

La eficacia de la garantía constitucional del derecho a la pensión de jubilación en España¹

The effectiveness of the constitutional guarantee of the right to a retirement pension in Spain

CARLOS JOSÉ MARTÍNEZ MATEO

Universidad de Málaga

carlomatt@uma.es

ORCID 0000-0002-0263-650X

Recibido: 25/05/2023 Aceptado: 25/06/2023

Cómo citar: Martínez Mateo, Carlos José, “La eficacia de la garantía constitucional del derecho a la pensión de jubilación en España”, *Revista de Estudios Europeos*, n.º Extraordinario monográfico 2(2023): 337-369.



Este artículo está sujeto a una licencia “Creative Commons Reconocimiento-No Comercial” (CC-BY-NC).

DOI : <https://doi.org/10.24197/ree.Extraordinario%20monográfico%202.2023.337-369>

Resumen: El presente estudio se centra en la eficacia de la tutela constitucional del derecho a la pensión de jubilación como mecanismo impulsor de la necesaria renovación de esta en nuestro ordenamiento jurídico.

Palabras clave: Pensión; jubilación; constitución; garantías; igualdad

Abstract: This study focuses on the effectiveness of the constitutional protection of the right to a retirement pension as a driving mechanism for its necessary renewal in our legal system.

Keywords: Pension; retirement; constitution; guarantees; equality

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, en España, el incremento en la esperanza de vida y la baja tasa de natalidad está originando un crecimiento exponencial en el porcentaje de personas mayores, y de la tasa de dependencia.

¹ Este capítulo ha sido desarrollado dentro del Proyecto de investigación: Los Sistemas de Protección Social ante la incidencia de la disrupción digital. PID2020-115701RB-I00. Investigadores Principales MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, y MALDONADO MOLINA, JUAN ANTONIO.

En nuestro país, el reconocimiento de derechos (como el de jubilación), es una condición necesaria pero no suficiente para garantizar la eficacia plena de los mismos. En este sentido, nuestra Carta Magna reconoce un conjunto amplio de derechos sociales, que a medio plazo veremos cómo están resultando ineficaces debido a una falta de previsibilidad en sus garantías constitucionales ocasionado una tarea legislativa inadecuada, obsoleta, inexistente o restrictiva.

En el presente estudio se centra en la eficacia de la tutela constitucional del derecho a la pensión de jubilación como mecanismo impulsor de la necesaria renovación de esta.

Para ello, se realizará una descripción y análisis de las garantías constitucionales del derecho a pensión de jubilación reflejado en los artículos 41 y 50 de nuestra Constitución:

En primer lugar, partiremos de la actual situación comprometida de nuestro sistema de pensiones para, después, estudiar en orden a las garantías constitucionales y su protección jurídica la no consideración del derecho a la pensión de jubilación como derecho fundamental a pesar de la importancia del bien jurídico que protege, es decir la supervivencia económica del beneficiario (en conexión con el derecho a la vida y el derecho a la dignidad)

La privación de la posición nuclear que debería de ocupar este derecho a la pensión de junio dentro del seno de los derechos contenidos en el Título Primero, Capítulo Segundo de nuestra Carta Magna, da como resultado un desarrollo normativo escaso que evidencia situaciones de quiebra de estas garantías a través de la inconstitucionalidad de artículos como los 247 y 248 LGSS

Por último y sin ánimo de realizar un estudio exhaustivo en derecho comparado observaremos cómo contrasta esta situación proteccionista española con la llevada a cabo en otros países de la UE con gran tasa de población pensionable como Alemania Italia y Francia y cuyo sistema de pensiones en consecuencia y debido a esa protección constitucional, posee una situación menos comprometida.

En España y en los países de nuestro entorno, los sistemas de pensiones básicamente son formas de solucionar el problema de cómo vivir sin trabajar con la llegada de la vejez y de hacerlo con garantías, y sólo hay tres formas puras de solucionar este problema: bien mediante pensiones sociales, mediante sistemas de impuestos, transferencias y mediante sistemas de ahorro.

Es por ello por lo que, en todos los ordenamientos europeos, dotar de un mecanismo garantista eficaz a los derechos (como lo es el de jubilación), se está constituyendo en uno de los primeros frentes de batalla para luchar a favor de la sostenibilidad del sistema de pensiones, así como su preservación².

1. LA SITUACIÓN COMPROMETIDA DEL SISTEMA DE PENSIONES EN ESPAÑA

El sistema de pensiones se encuentra en una situación comprometida como consecuencia del crecimiento progresivo de la tasa de dependencia. Según datos del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, a fecha 31 de diciembre de 2022 en España existe un total de 9,93 millones pensionistas abril de 2022.

En este sentido, la viabilidad del sistema de reparto (como el que tenemos actualmente en España) necesita de una reforma aún más eficaz, pues se está viendo también afectado por factores como el incremento del gasto en pensiones (de mayor magnitud que el de pensionistas), el aumento progresivo de la esperanza de vida, la deuda y el gran déficit de la Seguridad Social. Esta necesidad de replanteamiento del sistema de pensiones es compartida por la UE, el BCE y OCDE, las cuales, han emitido una serie de recomendaciones muy eficaces sobre posibles reformas a incorporar en nuestro sistema de pensiones entre las que destaca el fomento del desarrollo de la previsión complementaria.

Como se observa, este derecho a pensión y prestaciones sociales va creciendo en complejidad debido al aumento de edad de la población pensionable, a que cada día hay más trabajadores desempleados, por ende, menos ingresos de cotizaciones debido a la gran crisis post pandémica, las alteraciones de los conflictos geopolíticos como la actual guerra de

² Siguiendo esta línea, el Pilar europeo de derechos sociales, estableció en su principio número 15, “Pensiones y prestaciones de vejez”, que los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, tenían derecho a “recibir una pensión de jubilación” que, “acorde a sus contribuciones, garantizase una renta adecuada” y que tanto las mujeres como los hombres deberían tener las mismas oportunidades para adquirir esos derechos de pensión o los recursos que les garanticen una vida digna en la vejez. En este sentido, véase: Pilar europeo de derechos sociales. Capítulo III: Protección e inclusión social. En: https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_es

Ucrania, y al incremento de la población debido a los movimientos migratorios³.

Además, nuestro sistema público de pensiones del denominado “trabajo decente”⁴ obedece a un sistema de reparto, es decir, los trabajadores de hoy son los que pagan las pensiones de los jubilados. En este contexto, debemos tener en cuenta que cada vez hay más pensionistas y los trabajadores no aumentan en la misma proporción.

A ello han contribuido de manera creciente medidas como el retraso en la edad de jubilación y otras de protección social., las cuales han sido fomentadas en los últimos años mediante reformas legislativas adoptadas con la pretensión de retrasar el acceso a la jubilación ordinaria y a la jubilación anticipada⁵, además de la posibilidad de compatibilización de la percepción de la pensión de jubilación con el desarrollo de un trabajo o actividad⁶.

A esta tendencia “in crescendo”, quedará aún más agravada en un futuro próximo por diferentes causas como las bajas tasas de la natalidad, y el progresivo envejecimiento de la población debido a la mayor esperanza de vida, principalmente. De manera ejemplificativa, como dato en nuestro país, la esperanza de vida al nacer se sitúa, actualmente, en los

³ Sobre este fenómeno, Jimeno Juan Francisco Y AAVV analizan la contribución de la inmigración al crecimiento económico y al comportamiento del sistema de pensiones durante la primera década del siglo XXI con un modelo que incluye costes de ajuste del capital el cual señala que la edad de jubilación es exógena y recoge en menor detalle el funcionamiento del sistema español de pensiones. Vid. De la Fuente, Ángel. y Domenech, Rafael (2010): *"Aging and real convergence: challenges and proposals. En: Jimeno, Juan Francisco. Editor, Spain, and the Euro: The first ten years. Banco de España"*. Madrid, 2010, pp. 191-273. Disponible en castellano en <http://ideas.repec.org/p/bbv/wpaper/0906.html>

⁴ Vid. Monereo Pérez, José Luis.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*. ED. Laborum. 2019. Murcia. España, p. 112.

⁵ Véase. García Jiménez, Manuel.: *“Trabajadores de edad avanzada, envejecimiento activo y mercado de trabajo: Retos y realidades”*, en VV.AA. Soriano Arroquia, Emilio. y González Cobaleda, Estefanía. (coord.) *El envejecimiento activo, nuevo reto de seguridad laboral: entre tradición y renovación*, Fraternidad-Universidad de Jaén, 2017, p. 115.

⁶ Vid. Trillo García, Andrés.: *“Las políticas públicas sobre envejecimiento activo. Incidencia en las pensiones”*, en VV.AA. Soriano Arroquia, E. y González Cobaleda, E. (coord.) *El envejecimiento activo, nuevo reto de seguridad laboral...: Op.Cit*, p. 69.

86 años en las mujeres y 82 en los varones, con la perspectiva de que en 2050 alcance los 92 y 88 años, respectivamente⁷.

Todos estos factores llevan incidiendo de forma añadida a al incremento de los gastos sobre los ingresos procedentes de las cotizaciones de los trabajadores el cual actualmente continúa una trayectoria ascendente desde 2011.

Hoy en día, las pensiones públicas son insostenibles, pues “el principal problema que se plantea en este escenario base es que, bajo sus previsiones de rápido envejecimiento y crecimiento moderado de los ingresos de la Seguridad Social, la regulación actual del IRP exigiría con toda probabilidad la cuasi-congelación de las pensiones ya existentes durante varias décadas para evitar que el déficit del sistema se dispare⁸.

En el pasado ejercicio, las cotizaciones ingresadas contra los pagos ordinarios de las prestaciones habituales fueron determinantes para obtener un déficit donde no se tiene en cuenta el dinero que el Estado transfiere a la Seguridad Social para el pago de distintas prestaciones y otros gastos. “Si se tuviera en cuenta esa transferencia extraordinaria, el déficit del sistema podría superar los 34.000 millones de euros. Así pues, el déficit del sistema habría sido mayor si no se hubiera producido dicha transferencia y el pago de cuotas por valor de casi 9.800 millones de euros por parte del SEPE. Según los últimos datos de marzo de 2021, el gasto total que supone el pago de los 9,82 millones de pensiones que hay en España, supera ligeramente los 10.000 millones de euros, lo cual representa un aumento del 2,45 por ciento con respecto al mismo mes del año anterior”⁹.

A tenor de lo expresado, España ha presentado recientemente en Bruselas su Plan de Recuperación y Resiliencia. Una de las reformas incluidas en el plan es la de las pensiones, que se presenta articulada en un

⁷ Rescatado de: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagenam=ProductosYServicios/PYSLayou

⁸ Vid. García Díaz, Miguel Ángel “La sostenibilidad financiera del sistema público de pensiones español”. Tesis doctoral dirigida por Dr. Felipe Serrano Pérez, Dr. Ángel de la Fuente Moreno. Departamento de políticas públicas e historia económica. Facultad de Economía y Empresa, UPV-EHU. Programa de doctorado e integración económica. Universidad del País Vasco. 2021. P.96

⁹ Rescatado de <https://www.jubilacionypension.com/derechos-obligaciones/seguridad-social/situacion-actual-del-sistema-publico-de-pensiones/>

calendario en el que se incluyen medidas que afectan a la fórmula de la revalorización de las pensiones, el retraso en la edad de jubilación o el sistema de cotización de los autónomos.

En este escenario, también como es sabido, la aprobación por el Congreso de las recomendaciones del Pacto de Toledo dará lugar a una próxima reforma del sistema, por lo que, para la pervivencia de éste, se hará necesario seguir estas directrices europeas estableciendo una serie de medidas jurídico-sociales destinadas a equilibrar el contrapeso del Sistema Seguridad Social, con la ayuda de los ahorros tanto a nivel individual como colectivo los cuales funcionarán como esa previsión complementaria.

En este último aspecto, el comprometido sistema de pensiones español pasa por la adopción de un modelo de pensiones privadas complementarias, las cuales se convierten en una solución viable. Como punto de partida, y a la espera de la llegada del gran fondo de pensiones públicas, del lado de los planes y fondos de pensiones, disponemos de una legislación específica que en la actualidad está conformada por el RD-Leg. 1/2002, de 29 de diciembre (TRLFPF) y su pertinente desarrollo reglamentario contenido en el RD 304/2004, de 20 de febrero (RFPF). Del resto de instrumentos de previsión social, conviene destacar el RD-Leg. 6/2004, de 29 de octubre (TRLOSSP)¹⁰.

Logrando mediante la promoción y la información pública la concienciación del pueblo sobre la necesidad planificar la jubilación a nivel individual y colectivo utilizando los medios públicos y privados, se conseguirá un sistema de pensiones viable y con garantías de futuro.

2. EL ACCESO DEL CIUDADANO AL DERECHO DE PENSIÓN VS. TITULARIDAD DEL DERECHO

2.1 La garantía de los artículos 41 y 50 CE

Para Ferrajoli los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos que corresponden universalmente a todos o en cuanto personas naturales”, o en cuanto “ciudadanos” o en cuanto personas naturales “capaces de obrar” o en cuanto “ciudadanos capaces de obrar”¹¹.

¹⁰ Vid. Monereo Pérez. José Luis. “*La garantía de las pensiones: desafíos para la sostenibilidad económica y social*”. Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social mayo - octubre 2021 - núm 3 ISSN-e: 2660-437 P.46.

¹¹ Vid. Ferrajoli, Luigi., Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia, Laterza, Bari, 2007, P.19

La Constitución Española otorga a todos los ciudadanos una serie de derechos fundamentales y libertades públicas, pero también garantías de tutela de derechos como las recogidas en el artículo 53, incisos 1º y 2º de la CE en relación con los capítulos II (derechos fundamentales) y el tercer inciso ya con menor intensidad para los derechos del Capítulo III (Principios rectores de la política social y económica).

Por ello, a la hora de hablar de estas garantías en la tutela de derechos y entre ellos, el de pensión de jubilación, el Capítulo IV titulado “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales” contenido en el Artículo 53 de la Constitución¹², declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo “vinculan¹³ a todos los poderes públicos” y procede a configurar en cada uno de sus incisos 3 sistemas de protección que como reiteramos, varían de intensidad según la naturaleza de los derechos protegidos, en este sentido si son fundamentales, la garantía de tutela de derechos abarca:

1º El desarrollo de estos derechos por ley orgánica arts. 53.1 y 81 ce

2º La defensa ante los juzgados y tribunales ordinarios: art.53.2 ce

3º La posibilidad de plantear un recurso de amparo ante el TC art.53.2 CE

¹² En este sentido, declara el Art 53 CE:

“1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. (...)”.

¹³ En palabras del Tribunal Constitucional, en su STC n.º 80/1982, de 20 de diciembre, ECLI:ES:TC:1982:80: “no puede haber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los arts. 14 a 38, componentes del capítulo segundo del título primero, pues el párrafo primero del art. 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo vinculan a todos los poderes públicos. Que el ejercicio de tales derechos haya de regularse solo por ley y la necesidad de que esta respete su contenido esencial, implican que esos derechos ya existen, con carácter vinculante para todos los poderes públicos entre los cuales se insertan obviamente “los jueces y magistrados integrantes del poder judicial” (art. 117 de la CE)”.

Los derechos fundamentales del Título I Cap. II (Arts. 14-29) están amparados por estas garantías y son ellas las que deberían proteger otros derechos que quedan excluidos de este catálogo como es el de jubilación quedando agrupado junto a otros en el Capítulo III del Título I de nuestra Carta Magna, con la denominación de principios rectores.

Estos derechos se conforman con una protección inferior a la de los derechos fundamentales consistente en:

- 1º El desarrollo de estos derechos por ley ordinaria
- 2º La defensa ante los juzgados y tribunales ordinarios: art.53.2 CE

El problema reside en que, los Artículos 41 y 50 CE no son considerado derechos fundamentales pues pertenece a esa esfera un tanto ambigua de los derechos sociales cuya efectividad depende más de la acción efectiva de los poderes públicos que del enunciado constitucional directo del art. 53.3 CE, el cual establece que: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. En consecuencia, y en especial consideración al artículo 50 CE, es su desarrollo normativo el que determina el alcance real del derecho, como afirmara en relación con el art. 50 el Tribunal Constitucional en la STC 189/1987, de 24 de noviembre.

En este sentido ¿Debería ser considerado el derecho a la pensión de jubilación un derecho fundamental?

Históricamente, el compromiso del Estado de prestar asistencia a los ancianos se encuentra en España recogido en la Constitución de 1931 (art. 43), y dentro de la normativa del régimen de Franco serán el Fuero de los Españoles (art. 28) y el Fuero del Trabajo (declaración X.2) las normas encargadas de expresar la garantía estatal de asistencia en los casos de vejez, incrementando los seguros sociales de vejez preexistentes.

La finalidad del Sistema de Seguridad Social es la protección del individuo para poder hacerle frente a las contingencias que se le puedan presentar antes durante y después de su vida laboral.

Por tanto, la pensión es un derecho que debería ser tenido en cuenta como fundamental debido a que ésta, supone una prestación que permite salvaguardar el mantenimiento del bien jurídico de otros derechos con los que guarda una íntima conexión como son la vida y la dignidad de la persona, y todo ello a través de la proporción de unos ingresos económicos mínimos a las personas de la tercera edad para la cobertura de sus necesidades con el consiguiente aumento de la esperanza de vida.

Y es que, el Artículo 50 de la Constitución Española llama a los Poderes públicos a garantizar, “mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.

No obstante, a pesar de esta declaración que tan solo se queda casi a nivel de “programática”, el insostenible grado de indefensión que acompañan a este grupo de personas que se acogen a este derecho, debería evitarse otorgando un mayor nivel de protección, es decir, elevar a la categoría de fundamental¹⁴ el derecho a pensión de jubilación

Sin embargo, este problema se presenta de compleja solución debido al carácter de modelo semirrígido¹⁵ tan característico de nuestra

¹⁴ Ello es así, pues la pensión es uno de los derechos inherentes al ser humano que, por la importancia vista, debería aparecer contemplado en el primer título de la Constitución, referido a los derechos vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad en los que debería intervenir directamente el legislador.

¹⁵ Sobre la reforma constitucional este modelo es semi rígido viene dado por el artículo 167 CE

1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.

2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma.

Constitución Española (Arts. 167 y 168 CE) y también a la ubicación de sus artículos 41 y 50 que el constituyente consideró lógica, al no ser considerados como derechos fundamentales. En definitiva, la propia naturaleza ambigua de los derechos que garantizan la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad (Art 41 CE) como el de jubilación (Art,50 CE), motiva que el constituyente les esquilme del nivel de protección que la sociedad demanda, induciendo esta situación a una realidad social donde en nuestro país, la escasa eficacia e impericia normativa posibilite que no todos los trabajadores pueden llegar a obtener el derecho a la obtención del derecho a una pensión del sistema de seguridad social¹⁶. Y este es caso de la pensión contributiva de jubilación, la cual figura en nuestro ordenamiento como la que más exigencia de cotización supone y la que, en principio, todo trabajador, para obtenerla¹⁷, debe esforzarse por cumplir con una serie de requisitos muy

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

Artículo 168 CE

1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.

2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.

Artículo 169: No podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116.

¹⁶ El cual nace cuando se cumplen los requisitos establecidos en relación con la misma por la ley vigente en el momento en que se produce el hecho causante. En este sentido véase: Villa Gil, Luis Enrique. “La aportación del profesor José Vida Soria al ordenamiento español de Seguridad Social”, en AAVV, *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008, pág. 42.

¹⁷ “Lo cierto es que el individuo que cotiza también quiere obtener una contraprestación a cambio de su esfuerzo”. Vid, más ampliamente: López Cumbre, Lourdes. *El “derecho” a la pensión futura*. Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social. P.88 mayo - octubre 2021 - núm. 3 ISSN-e: 2660-437X

taxativos que no todos tienen (edad, carencia, cese en la actividad, etc.)¹⁸. Este hecho no sólo es característico de las pensiones de jubilación, en el ámbito de las prestaciones complementarias también es característico de los planes de pensiones o los contratos de seguro, donde es necesario trabajar y cotizar para que este derecho a prestación complementaria pueda ser ejecutivo.

A tenor de lo expresado y trasladándolo al contexto jurídico social, actualmente, el derecho a la obtención del derecho a esta pensión adecuada¹⁹ y a las citadas prestaciones complementarias es fruto de la trayectoria seguida por citados artículos 41 y 50 de la Constitución, veamos a continuación que nivel de protección ofrecen ambos artículos.

2.1.1 El artículo 41 de la CE

Este establece el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social²⁰ para todos los ciudadanos el cual ha de garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad y consagra el principio constitucional de libertad de complementación voluntaria de las prestaciones públicas “las prestaciones complementarias serán libres”.

En este sentido y como señala MONEREO PÉREZ, el artículo 41 de la Constitución Española, también concede — “apertura a la iniciativa privada en ese espacio vital de la complementación voluntaria, siempre

¹⁸ Vid. López Cumbre, Lourdes., “*La jubilación. Entre el derecho y la obligación*”, en AAVV, Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación, Iustel, Madrid, 2007, pp. 39-106.

¹⁹ Artículo 50.: Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

²⁰ Artículo 41 CE: “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”.

que se respete el nivel mínimo y obligatorio consagrado en la acción protectora del Sistema de Seguridad Social²¹—.

Con estas credenciales, el art 41 CE, pertenece a ese grupo de derechos que requieren por tanto desarrollo legislativo para asegurar su ejercicio por parte de los ciudadanos. Ello no significa de una merma de su valor normativo, sino que implica tan solo que la vinculación esencial entre estos derechos y el ordenamiento se centra sobre todo en su eficacia respecto del legislativo. Esta eficacia se manifiesta también dentro de otros poderes del Estado en cuanto que las normas del sistema jurídico deberán ser interpretado de conformidad con la Constitución y por tanto de conformidad con los principios rectores del Capítulo III.

Por ello, la realidad económica obliga al legislador la creación de un nuevo sistema complementario de pensiones donde se invita al ciudadano redirigir su comportamiento económico al ahorro para el futuro.

En este sentido, el propio Estado, velando por la garantía del art. 41 CE en promoción del bienestar del trabajador que desee jubilarse o acceder a alguna prestación, impulsa a éste a un cambio de comportamiento menos consumista y dirigido al ahorro institucional a largo plazo a través de la figura del fondo de pensiones de empleo el cual ante la reducción económica de recursos del sistema reforzará el sistema público de pensiones, y fortalecerá el ahorro sistemático para la jubilación”.

2.1.2 El artículo 50

El derecho a cobrar una pensión está garantizado en el artículo 50 de la Constitución, que afirma que los poderes públicos deben proteger mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad.

Como todos los derechos agrupados en el Capítulo III del Título I de la Constitución con la denominación de principios rectores, el art. 50 pertenece como sosteníamos en el epígrafe 3.1 a esa “esfera un tanto

²¹ Véase muy acertadamente Monereo Pérez, José Luis.: Público y privado en el sistema de pensiones. Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones, Madrid, Tecnos, 1996, págs. 77 y ss., y 84 y ss.

ambigua de los derechos sociales cuya efectividad depende más de la acción efectiva de los poderes públicos que del enunciado constitucional directo” (art. 53.3 CE). En consecuencia, es su desarrollo normativo el que determina el alcance real del derecho, como afirmara en relación con el art. 50 el Tribunal Constitucional en la STC 189/1987, de 24 de noviembre.

Dentro del desarrollo normativo del art. 50 hay que destacar en primer lugar la ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Esta ley despliega sus efectos no sólo sobre el colectivo de personas mayores, sino también fundamentalmente sobre el de discapacitados, y por tanto se configura como un desarrollo no sólo del art. 50 de la Constitución, sino también del 49, como señala la ley en su Exposición de motivos. La Ley establece un nivel mínimo de protección, definido y garantizado financieramente por la Administración General del Estado. Asimismo, como un segundo nivel de protección, la Ley contempla un régimen de cooperación y financiación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas mediante convenios para el desarrollo y aplicación de las demás prestaciones y servicios que se contemplan en la Ley. Finalmente, las Comunidades Autónomas podrán desarrollar, si así lo estiman oportuno, un tercer nivel adicional de protección a los ciudadanos²².

3. EL COLAPSO DE LA GARANTÍA DEL DERECHO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

3.1 La vulneración del principio de igualdad y la discriminación indirecta de las reglas de cálculo del porcentaje de la jubilación en los trabajadores a tiempo parcial

En este sentido, encontramos ejemplos paradigmáticos que (pese a ya ser previos a la entrada en vigor del R.D.-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 («B.O.E.» 17 marzo)), han supuesto una desprotección más de los derechos del trabajador.

²² Rescatado de:

<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=50&tipo=2>

El primer ejemplo o signo del colapso de la garantía del derecho de la pensión de jubilación ha venido dado por la impericia y tibieza normativa de legislador lo cual ha llevado a la inconstitucionalidad de determinados preceptos (a la sombra del art. 50 CE) a través de la LGSS, en concreto las anteriores redacciones de los arts. 247 y 248 LGSS 2015 en materia de pensiones tras la citada entrada en vigor del citado Real decreto-ley 2/2023.

Estos artículos, fruto de una falta de elaboración legislativa acorde con las actuales demandas sociales, han generado situaciones discriminatorias tardías de solucionar (como veremos a continuación), debido a un escaso desarrollo normativo originado por la escasa protección garantista constitucional²³ que sigue invitando a un menor compromiso del legislador en su tarea frente a la regulación y defensa de estos derechos.

La más clara muestra y nos que sirve de ejemplo para evidenciar este “colapso” que sufre la tutela del derecho constitucional a la pensión de jubilación, viene dado en el contexto de los trabajadores precarios a tiempo parcial verticales frente a los horizontales, donde el legislador ordinario ha venido considerado que cualquier trabajador que, por ejemplo, realizase un contrato a tiempo parcial a jornada completa (horizontal), tendría computada su vida cotizada en días, mientras que para aquellos trabajadores que fuesen contratados a jornada de menos horas (vertical), la cuestión quedaba para estos resuelta mediante el uso de reglas de proporcionalidad o la suma de horas hasta completar un día²⁴, (una clara desventaja que no se aplicaba a los trabajadores a tiempo completo).

²³ Debido al escaso margen garantista/protector del artículo 53.3 de nuestra Carta Magna.

²⁴ Siguiendo a Maldonado Molina, esta era una opción rechazable, no sólo por la Doctrina, sino también por la jurisprudencia), (...) “y ello porque lo que debe primar en orden al cálculo de la vida laboral no es la cantidad cotizada, sino el tiempo cotizando, ya que el importe se debería tener en cuenta solo en orden a la base reguladora, y no de cara a medir la extensión de la vida laboral cotizada. Todo ello máxime si se tiene en cuenta que la cotización de los trabajadores a tiempo parcial (tanto si prestan los servicios en la modalidad horizontal como vertical) se extiende al alta durante toda la vigencia del contrato, aunque solo se cotiza por las horas que efectivamente trabajan (pero con una base de cotización mensual, dato este importante) (art. 246 LGSS)”. más ampliamente, Maldonado Molina Juan Antonio. (2019). Nulidad por vulneración del principio de igualdad y por discriminación indirecta de las reglas de cálculo del porcentaje de la jubilación en los trabajadores a tiempo parcial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 439, 178-188.

3.1.1-La Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019

El art 50 CE, al no disponer de una normativa de desarrollo completa, genera una falta de regulación de desarrollo frente al advenimiento de situaciones discriminatorias frente a estos colectivos de trabajadores, no obstante, y para defender dichas situaciones el Tribunal constitucional suple estas carencias actuando por otra vía en concreto la de la defensa del Art. 14 CE que acoge al Principio de igualdad formal.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 91/2019 realiza un trabajo de ingeniería jurídica, con la eliminación del coeficiente global de parcialidad²⁵ en el cálculo del porcentaje por años de cotización del importe de la pensión de jubilación, dado que en ese coeficiente discrimina de forma indirecta a la mujer trabajadora, y se declara inconstitucional. Tras la sentencia, los escasos pasos seguidos por el Legislador para llegar a la asimilación de los trabajadores a tiempo parcial con aquellos que hacen a tiempo completo no han ido en sintonía con el espíritu protector del propio Tribunal Constitucional.

Es por ello que como resultado de esta impericia o tibieza normativa, el capítulo XVII del título II de la actual Ley general de la Seguridad Social²⁶ (LGSS 2015), siga contando en su sistematización con normas cuestionadas²⁷ por el propio TC que en lugar de seguir la línea de su jurisprudencia, como reiteramos, ha heredado el contenido de otros textos

²⁵ En este sentido, el TC en aras de la igualdad intenta dar dos pasos adelante, en primer lugar, intenta establecer otro cálculo de los días cotizados en ese momento sólo para el supuesto de la jubilación; y en segundo lugar equiparar el importe de una pensión de jubilación por ejemplo de una trabajadora a tiempo parcial (por 3 horas al día de martes a viernes las cuatro semanas del mes, durante 33 años) y el importe de la pensión de jubilación de un trabajador a jornada completa (8 horas al día) con igual periodo de cotización.

²⁶ El cual posee un contenido que en buena parte es tributario de la reforma efectuada por el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto.

²⁷ La norma cuestionada por el TC es la LGSS de 1994, que de forma implícita afecta a los preceptos correspondientes a la de 2015, pues la misma sentencia subraya que “incluso aunque sea sustituida, como ocurre en el presente caso, por una regulación idéntica, no implica, no obstante, una pérdida sobrevenida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad”, añadiendo que las reglas cuestionadas «siguen estando vigentes en virtud de los arts. 245 y ss. LGSS 2015

anteriores²⁸ los cuales versan precisamente sobre este cometido de asimilación (a todas luces inconstitucional) regulando disposiciones a través de su sección 1.^a dedicada a los trabajadores contratados a tiempo parcial en sus arts. 245 a 248.

Como dato, a pesar de que el art. 245.1 ofrece protección social a estos colectivos de trabajadores a tiempo parcial a través del principio de asimilación con aquellos que realizan su jornada a tiempo completo, a continuación, el precepto puntualiza que, se regirá también “específicamente por lo establecido en este capítulo y en los artículos 269.2 y 270.1 con relación a la protección por desempleo”. Dentro de este capítulo, los artículos 247 y 248 regulan estas reglas, pero distan, como veremos a continuación, de la buscada asimilación entre trabajadores a tiempo parcial y completo²⁹.

3.1.2- Los artículos 247 y 248 de la prereforma de la LGSS: Fronteras entre trabajadores a tiempo parcial y completo

A) Las reglas del anterior Art 247 LGSS

El primero de ellos, es decir el artículo 247 recogía en ese momento 3 incisos: a), b), y c) con unas discutidas directrices de cálculo para determinar si se tenía el tiempo mínimo de años que permitía el acceso a la prestación, aplicando los coeficientes que contenía, y calculando el periodo de cotización para fijar el porcentaje sobre la base reguladora:

Inciso a)- El precepto invitaba a realizar una multiplicación matemática, cuyo primer factor eran los días naturales en los que el trabajador se había mantenido en alta con contrato a tiempo parcial, y

²⁸ Como el actualmente declarado inconstitucional art. 248.3 LGSS 2015, el cual deriva del párrafo primero de la letra c) de la regla tercera de la disposición adicional séptima, apartado 1, de la LGSS de 1994 (que se titulaba “Bases reguladoras”).

²⁹Véase más ampliamente, Maldonado Molina Juan Antonio. (2019). Nulidad por vulneración del principio de igualdad y por discriminación indirecta de las reglas de cálculo del porcentaje de la jubilación en los trabajadores a tiempo parcial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 439.

como segundo factor se aplicaba un coeficiente de parcialidad que venía determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, resultando como producto de dicha operación el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período.

Al número de días que resultaban se le sumaban, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.

Inciso b) Procedía a calcular el coeficiente global de parcialidad³⁰ siendo este el porcentaje que representaba el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la letra a), sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador. En caso de tratarse de subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizaba exclusivamente sobre los últimos cinco años. Si se trataba del subsidio por maternidad y paternidad, el coeficiente global de parcialidad se calculaba sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral.

Inciso c) El período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido, era el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad a que se refería la letra b).

En definitiva, para los trabajadores a tiempo parcial, el artículo 247 de la LGSS lo que permitía (previo a la reforma) era establecer un sistema de cálculos que daban como resultado final un perjuicio para los trabajadores a tiempo parcial, pues se ocasionaba una reducción del periodo de cotización respecto a un trabajador a tiempo completo.

A tal efecto como veremos a continuación, también el viejo artículo 248.3 de la LGSS ordenaba, una remisión al artículo 247.a) de la LGSS, derivándose de nuevo una diferencia de trato injustificado en la fijación del periodo de cotización (ya que, para los trabajadores a tiempo completo

³⁰ Este coeficiente se halla mediante el cálculo que se obtiene de dividir los días cotizados de una persona (tanto a jornadas parciales como a jornadas completas) por los días de alta en Seguridad Social y multiplicarlo por 100.

irá en función del tiempo real, mientras que para los trabajadores a tiempo parcial irá “artificialmente”³¹, en función un valor reductor).

B) La inconstitucionalidad de la vieja redacción del Art.248 de la LGSS

La dicción del artículo 248, el TC al margen de la igualdad de género, fue declarada inconstitucional al establecer la regla relativa a cómputo de la vida laboral en orden al porcentaje (art. 248.2 LGSS).

En lo relativo a la cuantía, si bien la literalidad del art 248 LGSS en su número 3 se centraba en recoger fórmulas para la base reguladora y el porcentaje de las pensiones de jubilación, ya lo hacía a través de un precepto declarado inconstitucional y que no era sino una simple versión refundida del precepto equivalente ya citado de la LGSS de 1994 objeto de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 91/2019³².

En concreto, el extinto art. 248.3 LGSS 2015 venía a expresar que a efectos de la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, el número de días cotizados que resultaban de aplicar las reglas previstas para la transformación de días naturales a días cotizados se tomaba para calcular el porcentaje, pero aplicando a tales periodos el coeficiente del 1,5, de modo que se incrementarían el número de días cotizados un 50 %, pero con un límite: el número de días resultante no podía ser superior al periodo de alta a tiempo parcial (al número de días naturales en alta a tiempo parcial). Una vez aplicado el coeficiente multiplicador a los días cotizados a tiempo parcial (no a toda su carrera laboral), a la base reguladora se le aplicaba el porcentaje que correspondía según la escala general.

³¹ El Tribunal Constitucional no considera justificado que a los trabajadores a tiempo parcial se les aplique de manera impropia o como señala “artificial” un valor reductor a diferencia de lo que se practica con los trabajadores a tiempo completo.

³² “En particular, deriva del párrafo primero de la letra c) de la regla tercera de la disposición adicional séptima, apartado 1, de la LGSS de 1994 (que se titulaba «Bases reguladoras»), señalando que para la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación se remite al párrafo segundo de la letra a) de la regla segunda («Periodos de cotización») de la misma disposición adicional séptima” Vid. Maldonado Molina, Juan Antonio Op. Cit.

Este sistema de cálculo penalizaba, sobre todo, a los trabajadores con menos porcentaje de parcialidad a lo largo de su vida laboral, esto es, a quienes conforman el eslabón más débil del mercado de trabajo.

Si el TC a través de la Sentencia nº 91/2019 declaraba inconstitucional la aplicación del coeficiente de parcialidad exclusivamente para el caso de la pensión de jubilación, no hubo un transcurso de tiempo dilatado cuando la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, con sede en Oviedo, en el procedimiento 1733-2020 en relación con este inciso del art 248.3 LGSS planteó una cuestión de inconstitucionalidad que cual fue admitida a trámite por el Pleno del TC mediante providencia de 20 de abril de 2021 con número 1530-2021

Considera la Sala del TSJ de Asturias que, a la luz de los razonamientos de la Sentencia de Tribunal Constitucional n.º 91/2019, “cabe entender que las reglas de cálculo de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común para trabajadores a tiempo parcial pueden entrañar, por las mismas razones ya indicadas para la pensión de jubilación por el Tribunal Constitucional en esa STC n.º 91/2019, una diferencia de trato no justificada y por lesiva del derecho a la igualdad”.

Posteriormente el inciso "de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común" del párrafo primero del número 3 del artículo 248 terminó siendo declarado inconstitucional y nulo por Sentencia TC (Sala Primera) 155/2021, de 13 septiembre («B.O.E.» 20 octubre), con los efectos señalados en el fundamento jurídico 6 de la Sentencia.

Con este ejemplo descrito, y como es observable, tras las reformas de los arts. 247 y 248 de la LGSS, el Tribunal Constitucional se convierte en el gran garante de derechos constitucionales. El espíritu de los avances jurisprudenciales tan necesarios para hacer frente a las desigualdades/situaciones discriminatorias de los trabajadores atípicos, ha promovido la culminación de fenómenos como la modernización del sistema público de pensiones que ha terminado reforzado los principios de suficiencia, equidad y sostenibilidad aportados por 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. Este hecho, aunque tardío ha generado la esperada reforma de la LGSS, (con las citadas nuevas redacciones de los viejos e inconstitucionales preceptos de los arts. 247 y 248 LGSS entre otros), siendo este el signo de nuevos avances en materia de protección para estos colectivos vulnerables.

No obstante se hace necesario que sigan existiendo cambios normativos que se practiquen positivamente para la economía del trabajador y que, si se adaptan al espíritu de los avances jurisprudenciales para hacer frente a las desigualdades/situaciones discriminatorias, que simplemente, podrían corregirse a través de una labor legislativa más real que la desplegada en los últimos tiempos a través de sucesivas y desacertadas normas de urgencia para seguir actuando como una verdadera red de seguridad

El trabajo atípico entendido como el trabajo precario tiene como consecuencia la observancia en un segundo plano de los problemas básicos de la sociedad en torno a la discriminación entre estos colectivos de trabajadores precarios.

Si nuestro ordenamiento jurídico poseyera un sistema de protección Social regulado por Ley Orgánica con el consiguiente desarrollo normativo y alto grado de protección, gracias al acogimiento de derechos sociales como los contemplados en los artículos 41 y 50 CE dentro del catálogo de derechos fundamentales, se evitarían situaciones discriminatorias debido a la mayor vigilancia ofrecida por los poderes públicos.

4. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A PENSIÓN EN LA UE

Los antecedentes de Derecho comparado que pueden acreditarse en relación con este artículo se encuentran en algunas, pocas, de las Constituciones europeas promulgadas después de la Segunda Guerra Mundial, entre las que pueden citarse la italiana de 1947 (art. 38) y el Preámbulo de la Constitución francesa de 1958 en el que, reproduciendo la fórmula utilizada en el Preámbulo de la Constitución de la IV República, se afirma el derecho de todo hombre que por su razón de su edad se encuentre en la incapacidad de trabajar a obtener de la colectividad los medios convenientes para su existencia. Como en tantas ocasiones

referidas a los derechos sociales, el dato más inmediato está en el art. 72 de la Constitución portuguesa de 1976, seguida en este punto con bastante fidelidad por los constituyentes españoles³³.

4.1. Notas relativas al sistema garantista de seguridad social alemán

La Ley fundamental alemana se caracteriza por la ausencia de derechos sociales, y no existe otra la garantía para su cumplimiento que lo que se recoja a nivel de ley ordinaria, es el caso, por ejemplo, del derecho a la seguridad social, que se ha desarrollado en el Código de la Seguridad Social. En otros casos, como el derecho a la vivienda, no existe ni siquiera una ley que regule el tema y sin embargo existen subvenciones para la construcción de viviendas sociales.

En general, en el país germano, la mayor parte de los derechos sociales como los que regulan la pensión de jubilación, se garantizan por una ley a nivel federal y una parte residual por los Länder. Esta tutela garantista del derecho a la pensión de los mayores ha permitido que a través del informe “Sostenibilidad de la Seguridad Social más allá de 2030”, el Consejo asesor del Ministerio de Economía y Energía alemán, se haya pronunciado repetidas veces en contra de propuestas legales que apuntan a una mejora sustancial del importe de las pensiones en unos niveles superiores a los determinados hoy por el Código Social. De incrementarlas, ello llevaría inevitablemente a un incremento de la carga tributaria, así como de las cotizaciones³⁴.

Aunque la sostenibilidad de la Seguridad Social germana dependa de la buena marcha de la economía actual, encierra el riesgo de que no se tengan en cuenta los derechos debido a medidas derivadas del cambio demográfico que serán necesarias para la sostenibilidad financiera de la Seguridad Social. Para ello deberá realizarse una proyección sobre la evolución de las cotizaciones, para finalizar formulando propuestas de

33

Rescatado

de:

<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=50&tipo=2>

³⁴ Más ampliamente Véase Martínez Mateo, Carlos José. “Análisis comparado de la garantía constitucional del derecho a la pensión de jubilación en la Unión Europea”. III Congreso Internacional y XVI Congreso Internacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social: Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019 Páginas 691-704 Editor Laborum

reforma que tienen como objetivo evitar que la cotización media a la Seguridad Social supere el umbral del 50% de los salarios.

La sociedad alemana envejece y el informe parte de la base de que en Alemania cada generación se reduce en un tercio en comparación a la anterior. “La relación entre personas en edad laboral y los mayores de 65 años pasará de 100:35 en la actualidad a 100:62,4 en 2060.

Existen varios factores que podrían reducir esta relación. Así, por ejemplo, alcanzar la edad efectiva de acceso a la jubilación a los 67 años podría llevar a que la relación sea en 2040 de 100:50,4 y no de 100:56,7.

Si además se produjera una inmigración neta de 400.000 personas al año, bajaría a 100:46,6”.

En cuanto a la sostenibilidad de la Seguridad Social más allá del año 2030, se están realizando estudios que pronostican los siguientes efectos:

1º Un considerable incremento de la cuota al seguro de pensiones.

2º Una fuerte caída de la tasa de reemplazo por debajo del 43% previsto y además avanzan que el fondo de reserva estará agotado.

Reconocen que es más difícil adelantar la sostenibilidad del seguro de enfermedad ya que dependerá de los avances en la medicina, aunque es previsible que la cotización suba considerablemente en esta rama de la Seguridad Social³⁵.

3º El seguro de dependencia se verá afectado, al igual que el seguro de pensiones, por el impacto del envejecimiento de la población.

4º Se pronostica un incremento del gasto público en atención a la dependencia del 0,95% en 2000 hasta el 2,54% del PIB.

Resumiendo, pronostican un incremento de las cotizaciones a la Seguridad Social del 40% actual al 54% en 2040 (23,5% seguro de pensiones, 24,5% seguro de enfermedad, 4% seguro de dependencia y 2% seguro de desempleo) lo que podría suponer un riesgo para la competitividad de la economía alemán y llevar a una deslocalización de un número importante de puestos de trabajo.

Por último, señalan la necesidad de mejorar y reforzar considerablemente los planes de pensiones privados y las pensiones

³⁵ Más ampliamente: Martínez Mateo, Carlos José: “Análisis comparado de la garantía constitucional del derecho a la pensión de jubilación en la Unión Europea”. Op. Cit.

empresariales. Se trata de mejorar el acceso de personas con salarios bajos a las pensiones privadas y crear un mercado transparente de pólizas de seguros privados. Además, proponen hacer obligatoria estas dos formas de previsión para la vejez.

4.2. El modelo italiano

4.2.1. La cobertura vital de la tercera edad

Italia es uno de los países con mayor envejecimiento de la población de la UE como consecuencia del aumento de la esperanza de vida y la caída de la natalidad, en este sentido, la Constitución de la República Italiana, aprobada por la Asamblea Constituyente el 22 de diciembre de 1947, y promulgada el 27 del mismo mes, posee un profundo sentido social en este aspecto, estableciendo en su primer artículo que 'la Italia es una República democrática, fundada en el trabajo'.

Cuando entró en vigor, en cuanto a las garantías, la mayor parte de la doctrina consideraba imposible deducir consecuencias jurídicas concretas a las normas relacionadas con los derechos sociales, teniendo en cuenta su contenido abstracto que se refería a aspiraciones políticas que no podían ser invocadas por un juez.

En un primer momento, cuando la Corte Constitucional italiana no había entrado en funcionamiento, la Corte de Casación distinguió entre normas programáticas y normas preceptivas en una decisión del 7 de febrero de 1948. Esto quiere decir que, con esta posición, una buena parte de las disposiciones constitucionales y garantías fueron neutralizadas. Sin embargo, al entrar en funcionamiento la Corte Constitucional italiana, con su decisión núm. 1 de 1956 sentó su posición sobre los derechos sociales, y rechazó el carácter programático de una parte de la Constitución.

Los derechos sociales proclamados por la Constitución como el de la "proporción de medios para cubrir las necesidades de la ancianidad" (la actual pensión de jubilación) gozaban de una eficacia y de unas garantías que en el pensamiento popular iban más allá de la norma escrita. Ante ello, el tribunal los comenzó a considerar "inviolables". Es por ello por lo que se incluyeron en su Carta Magna dentro del catálogo de "fundamentales"

junto a otros como libertad personal, inviolabilidad del domicilio, la libertad de comunicación y los derechos de la defensa.

Dependiendo de las necesidades sociales, y buscando la garantía de protección de los todos los derechos donde se incluyen aquellos dirigidos para lograr el bienestar económico de los mayores, es así como el alto tribunal constitucional italiano suele operar muy a menudo adquiriendo el rol de un órgano de orientación política. La Corte Constitucional italiana, emplea métodos tales como la identificación, la concretización y la selección a la luz de las condiciones cambiantes y de las contingencias de la situación política, económica, social e institucional de los valores consagrados por la Constitución³⁶.

Por todo ello, el texto italiano, reconoce y garantiza situaciones jurídicas subjetivas muy diversas tales como la existencia de derechos inviolables, comprendidos estos entre otros como los derechos sociales. En la Constitución Política italiana, la expresión derechos fundamentales no es utilizada más que una sola vez, a propósito del derecho de la salud.

En la Constitución italiana³⁷, los derechos sociales encuentran, ante todo, un sustento en los principios fundamentales. Es así como en el artículo 3, inciso 2, representa la base genérica sobre la cual se puede ligar cualquier derecho social. Entre estos derechos, existen algunos que requieren una acción positiva del Estado (es decir, una prestación), tales como el derecho al cuidado y a la asistencia social de los ciudadanos no aptos para el trabajo y desprovistos de medios de subsistencia (Art.38, inciso 1º).

En Italia, no suele utilizarse la expresión “seguridad social”. Conceptualmente, se distingue entre *Previdenza Sociale* (Previsión Social) y *Assistenza Sociale* (Asistencia Social). Desde la perspectiva constitucional, ambas instituciones encuentran su fundamento en diversos artículos de la Constitución de 1948.

³⁶ Más ampliamente: Martínez Mateo, Carlos José.: “Análisis comparado de la garantía constitucional del derecho a la pensión de jubilación en la Unión Europea”. *Op. Cit.*

³⁷ Desde el mismo momento de la elaboración de la Constitución, el asunto de los derechos sociales fue un tema ampliamente discutido. Los autores de la Constitución adoptaron una plena igualdad axiológica entre los derechos individuales y los derechos sociales.

El papel central está constituido por el artículo 38, el cual reconoce el derecho al mantenimiento y a la asistencia social, teniendo los trabajadores derechos a que se prevean y garanticen los medios proporcionados a sus necesidades vitales en caso de ancianidad. Esta tarea, al igual que otras previstas en el citado precepto, serán asumidas por órganos e instituciones constituidas o complementadas por el Estado, como el Instituto Nazionale della previdenza sociale (INPS), organismo que se ocupa de los Servicios sociales en Italia.

4.2.2. El sistema de pensiones italiano

Italia es uno de los países con un modelo mediterráneo, caracterizado por un desarrollo dado por un modelo de gastos bajo en pensiones y en asistencia social.

El sistema italiano de protección social prevé un amplio abanico de prestaciones en el nivel contributivo: jubilación, invalidez, supervivencia, enfermedad, maternidad, protección a la familia y desempleo. A tenor de lo expresado, una de las consecuencias de esta tutela garantista ha sido que, hasta ahora en Italia, las prestaciones de pensiones³⁸ han sido satisfechas en gran parte por el Estado.

La totalidad de los trabajadores en el mercado laboral formal están en el sistema básico obligatorio y público, financiado con cotizaciones que los mismos trabajadores y sus empresas pagan a favor de los entes para la previsión social. Este denominado “primer pilar”, asegura a todos un nivel básico de recursos o también llamado “tratamiento mínimo”. También cuenta (al igual que el resto de los sistemas europeos de pensiones) con un segundo pilar o sistema de capitalización, derivado de una iniciativa privada. Se trata de una serie de garantías complementarias a las pensiones públicas de las que benefician solo una minoría de trabajadores.

³⁸ Una de las principales razones de la insostenibilidad e ineficiencia del sistema de pensiones fue la adopción, en 1969, del sistema de reparto. Por lo tanto, se pasó de un sistema en el que las cotizaciones pagadas se ponían en un fondo y se invertían, a uno en el que las cotizaciones pagadas actualmente se utilizan para pagar las pensiones actuales. Además, las pensiones actualmente vigentes, con el nuevo método, se calculan con el método del salario, es decir, no en función de las cotizaciones efectivamente pagadas, sino del monto devengado en el último salario. Más ampliamente: <https://istitutoliberale.it/il-sistema-pensionistico-italiano/>

Estas garantías están gestionadas de manera colectiva, principalmente mediante los “fondos de pensiones” y las “cajas sanitarias” de las empresas (sobre todo en el sector bancario y en las empresas italianas controladas por las grandes multinacionales), o bien mediante categorías profesionales específicas (sobre todos los trabajadores autónomos).

Finalmente, el tercer pilar se refiere a otras tipologías de cobertura como las “pólizas de seguro” y los “planes de acumulación de fondos comunes”, a los cuales los trabajadores pueden acceder por iniciativa individual. La sinergia entre la Seguridad Social pública, el sistema complementario, y las formas individuales de ahorro, permite al trabajador mantener un nivel de renta similar a lo que ganaba antes del cese de su actividad laboral

No obstante, a tenor de lo expresado, en Italia, se hace necesaria una reforma constitucional a nivel de garantías para la protección del derecho a la pensión de jubilación, pues existen una serie de condicionantes que, entre otros, incrementarán la problemática de la sostenibilidad de sistema, a saber:

1º La estrecha relación existente entre el envejecimiento de la población italiana (uno de los de mayor índice en Europa), y el incremento considerable del gasto para las pensiones

2º La deficiente gestión de una serie de políticas sociales para hacer frente a los dos principales pilares del estado de bienestar.

3º La disminución de la tasa de sustitución entre retribución y pensión italiana prevista para los próximos años, así como la escasa adhesión a la previsión complementaria

Todas estas circunstancias, harán que muchos trabajadores del país transalpino se encuentren sin garantías al cobro de pensión, quedando expuestos (una vez alcanzada la edad de la jubilación), al no tener los recursos suficientes para mantener un poder adquisitivo adecuado.

Por otra parte, según las estimaciones de la Intervención General del Estado, un trabajador que en 2010 obtendría una pensión equivalente a casi el 70% de su retribución bruta, en 2040, con los mismos años de cotización, vería reducido su porcentaje al 52%³⁹.

³⁹ Tras dicha premisa, es fácil pensar, para algunos observadores, que a partir del año que viene se empezará a hablar con cada vez mayor atención del segundo pilar, es por ello

4.3. El modelo francés

4.3.1. La jubilación francesa

En el Derecho Comparado, guardan similitud con el precepto del Art 50 de la Constitución Española los párrafos 10 y 11 del Preámbulo de la Constitución Francesa de la IV República⁴⁰.

En éstos “la Nación garantiza al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo”, (párrafo N°10), y garantiza a todos, y especialmente al niño, a la madre y a los antiguos trabajadores, la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio. Todo ser humano que, debido a su edad, su estado físico o mental o su situación económica, se encuentre incapacitado para trabajar, tiene derecho a obtener de la colectividad los medios de existencia necesarios, (párrafo N°11).

La Carta Fundamental de 1946, a la inversa de la de 1875, se caracteriza por el reconocimiento amplio de los postulados del derecho del Trabajo y de la Previsión y por un decidido rumbo socializante; es, hasta cierto punto, una Constitución Socialista reformista, estas declaraciones constitucionales convertían a Francia en una República social.

Este modelo Constitucional fue pionero en garantizar la, seguridad social para todos, especialmente a los trabajadores ancianos, protegiendo la salud, el reposo y las comodidades; esta última protección reviste una importancia peculiar para el pueblo francés, que sabe apreciar mejor que otros la alegría de vivir. "Todo ser humano que, en virtud de su edad, estado físico o mental, o situación económica, se hallare incapacitado para el trabajo, tendrá derecho a obtener de la colectividad, medios convenientes de existencia"; he aquí una declaración que garantiza para toda persona, condiciones decorosas de vida, como respeto a su calidad de ser humano.

que se debería realizar una profunda revisión de los textos normativos y una sensibilización sobre el mismo para proteger la economía y, por ende, la vida de quien se jubila.

⁴⁰ Más ampliamente: Martínez Mateo, Carlos José.: “Análisis comparado de la garantía constitucional del derecho a la pensión de jubilación en la Unión Europea”. Op. Cit.

Actualmente, el texto de la Constitución del 4 de octubre de 1958, más conocida como Constitución de la Quinta República, recoge como legado el preámbulo de la Constitución de la Cuarta República, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y la Carta del medio ambiente (2004), es lo que se conoce como bloque constitucional.

4.3.2. La incidencia positiva consejo constitucional

Una de las garantías, que más beneficios ha aportado en la historia de los regímenes franceses, ha sido la instauración de un control de constitucionalidad de las leyes centralizado en el Consejo constitucional el cual incide de manera positiva en el estado de bienestar. En el caso del país gallo, conviene destacar, que además del control efectuado sobre la ley por el Consejo constitucional como se verá a continuación, existe en la protección de derechos un dualismo jurisdiccional que conduce a una distribución de las competencias entre el juez administrativo y el juez judicial, incluso en el ámbito de la protección de los Derechos fundamentales.

A pesar de la posición asumida por el juez constitucional como cúspide del régimen de libertades, subsiste de manera secundaria o supletoria una forma tradicional, es decir, la atribución de la garantía de los derechos al legislador

En efecto, el Preámbulo de la Constitución de 1946 -integrado en el de 1958- apela al legislador para garantizar la aplicación concreta de los nuevos principios "especialmente necesarios en nuestro tiempo". Es la ley, por ejemplo, la que "garantiza a la mujer, en todos los ámbitos, derechos iguales a los de los hombres". El derecho de huelga se ejerce, por otra parte, "en el marco de las leyes que lo desarrollan".

En lo que respecta al ámbito material de la ley, el artículo 34, afirma que "la ley establece las reglas en lo que se refiere a: los derechos cívicos y las garantías fundamentales atribuidas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas"; (a lo que la reforma del 23 de julio de 2008 añade) la "libertad, el pluralismo y la independencia de los medios de comunicación". Esta cláusula general de determinación del ámbito legislativo se acompaña de una enumeración más precisa que incluye otras materias, entre otras: el derecho del trabajo, y derecho sindical.

Se puede señalar, por otra parte, que en su papel clásico de "ordenador de los poderes públicos", el Consejo constitucional va a sancionar las omisiones del legislador, que consisten, bien en no aclarar suficientemente las condiciones de ejercicio de una libertad, bien en la remisión a la potestad reglamentaria para que sea ésta la que fije la norma en su lugar.

El Consejo exige, en particular, del legislador que adopte "disposiciones suficientemente precisas y fórmulas no ambiguas" como sucedía en Alemania, con el fin de "proteger a los sujetos de derecho contra una interpretación contraria a la Constitución o contra el riesgo de arbitrariedad, sin remitir a las autoridades administrativas o jurisdiccionales el cometido de establecer normas cuya determinación sólo se confió por la Constitución a la ley".

Hoy son las condiciones profesionales del juez, su imparcialidad, su independencia, las que nos llevan a considerarlo como un protector natural de las libertades. Por lo tanto, era inevitable que la posibilidad de dirigirse a un juez con el fin de hacer valer los derechos se erigiera ello de por sí en un "Derecho fundamental".

Indiscutiblemente, se han incrementado recientemente las garantías constitucionales de los derechos como el de jubilación. La influencia del derecho constitucional comparado en esta evolución no debe ser, en absoluto, soslayada. Pero Francia continúa demasiado anclada a su historia nacional, a su papel pionero sobre el Continente en materia de constitucionalismo, para aceptar seguir la línea europea de protección y tutela a través de las garantías de los derechos.

En Francia, ni el constituyente ni los jueces constitucionales establecen ninguna "jerarquía" entre los derechos constitucionalizados. Todas las normas enunciadas en el Preámbulo tienen, pues, igual valor constitucional de modo que deben ser objeto de una conciliación permanente, y en los eventuales conflictos normativos no puede hacerse prevalecer tal o cual norma basándose, por ejemplo, en su carácter más reciente.

La fecha más temprana en que se puede abonar la pensión es el primer día del mes siguiente a la solicitud.

CONCLUSIONES

La problemática que conlleva la viabilidad futura del sistema de pensiones español comprometido por una impericia normativa que a todas luces procede del bajo grado de tutela constitucional del derecho a la pensión de jubilación, es un aspecto que pasa por una reforma constitucional.

El ejemplo más paradigmático viene dado por aquellas situaciones donde el Tribunal Constitucional para proteger la vulneración de la discriminación indirecta de condiciones de igualdad al cobro de la pensión de jubilación derivadas del bajo esfuerzo normativo, de la LGSS 20015, recurre a la defensa del artículo 14 de nuestra Constitución

Si nuestro ordenamiento jurídico poseyera un sistema de protección Social regulado por Ley Orgánica con el consiguiente desarrollo normativo y alto grado de protección, gracias al acogimiento de derechos sociales como los contemplados en los artículos 41 y 50 CE dentro del catálogo de derechos fundamentales, se evitarían situaciones discriminatorias debido a la mayor vigilancia ofrecida por los poderes públicos.

No obstante, esta labor no es sencilla debido al modelo semi rígido de nuestra Carta Magna ante las posibles reformas, pero conviene recordar que, si existiese una voluntad social inequívoca en esa dirección, se obtendría un nivel de protección notable propio de los derechos fundamentales. Por el momento nuestro legislador se conforma con diseñar estrategias de sostenibilidad a medio plazo.

Del estudio comparativo en Europa y más concretamente en países como Francia, y Alemania se extrae el hecho de que estos Ordenamientos no ven necesario al igual que España garantizar aún más el futuro de las pensiones de jubilación de los hoy trabajadores, sino que se también se conforman con diseñar estrategias normativas de sostenibilidad a medio plazo, así como ofrecer amplios subsidios con bajas exigencias.

No obstante, los países con un modelo mediterráneo, (representado principalmente por Italia), se caracterizan por un desarrollo garantista más articulado, con un modelo de gastos bajo en pensiones y en asistencia social, cuya garantía de futuro dependerá de la no destrucción y creación de empleos y cotizaciones que se generen en este país.

Concretamente, en todos ellos, la regulación constitucional de las pensiones (y dentro de ellas la de jubilación), se asienta en el

establecimiento de los principios rectores de la política social y económica, ello no obsta a que su protección “aun existente”, sea insuficiente, por lo que sería oportuno para dichos países también una reforma constitucional para fortalecer dichas garantías.

Si en estos países ya comienza a apreciarse de manera significativa esta problemática de envejecimiento, en un futuro muy próximo, en el resto de Europa, la extensión de la provisión de una norma protectora también habrá de hacerse para el futuro creciente número de personas de edad avanzada, algo que se convertirá a nivel europeo y más tempranamente en el caso español en el más difícil de todos los problemas de la Seguridad Social.

BIBLIOGRAFÍA

De la Fuente, Ángel. y Doménech, Rafael (2010), "Aging and real convergence: challenges and proposals. en J. F. Jimeno (Ed.), *and the euro: the first ten years. banco de España*, Madrid, pp. 191-273. disponible en castellano en <http://ideas.repec.org/p/bbv/wpaper/0906.html>

Ferrajoli, Luigi (2007), *Principia iuris. teoría del diritto e della democrazia*, Laterza, Bari.

García Díaz, Miguel Ángel (2021), “La sostenibilidad financiera del sistema público de pensiones español”. *Tesis doctoral*, dirigida por Dr. Felipe Serrano Pérez, Dr. Ángel De la fuente Moreno. Departamento de políticas públicas e historia económica, Facultad de economía y empresa, UPV-EHU, Programa de doctorado e integración económica, Universidad del País Vasco.

García Jiménez, Manuel (2017), “Trabajadores de edad avanzada, envejecimiento activo y mercado de trabajo: retos y realidades”, en VV.AA. Soriano Arroquia, Emilio, y González Cobaleda, Estefanía. (coord.), *El envejecimiento activo, nuevo reto de seguridad laboral: Entre tradición y renovación*, fraternidad-Universidad de Jaén.

López Cumbre, Lourdes (2021), “El “derecho” a la pensión futura”, *revista de estudios jurídico-laborales y de seguridad social*, mayo - octubre - núm. 3 ISSN-e: 2660-437x.

López Cumbre, Lourdes (2007), “La jubilación. entre el derecho y la obligación”, en AAVV, *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid.

Maldonado Molina, Juan Antonio (2019), “nulidad por vulneración del principio de igualdad y por discriminación indirecta de las reglas de cálculo del porcentaje de la jubilación en los trabajadores a tiempo parcial. comentario a la sentencia del tribunal constitucional 91/2019, de 3 de julio”, *revista de trabajo y seguridad social*, CEF, 439, pp. 178-188.

Martínez Mateo, Carlos José (2019), “Análisis comparado de la garantía constitucional del derecho a la pensión de jubilación en la unión europea”, *III congreso internacional y XVI Congreso Internacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad social: Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible*, Madrid, 17 y 18 de octubre, Editor: Laborum.

Monereo Pérez, José Luis, (2019), *La dignidad del trabajador. dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Ed. Laborum. Murcia, España.

Monereo Pérez, José Luis (1996), *Público y privado en el sistema de pensiones. un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones*, Madrid, Tecnos.

Monereo Pérez, José Luis (2021), “La garantía de las pensiones: desafíos para la sostenibilidad económica y social”, *revista de estudios jurídico-laborales y de seguridad social*, mayo - octubre - nº 3, ISSN-e: 2660-437

Tribunal Constitucional, en su STC n.º 80/1982, de 20 de diciembre, ecli:es:tc:1982:80

Trillo García, Andrés (2017), “Las políticas públicas sobre envejecimiento activo. incidencia en las pensiones”, en VV.AA. Soriano Arroquia, Emilio, y González Cobaleda, Estefanía, (Coord.), *El envejecimiento activo, nuevo reto de seguridad laboral: entre tradición y renovación, fraternidad*-Universidad de Jaén.

Villa Gil, Luis Enrique (2008), “La aportación del profesor José Vida Soria al ordenamiento español de seguridad social”, en AAVV, *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada.

WEBGRAFÍA

<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=50&tipo=2>

<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=50&tipo=2>

https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_es

<https://istitutoliberale.it/il-sistema-pensionistico-italiano/>

https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios/PYSLaYout

<https://www.jubilacionypension.com/derechos-obligaciones/seguridad-social/situacion-actual-del-sistema-publico-de-pensiones/>