad y a los supervivientes y huérfanos[22].

— *Nivel suficiente*: Las prestaciones proporcionadas por el sistema deben ser suficientes en importe y duración a fin de que todos puedan gozar de sus derechos a la protección y asistencia familiar, a unas condiciones de vida adecuadas y al acceso suficiente a la atención de la salud, en pleno respeto al principio de la dignidad humana. Además, los criterios de suficiencia deberán revisarse periódicamente de modo que los beneficiarios puedan costear los bienes y servicios que necesitan para ejercer los derechos reconocidos en el PIDESC.

— *Accesibilidad*[23]: Este elemento se subdivide a su vez en cinco exigencias cruciales:

  • Debe garantizarse la cobertura de todas las personas por el sistema, sin discriminación alguna, para lo que deben incorporarse planes no contributivos, a fin de hacer llegar el sistema a las personas y grupos más desfavorecidos y marginados.

18 Ibid., párrafo 2.

19 Ibid., párrafo 3.

20 Idem.

21 Ibid., párrafos 10-27.

22 La Observación General nº19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se inspiró en este aspecto en el Convenio nº102 sobre la Seguridad Social (norma mínima) de la OIT adoptado en 1952, pues en este instrumento normativo ya se recogían cada una de estas ramas principales de Seguridad Social.

23 Este elemento de encuentra vinculado a la idea de universalización, tal y como destaca Monereo Pérez, J.L., "Fundamentos del derecho fundamental a la salud en los sistemas europeos", Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum, núm. Extraordinario 4, 2022, p.19.

- Las condiciones para acogerse a las prestaciones deben ser razonables, proporcionadas y transparentes, debiendo ser la supresión, reducción o suspensión de las prestaciones limitada y siempre basada en motivos razonables y previstos legalmente.

- El coste de las cotizaciones debe ser asequible para todos, debiendo definirse por adelantado.

- Debe garantizarse el derecho de participación e información de los beneficiarios del sistema, permitiéndoles recabar, recibir y distribuir información sobre los derechos ofrecidos por el mismo de forma clara y transparente.

- Los beneficiarios deben tener acceso físico a los servicios de Seguridad Social a fin de obtener las prestaciones, satisfacer las cotizaciones y recibir información sobre el sistema, prestando especial atención en este sentido a las personas con discapacidad, a las personas trabajadoras migrantes y a aquellas que vivan en zonas remotas.

Puede afirmarse, por tanto, que el derecho a la Seguridad Social en el seno de la ONU ha sido configurado con un contenido mínimo e insoslayable que viene determinado por los elementos enunciados y del que forma parte el derecho a unas rentas suficientes, resaltando el CDESC que conviene "*considerar la seguridad social como un bien social y no principalmente como una mercancía o un mero instrumento de política económica o financiera"*[24].

Por último, resulta obligado destacar la coherencia que guarda la consagración de la Seguridad Social como derecho subjetivo por parte de la ONU con algunos de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) enunciados por la Asamblea General de esta organización internacional en el año 2015 como parte de la Agenda 2030[25], en concreto:

— ODS 1 "Fin de la pobreza", marcándose como meta 1.1 "*lograr para 2030 la erradicación de la pobreza extrema para todas las personas del mundo*" y como meta 1.3, en particular, "*poner en práctica a nivel nacional sistemas y medidas apropiadas de protección social para todos y, para 2030, lograr una amplia cobertura de los pobres y los más vulnerables*".

— ODS 3 "Salud y bienestar", cuya meta 3.8 ha sido fijada en "*lograr la cobertura sanitaria universal […], el acceso a servicios de salud esenciales de calidad y el acceso a medicamentos y vacunas seguros, eficaces, asequibles y de calidad para todos*".

— ODS 10 "Reducción de las desigualdades", al que se vincula la meta 10.1, fijada en "*lograr y mantener el crecimiento de los ingresos del 40% más pobre de la población a una tasa superior a la media nacional*" de aquí a 2030; la meta 10.2, por la que se pretende "*potenciar y promover la inclusión social, económica y política de todas las personas, independientemente de su edad, sexo, discapacidad, raza, etnia, origen, religión o situación económica u otra condición*" de aquí a 2030; y la meta 10.4, consistente en

[24] Organización de Naciones Unidas: Observación General nº19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho a la seguridad social…, op. cit., párrafo 10.

[25] Resolución de la Asamblea General de la ONU de 25 de septiembre de 2015 (A/RES/70/1), disponible en https://www.un.ºrg/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf.

"*adoptar políticas, especialmente fiscales, salariales y de protección social, y lograr progresivamente una mayor igualdad*".

2.1.2. Organización Internacional del Trabajo

En el marco de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) el acceso a la Seguridad Social ha sido también reconocido como un derecho de importancia capital, experimentando en su seno un importante desarrollo conceptual en lo que respecta a su contenido. En concreto, cabría comenzar destacando que, ya desde su creación, la OIT asumió la obligación de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan "*extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa*" y "*proteger a la infancia y a la maternidad"*, tal y como quedó plasmado en la Declaración de Filadelfia de 1944[26], declarando además como dos de sus principios esenciales que "*la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos*" y que "*la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común*".

Igualmente, en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada el 10 de junio de 2008[27], la Conferencia Internacional del Trabajo estableció que constituye un objetivo estratégico de la OIT "*adoptar y ampliar medidas de protección social -seguridad social y protección de los trabajadores- que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales, con inclusión de la ampliación de la seguridad social a todas las personas, incluidas medidas para proporcionar ingresos básicos a quienes necesiten esa protección, y la adaptación de su alcance y cobertura para responder a las nuevas necesidades e incertidumbres generadas por la rapidez de los cambios tecnológicos, sociales, demográficos y económicos* […]".

En cumplimiento de tales objetivos y principios, la OIT ha elaborado, desde su misma creación en el año 1919, múltiples instrumentos normativos relacionados con la implantación de un auténtico derecho a la Seguridad Social[28], aunque de entre todos ellos destaca el Convenio nº102 sobre la

[26] Adoptada por la Conferencia General de la OIT el día 10 de mayo de 1944 y disponible en https://webapps.ilo.org/static/spanish/inwork/cb-policy-guide/declaraciondefiladelfia1944.pdf. Se citan en este párrafo sus secciones I -letras c) y d)- y III -letra f) y h)-.

[27] Disponible en https://www.ilo.org/es/media/20516/download.

[28] Entre los que pueden enumerarse el Convenio núm. 2 sobre el desempleo (1919), complementado por el posterior Convenio núm. 44, también de desempleo (1934); el Convenio núm. 3 sobre la protección de la maternidad (1919) -revisado posteriormente por el Convenio núm. 103 de 1952-; los Convenios núm. 12 y 17 sobre la indemnización por accidentes de trabajo, quedando el primero referido en exclusiva a la agricultura (1921 y 1925, respectivamente); el Convenio núm. 18 sobre las enfermedades profesionales (1925) -revisado posteriormente por el Convenio núm. 42 de 1934-, los Convenios núm. 24 y 25 sobre el seguro de enfermedad, el primero en la industria y el segundo en la agricultura (datando ambos de 1927), los Convenios núm. 35 sobre el seguro de vejez, núm. 37 sobre el seguro de invalidez y núm. 39 sobre el seguro de muerte, todos ellos de 1933, dirigidos a las empresas industriales, a las empresas comerciales y a las profesiones liberales; los Convenios núm. 36 sobre el seguro de vejez, núm. 38 sobre el seguro de invalidez y núm. 40 sobre el seguro de muerte, todos ellos también de 1933, dirigidos al sector de la agricultura; el Convenio núm. 48 sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes (1935); el Convenio núm. 56 sobre el seguro de enfermedad de la gente de mar (1936); el Convenio núm. 70 sobre la Seguridad Social de la gente de mar (1946) -revisado posteriormente por el Convenio núm. 165 de 1987-; el Convenio núm. 71 sobre las pensiones de la gente de mar (1946); el Convenio núm. 118 sobre la igualdad de trato en materia de Seguridad Social (1962); el Convenio núm. 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (1964); el Convenio núm. 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (1967); el Convenio núm. 130 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad (1969); el Convenio núm. 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981); el Convenio núm. 157 sobre la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social (1982); el Convenio núm. 161 sobre los

Seguridad Social (norma mínima), de 28 de junio de 1952[29], ratificado actualmente por 66 Estados Parte de la OIT[30]. En el mencionado instrumento normativo no se menciona propiamente el "derecho a la seguridad social", si bien el mismo se desprende del establecimiento de un conjunto de objetivos mínimos a alcanzar en cada una de las nueve ramas principales de Seguridad Social que posteriormente serían incluidas en la Observación General nº19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, esto es, la asistencia médica, las prestaciones monetarias de enfermedad, las prestaciones de desempleo, las prestaciones de vejez, las prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, las prestaciones familiares, las prestaciones de maternidad, las prestaciones de invalidez[31] y las prestaciones de sobrevivientes[32]. Estos objetivos mínimos comprenden el porcentaje de población protegida que debe lograrse en cada rama y el contenido o el nivel de suficiencia en términos porcentuales que han de alcanzar las prestaciones que se proporcionen, limitando asimismo los requisitos que los Estados Parte pueden exigir para causar las mismas. No obstante, conforme al artículo 2 del Convenio, resulta posible ratificar el mismo por los Estados Parte comprometiéndose al cumplimiento de los objetivos mínimos de tan solo tres de las nueve ramas enunciadas.

Asimismo, el mencionado Convenio se encuentra actualmente complementado mediante tres Recomendaciones emitidas por la Conferencia General del Trabajo[33], dos con carácter previo a dicho Convenio y una con carácter posterior. La primera de ellas es la Recomendación núm. 67 sobre la seguridad de los medios de vida, de 12 de mayo de 1944[34], cuyo Considerando tercero reconoce que la seguridad en los medios de vida constituye un elemento esencial de la Seguridad Social, estableciendo su artículo 1.1 que "*los regímenes de seguridad de los medios de vida deberían aliviar el estado de necesidad e impedir la miseria, restableciendo, en un nivel razonable, las entradas perdidas a causa de la incapacidad para trabajar (comprendida la vejez), o para obtener trabajo remunerado o a causa de la muerte del jefe de familia*". Así, la seguridad de los medios de vida debería organizarse, siempre que fuese posible, mediante el seguro social obligatorio (principio directivo 2), y en caso de existir necesidades no cubiertas por el mismo, éstas deberán estarlo por la asistencia social (principio directivo 3), de modo que "*todas las personas en estado de necesidad que no tengan que ingresar en una institución para seguir tratamiento* [reciban] *asignaciones apropiadas en dinero, o parcialmente en dinero y parcialmente en especie"* (principio directivo 30). Indica además la Conferencia General del Trabajo en relación al seguro obligatorio que "*Las prestaciones deberían sustituir a las ganancias*

servicios de salud en el trabajo (1985); el Convenio núm. 164 sobre la protección de la salud y la asistencia médica en relación a la gente de mar (1987); el Convenio núm. 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo (1988); el Convenio núm. 183 sobre la protección de la maternidad (2000) y el Convenio núm. 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos (2011) -garantizando en su art. 14 la igualdad de trato de este colectivo respecto a las personas trabajadoras en general en lo relativo a protección de la Seguridad Social-.

29 Disponible en https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312247.

30 Dato extraído de la web de la OIT y disponible en https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312247 [último acceso el 9 de agosto de 2024]. Debe señalarse que, actualmente, la OIT cuenta con 187 Estados miembros, por lo que la mencionada cifra de ratificaciones resulta ciertamente reducida en términos proporcionales.

31 Esta rama es sustituida por la correspondiente a "discapacidad" en la Observación General nº19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

32 Nótese que en el Convenio nº102 de la OIT no se incluye la protección del riesgo de pobreza, sino que la misma es protegida en tanto derive de alguna de las nueve ramas principales de riesgos contempladas.

33 Ciertamente, las recomendaciones no gozan de fuerza jurídica vinculante, aunque resulta innegable que las mismas complementan el contenido de aquel Convenio para aquellos Estados Parte que lo hubieran ratificado. Del mismo modo, debe señalarse que existen más Recomendaciones de la OIT que pueden ser consideradas como complemento al Convenio núm. 102 OIT, si bien no se han mencionado por haberse vinculado su adopción a otros convenios de la OIT (*v. gr.* Convenio núm. 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes y Recomendación núm. 131 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes).

34 Disponible en https://webapps.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R067.

perdidas, habida cuenta de las cargas familiares, hasta un nivel tan elevado como sea factible"[35] (principio directivo 22).

La segunda de ellas es la Recomendación núm. 69 sobre la asistencia médica, adoptada también el 12 de mayo de 1944 conjuntamente con la Recomendación núm. 67[36]. En la misma se establece que el servicio de asistencia sanitaria debería amparar a todos los miembros de la comunidad, desempeñen o no un trabajo lucrativo (principio general 8), teniendo derecho a una asistencia completa, preventiva y curativa (principio general 20) cuyo coste resulte colectivamente financiado mediante pagos regulares y periódicos, ya sea en forma de cotizaciones, impuestos o ambas (principio general 4) -no debiéndose exigir el pago de cotización alguna a aquellas personas cuyos ingresos no excedan del nivel de subsistencia (principio general 78)-. Del mismo modo, establece una serie de orientaciones en relación a la forma que debiera adoptar el servicio de asistencia médica, su administración, la calidad del servicio que debe ser prestado, su financiación y su control.

Finalmente, el Convenio nº102 es también complementado por la Recomendación núm. 202 sobre los pisos de protección social[37], adoptada el día 14 de junio de 2012, décadas después del mismo. En ella, la Conferencia General del Trabajo señala la necesidad de que los Estados Parte establezcan pisos de protección social como elemento fundamental de sus sistemas nacionales de Seguridad Social, de modo que se proporcionen garantías básicas que aseguren "*como mínimo que, durante el ciclo de vida, todas las personas necesitadas tengan acceso a una atención de salud esencial y a una seguridad básica del ingreso que aseguren conjuntamente un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional*" (párrafo 4)[38]. Sin embargo, se deja a la discrecionalidad de la legislación de cada Estado Parte la especificación de la gama, las condiciones de elegibilidad y los niveles de las prestaciones que deban dar efecto a estas garantías -y que habrán de ser establecidas mediante ley- (párrafo 7), animando incluso a los Estados Parte a considerar diferentes enfoques (párrafo 9.1), aunque -se entiende- respetando siempre los mínimos insoslayables establecidos en el Convenio núm. 102 y los principios enunciados en la mencionada Recomendación[39].

---

35 Aunque se matiza que ello no debe impedir "el deseo de reanudar el trabajo si fuere posible reanudarlo, y sin imponer a los grupos productores una carga tan pesada que pudiere perjudicar el rendimiento y el empleo" (principio directivo 22).

36 La mencionada Recomendación núm. 69 se encuentra disponible en https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312407. En concreto, el día 12 de mayo de 1944 la Conferencia General de la OIT adoptó tres Recomendaciones relativas a la Seguridad Social: la núm. 67, ya referida, sobre la seguridad de los medios de vida, la núm. 68 sobre la Seguridad Social en relación a las fuerzas armadas y la núm. 69 sobre la asistencia médica, ahora mencionada.

37 Adoptada, concretamente, el día 14 de junio de 2012 y disponible en https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3065524.

38 Párrafo 4.

39 Estos principios, recogidos en su párrafo tercero, son los siguientes: a) universalidad de la protección, basada en la solidaridad social; b) derecho a las prestaciones prescrito por la legislación nacional; c) adecuación y previsibilidad de las prestaciones; d) no discriminación, igualdad de género y capacidad de responder a las necesidades especiales; e) inclusión social, en particular de las personas que trabajan en la economía informal; f) respeto de los derechos y la dignidad de las personas cubiertas por las garantías de seguridad social; g) realización progresiva, inclusive a través del establecimiento de objetivos y plazos; h) solidaridad en la financiación, asociada a la búsqueda de un equilibrio óptimo entre las responsabilidades y los intereses de aquellos que financian y se benefician de los regímenes de seguridad social; i) consideración de la diversidad de métodos y enfoques, con inclusión de los mecanismos de financiación y los sistemas de prestaciones; j) gestión financiera y administración sanas, responsables y transparentes; k) sostenibilidad financiera, fiscal y económica, teniendo debidamente en cuenta la justicia social y la equidad; l) coherencia con las políticas sociales, económicas y de empleo; m) coherencia entre las instituciones encargadas de la prestación de servicios de protección social; n) servicios públicos de alta calidad que mejoren el desempeño de los sistemas de seguridad social; o) eficacia y accesibilidad de los procedimientos de reclamación y de recurso; p) seguimiento regular de la aplicación y evaluación periódica; q) pleno respeto de la negociación colectiva y de la libertad sindical para todos los trabajadores, y; r) participación tripartita con las organizaciones representativas de

Por tanto, puede concluirse que la OIT resulta especialmente ambiciosa en el desarrollo del contenido del derecho subjetivo a la Seguridad Social, estableciendo umbrales numéricos concretos en un esfuerzo por sentar unas bases claras para los Estados Parte, coincidiendo asimismo con la ONU en incorporar a éste, como contenido mínimo, el derecho a unas rentas suficientes como garantía de una vida digna para toda persona, aunque sin hacer mención -quizás en aras de una mayor protección social, evitando condicionar su cumplimiento- a las disponibilidades financieras o "el máximo de recursos disponible" de los Estados Parte como límite de este derecho.

2.1.3. Organización de Estados Americanos

La Organización de Estados Americanos (en lo sucesivo, OEA), compuesta actualmente por la práctica totalidad de Estados pertenecientes al continente americano, encuentra su origen en su instrumento normativo fundacional, la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948[40], por la que se declara como uno de los propósitos de esta organización internacional "*erradicar la pobreza crítica, que constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático de los pueblos del hemisferio*" (art. 2.g), sentando además como principio que "*la justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera*" (art. 3.j). Asimismo, su artículo 45 proclama, ante el convencimiento de que el ser humano solo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, la intención de los Estados Miembros de dedicar sus máximos esfuerzos al desarrollo de una política eficiente de Seguridad Social (apartado h), en la medida en que "*todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material* […]" (apartado a) y que "*El trabajo es un derecho y un deber social,* [que] *otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar*" (apartado b).

Debe destacarse que en el seno de la OEA fue promulgada, en el año 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)[41], la cual fue completada posteriormente en 1988 mediante un Protocolo Adicional ("el Protocolo de San Salvador")[42]. Así, el artículo 9 del citado Protocolo establece, en su apartado primero, que "*toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de vida digna y decorosa*", mientras que su apartado segundo establece un contenido mínimo para tal derecho en relación a las personas trabajadoras, al indicar que "*cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto*". Este precepto es complementando por el reconocimiento, en el artículo 10.1 del mismo instrumento normativo, del derecho a la salud de toda persona, "*entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social*", comprometiéndose los Estados Parte a universalizar la asistencia sanitaria (art. 10.2.b).

los empleadores y de los trabajadores, así como la celebración de consultas con otras organizaciones pertinentes y representativas de personas interesadas.

40 Firmada en la IX Conferencia Internacional Americana celebrada el 30 de abril de 1948 en la ciudad de Bogotá (Colombia), y disponible en https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp.

41 Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en la ciudad de San José (Costa Rica) del 7 al 22 de noviembre de 1969, y disponible en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

42 Suscrito en San Salvador (El Salvador), el día 17 de noviembre de 1988 en el marco del decimoctavo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, y disponible en https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf.

Por tanto, el derecho a la Seguridad Social también ha sido proclamado por la OEA, vinculándose asimismo al derecho a unas rentas suficientes que permitan llevar una "vida digna y decorosa", aunque parece que únicamente en relación a los riesgos de vejez y de incapacidad, (al menos en lo atinente a prestaciones económicas -y no sanitarias-).

2.1.4. Tratados multilaterales y bilaterales

Son numerosos los tratados internacionales, ya sean bilaterales o multilaterales, suscritos entre Estados para la coordinación de sus sistemas de Seguridad Social en relación a personas trabajadoras migrantes. Cierto es que estos textos normativos internacionales no tienen la intención de proclamar un derecho a la Seguridad Social como tal, pues su finalidad es otra, pero sí resulta relevante llamar la atención sobre la terminología empleada frecuentemente en la redacción de sus articulados. En ella podemos encontrar términos que reflejan el carácter jurídicamente vinculante para los Estados de las prestaciones del ámbito de la Seguridad Social.

Así, por ejemplo, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, de 10 de noviembre de 2007, en su artículo 4, establece que las personas a las que les resulte de aplicación el mismo "tendrán derecho" a los beneficios establecidos en la legislación del Estado Parte en el que desarrollen su actividad; en su artículo 5 se habla del "derecho a las prestaciones"; su artículo 6 lleva por rúbrica "Conservación de los derechos adquiridos y pago de prestaciones en el extranjero" y a lo largo de todo su articulado se menciona el "derecho a prestaciones" (*v. gr.* arts. 13, 14, 18, 25…).

Tomando tres ejemplos más, el Convenio de Seguridad Social entre España y Japón, hecho en Tokio el 12 de noviembre de 2008[43], define los periodos de seguro como todo periodo de cotizaciones acreditado bajo la legislación de una de las Partes para la determinación del "derecho a prestaciones" (art. 1.e), mencionando también el "derecho a causar prestaciones japonesas" computando los periodos de seguro cubiertos conforme a la legislación española (art. 14). Del mismo modo, el Acuerdo entre la República Italiana y los Estados Unidos de América en materia de Seguridad Social, firmado en Washington D.C. el día 23 de mayo de 1973[44], establece que "*las personas que tengan derecho a las prestaciones con base en la legislación de un Estado contrayente* […] *la recibirán íntegramente y sin limitación o restricción mientras residan en el territorio del otro Estado*"[45] (art. 6), empleando también la expresión "adquisición del derecho a prestaciones" -*l'acquisizione del diritto alle prestazioni*- (art. 9). Finalmente, el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte[46], por otra, en su considerando 21, declara la "importancia de la coordinación de los derechos de seguridad social de que disfrutan las personas que se desplazan entre las Partes para trabajar, permanecer o residir […]", empleando además su Protocolo relativo a la Coordinación de la Seguridad Social la expresión "derecho a las prestaciones" a lo largo de su articulado (*v. gr.* arts. SSC.7, SSC.9, SSC.16, SSC.20…).

En todos estos tratados internacionales, se contempla la protección de la Seguridad Social como un auténtico derecho subjetivo reclamable por el individuo al cumplir los requisitos establecidos para ello conforme la legislación nacional.

---

43 BOE núm. 236, de 30 de septiembre de 2009, disponible en https://www.boe.es/boe/dias/2009/09/30/pdfs/BOE-A-2009-15504.pdf.

44 Accordo tra la Repubblica Italiana e gli Stati Uniti d'America in materia di Sicurezza Sociale, hecho en Washington DC el 23 de mayo de 1973, disponible en https://www.inps.it/it/it/dettaglio-approfondimento.schede-informative.49821.sicurezza-sociale-internazionale-convenzione-bilaterale-con-gli-stati-uniti.html.

45 Traducción propia.

46 DOUE L149/10, de 30 de abril de 2021, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2021.149.01.0010.01.SPA&toc=OJ%3AL%3A2021%3A149%3ATOC.

2.2. Ámbito europeo

2.2.1. Consejo de Europa

En el marco del Consejo de Europa, el derecho a la Seguridad Social ha sido reconocido por la Carta Social Europea de 1961[47], revisada en 1996. En concreto, el artículo 12 de la Carta Social Europea revisada (en adelante, CSEr)[48] establece que "*Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes se comprometen:*

— *a establecer o mantener un régimen de seguridad social;*

— *a mantener el régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social;*

— *a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social;*

— *a adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir:*

- *la igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las Partes y los de las demás Partes en lo relativo a los derechos de seguridad social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de seguridad social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieran efectuar entre los territorios de las Partes*

- *la concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de seguridad social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las Partes".*

Como puede observarse, el derecho a la Seguridad Social, tal y como es configurado por la CSEr, comprende entonces cuatro obligaciones clave para los Estados Parte, a saber:

— Existencia funcional ("*establecer o mantener un régimen de seguridad social*")

Por supuesto, sin un sistema de Seguridad Social, la satisfacción del derecho a la Seguridad Social resultaría imposible, motivo por el que la CSEr impone la obligación a los Estados Parte de contar con uno. Sin embargo, aunque el precepto no lo contemple, se entiende que tal sistema deberá ser, además, funcional, pues la simple existencia ineficaz y desorganizada de un sistema no permitiría la satisfacción de este derecho[49]. Por tanto, aquellos Estados parte que no cuenten con un sistema funcional de Seguridad Social,

[47] Hecha en Turín el 18 de octubre de 1961 (European Treaty Series núm. 35) y disponible en https://rm.coe.int/168006b642.

[48] Hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 (European Treaty Series núm. 163) y disponible en https://rm.coe.int/168047e013.

[49] Así lo afirma el Comité Europeo de Derechos Sociales en sus Conclusiones relativas al artículo 12 CSEr dirigidas a Bosnia y Herzegovina de 8 de diciembre de 2017, con identificador 2017/def/BIH/12/1/EN, disponibles en https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2017/def/BIH/12/1/EN. En ellas se indica que "el artículo 12 CSEr garantiza el derecho a la Seguridad Social de los trabajadores y las personas que dependan de ellos, incluyendo también a los trabajadores por cuenta propia, y que los Estados Parte deben asegurar este derecho mediante la existencia de un sistema de Seguridad Social establecido por la ley y funcional en la práctica" (traducción propia).

deberán establecer uno, mientras que aquellos que ya cuenten con el mismo, deberán garantizar su mantenimiento.

— Garantía de protección mínima ("*mantener el régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio*")

Pretende la CSE, con la mencionada obligación, establecer un contenido mínimo e insoslayable para el derecho a la Seguridad Social, que, si bien en su versión original de 1961 era identificado con el necesario para ratificar el Convenio núm. 102 de la OIT, su actual redacción revisada vincula al requerido para ratificar el Código Europeo de Seguridad Social.

Debe destacarse que el Código Europeo de la Seguridad Social, revisado en 1996, constituye un cuerpo normativo elaborado y aprobado en el seno del Consejo de Europa en el año 1964[50], tomando como objetivo "*estimular a todos los Miembros a que desarrollen más su sistema de seguridad social*" y alcanzar "*un nivel más elevado que la norma mínima definida en el Convenio Internacional del Trabajo número 102 relativo a la norma mínima de seguridad social*"[51]. Con todo, el objetivo de alcanzar un nivel más elevado de protección frente al precitado Convenio OIT ha resultado tan solo relativamente alcanzado, debido al prácticamente idéntico contenido de ambos textos. De hecho, el Código Europeo de la Seguridad Social fue elaborado con la colaboración de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT, si bien, tan solo mejora al referido Convenio en dos aspectos que, además, requieren ciertas matizaciones.

El primero viene dado por el hecho de que la ratificación de dicho Código requiere, conforme a su artículo 2.1.b), el cumplimiento del contenido mínimo de seis de las nueve ramas principales de la Seguridad Social que ya eran contempladas en el Convenio núm. 102 de la OIT (asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez y prestaciones de sobrevivientes), en lugar de las tres que exige el reiterado Convenio en su artículo 2.a.ii). Resulta evidente, entonces que esta previsión constituye una mejora frente a dicho Convenio, tal y como se pretendía, aunque la misma no resulta muy significativa si se tiene en cuenta que el Código Europeo de Seguridad Social establece que su parte II, relativa a asistencia sanitaria, contará como dos, mientras que su parte V, relacionada con las prestaciones de vejez, contará como tres (art. 2.1.b). Por tanto, lo cierto es que el Código Europeo de Seguridad Social puede ratificarse, al igual que el Convenio núm. 102 de la OIT, con la implementación del contenido mínimo de tan solo tres ramas, siempre que dos de ellas sean la de asistencia sanitaria y la de prestaciones de vejez[52].

El segundo aspecto de mejora reside en el hecho de que, pese a que el contenido del Código Europeo de la Seguridad social -en su versión original de 1964- resulte idéntico al del Convenio núm. 102 de la OIT, el mismo cuenta con un Protocolo aprobado de forma conjunta también el día 16 de abril de 1964 por el que sí se mejoran los estándares mínimos de protección contemplados en el citado Convenio de la OIT, requiriendo incluso

[50] En concreto, fue aprobado en Estrasburgo el 16 de abril de 1964 (European Treaty Series núm. 48), pudiendo consultarse, en su versión no revisada, por medio del siguiente enlace: https://rm.coe.int/168006b65e. Asimismo, la versión revisada fue aprobada en Roma el 6 de noviembre de 1990 (European Treaty Series núm. 139), encontrándose disponible en https://rm.coe.int/168007b3d6.

[51] Según se desprende del preámbulo de dicho Código.

[52] Sí debe destacarse, sin embargo, que el citado Código no prevé la excepción temporal a la aplicación del contenido mínimo de las ramas seleccionadas que sí se contempla en el artículo 3 del Convenio núm. 102 OIT en relación a aquellos Estados Parte cuya economía y recursos médicos estén insuficientemente desarrollados.

que se adopten las previsiones de ocho de las nueve ramas principales de la Seguridad Social antes mencionadas[53]. Es más, la versión revisada del Código Europeo del año 1996 eleva incluso los niveles mínimos de protección contemplados en dicho Protocolo. Sin embargo, los esfuerzos realizados por elevar las garantías previstas en el reiterado Convenio de la OIT, aunque loables, han resultado poco eficaces, pues tanto el referido Protocolo como la versión revisada del Código Europeo requieren de la ratificación de los Estados Parte para su aplicación en cada territorio nacional, habiendo optado la mayoría de los mismos por ratificar tan solo la versión primigenia del Código Europeo de Seguridad Social de 1964[54].

En consecuencia, podría afirmarse que el contenido mínimo del derecho a la Seguridad Social contemplado en el artículo 12 CSEr viene dado por los niveles mínimos de protección previstos por el original Código Europeo de Seguridad Social de 1964, que, a su vez, resultan idénticos -salvando las pequeñas distinciones antes mencionadas- a los previstos en el Convenio núm. 102 de la OIT.

— Esfuerzo por la mejora progresiva ("*esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social*")

De la dicción del artículo 12 CSEr destaca la ambiciosa y novedosa incorporación al derecho subjetivo a la Seguridad Social de la obligación por parte de los Estados Parte de esforzarse por mejorar progresivamente el nivel de protección de sus respectivos sistemas de Seguridad Social, previsión no parangonable siquiera con la redacción del artículo 2.1 PIDESC, pues este último se limita a imponer el logro progresivo de la plena efectividad del derecho a la Seguridad Social (efectividad que puede entenderse alcanzada con satisfacer el contenido mínimo de este derecho), mientras que la CSEr va más allá, imponiendo la obligación de esforzarse por incrementar el nivel de protección del sistema incluso aunque se haya logrado ya tal efectividad. No obstante, debe notarse que se trata de una obligación que parece ser de medios, y no de resultados, pues no se obliga a los Estados a "elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social", sino a "esforzarse" por elevar dicho nivel.

— Coordinación e igualdad de trato para los nacionales de los distintos Estados Parte

La CSEr no define una estructura concreta que deba revestir el sistema de Seguridad Social de aquellos Estados Parte que ratifiquen la misma, aunque sí impone la obligación a éstos de coordinarse entre sí para permitir la concesión, mantenimiento y restablecimiento de las prestaciones o los periodos cotizados en otros Estados Parte y de garantizar la igualdad de trato entre los nacionales de cada uno de ellos[55]. Con el propósito de orientar los esfuerzos de los Estados Parte hacia este objetivo, debe destacarse como texto normativo

[53] El referido Protocolo puede consultarse en https://rm.coe.int/168006b65f.

[54] De los 46 Estados Parte que conforman el Consejo de Europa, el Código Europeo de la Seguridad Social de 1964 ha sido ratificado por 18 Estados (entre ellos España e Italia). Sin embargo, el ambicioso Protocolo al mismo tan solo ha sido ratificado por 7 Estados, y su aún más ambiciosa versión revisada no ha sido ratificada por ningún Estado, por lo que la misma no se encuentra ni siquiera en vigor todavía, al requerir para ello, al menos, dos ratificaciones. Información extraída de Nickless, J.: European Code of Social Security. Short Guide, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2002, pp. 75-81, disponible en https://www.coe.int/t/dg3/socialpolicies/source/socialsecurity/shortguide_en.pdf

[55] Para aquellos Estados Parte del Consejo de Europa que pertenezcan a la Unión Europea, el instrumento normativo encargado de normar tal coordinación es el Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, desarrollado a su vez por el Reglamento (CE) nº 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009 y ampliado por el Reglamento (UE) nº 1231/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010.

elaborado en el seno del Consejo de Europa el Convenio Europeo de Seguridad Social[56], así como el Convenio Complementario para la aplicación del mismo[57], firmados en París el 14 de diciembre de 1972 y ratificados hasta la fecha por Austria, Bélgica, España, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Turquía[58].

Una vez analizado el derecho a la Seguridad Social contemplado en el artículo 12 de la CSEr debe destacarse que dicho precepto contempla en exclusiva los derechos derivados de la necesaria existencia de un sistema contributivo de Seguridad Social (un "seguro" social, propiamente dicho), mientras que es el artículo 13 CSEr el que, reconociendo el "derecho a la asistencia social y médica", establece el derecho a un nivel o sistema asistencial de Seguridad Social. Así, la CSEr no emplea el concepto "Seguridad Social" en su acepción amplia, sino que traza una distinción clara entre el seguro social, de corte bismackiano y profesional, y la asistencia social, de corte beveridgeano y universal, reconociendo de forma separada el derecho a ambos. En concreto, el artículo 13 CSEr establece que "*Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las Partes se comprometen:*

— *a velar por que toda persona que no disponga recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguir éstos por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado;*

— *a velar por que las personas que se beneficien de tal asistencia no sufran por ese motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales;*

— *a disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar;*

— *a aplicar las disposiciones mencionadas en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo, en condiciones de igualdad con sus nacionales, a los de las restantes Partes que se encuentren legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953*."

Por tanto, la asistencia social y médica -como nivel asistencial perteneciente a la noción más universal o amplia de Seguridad Social[59]- se reconoce como un derecho subjetivo de las personas en estado de necesidad y, como tal, resulta reclamable frente a los Estados Parte que hayan ratificado la CSEr, tal y como ha clarificado el Comité Europeo de Derecho Sociales[60]. En concreto, tal asistencia social debe ser adecuada, posibilitando un nivel de vida decente que permita a una persona cubrir todas

[56] European Treaty Series núm. 78, disponible en https://rm.coe.int/1680074611.

[57] European Treaty Series núm. 78A. Disponible en https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020130540078a_ing.pdf

[58] Información extraída de la web oficial de la Seguridad Social española y disponible en https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/32078/32162/32165 [último acceso el 13 de agosto de 2024].

[59] El derecho a la Seguridad Social en términos amplios incluye no solo el aseguramiento social, sino también la asistencia social. Vid. Kulke, U.: "Cometido presente y futuro de las normas de la OIT en la materialización del derecho a la seguridad social", Revista Internacional de Seguridad Social, vol. 60, núm. 2-3, 2007, p.140.

[60] Conclusión I, Declaración interpretativa del artículo 13-1 CSEr, con identificador I_Ob_-48/Ob/EN, disponible en https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=I_Ob_-48/Ob/EN; así como Conclusiones relativas al artículo 13-1 CSEr en relación a Andorra de 2 de enero de 2010, con identificador 2009/def/AND/13/1/EN, disponibles en https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2009/def/AND/13/1/EN.

sus necesidades básicas y perdurando en tanto persista el estado de necesidad[61]. Así, la conjunción entre el reconocimiento del derecho a una asistencia social "adecuada" por parte del artículo 13 CSEr y el establecimiento del derecho a una Seguridad Social que alcance un "nivel satisfactorio" por parte del artículo 12 CSEr encierran, en esencia, el derecho a unas rentas suficientes para todo ciudadano (independientemente de que cuente con un empleo o no).

Estos dos preceptos, que, de forma separada, recogen el derecho a la Seguridad Social en sentido amplio, se complementan a su vez con otros derechos reconocidos por la CSEr[62], en concreto:

— El derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad (art. 8), debiendo los Estados Parte garantizar "*a las trabajadoras, antes y después del parto, un descanso de una duración total de catorce semanas, como mínimo, sea mediante vacaciones pagadas, sea por prestaciones adecuadas de la seguridad social*".

— El derecho de la familia a protección social, jurídica y económica (art. 16), por el que los Estados Parte se comprometen a "*fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares* […]".

— El derecho de los niños y adolescentes a protección social, jurídica y económica (art. 17), en íntima vinculación con la reducción y erradicación de la pobreza infantil y la exclusión social[63].

— El derecho de las personas de edad avanzada a protección social (art. 23)[64], debiendo garantizar los Estados Parte que "*las personas de edad avanzada sigan siendo miembros plenos de la sociedad durante el mayor tiempo posible mediante recursos suficientes que les permitan llevar una vida digna y participar activamente en la vida pública, social y cultural* […]" y que éstas puedan "*elegir libremente su estilo de vida y llevar una existencia independiente en su entorno habitual mientras lo deseen y les sea posible hacerlo mediante* […] *la asistencia sanitaria y los servicios que requiera su estado*".

— El derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato (art. 27), comprometiéndose los Estados Parte a adoptar medidas apropiadas para "*tener en cuenta sus necesidades en lo que respecta a las condiciones de trabajo y a la seguridad social*".

— El derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 30), debiendo los Estados Parte adoptar políticas coordinadas para combatir la pobreza, al lesionar la misma la dignidad humana de la persona que vive en ella[65].

---

61 Conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales XIX-2 relativas al artículo 13, párrafo 1, CSEr en relación a Letonia, de 2 de enero de 2010, disponibles en https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=XIX-2/def/LVA/13/1/EN.

62 Los derechos reconocidos en los artículos 23, 27 y 30 CSEr que a continuación se mencionarán fueron añadidos con la revisión de la Carta en 1996, no siendo contemplados en su versión original correspondiente al año 1961.

63 Conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales relativas al artículo 17, párrafo 1, CSEr en relación a Andorra, de 5 de diciembre de 2019, con identificador 2019/def/AND/17/1/EN y disponibles en https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2019/def/AND/17/1/EN.

64 Este derecho ya se contempló en el artículo 4 del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988 a fin de expandir la protección dispensada por este instrumento internacional. Dicho Protocolo se encuentra disponible en https://rm.coe.int/168007a84e.

65 Declaración interpretativa del artículo 30 CSEr efectuada por el Comité Europeo de Derechos Sociales, con identificador 2013_163_06/Ob/EN, disponible en https://hudoc.esc.coe.int/fr/?i=2013_163_06/Ob/EN.

Puede concluirse, entonces, que la actividad del Consejo de Europa ha resultado muy intensa en lo que respecta a la configuración de un auténtico derecho subjetivo a la Seguridad Social -en sentido amplio-, determinando su contenido mínimo e integrando en éste el derecho a unas rentas suficientes para todo ciudadano.

2.2.2. Unión Europea

Resulta importante señalar que entre los objetivos de la Unión Europea se hallan el fomento del "*desarrollo sostenible de Europa basado en* […] *una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social*", la lucha contra "*la exclusión social y la discriminación*" y el fomento de "*la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño*" (art. 3.3 TUE[66]) -esta protección social debe ser "adecuada" conforme al art. 151 TFUE[67]-. Asimismo, en sus relaciones con el resto del mundo "*afirmará y promoverá sus valores e intereses*", contribuyendo "*a la erradicación de la pobreza y a protección de los derechos humanos*" (art. 3.5 TUE).

En este sentido, y como texto que constituye la clave de bóveda en lo referente al reconocimiento de derechos humanos en el seno de la Unión, fue proclamada en el año 2000 la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[68] (en lo sucesivo, CDFUE), revisada en 2007[69]. La misma comienza proclamando en su artículo 1 el derecho a la dignidad humana, declarando su inviolabilidad y la obligación de respetarla y protegerla. Asimismo, en su artículo 34 reconoce, por un lado, el derecho a la Seguridad Social -en sentido estricto, haciendo referencia exclusiva al seguro social-, al afirmar que "*La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales*"[70]; y, por otro, el derecho a la ayuda social -nivel asistencial del derecho a la Seguridad Social en sentido amplio-, al declarar que "*Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social* […] *para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales*".

Estos preceptos son asimismo complementados por el derecho que asiste a los niños a "*la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar*" (art. 24), el derecho de las personas mayores a "*llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural*" (art. 25) y el derecho a la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social, el cual engloba a su vez el derecho a "*un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño*" (art. 33).

Adicionalmente, cabe destacar que, como antecedente a la CDFUE, fue proclamada en el año 1989 la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, aún vigente, cuyo artículo 10 reconoce, con arreglo a las modalidades propias de cada país, que "*Todo trabajador de la Comunidad Europea tiene derecho a una protección social adecuada y, sea cual fuere su estatuto o la dimensión de la empresa en que trabaja, debe beneficiarse de niveles de prestaciones de seguridad social de nivel suficiente. Las personas que estén excluidas del mercado de trabajo, ya*

66 Tratado de la Unión Europea, DOUE núm. C 326 de 26 de octubre de 2012.

67 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DOUE núm. C 326 de 26 de octubre de 2012.

68 DOUE C 364, de 18 de diciembre del año 2000.

69 DOUE C 303, de 14 de diciembre de 2007.

70 Nótese que la enumeración realizada por el precepto es meramente ejemplificativa, al emplearse las palabras "en casos como…" sin ánimo exhaustivo.

sea por no haber podido acceder a él, ya sea por no haber podido reinsertarse en el mismo, y que no dispongan de medios de subsistencia, deben poder beneficiarse de prestaciones y de recursos suficientes adaptados a su situación personal"[71].

No obstante, debe señalarse que la Unión Europea carece de competencias normativas en lo que respecta a la configuración de los sistemas de Seguridad Social de sus Estados Parte. Cierto es que el artículo 153 TFUE impone a la Unión el deber de apoyar y completar la acción de los Estados miembros en materia de Seguridad Social y protección social de los trabajadores, así como en materia de lucha contra la exclusión social (art. 153.1.c) y j)), pero el apartado cuarto de este precepto limita tal cometido al indicar que las disposiciones que se adopten conforme al mencionado artículo "*no afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste*".

Es por ello que resulta reducido el Derecho derivado elaborado en el seno de la Unión en desarrollo del derecho subjetivo a la Seguridad Social reconocido en su Derecho originario -entendiéndolo en sentido amplio, incluyendo su nivel asistencial-. Con todo, puede señalarse al respecto la aprobación de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social[72], así como del Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, elaborado con el propósito de garantizar a las personas que se desplazan por el territorio de la Unión el mantenimiento de sus derechos en materia de Seguridad Social[73]. Este último ha sido a su vez desarrollado por el Reglamento (CE) nº 987/2009[74], y su ámbito subjetivo de aplicación ampliado por el Reglamento (UE) nº 1231/2010, de 24 de noviembre de 2010[75].

Finalmente, resulta también importante hacer referencia al Pilar Europeo de Derecho Sociales, adoptado bajo la forma de Recomendación de la Comisión Europea[76] a fin de servir de guía para la construcción de una Unión Europea más social. En él se consagran 20 principios cuyo cumplimiento constituye un compromiso y una responsabilidad compartidos de la Unión, los Estados miembros y los interlocutores sociales (Considerando 17). En concreto, la proclamación del derecho subjetivo a la Seguridad Social, en sentido amplio, se desprende de seis de sus principios:

— Principio 11 "Asistencia y apoyo a los niños", por el que se afirma que "*Los niños tienen derecho a la protección contra la pobreza. Los niños procedentes de entornos desfavorecidos tienen derecho a medidas específicas destinadas a promover la igualdad de oportunidades*".

— Principio 12 "Protección social", el cual establece que "*Con independencia del tipo y la duración de su relación laboral, los trabajadores por cuenta ajena y, en condiciones*

[71] Comisión de las Comunidades Europeas: Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1990, disponible en https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/51be16f6-e91d-439d-b4d9-6be041c28122.

[72] DOCE núm. 6, de 10 de enero de 1979.

[73] Por el que se sustituye tanto al Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DOCE núm. 149, de 5 de julio de 1971) como a su norma de desarrollo, el Reglamento (CEE) nº 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972 (DOCE núm. 74, de 27 de marzo de 1972).

[74] DOUE núm. 284, de 30 de octubre de 2009.

[75] DOUE núm. 344, de 29 de diciembre de 2010.

[76] Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales. DOUE L 113 de 29 de abril de 2017.

comparables, los trabajadores por cuenta propia, tienen derecho a una protección social adecuada".

— Principio 13 "Prestaciones por desempleo", en virtud del cual se reconoce el derecho a ayudas adecuadas a la activación para las personas desempleadas y a "*prestaciones de desempleo adecuadas de duración razonable, en consonancia con sus propias contribuciones y los criterios de concesión nacionales*" que, sin embargo, no deben desincentivar un retorno rápido al trabajo.

— Principio 14 "Renta mínima", por el que se reconoce que "*Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida* […]".

— Principio 15 "Pensiones y prestaciones de vejez", según el cual las personas trabajadoras tienen derecho a "*recibir una pensión de jubilación acorde a sus contribuciones que garantice una renta adecuada. Las mujeres y los hombres deberán tener las mismas oportunidades para adquirir derechos de pensión*", añadiéndose como aclaración final que "*Toda persona en la vejez tiene derecho a los recursos que garanticen una vida digna*".

— Principio 16 "Sanidad", conforme al cual se afirma que "*Toda persona tiene derecho a un acceso oportuno a asistencia sanitaria asequible, de carácter preventivo y curativo y de buena calidad*".

En suma, aunque las limitadas competencias normativas en materia de Seguridad Social de las que goza la Unión Europea hayan ocasionado una reducida producción normativa y desarrollo conceptual en este sentido en su seno, la Unión reconoce de forma incontestable el derecho subjetivo a la Seguridad Social, vinculándolo además al derecho de toda persona a unas rentas suficientes que permitan disfrutar de una vida digna.

3. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO SUBJETIVO A LA SEGURIDAD SOCIAL DERIVADAS DEL ANÁLISIS NORMATIVO EFECTUADO

De la revisión normativa realizada pueden extraerse una serie de características propias del derecho subjetivo a la Seguridad Social según ha sido consagrado a nivel internacional, entre las que cabe destacar las siguientes[77]:

— Se trata de un derecho *inherente a todo ser humano*, siendo así declarado en el conjunto de textos normativos analizados, al encontrarse íntimamente vinculado a la dignidad de la persona por resultar *fundamental e indispensable* para el desarrollo pleno de la misma[78]. Lejos queda entonces en el actual panorama normativo internacional la concepción de este derecho como de titularidad exclusiva de las personas trabajadoras.

— Constituye un derecho *universal*, tanto en su ámbito subjetivo, al amparar a toda persona independientemente de sus circunstancias personales, económicas y sociales

[77] Se ha tomado como referencia la enumeración recogida en Navarro Fallas, R.A.: "El derecho fundamental a la seguridad social, papel del Estado y principios que informan la política estatal en seguridad social", Revista de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social, vol. 10, núm. 1, 2002.

[78] Vid. OIT. Departamento de Seguridad Social: Seguridad social para todos: una inversión en el desarrollo económico y social mundial, Temas de protección social, Documento de discusión núm. 16, 2007, disponible en https://webapps.ilo.org/public/spanish/protection/secsoc/downloads/policy_sp.pdf, p.5.

(edad, ideología, situación profesional…); como en su ámbito objetivo, pues su objeto ha evolucionado hasta alcanzar la protección del estado de necesidad en sí mismo considerado, independientemente de la contingencia o riesgo cuya materialización lo haya ocasionado[79].

— Es asimismo un derecho *exigible frente al Estado*, pues su estatus jurídico-normativo ha quedado consagrado en los más importantes textos normativos internacionales en materia de derechos humanos, no siendo recogido como un mero principio programático a observar, sino como un auténtico derecho que genera una correlativa obligación jurídica de cumplimiento por parte de los poderes públicos estatales.

— El bien jurídico protegido por este derecho es la *dignidad de la persona*, protegiéndose la misma mediante flujos económicos (ya sean dinerarios o en especie -como la asistencia sanitaria-) que *permitan a la persona disfrutar de un nivel de vida mínimo que haga posible tal dignidad*. Es en este sentido en el que afirmamos que el derecho a la Seguridad Social engloba el derecho a unas *rentas suficientes*, garantizando la seguridad en los ingresos.

— Se trata de un derecho de *naturaleza prestacional*, que, por tanto, requiere una conducta activa organizada por el Estado que provea al individuo de las prestaciones adecuadas para mitigar el estado de necesidad en el que se encuentra.

— Constituye un derecho de *ordenación estatal*, pues es el ordenamiento jurídico, como manifestación del poder del Estado, el instrumento que debe determinar su contenido, respetando siempre aquel núcleo insoslayable que le es inherente y sin el cual pasaría a ser irreconocible.

— Es un derecho de *base solidaria*[80], puesto que su funcionamiento, tanto en su estricto nivel de seguro social como, de forma aún más indiscutible, en su nivel de asistencia social, encuentra como principio base la *redistribución de la renta*, transfiriéndose recursos de aquellos que presentan capacidad económica en un momento dado a aquellos que carecen de la misma (de la persona sana a la enferma, de la rica a la pobre, de la joven a la anciana…)[81].

— Se trata de un *derecho social*, puesto que su realización para el individuo requiere necesariamente del concurso de otras personas en su financiación, a fin de disponer de fondos suficientes que hagan posible su materialización (ya se produzca dicha financiación por vía impositiva o por medio de cotizaciones).

— Constituye un derecho *complejo*, pues su satisfacción es alcanzada mediante un alambicado entramado de prestaciones articuladas sobre la base de un *sistema multinivel*.

79 Al respecto, vid. asimismo Goerlich Peset, J.M.: "El derecho de la Seguridad Social"…, op. cit., p. 45.

80 Tal y como afirma García Guzmán, "La seguridad social es solidaria, pues la responsabilidad pública gubernamental, el carácter equitativo y colectivo del financiamiento, así como la obligatoriedad de la afiliación, entre otros elementos, convergen hacia la institucionalización de mecanismos de solidaridad […]. Así, la solidaridad o componente solidario de la seguridad social se refiere a la garantía de protección a los menos favorecidos basada en la participación de todos los contribuyentes al sistema, pues la colectividad decide compartir sus riesgos y sus beneficios para poder garantizar la cobertura frente a las contingencias de la vida […]" (García Guzmán, M., "Derecho a la seguridad social", Estudios Políticos, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Estudios Políticos, novena época, núm. 32, 2014, p. 91).

81 Los esquemas de Seguridad Social cuentan con una profunda capacidad distribuidora, no solo en la forma en la que se reciben los ingresos, sino también en la manera en que se aplican. Ibid., p.92.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA SUFICIENCIA COMO UNA EXIGENCIA JURÍDICA INSOSLAYABLE DE LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL

A la hora de debatir sobre sostenibilidad y suficiencia de los sistemas de Seguridad Social, no resulta infrecuente que las cifras presupuestarias y el pragmatismo económico terminen por inclinar la balanza en favor de la primera y en detrimento de la segunda. Ciertamente, la sostenibilidad de un sistema de Seguridad Social constituye sin duda una condición imprescindible para su existencia duradera en el tiempo, por lo que la importancia que se le concede a este atributo es bien merecida, pues incluso aunque jurídicamente no fuera consagrada tal exigencia, la realidad económica se encargaría de imponer la misma con la misma contundencia.

Sin embargo, el hecho de que el atributo de suficiencia no derive de exigencias presupuestarias, en ocasiones, lleva a la consideración del mismo como una característica derivada de una suerte de benevolencia o altruismo de los Estados, pasando por alto que su relevancia es parangonable -si no superior- con el imperativo de la sostenibilidad. En efecto, no debe perderse de vista que la Seguridad Social, como hito de solidaridad, surge como una red de ayuda colectiva para permitir a aquellas personas que se encuentran en estado de necesidad -a causa de la materialización de unos riesgos que nos atenazan a todos- escapar del mismo, lo cual no puede lograrse sino con prestaciones suficientes. Por tanto, si bien la sostenibilidad constituye un medio para lograr dicho fin -pues sin una racionalidad económica, el sistema dejaría de existir-, la suficiencia constituye el fin en sí mismo.

Probablemente haya sido este superior fundamento teleológico el que haya llevado a consagrar en los principales textos normativos internacionales, según ha podido observarse en el presente trabajo, la noción de suficiencia como parte del contenido mínimo insoslayable del derecho subjetivo a la Seguridad Social, a través de la cristalización de un auténtico derecho a unas rentas suficientes y a una existencia digna, pues es esta dignidad precisamente el bien protegido por aquella. La relevancia jurídica y teleológica de la suficiencia debe ser, por tanto, afirmada.

No obstante, las conclusiones alcanzadas no implican que haya de primarse de forma temeraria en términos económicos la suficiencia en cualquier reforma a plantear en un sistema de Seguridad Social, sino que la sostenibilidad, en términos siempre razonables, debe ser puesta al servicio de la suficiencia -y no a la inversa-[82], evitando en la medida de lo posible que los argumentos económicos se conviertan en un refugio para no adoptar soluciones valientes y sociales acordes con el espíritu y los ideales que llevaron al surgimiento de la Seguridad Social en un primer momento. Los condicionantes económicos no deberían perjudicar a la suficiencia en tanto no se hayan agotado todas las posibilidades a disposición del Estado para impedirlo, pues lo contrario equivaldría a perder de vista la razón de ser del sistema y el motivo mismo de su existencia.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Beveridge, W.H.: *Report on Social Insurance and Allied Services*, Londres, 1942.

Comisión de las Comunidades Europeas: *Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1990, disponible en https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/51be16f6-e91d-439d-b4d9-6be041c28122.

[82] En idéntico sentido, Vila Tierno, F.: "El difícil equilibrio entre la sostenibilidad y la suficiencia. Una visión general de la situación general del sistema de pensiones pensando en el futuro", en AA.VV.: La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones, Vila Tierno, F. y Gutiérrez Bengoechea, M. (Dirs.), Granada, Comares, 2020, p.26.

García Guzmán, M.: "Derecho a la seguridad social", Estudios Políticos, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Estudios Políticos, novena época, núm. 32, 2014.

Gil y Gil, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social", en AA.VV.: *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, Escobar Roca, G. (Dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2012.

Goerlich Peset, J.M.: "El derecho de la Seguridad Social", en AA.VV.: *Derecho de la Seguridad Social*, Roqueta Buj, R. y García Ortega, J. (Dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020.

Kulke, U.: "Cometido presente y futuro de las normas de la OIT en la materialización del derecho a la seguridad social", *Revista Internacional de Seguridad* Social, vol. 60, núm. 2-3, 2007.

Monereo Pérez, J.L: "El derecho social fundamental a la existencia digna y el Ingreso Mínimo Vital", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum,* núm.24, 2020.

Monereo Pérez, J.L.: "Fundamentos del derecho fundamental a la salud en los sistemas europeos", *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. Extraordinario 4, 2022.

Navarro Fallas, R.A.: "El derecho fundamental a la seguridad social, papel del Estado y principios que informan la política estatal en seguridad social", *Revista de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social*, vol. 10, núm. 1, 2002.

Nickless, J.: *European Code of Social Security. Short Guide,* Estrasburgo, Consejo de Europa, 2002, disponible en https://www.coe.int/t/dg3/socialpolicies/source/socialsecurity/shortguide_en.pdf

OIT. Departamento de Seguridad Social: *Seguridad social para todos: una inversión en el desarrollo económico y social mundial,* Temas de protección social, Documento de discusión núm. 16, 2007, disponible en https://webapps.ilo.org/public/spanish/protection/secsoc/downloads/policy_sp.pdf.

Organización de Naciones Unidas: *Informe del Secretario General de la Asamblea General de la ONU "Cuestión del ejercicio efectivo, en todos los países, de los derechos económicos, sociales y culturales"* (GE.22-01282), 2022, disponible en https://documents.un.ºrg/doc/undoc/gen/g22/240/59/pdf/g2224059.pdf?token=L9UFOeSDzB2iTwubDA&fe=true.

Organización de Naciones Unidas: *Observación General nº19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho a la seguridad social* (GE.08-40400), 2007, disponible en https://documents.un.ºrg/doc/undoc/gen/g08/404/00/pdf/g0840400.pdf?token=nkIUv6lIPuHS5OzJG4&fe=true.

Vila Tierno, F.: "El difícil equilibrio entre la sostenibilidad y la suficiencia. Una visión general de la situación general del sistema de pensiones pensando en el futuro", en AA.VV.: *La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de* pensiones, Vila Tierno, F. y Gutiérrez Bengoechea, M. (Dirs.), Granada, Comares, 2020.

Revista de Derecho de la Seguridad Social

Laborum

INFORMACIÓN GENERAL

Título: *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*
Abreviatura: REVSEGSOC
Editor: Ediciones Laborum, S.L.
ISSN: 2386-7191
ISSNe: 2387-0370
Inicio de Publicación: 2014
Periodicidad: Trimestral
Arbitraje: Evaluación por pares de doble ciego

NORMAS PARA LA REMISIÓN DE ORIGINALES, ACEPTACIÓN Y SU PUBLICACIÓN

1. ENVÍO DE ORIGINALES

Formato: Microsoft Word o Libreoffice.

Forma de envío: Por correo electrónico a la dirección revsegsoc@laborum.es o bien mediante la plataforma de envío en la propia página web de la revista http://revista.laborum.es. Es aconsejable que el autor/a o autores cursen su alta en la revista. Para ello únicamente tiene que entrar en la siguiente dirección de internet: revista.laborum.es y en el margen derecho superior se encuentran las ventanas para darse de alta (seguir las indicaciones). Solamente tiene que hacerlo una vez y a partir de ese momento ya podrá enviarnos sus colaboraciones y seguir su curso (registro, remisión a evaluadores, aceptación, fecha de su publicación, etc.).

El archivo debe identificarse con los apellidos del autor/a del trabajo y la identificación de la sección de la revista en la que se desea publicar. Dicha identificación del documento se anonimizará con posterioridad al fin de que su sistema de revisión por pares sea de doble ciego.

Secciones abiertas a la publicación

- ED (Estudios Doctrinales);
- EDJ (Estudios de Doctrina Judicial);
- EDC (Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas);
- ES (Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social);
- REC (Recensiones)

Por ejemplo: ORTIZ CASTILLO-ED

2. DATOS Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO REMITIDO

Se remitirán tres archivos de la siguiente forma:

Primer archivo: Documento con la identificación del autor/a o autores. Es un archivo distinto al del trabajo que tendrá el siguiente contenido: - Identificación del autor/a (nombre y apellidos de cada autor/a); ORCID, datos académicos y/o profesionales, así como la institución en que desempeña sus funciones. Se

facilitará el nombre, dirección postal, teléfono y correo electrónico del autor/a responsable de la correspondencia sobre el artículo.

Segundo archivo: Declaración responsable del autor/a de que el artículo es original y que no ha sido publicado anteriormente en ningún tipo de soporte (ya sea en papel o digital). En caso de coautoría se deberá de indicar, si procede, el criterio escogido para decidir el orden de firma y la contribución específica de cada uno de los autores/as al trabajo, reconociéndose a todos los autores/as materiales del trabajo, sin que se puedan conceder autorías ficticias o regaladas. Aquí se puede descargar el modelo de declaración de originalidad y cesión de derechos de autor: https://url.laborum.es/1doycda

Tercer archivo: El trabajo o artículo a publicar. **Muy importante:** No deberá hacer referencia a la autoría del trabajo o cualquier otro dato que permita identificar al autor/a o autores dentro del propio artículo.

El artículo ha de estar encabezado por:

El título del trabajo y las palabras clave/descriptores (entre 3 y 6), primero en español y luego en inglés.

Un resumen del trabajo de 10 líneas aproximadamente y, a continuación, su traducción de este al inglés (*abstract*).

Sumario. Se utilizará la numeración arábiga (1, 1.1, 1.1.1, etc.)

El artículo habrá de contener una bibliografía final.

Extensión del trabajo

La extensión de los trabajos será, conforme a la sección de la Revista a la que vayan destinados, la siguiente:

Estudios Doctrinales, Derecho Comparado Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias Conexas y Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social: máximo 25 páginas (incluido título, extracto, palabras claves, sumario, anexos, bibliografía, etc.).

Estudios de Doctrina Judicial: máximo 22 páginas (incluido título, extracto, palabras clave, sumario, bibliografía, etc.).

Recensiones: máximo 3 páginas.

FORMATO DEL DOCUMENTO

Márgenes:

Superior:	2,50 cm	Izquierda:	3,00 cm	Encabezado:	1,25 cm
Inferior.	2,50 cm	Derecha:	3,00 cm	Pie de página:	1,25 cm

Fuente: Time New Roman, Justificación completa, y con interlineado sencillo (a un espacio). En el interior del Texto de los originales no deben ponerse palabras o frases en negrita o subrayadas. Sí cabe poner palabras o frases en cursivas. Eso sí, evitando una utilización excesiva o abusiva de esta técnica.

Tamaño: Texto normal 12; Notas al Pie 10

Las referencias legislativas o judiciales deberán expresar -en todo lo posible- las referencias propias de la base de datos que se utiliza (o, en su defecto, se deberán citar con datos que aseguren su identificación y localización efectiva (por ejemplo, Boletín Oficial donde se haya publicado, número de recurso o de sentencia, etcétera).

Referencias bibliográficas

Los apellidos de los autores/as citados/as han de ir solo en mayúscula la primera letra y versales. Los nombres solo se identifican con las iniciales en mayúscula.

Ejemplos:

-Si es una obra de autoría individual o en coautoría de hasta cuatro autores:

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: *Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares*, Murcia, Laborum, 2009, pp. 201-242.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España*. José Maluquer y Salvador, Granada, Comares, 2007, pp. 40-48.

-Si es una parte de una obra colectiva con directores y/o coordinadores:

VV.AA.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, SÁNCHEZ RODAS, C. y ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2006, pp. 50-80.

VV.AA.: *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el Siglo XXI*, OJEDA AVILÉS, A. (Ed.), Murcia, Laborum, 2008, pp. 106-125.

VV.AA.: *VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011*, ORTIZ CASTILLO, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2011.

VV.AA.: *Los retos de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Ed.), Murcia, Laborum, 2016.

VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 145-173.

VV.AA.: *La reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, SEMPERE NAVARRO, A.V. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (Dirs.), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012.

Los títulos de una obra o de una Revista, en cursiva. El título de un capítulo o de un artículo doctrinal, entrecomillado o con corchetes.

3. PROCESO EDITORIAL

Recepción de artículos: Hay 2 formas de recepcionar los artículos, bien enviándolos por mail a revsegsoc@laborum.es o bien mediante la plataforma de la revista digital https://revista.laborum.es, en la cual se deben registrar como autores para tener acceso a la sección de enviar artículos.

Se acusará su recibo por la Coordinación de la Editorial lo que no implicará su aceptación.

Una vez acusado recibo, la Coordinación efectuará una primera valoración editorial consistente en comprobar tanto la adecuación al ámbito temático

como el cumplimento de los requisitos de presentación formal exigidos en el punto 2, quedando autorizada la Editorial a la devolución de los estudios mientras no se ajuste a las normas de publicación indicadas.

Remisión de originales al Consejo de Redacción: La Coordinación de la Editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la Revista, que analizará el estudio valorando su remisión a los evaluadores externos, ajenos a los Consejos de Redacción y Asesor, y que han sido seleccionados por los editores de la revista (*vid.* https://revista.laborum.es/equipoeditorial o listado en inicio revista) teniendo en cuenta sus méritos académicos, su acreditada solvencia investigadora y su dilatada experiencia en el ámbito de las Ciencias Jurídicas y Sociales. Las secciones Editorial, las Crónicas (de Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas; Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas; de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social; y de Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social), así como Clásicos de la Seguridad Social se encuentran excluidos del proceso de revisión por pares de doble ciego.

Sistema de revisión por pares: El artículo enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima, quienes emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de Redacción. El protocolo de evaluación utilizado por los revisores se hace público como anexo a estas normas (*vid.* https://revista.laborum.es). En el caso de juicios dispares entre los dos evaluadores, el trabajo será remitido a un tercer evaluador. El trabajo revisado que se considere puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones, deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de un mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores. De ser necesario, la nueva versión será enviada de nuevo a los revisores externos. Los autores recibirán los informes de evaluación de los revisores, de forma anónima, para que estos puedan realizar (en su caso) las correcciones oportunas.

Proceso editorial: Una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le podrán ser remitidas, si fuera necesario, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección.

Plazos de publicación: El intervalo entre la recepción y la aceptación será inferior a 60 días y el que media entre la aceptación y la publicación no superará los 90 días, siempre que se envíe el trabajo en plazo.

Ejemplar para el autor: La editorial hará llegar a autor o autores una versión electrónica del trabajo presentado y publicado

4. CRITERIOS DE POLÍTICA EDITORIAL Y RESPONSABILIDADES ÉTICAS

Criterios de política editorial. Los factores en los que se funda la decisión sobre la aceptación-rechazo de los trabajos por parte de la editorial son los siguientes:

a) Originalidad.

b) Actualidad y novedad.

c) Relevancia y aplicabilidad de los resultados para la resolución de problemas concretos.

d) Significación para el avance del conocimiento científico.

e) Calidad metodológica contrastada.

f) Presentación, buena redacción y organización (coherencia lógica y presentación material).

Responsabilidades éticas. La Revista no acepta material previamente publicado. Los autores son responsables de obtener los oportunos permisos para reproducir parcialmente material (texto, tablas o figuras) de otras publicaciones y sitios de Internet y de citar su procedencia correctamente.

5. POLÍTICA ANTIPLAGIO

Los autores/as confirman que el trabajo es original y garantizan que ningún tipo de información ha sido plagiada, inventada o manipulada, con un uso inadecuado de la técnica de citación, a través de la firma del documento "declaración de originalidad" que debe de adjuntarse junto con el envío del artículo. En el caso de que la Editorial aprecie algún tipo plagio durante el proceso de evaluación del artículo, este será rechazado y no se procederá a su publicación. Si el plagio detectado obedece a un uso indebido de la técnica de cita, se le dará la posibilidad al autor para que revise y edite su trabajo como requisito necesario para su publicación. En caso de que se detecte el plagio una vez que se ha publicado el artículo, dicho artículo será eliminado de la página web, sin perjuicio de la denuncia de las prácticas deshonestas sobre los diversos supuestos de fraude científico (plagio, publicación duplicada, etc.).

6. POLÍTICAS DE IGUALDAD DE GÉNERO

Compromiso con el uso de lenguaje no sexista: Los autores/as se comprometen a redactar sus trabajos siguiendo las buenas prácticas en igualdad de género, utilizando lenguaje incluso y no discriminatorio.

Desagregación de datos en función del sexo: Es importante que los datos de origen de la investigación tengan en cuenta el sexo para advertir las posibles diferencias. En el caso de que los autores/as presenten datos, siempre que sea posible, deberán de desagregarse estos en función del sexo con el fin de permitir la identificación de dichas diferencias.

7. POLÍTICAS DE INFORMACIÓN SOBRE FUENTES DE FINANCIACIÓN

Cada autor/a deberá de reconocer y determinar la financiación que ha recibido para la elaboración del artículo en cuestión. En el mismo artículo, en la primera nota a pie de página, se indicará la agencia o agencias de financiación, así como el/los código/s de los proyectos de investigación en los cuales se ha desarrollado el trabajo. Esta información también se incluirá en los metadatos del artículo.

AVISO DE DERECHOS DE AUTOR/A

Los trabajos de la presente revista se publican bajo una licencia de "todos los derechos reservados" hasta que transcurra un año desde su publicación (período de embargo), momento a partir del cual se publican los trabajos bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin obra derivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

*Las secciones que no están sujetas a período de embargo se publican directamente bajo una licencia CC BY-NC-ND 4.0.

Recuérdese que las secciones Editorial; Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas; Crónica de Doctrina Administrativa de Seguridad Social y Clásicos de la Seguridad Social, se ofrecen en abierto. Las secciones Estudios Doctrinales; Estudios de Doctrina Judicial; Derecho Comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social y materias conexas; y Economía y Sociología, se ofrecen también en abierto transcurridos doce meses desde la publicación de cada número.

Por medio de la firma de la Carta de originalidad y de cesión de derechos de autor se ceden en exclusiva, durante un año a partir de la fecha de publicación, los derechos patrimoniales de propiedad intelectual (distribución, comunicación pública, reproducción y transformación) a Ediciones Laborum, S.L. No obstante, sí que se les permite a los autores/as publicar sus trabajos en cualquier otra publicación (formato impreso o electrónico), siempre con el único requisito de reconocer la previa aparición en esta Revista.

POLÍTICA DE AUTOARCHIVO POR PARTE DEL AUTOR/A

Se podrá depositar la versión final aceptada para publicación en repositorios institucionales o temáticos de acceso abierto en los plazos y en los términos establecidos por la entidad financiadora de la investigación publicada y, en todo caso, cuando haya transcurrido el período de embargo inicial de 12 meses.

CÓDIGO ÉTICO PARA LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LABORUM

«Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum» se adhiere a las recomendaciones de ELSEVIER y a las normas éticas de COPE: Commitée on Publication Ethics: http://publicationethics.org/resources/code-conduct

A continuación, se detallan de manera específica los compromisos adquiridos por todo el Equipo Editorial para asegurar una actuación responsable tanto de autores, revisores, como de editores.

Compromisos para los autores

- Originalidad en los trabajos: Los autores de manuscritos enviados a la Revista de «Derecho de la Seguridad Social (Laborum)» han de ser originales. Los manuscritos no han de contener copias o reproducciones a trabajos de otros autores o de otros fragmentos de trabajos ya publicados por los mismos autores. Además, se confirmará veracidad de los datos mediante la firma de un documento de "declaración de originalidad" que habrá de enviarse a la editorial.
- Publicaciones múltiples o repetitivas: El autor no debe publicar un mismo artículo o con resultados similares en más de una revista científica. La propuesta simultánea de la misma contribución a múltiples revistas científicas es considerada éticamente incorrecta y reprobable.
- Listado de fuentes: Al final de cada trabajo el autor deberá incorporar una relación bibliográfica completa, en la que se recojan todas las fuentes y artículos manejados.
- Autoría: En cuanto a la autoría del manuscrito, los autores garantizan la inclusión de aquellas personas que han hecho una contribución científica e intelectual significativa en la conceptualización y la planificación del trabajo como en la interpretación de los resultados y en la redacción del mismo. Al mismo tiempo se han jerarquizado los autores conforme a su categoría y/o nivel de responsabilidad e implicación.
- Conflicto de intereses y divulgación: Todos los autores están obligados a declarar explícitamente que no existen conflictos de intereses que puedan haber influido en los resultados obtenidos o en las interpretaciones propuestas. Los autores también deben indicar cualquier financiación de agencias y/o de proyectos de los que surge el artículo de la investigación.
- Errores o erratas en los artículos publicados: Cuando un autor identifica en su artículo un importante error o una inexactitud, deberá comunicarlo a los editores de la revista y proporcionarles toda la información necesaria para listar las correcciones pertinentes en la parte inferior del mismo artículo.
- Responsabilidad: todos los autores aceptan la responsabilidad de lo que se ha escrito. Los autores se comprometen también a que se ha realizado una revisión de la literatura científica más actual y relevante del tema analizado, teniendo presente de forma plural las diferentes corrientes del conocimiento.

Compromisos para los revisores

- Contribución a la decisión editorial: La revisión por pares y a ciegas le permite a la editorial Laborum tomar decisiones sobre los artículos propuestos y, de igual modo, le permite al autor mejorar en la contribución enviada para su publicación. Los revisores asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta y constructiva tanto de la calidad científica, como de la calidad literaria del escrito.

- Tiempos de revisión: La coordinación marcará los tiempos de revisión. El revisor que no pueda terminar la evaluación en el tiempo programado habrá de notificarlo de inmediato a la coordinadora. Los revisores se comprometen a evaluar los trabajos en el tiempo menor posible para respetar los plazos de entrega.
- Confidencialidad: Cada manuscrito asignado debe ser considerado como confidencial. Por lo tanto, estos textos no se deben discutir con otras personas sin el consentimiento expreso del director, el subdirector y la coordinadora.
- Objetividad: La revisión por pares se realizará de manera objetiva. No se considera adecuado ningún juicio personal sobre los autores de las contribuciones. Los revisores están obligados a dar razones suficientes para sus valoraciones. Los revisores entregarán un informe crítico completo con referencias adecuadas según protocolo de revisiones de la Revista de «Derecho de la Seguridad Social (Laborum)» y las normativas públicas para los revisores; especialmente si se propone que el trabajo sea rechazado. Están obligados a advertir a los editores si partes sustanciales del trabajo ya han sido publicadas o están bajo revisión para otra publicación.
- Visualización de texto: Los revisores se comprometen a indicar con precisión las referencias bibliográficas de obras fundamentales posiblemente olvidadas por el autor. El revisor también debe informar a los editores de cualquier similitud o solapamientos del manuscrito con otros trabajos publicados.
- Conflicto de intereses y divulgación: Información confidencial o información obtenida durante el proceso de revisión por pares debe considerarse confidencial y no puede utilizarse para propósitos personales Los revisores solo revisan un manuscrito cuando no exista conflictos de interés.

Compromisos de los editores

- Decisión de publicación: los editores garantizarán la selección de los revisores más cualificados y especialistas científicamente para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo, con los menores sesgos posibles. La revista de «Derecho de la Seguridad Social (Laborum)» opta por seleccionar 2 revisores por cada trabajo de forma que se garantice una mayor objetividad en el proceso de revisión.
- Honestidad: los editores evalúan los artículos enviados para su publicación sólo sobre la base del mérito y la calidad científica de los contenidos.
- Confidencialidad: todo el equipo editorial se compromete a no divulgar la información relativa a los artículos enviados para su publicación a otras personas que no sean autores, revisores y editores. Los editores y el Comité Editorial se comprometen a la confidencialidad de los manuscritos, sus autores y revisores, de forma que el anonimato preserve la integridad intelectual de todo el proceso.
- Conflicto de intereses y divulgación: los editores se comprometen a no utilizar en sus investigaciones contenidos de los artículos enviados para su publicación sin el consentimiento por escrito del autor.
- Respeto de los tiempos: los editores son responsables máximos del cumplimiento de los límites de tiempo para las revisiones y la publicación de los trabajos aceptados, para asegurar una rápida difusión de sus resultados. Los trabajos no permanecerán aceptados, sin publicarse y en listas de espera infinitas, más allá del tiempo justo para su edición en los siguientes números de la revista.

La presente revista, dedicada específicamente al Derecho de la Seguridad Social, consta de:

- *Editorial*
- *Estudios Doctrinales*
- *Estudios de Doctrina Judicial*
- *Derecho comparado y Derecho Extranjero en Seguridad Social*
- *Crónica Legislativa, Doctrina Judicial y Noticias Bibliográficas*
- *Crónica de Doctrina Administrativa en materia de Seguridad Social*
- *Crónica de Actualidad de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social*
- *Economía y Sociología de la Seguridad Social y del Estado Social*
- *Clásicos de la Seguridad Social*

Consta de 4 números anuales de periodicidad trimestral. Se edita en papel y digital, y la inscripción a cualquiera de ambas versiones puede realizarse por los medios que figuran al inicio de la revista.

Laborum
EDICIONES