

**EL FUTURO REGLAMENTO SOBRE UN PRODUCTO  
PANEUROPEO DE PENSIONES INDIVIDUALES (PEPP):  
EUROPA, *QUO VADIS*?**

***PROPOSAL FOR A REGULATION ON A PAN-EUROPEAN  
INDIVIDUAL PENSION PRODUCT (PEIP): EUROPE, QUO VADIS?***

*MIREIA LLOBERA VILA*

*Profesora Contratada Doctora  
Universidad de Valencia*

Artículo recibido el 7 de mayo de 2018  
Artículo aceptado el 20 de mayo de 2018

**RESUMEN**

El presente estudio se valorará el contenido de la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre un producto paneuropeo de pensiones individuales tanto en cuanto a su adecuación al principio de atribución y de subsidiaridad.

En concreto, se estudia si la creación de un mercado interior de capitales puede resultar idónea a los efectos de la finalidad instrumental de la norma, consistente en la aportación de liquidez a los mercados financieros europeos, y si para ello es necesaria una actuación comunitaria.

Sin embargo, la Propuesta de Reglamento puede constituir una medida inidónea para lograr la finalidad mediata, consistente en la mejora de la suficiencia de los

ingresos de los pensionistas, dado que los planes de pensiones están fuera del alcance de la mayor parte de la población trabajadora española. Sobre todo, de aquella parte de la población que corre riesgo de tener una pensión insuficiente.

**PALABRAS CLAVE:** Seguridad Social, normas internacionales, pensiones, principio de subsidiariedad, mercado de capitales.

#### **ABSTRACT**

This study will assess the content of the Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on a pan-European individual pension product both in terms of its adequacy to the principle of attribution and subsidiarity.

In particular, it is studied whether the creation of an internal capital market can be suitable for the purpose of the instrumental purpose of the Regulation, consisting of the provision of liquidity to European financial markets, and if this requires a community action.

However, the Proposal may constitute an inidonus measure to achieve the mediate purpose, consisting in improving the adequacy of pensioners' income, given that pension plans are beyond the reach of most of the Spanish working population. In particular, that part of the population that is at risk of having an insufficient pension.

**KEY WORDS:** Social Security, international standards, pensions, subsidiarity principle, capital market.

#### *SUMARIO*

- 1. El nuevo Reglamento, ¿invade competencias nacionales en el ámbito de la Seguridad Social?*
- 2. La finalidad del Reglamento sobre un producto paneuropeo de pensiones individuales (PEPP).*
- 3. La Unión actúa fuera de los límites de las competencias que le atribuyen los Tratados.*
- 4. Falta de idoneidad, en el marco del principio de subsidiariedad, de un instrumento fundado en el art. 114 TFUE..*
  - 4.1. Expulsión de la competencia de los Estados en este ámbito.*
  - 4.2. Inoculación del principio comunitario de remoción de obstáculos al comercio de servicios (o BNA).*

5. *Análisis de la finalidad de la norma dirigida a otorgar estabilidad y liquidez al sistema financiero, en el marco de la Unión Monetaria de Capitales (UMC).*

5.1. *Principios que regulan la libre circulación de capitales.*

5.2. *Cómo se describe dicha finalidad en la Propuesta.*

5.3. *Inidoneidad de las medidas dirigidas a la creación de un mercado de capitales.*

5.4. *Afectación del orden constitucional español y del marco internacional.*

6. *¿La Constitución y los Tratados condicionan los procesos de reforma de las pensiones a través de normas comunitarias?*

6.1. *Carácter prevalente de los Tratados internacionales.*

6.2. *Carácter vinculante de la interpretación de los órganos de control del cumplimiento de los Tratados: el art. 35 de la Ley 25/2014.*

7. *El derecho a la Seguridad Social en tanto que derecho patrimonial y la protección de la confianza legítima.*

8. *A modo de conclusión.*

*La política social y laboral han acabado siendo definitivamente engullidas por una fuerza hoy más hegemónica y prepotente que nunca: la Política Económica, con sus principios, con sus profetas, con su particular lenguaje y sus arcanos” (López Gandía, J. y López i Mora, F.)<sup>1</sup>.*

## **1. El nuevo Reglamento, ¿invade competencias nacionales en el ámbito de la Seguridad Social?**

A finales de 2017 se presentaba ante el Parlamento español la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre un producto paneuropeo de pensiones individuales<sup>2</sup> (en adelante, la “Propuesta de Reglamento PEPP” o la “Propuesta de Reglamento”). Ya se sabe que conforme a lo dispuesto en el art. 5 del Tratado de la Unión Europea (TUE), la delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. De modo que toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros. Además, el ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

La aplicación del principio de subsidiariedad significa que, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida

---

<sup>1</sup> LÓPEZ GANDIA, J. y LÓPEZ I MORA, F., “El fomento del empleo”, en SARAGOSSÀ I SARAGOSSÀ, V. (coord.), *El Derecho del Empleo*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2004, p. 296.

<sup>2</sup> Bruselas, 29.6.2017, COM(2017) 343 final, 2017/0143 (COD).

en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.

Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; siendo los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo. Por ello, en el presente estudio se valorará el contenido de la Propuesta de Reglamento PEPP tanto en cuanto a su adecuación al principio de atribución y de subsidiariedad.

## **2. La finalidad del Reglamento sobre un producto paneuropeo de pensiones individuales (PEPP)**

Previamente al desarrollo de cada uno de los elementos que conforman el juicio de subsidiariedad, resulta indispensable abordar una tarea previa, consistente en determinar el modo de concretar la finalidad de la medida objeto de control, en este caso, la Propuesta de Reglamento PEPP. Esto es necesario para establecer su idoneidad y el carácter necesario de la intervención comunitaria en el ámbito material de la norma.

Ciertamente, establecer la finalidad o finalidades normativas condicionará posteriormente cada uno de los elementos el ejercicio de ponderación en el que reposa el juicio de subsidiariedad. Según se tenga en cuenta una u otra finalidad/es el resultado de dicha valoración será muy distinto. Además, la determinación de la finalidad de una norma planteará especiales dificultades teóricas en caso de la existencia de una pluralidad de finalidades, como ocurre con la Propuesta de Reglamento PEPP, puesto que se trata de una norma marcadamente *multifuncional*.

En tales casos, el TJUE aplica la doctrina de “la finalidad objetiva”, que exige la demostración positiva de las implicaciones prácticas y consecuencias sociales de una determinada medida legislativa. El Tribunal ha mostrado, en este aspecto, un cierto desafecto respecto de las finalidades “declaradas” por el legislador, confiando al poder jurisdiccional la tarea de identificar los efectos socio-económicos que objetivamente cabe esperar de ésta, a partir de un análisis metajurídico de la misma.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia otorga a la intención del legislador, manifestada en los debates parlamentarios previos a la adopción de una ley o en la exposición de motivos de ésta, un valor meramente indiciario a la hora de determinar el objetivo que se persigue con la norma objeto de control<sup>3</sup>. De forma que aunque la *ratio* expresada por el legislador puede constituir un indicio del objetivo que se persigue con

---

<sup>3</sup> TJUE 24 de enero de 2002, (Portugalia Construções, C-164/99, [parágrafo 27]).

ésta, tal intención no puede considerarse concluyente, pues ésta debe ser sometida a un examen objetivo<sup>4</sup>.

La Propuesta de Reglamento PEPP incluye tanto finalidades mediatas (de primer orden), como finalidades inmediatas (de segundo orden). En estas circunstancias, conforme a la jurisprudencia del TJUE, debe analizarse en cada caso, de un modo relacional, si los fines inmediatos (secundarios) de las normas nacionales resultan idóneos y necesarios en relación a sus fines mediatos (primarios)<sup>5</sup>.

### ***2.1. Análisis de la finalidad normativa dirigida a la suficiencia de los ingresos de jubilación***

#### *a) Cómo se describe dicha finalidad en la Propuesta*

La Propuesta de Reglamento está dirigida a la creación de un mercado de pensiones europeo (un "tercer pilar"), a partir de un producto paneuropeo de pensiones individuales de carácter facultativo.

A partir de la literalidad de su texto, cabe establecer que el objetivo fundamental de la Propuesta de Reglamento es el de “aumentar el grado de aceptación de las pensiones individuales en la UE” y “fomentar los planes de ahorro complementarios de jubilación, a fin de conseguir la adecuación de las pensiones” (Propuesta de Reglamento PEPP, p. 3); puesto que “un reto adicional de las políticas públicas es la necesidad de *garantizar la suficiencia* a largo plazo de los ingresos de jubilación mediante una combinación de pensiones estatales, profesionales y privadas” (Propuesta de Reglamento PEPP, p. 2).

En este sentido, “el aumento de los ahorros adicionales (es decir, profesionales e individuales) destinados a la jubilación podría, junto con otras medidas, *mitigar las repercusiones de unas pensiones más bajas de los regímenes públicos en algunos Estados miembros*. El Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento 2017 señaló que ampliar la cobertura (es decir, amplia disponibilidad y mayor aceptación) de las pensiones complementarias podría desempeñar un papel clave en los ingresos por jubilación, *en particular cuando las pensiones públicas puedan ser inadecuadas*, y que deberían fomentarse mediante los medios oportunos, en función del contexto nacional” (Propuesta de Reglamento PEPP, p. 5).

#### *b) Antecedentes normativos*

El precedente normativo de la Propuesta de Reglamento PEPP, es la Directiva (UE) 2016/2341 del Parlamento europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2016 relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo (FPE) (en

---

<sup>4</sup> STJUE de 25 de octubre de 2001, Finalarte y otros, asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98), [párrafo 40], STJUE de 12 de octubre de 2004, (asunto C-60/03, Wolf), [párrafo 18].

<sup>5</sup> Vid. por ejemplo STJUE de 3 de febrero 1982 (asuntos 62 y 63/81, Seco y Desquenue) [párrafo 14].

adelante, la “Directiva (UE) 2016/2341”), que ya apuntaba hacia dicha finalidad cuando declara que: “Es preciso actuar de manera adecuada para mejorar en mayor medida los planes de ahorro privados complementarios de jubilación, como los planes de pensiones de empleo. Esto es importante teniendo en cuenta que los regímenes de seguridad social están sometidos a una presión cada vez mayor, lo que significa que se recurre cada vez más a planes de pensiones de empleo como complemento de otros regímenes de jubilación” [considerando 8]<sup>6</sup>.

En el ámbito del “soft law” comunitario este planteamiento se ajusta a las líneas de reforma apuntadas por la *Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles de 2012*, en la cual se considera imprescindible favorecer los fondos privados “dentro del sistema global de pensiones de los Estados miembros, para contribuir así a la reducción del coste de las pensiones”<sup>7</sup>.

La Comisión considera así que “los planes de pensiones individuales pueden desempeñar un papel importante a la hora de conectar a los ahorradores a largo plazo con las oportunidades de inversión a largo plazo. *Dichos planes pueden ayudar a superar los retos que plantea el envejecimiento de la población y la evolución de los patrones de trabajo entre la población activa, así como contribuir a garantizar unas tasas de reemplazo adecuadas en el futuro*, como complemento de las pensiones públicas o de empleo. Gracias a la reducción de los obstáculos a la prestación transfronteriza de servicios de pensiones, un plan de pensión individual a escala de la UE incrementaría la competencia entre los proveedores de pensiones, permitiría vender los servicios en mercados más grandes y originaría economías de escala que, previsiblemente, beneficiarían a los ahorradores”<sup>8</sup>.

*c) Falta de idoneidad entre las finalidades mediatas e inmediatas contenidas en la norma*

---

<sup>6</sup> Conforme al tenor de la Directiva (UE) 2016/2341: “Los FPE desempeñan un importante papel en la financiación a largo plazo de la economía de la Unión. Son una parte fundamental de la economía de la Unión, con activos por valor de 2,5 billones de euros en nombre de aproximadamente 75 millones de partícipes y beneficiarios. Es necesario mejorar estas pensiones sin que ello signifique poner en duda la enorme importancia del régimen de pensiones de la seguridad social en términos de protección social segura, duradera y efectiva, que debe garantizar un nivel de vida decente en la vejez, por lo que debe constituir el núcleo del objetivo de reforzar los modelos sociales europeos” [considerando 8º]. A la vista de la evolución demográfica de la Unión y de la situación de los presupuestos nacionales, las pensiones de empleo son una valiosa adición al régimen de pensiones de la seguridad social. Un régimen de pensiones resiliente abarca una gama variada de productos, instituciones diversas y unas prácticas de supervisión eficaces y eficientes. Los Estados miembros deben proteger a los trabajadores contra la pobreza a una edad avanzada y fomentar los regímenes complementarios de pensión vinculados a contratos laborales como cobertura adicional a las pensiones públicas. Los planes de ahorro complementarios de jubilación deben desempeñar un papel más importante a la hora de garantizar la futura adecuación de las pensiones, por lo que los Estados miembros tendrán que encontrar maneras de mejorar la rentabilidad, la seguridad de los planes de pensiones complementarios y el acceso igualitario a ellos”. [Considerandos 9 y 10]

<sup>7</sup> Vid. Libro Blanco, *Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*, [p. 14-15].

<sup>8</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre la revisión intermedia del plan de acción para la unión de los mercados de capitales. Bruselas, 8.6.2017, COM(2017) 292 final.

Como se ha expuesto, en la aplicación relacional del principio de subsidiariedad, la distinción entre los distintos tipos de finalidades resulta necesaria, (a) tanto para estructurar adecuadamente la argumentación del presente estudio, (b) como para distinguir aquellos supuestos en los que existe un problema de falta de idoneidad de la medida objeto de control en sí misma considerada, de cuando se presenta una falta de idoneidad entre las finalidades mediatas e inmediatas contenidas en la norma.

Analizando la Propuesta de Reglamento PEPP vemos que se produce un problema de coherencia entre sus finalidades mediatas (primarias) y sus finalidades inmediatas (secundarias).

No puede olvidarse que la finalidad inmediata está destinada a contribuir al cumplimiento las finalidades mediatas y, por lo tanto, no puede desarrollarse más allá de su función instrumental. Concretamente, en la Propuesta de Reglamento PEPP el objetivo de la suficiencia de los ingresos de los pensionistas se configura normativamente al servicio de una finalidad económica de carácter promocional del mercado interior de capitales, perdiendo autonomía como finalidad en sí misma considerada.

*d) Inidoneidad de las medidas de fomento de las pensiones privadas a efectos de suficiencia*

En efecto, la creación de un mercado interior de capitales puede resultar idónea a los efectos de la finalidad instrumental de la norma, consistente en la aportación de liquidez a los mercados financieros europeos, y para lo cual, es necesaria una actuación comunitaria.

Por el contrario, la Propuesta de Reglamento constituye una medida inidónea para lograr la finalidad mediata, consistente en la mejora de la suficiencia de los ingresos de los pensionistas. Los planes de pensiones están fuera del alcance de la mayor parte de la población trabajadora española. Sobre todo, de aquella parte de la población que corre riesgo de tener una pensión insuficiente. En este sentido, no cumple el requisito de idoneidad a los efectos del juicio de subsidiariedad, puesto que la proyectada acción comunitaria no tiene capacidad de cumplir con el objetivo mediato declarado por la norma.

Abundaremos más en esa cuestión. La propuesta no aporta datos que permitan descartar que la inversión de los pensionistas en este tipo de productos no vaya a incrementar el riesgo de pérdida o menoscabo de sus pensiones futuras. En las previsiones de la Comisión sobre la viabilidad y beneficios futuros de los planes de pensiones, existen demasiadas “previsiones” sin datos indexados y variables económicas “estimadas” en las fórmulas de cálculo. Su aplicación es de una opacidad muy permeable a las presiones de los mercados. Lo que pone en jaque la propia fiabilidad del sistema. Ello, a diferencia de la garantía que ofrecen las pensiones públicas.

En este sentido, la consecución de una (no demostrada) rentabilidad y protección del consumidor del producto europeo es un objetivo que están instrumentalizado a fin de conseguir la verdadera finalidad de la norma, que es la de atraer los ahorros de los pensionistas hacia los mercados financieros, lo cual se consigue instaurando el segundo pilar capitalizado de las pensiones.

También es necesario poner de relieve que el fundamento empírico de las previsiones contenidas en el Libro Blanco de las pensiones, en las que se funda la Propuesta, ha sido puesto fuertemente en entredicho por la doctrina y por los organismos internacionales especializados — tanto en lo que concierne a las concretas previsiones aportados en relación a la futura inviabilidad financiera del sistema público, como en la concreción de las alternativas existentes para hacer frente a las tensiones presupuestarias. Numerosos estudios científicos han mostrado la falta de solidez de muchas de las previsiones relativas a la sostenibilidad de la Seguridad Social<sup>9</sup>, fundadas a menudo en estudios de las propias instituciones financieras<sup>10</sup>.

En lo que concierne a las alternativas existentes a fin de garantizar la sostenibilidad y el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, la doctrina especializada ha aportado alternativas técnicas de mucho alcance en el marco de nuestro propio ordenamiento, más idóneas para alcanzar el objetivo de la suficiencia<sup>11</sup>. Rigurosos estudios científicos han establecido cuáles son los objetivos, principios y medidas que debe cumplir un buen diseño del sistema público de pensiones, para que sea autosuficiente<sup>12</sup>.

El objetivo de garantizar la suficiencia de ingresos durante la jubilación no se consigue por tanto fomentando las pensiones privadas, a las que la vasta mayoría de la clase

---

<sup>9</sup> STIGLITZ, J. Y ORSZAG, P., “Un nuevo análisis de la reforma de las pensiones: Diez mitos sobre los sistemas de Seguridad Social”, Ponencia en la Conferencia “Nuevas ideas sobre la seguridad en la vejez”, Banco Mundial, Washington 14-15/9/1999; MESA LAGO, C., “Evaluación de un cuarto de siglo de reformas estructurales de pensiones en América Latina”. Revista de la CEPAL, n. 84/2004, [pp. 59-82].

<sup>10</sup> Vid. HERCE, J.A. et alia, *El futuro de las pensiones en España: hacia un sistema mixto*, Servicios de estudios de la Caixa, Barcelona, 1996; HARCE, J.A y ALONSO, J., *La reforma de las pensiones ante la revisión del Pacto de Toledo*, La Caixa, Barcelona, 2000. En este sentido han puesto de relieve NAVARRO, V, TORRES LÓPEZ, J., GARZÓN ESPINOSA, A., *¿Están en peligro las pensiones?*, ATTAC España, 2010, que: “Las previsiones de Herce auguran, en junio de 2009, que el sistema público de pensiones español entrará en déficit en torno al año 2020, una predicción ampliamente difundida por los medios y que lógicamente conllevaba la natural preocupación a los ciudadanos”.

<sup>11</sup> Un gran número de estas propuestas se encuentran sintetizadas en SANTOS M. RUESGA, (2013), Addenda al Informe del Comité de Expertos, [p. 8]. Vid. también SANTOS M. RUESGA (2013), “Hacia dónde caminar en el futuro del sistema público de pensiones. Una reflexión al hilo del Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad de las pensiones”, *Relaciones Laborales* n. 7/2013.

<sup>12</sup> LÓPEZ GANDIA, J., “La permanente reivindicación de rebaja de cotizaciones y la financiación de la Seguridad Social”, *Revista de derecho social* n. 45/2009, pp. 233-240; “Las reformas normativas en materia de Seguridad Social entre sostenibilidad y política de recortes”, *Trabajo y Derecho* n. extra 2, 2015; interalia, vid. más en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=160730>; OCHANDO CLARAMUNT, C., vid. su obra completa en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=32928>; para una síntesis vid. de este autor, en página web de Econouestra: “La reforma del sistema público de pensiones del gobierno del partido popular”.



trabajadora de nuestro país no puede acceder, sino de protegiendo las pensiones públicas.

Las propuestas técnicas elaboradas en el seno de la OIT (Organización Internacional del Trabajo y ISSA (International Social Security Association) que coinciden en señalar que: “la Seguridad Social debe considerarse como una inversión en capital humano y no como un gasto. Los sistemas de Seguridad Social invierten en las personas a lo largo de todo su ciclo de vida para permitirles llevar una vida útil y productiva. En este sentido, la Seguridad Social constituye en sí misma una política adecuada de estímulo de la demanda, pues el colapso de la demanda agregada en el contexto de crisis económica y financiera mundial sigue siendo el mayor obstáculo para la recuperación del mercado de trabajo, lo cual es clave para garantizar la propia financiación de la Seguridad Social. [...] Los sistemas integrales de Seguridad Social que garantizan al menos la seguridad básica del ingreso para todos a lo largo del ciclo vital, son un elemento fundamental dicho círculo virtuoso del desarrollo”<sup>13</sup>.

### **3. La Unión actúa fuera de los límites de las competencias que le atribuyen los Tratados**

Por otra parte, la Propuesta de Reglamento PEPP no se ajusta al principio de subsidiariedad, por cuanto infringe el principio de atribución. En efecto, la Unión actúa fuera de los límites de las competencias que le atribuyen los Tratados a la UE para lograr los objetivos que éstos determinan.

Conforme al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) existen tres tipos de competencias:

- a) Las competencias exclusivas de la UE: cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia exclusiva en un ámbito determinado, sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión (art. 2.1 TFUE). Conforme a lo dispuesto en el art. 3.1 TFUE, la Unión tiene competencia exclusiva en: [...] b) el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior; y c) la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro.
- b) Las competencias compartidas: cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los Estados miembros ejercerán su competencia en

---

<sup>13</sup> OIT, *Empleo y protección social en el nuevo contexto demográfico*, Informe IV, Conferencia Internacional del Trabajo 102.<sup>a</sup> reunión, Ginebra, 2013; AISS, *Coping with the crisis: Managing social security in uncertain times*, The ISSA Crisis Monitor Project, International Social Security Association, Geneva, 2012.

la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya.

- c) Las competencias exclusivas de los Estados: en estos ámbitos y en las condiciones establecidas en los Tratados, la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros, sin por ello sustituir la competencia de éstos en dichos ámbitos.

Conforme al art. 4.2.b) TFUE la política social es una competencia compartida sólo en los aspectos definidos en el TFUE; y concretamente en el ámbito material que nos concierne debemos remitirnos al art. 153.1 TFUE, que establece que la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: [...] c) la Seguridad Social y la protección social de los trabajadores; k) la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c).

A tal fin, el Parlamento y el Consejo podrán adoptar, en los ámbitos mencionados en las letras a) a i) del apartado 2 [del art. 153], mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros. Tales directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas. Por otra parte, las disposiciones adoptadas en virtud de este 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,

—no impedirán a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con los Tratados.

En consecuencia, la UE no tiene competencia para legislar sobre el diseño de los sistemas de pensiones en los Estados miembros.

En contraste, la UE tiene competencia para legislar sobre materias que afectan al funcionamiento del mercado interior, detentando: (a) competencia exclusiva en el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior y; (b) competencia compartida en las restantes cuestiones relativas al mercado interior; no debiendo obviarse la “vis atractiva” de las disposiciones relativas a la libre circulación. De lo anterior se extrae que la Propuesta de Reglamento penetra espacios jurídicos vetados por los Tratados a la UE, tratando de reconducirlas al espacio del Mercado Interior.

En los términos que se expondrán en el apartado siguiente, ello implica: (a) la expulsión de la competencia de los Estados en este ámbito; (b) y que las medidas que adopten los Estados en cualquier otro ámbito material, relacionado o no con las pensiones, e incluso medidas por los particulares (efecto horizontal), en adelante pueden ser consideradas BNA (barreras no arancelarias) o en terminología comunitaria “obstáculos” al mercado interior. En consecuencia, la Propuesta de Reglamento pone en cuestión el derecho de los Estados miembros a organizar sus propios regímenes de pensión.

#### **4. Falta de idoneidad, en el marco del principio de subsidiariedad, de un instrumento fundado en el art. 114 TFUE**

##### ***4.1. Expulsión de la competencia de los Estados en este ámbito***

En relación a la finalidad declarada de la norma, resulta inidóneo el fomento de las pensiones de carácter privado a partir de un instrumento fundado el art. 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que permite la adopción de medidas para la aproximación de las disposiciones nacionales que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.

Una acción comunitaria dirigida a la creación de un mercado de pensiones europeo (un "tercer pilar") no se encuentra justificada para la consecución de la finalidad de la norma, dirigida a la suficiencia de ingresos de los pensionistas.

No puede perderse de vista que una vez integrada en el contexto jurídico del derecho del mercado interior de servicios, la competencia legislativa de los Estados se transforma en una competencia residual. En consecuencia, las normas nacionales ya no tienen posibilidad de amparar el interés particular de un determinado Estado miembro, pues el derecho de la Unión sólo permite la subsistencia de medidas estatales restrictivas de la libre circulación (como los principios constitucionales que garantizan la Seguridad Social) en la medida que no exista normativa comunitaria.

##### ***4.2. Inoculación del principio comunitario de remoción de obstáculos al comercio de servicios (o BNA)***

En este sentido, el presente análisis de subsidiariedad debe poner en relación las finalidades de la norma objeto de control con el ámbito del mandato del artículo 56 TFUE, que limita considerablemente el alcance de las finalidades sociales perseguidas por los Estados nacionales<sup>14</sup>.

A tenor del artículo 11 de la Propuesta de Reglamento, los promotores podrán promocionar PEPP y los distribuidores podrán distribuirlos en el territorio de un Estado

---

<sup>14</sup> Cabe citar por su particular efecto restrictivo de la intervención estatal las STJUE 21 octubre 2004 (asunto Comisión c. Luxemburgo, C-445/03); STJUE de 19 enero 2006 (Comisión contra Alemania, C-244/04), STJUE de 21 de septiembre de 2006 (C-168/04, Comisión contra Austria); STJUE de 3 abril 2008 (asunto Dirk Rüffert, C- 346/06); STJUE de 18 diciembre 2007, (asunto C-341/05, Laval un Partneri); STJUE de 19 junio 2008, (asunto Comisión/Luxemburgo, C-319/06).

miembro de acogida en virtud de la libre prestación de servicios o la libertad de establecimiento, siempre que lo hagan con arreglo a las normas y procedimientos pertinentes establecidos por los actos legislativos de la Unión<sup>15</sup> que les sean aplicables a que se hace referencia en el artículo 5, apartado 1, o en el artículo 8, apartado 2, o en virtud de dichos actos.

Integrar la seguridad social complementaria en el ámbito del mercado interior de servicios tiene importantes efectos a futuro. No sólo quedan limitadas las posibilidades de legislar en dicho ámbito, sino también en cualquier materia que directa o indirectamente pueda afectar los derechos de los prestadores de servicios, en virtud del principio de eliminación de barreras no regulatorias (BNA).

Como es conocido, las BNA en el ámbito social vienen básicamente referidas tanto a normas emanadas del Estado, como a los convenios colectivos; pero otro tipo de restricciones de orden cuantitativo o cualitativo también se han considerado BNA, como por ejemplo el establecimiento de límites a la externalización productiva, llegándose incluso a calificar la acción sindical como BNA. Esta cuestión se enmarca en una controversia doctrinal más amplia, que desde hace décadas viene desarrollando el marco teórico de las “excepciones admisibles” (en materia social, medioambiental, de protección de la libre competencia u otra índole) al principio de eliminación de barreras comerciales, que preside las normas de la OMC y las libertades comunitarias<sup>16</sup>.

En efecto, existe un momento hermenéutico, previo a la aplicación de los clásicos subprincipios fiduciarios de la noción alemana del principio de proporcionalidad<sup>17</sup>, en el

---

<sup>15</sup> Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros (DO L 26 de 2.2.2016, p. 19). Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE (DO L 176 de 27.6.2013, p. 338). Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) (DO L 335 de 17.12.2009, p. 1). Directiva (UE) 2016/2341 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo (versión refundida) (DO L 354 de 23.12.2016, p. 37). Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) (versión refundida) (DO L 302 de 17.11.2009, p. 32). Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican las Directivas 2003/41/CE y 2009/65/CE y los Reglamentos (CE) n.º 1060/2009 y (UE) n.º 1095/2010 (DO L 174 de 1.7.2011, p. 1).

<sup>16</sup> PETER VAN DEN BOSSCHE, 2008. *Trade liberalization versus other societal values and interest. En The law and policy of the World Trade Organization: text, cases and materials*. Cambridge: Cambridge University Press, [pp. 614–740]; HOWSE, R., 2000. Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence. En *The EU, the WTO, and the NAFTA: towards a common law of international trade?*. Oxford: Oxford University Press, [pp. 35–69]; HUDEC, R.E., FARBER, D.A., 1997. GATT legal restraints on domestic environmental regulations. En JAGDISH N., BHAGWATI R., HUDEC, E. ed. *Fair Trade and harmonization*, Vol. 2 Legal analysis. Cambridge, US: MIT Press, [pp. 59–94].

<sup>17</sup> Vid. EMILIOU, N. (1996), *The principle of proportionality in European law: a comparative study*, London, Kluwer Law International, [p.134 y ss].

que TJUE determina si la norma estatal tiene carácter de “intervención” en el ámbito de protección de la libertad fundamental de prestación de servicios. A estos efectos, el Tribunal de Justicia valora el carácter “restrictivo” de cualquier norma que *prima facie* afecte negativamente los derechos que garantiza el artículo 56 TFUE<sup>18</sup>.

La noción de intervención legislativa estatal (o “restricción”) que maneja el TJUE se asemeja a lo que en la jurisprudencia constitucional se considera como “intervención” en el contenido esencial de los derechos fundamentales. Se supera, sin embargo, el concepto clásico de intervención, definido por la teoría constitucional en función de cuatro elementos: (a) finalidad expresa de intervenir en el derecho fundamental, (b) afectación inmediata del derecho, (c) carácter jurídico del acto (excluyéndose por tanto las intervenciones de tipo fáctico) y, por último, (d) origen en una orden coactiva de un poder público<sup>19</sup>.

La jurisprudencia comunitaria abraza, sin embargo, una concepción objetiva mucho más laxa, basada en la mera existencia de un nexo causal objetivo entre el acto estatal y la afectación negativa del derecho. Se abarca así tanto intervenciones fácticas, como intervenciones indirectas y no intencionales, así como el riesgo (o amenaza) de vulneración de las libertades comunitarias. La adopción de un concepto amplio de intervención en la jurisprudencia del TJUE responde al principio de máxima eficacia de la libertad de prestación de servicios, cuyo radio de acción determina la afectación negativa de prácticamente cualquier manifestación de acción normativa de los Estados.

En este contexto, el principio comunitario de remoción de obstáculos al comercio de servicios (o BNA), que discurre como fenómeno coadyuvante del fenómeno privatización del Derecho, permite dejar inaplicada cualquier norma estatal que, aunque no vulnere la libertad de prestación de servicios, tenga capacidad de desincentivar su ejercicio.

El derecho del mercado interior, mediante tales instrumentos de integración negativa, otorga a la Unión un título competencial prácticamente ilimitado, en este ámbito, que

---

<sup>18</sup> Así, por ejemplo, en la Sentencia *Rüffert*, el Tribunal atribuye dicho carácter “restrictivo” a la norma alemana que obligaba a los adjudicatarios de contratos públicos de obras, y a sus subcontratistas, a aplicar la retribución mínima prevista en el convenio colectivo de edificios y obras públicas ateniendo a que “puede imponer a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro, en el que los salarios mínimos sean inferiores, una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida”. En términos similares, y también en base a una afectación fundada en consideraciones económicas, el TJUE considera en la Sentencia *Arblade*, como una “intervención” en el ámbito aplicativo del artículo 56 TFUE —o, en términos del Tribunal, como una “restricción”— la obligación de elaborar y poseer determinados documentos sociales en el Estado miembro de acogida, al suponer “gastos y cargas administrativas y económicas adicionales para las empresas establecidas en otro Estado miembro”. STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*) [parágrafos 27 y 58-59]

<sup>19</sup> BERNAL PULIDO, C. (2007), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Eurolex, Madrid [pp. 663 y ss].

absorbe incesantemente nuevos espacios a la intervención estatal<sup>20</sup>. Por tanto, también en este sentido, la Propuesta de Reglamento pone en cuestión el derecho de los Estados miembros a organizar sus propios regímenes de pensión.

## **5. Análisis de la finalidad de la norma dirigida a otorgar estabilidad y liquidez al sistema financiero, en el marco de la Unión Monetaria de Capitales (UMC).**

### ***5.1. Principios que regulan la libre circulación de capitales***

El principio de libre circulación de capitales tiene como objetivo la liberalización de los flujos de capital, tanto entre Estados miembros como con terceros países. Para lograrla se ha puesto en marcha normas a fin de eliminar “restricciones” a dichos movimientos de capitales y de pagos. El principio de libre circulación, que garantizan los artículos 63 a 66 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) de capitales es directamente aplicable, es decir, no requiere la adopción de legislación adicional a nivel nacional.

Se considera que la libre circulación de capitales constituye la base del mercado único y complementa a las otras tres libertades fundamentales, y que resultaba asimismo indispensable para el desarrollo de la Unión Económica y Monetaria (UEM) y la introducción del euro. El Plan de Acción para la unión de los mercados de capitales (UMC), está destinada a la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de capitales a través de las fronteras reforzará la unión económica y monetaria. La UMC de septiembre de 2015 contiene un programa global de medidas para poner en práctica los elementos básicos de la UMC de aquí a 2019 y recibió el firme apoyo del Consejo, el Parlamento Europeo y las partes interesadas<sup>21</sup>.

### ***5.2. Cómo se describe dicha finalidad en la Propuesta***

La propuesta de Reglamento PEPP establece que “La fragmentación del mercado impide que los promotores de pensiones individuales obtengan el máximo provecho de la diversificación del riesgo, la innovación y las economías de escala. Ello reduce las posibilidades de elección y el atractivo y provoca un aumento de los costes para los

---

<sup>20</sup> De este modo, el desarrollo de políticas estatales de protección social no sujetas a los imperativos de la competencia tiende progresivamente a disminuir, siendo una clave fundamental de este fenómeno la dificultad para circunscribir jurídicamente el concepto de restricciones legítimas a la libre circulación. De forma que, sea la relación causa-efecto entre liberalización de los mercados e interés común demostrable o no en ciencia económica, la liberalización económica, que instrumenta las cuatro libertades comunitarias, se ha integrado en categoría de interés general de naturaleza “federal” frente a las opciones legislativas de los Estados. Un status que no tiene parangón en ningún otro modelo de integración regional, siendo posiblemente el régimen jurídico comunitario el primero en constitucionalizar el nuevo régimen post-fordista del Estado competitivo, en el que las fuerzas correctoras que han limitado y estabilizado el capitalismo acumulativo durante las décadas precedentes han perdido espacio jurídico.

<sup>21</sup> Vid. Reunión del Consejo Europeo (28 de junio de 2016) – Conclusiones. Bruselas, 28 de junio de 2016; y Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2016, sobre la evaluación y los retos de la normativa sobre servicios financieros de la UE: impacto y camino hacia un marco de la UE más eficiente y efectivo para la regulación financiera y una unión de los mercados de capitales (2015/2106(INI))(P8\_TA(2016)0006).

ahorradores en pensiones, *además de contribuir a una falta de liquidez y profundidad de los mercados de capitales en comparación con otras jurisdicciones, como los Estados Unidos de América, donde los fondos de pensiones desempeñan un papel más importante como inversores institucionales*” (p. 2).

La creación de un marco de PEPP comprende un sistema voluntario complementario de los regímenes nacionales, que posibilita que los promotores puedan crear productos de pensiones individuales a escala paneuropea. Uno de sus objetivos es “canalizar, desde los instrumentos tradicionales (como los depósitos de ahorro) hacia los mercados de capitales, más ahorros de los hogares” (Propuesta de Reglamento PEPP, p. 4).

En este sentido, la Comunicación de la Comisión sobre la revisión intermedia del plan de acción para la unión de los mercados de capitales refiere que “Las compañías de seguros y *los fondos de pensiones no invierten suficientemente* en capital riesgo, acciones e infraestructura. Es necesario movilizar un mayor volumen de capital privado a fin de financiar inversiones sostenibles, la transición a una economía con bajas emisiones de carbono y la inversión que se requiere para satisfacer importantes necesidades sociales [...]. Los inversores institucionales han sido tradicionalmente inversores a largo plazo en acciones en los mercados de capitales. No obstante, durante los últimos quince años, las compañías de seguros de la UE han reducido sus inversiones en acciones a entre un 5 y un 10 %, aproximadamente, de su cartera total actual. Las inversiones en acciones realizadas *por fondos de pensiones* permanecen en un nivel más significativo, pero se sitúan fundamentalmente en su mercado nacional o, en el supuesto de estar ubicadas en el extranjero, lo están fuera de la zona del euro”<sup>22</sup>.

### **5.3. Inidoneidad de las medidas dirigidas a la creación de un mercado de capitales**

Pese a que la promoción de los fondos privados de inversión *exige* cuestionar sistemáticamente la sostenibilidad de la Seguridad Social, lo cierto es que ha sido la eficiencia de las pensiones públicas la que ha permitido al gobierno central durante años cuadrar sus cuentas a nivel contable (sin transferencia de fondos). Vale la pena traer a colación, en este sentido, la impugnación fallida del Gobierno aragonés de la norma que ha posibilitado, durante una década, la compensación del déficit de la Administración del Estado con el superávit de la Seguridad Social. Mediante dicha fórmula, el Estado central lograba alcanzar su objetivo de estabilidad “liberándose del rigor presupuestario que el mismo impone a las Comunidades Autónomas”<sup>23</sup>.

A su vez, el Fondo de Reserva resultó uno de los mecanismos clave de estabilización durante los peores años de la crisis. No solo porque la totalidad de sus fondos se invirtieron en deuda pública española (pues los intereses de la deuda pública española eran casi negativos), también permitió pagar pensiones sin aumentar cotizaciones en

---

<sup>22</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre la revisión intermedia del plan de acción para la unión de los mercados de capitales. Bruselas, 8.6.2017, COM(2017) 292 final.

<sup>23</sup> STCO 196/2011, F.J. 13º.

fases recesivas del ciclo económico. Adicionalmente, al posibilitar el pago de las pensiones, el Fondo de Reserva actuó como un estabilizador automático, es decir, mantuvo la demanda agregada de la economía en una fase de crisis económica<sup>24</sup>. Ello pone de relieve que el sistema público de pensiones el instrumento que ha demostrado una mayor capacidad de estabilización de la economía.

Con todo, es obvio que tales recursos financieros no han sido aportados por los pensionistas para atenuar los riesgos asumidos por las entidades bancarias, siendo la utilización de tales fondos a tal fin una desviación constitucional que aún no ha sido justificada por los responsables políticos.

Lo ocurrido con el Fondo de Reserva nos sirve de ejemplo para explicar la falta de idoneidad de la Propuesta de Reglamento, a los efectos de su adecuación al principio de subsidiariedad.

Como ya se adelantado, la finalidad de garantizar la suficiencia, asume un papel marcadamente instrumental respecto de otro tipo de finalidades. En efecto, en dicha Propuesta el derecho fundamental a la protección social durante la vejez se configura normativamente al servicio de una finalidad económica distinta a la de la propia garantía de ingresos de los pensionistas.

De modo que ésta última finalidad pierde autonomía como finalidad en sí misma considerada, lo que acaba instrumentalizando y desnaturalizando el contenido esencial del derecho fundamental en función del cumplimiento de la ratio última de la norma, dirigida a otorgar liquidez a las entidades bancarias.

A este respecto, no cabe considerar la Carta Magna, en lo que respecta a las pensiones y a los derechos sociales, como una concha vacía. Especialmente aquella parte de la Constitución que atribuye a los poderes públicos la potestad de intervenir en el mercado, regularlo y suprimirlo; que somete toda la riqueza del país al interés general; que reconoce al Estado el derecho a reservarse sectores enteros de la economía; o que instituye un régimen público de Seguridad Social que garantice prestaciones sociales suficientes. El artículo 50 de la Constitución es muy claro: “Los poderes públicos

---

<sup>24</sup> Desgraciadamente, el modelo de gestión del mercado laboral de las dos últimas legislaturas, basado en la mal llamada “flexiseguridad”, ha atacado el corazón del sistema, alcanzando, en última instancia, al Fondo Reserva. La viabilidad económica-financiera de un sistema público de pensiones no depende tanto de variables demográficas, sino de variables económicas, fundamentalmente, la tasa de actividad, la tasa de empleo y el crecimiento de la productividad. La precariedad laboral (que impide consolidar una carrera de seguro), la devaluación salarial y la expulsión de miles de personas del mercado laboral a resultas de la flexibilización del despido, ha erosionado gravemente la Seguridad Social. De modo que lo primero es abandonar el fracasado axioma que, en las últimas décadas, ha venido asimilando flexibilización de las normas laborales con política de creación de empleo. Ese axioma sencillamente se da de bruces con la realidad. A esto debe añadirse, el fraude en el uso del contrato a tiempo parcial (que esconde una jornada completa), el repunte de la economía sumergida y las contabilidades en B o offshore. Sin olvidar el goteo incesante de exoneraciones y bonificaciones, neutras en la creación de empleo, que sólo esconden una rebaja injustificable de las cuotas empresariales.



garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad”.

Merece recordarse aquí que el Consejo Europeo, en su Recomendación de 12 de julio de 2011<sup>25</sup>, en el marco del mecanismo de supervisión de situaciones presupuestarias instituido por el Reglamento (CE) nº 1466/97 (“el semestre europeo”), valoró positivamente la presentación del proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. El objetivo de dicha norma se sitúa en un marco temporal aplazado, permitiendo con ello, una progresiva adaptación a los mismos de sus destinatarios: “La reforma se introduce de manera gradual desde 2013 con periodos transitorios hasta 2027, para permitir que los ciudadanos se vayan adaptando paulatinamente a la nueva regulación sin menoscabo de sus derechos, de forma que complete su despliegue precisamente cuando el incremento del gasto asociado al envejecimiento se manifestaría con mayor intensidad”<sup>26</sup>.

Sin embargo, el año siguiente, en el marco del procedimiento corrector del Semestre europeo, el Consejo emite una nueva evaluación de las mismas reformas, ahora ya incorporadas ya a la Ley 27/2011. Al Consejo ahora las medidas (que incluían el retraso de edad de la jubilación) les parecen insuficientes, y adopta un cambio substancial de planteamiento, instando al gobierno español a realizar una actualización más temprana del factor de sostenibilidad, pese a que el sistema de pensiones que ya había sido reformado en profundidad<sup>27</sup>.

Si bien es cierto que en el año 2012 España atraviesa dificultades económicas y financieras importantes, no se explica como tales turbulencias pueden afectar o empeorar la existencia de los riesgos demográficos a largo plazo, es decir en el horizonte demográfico del 2030 al 2060 aproximadamente, que ya se evaluaron en 2011. Ello apunta que en estos momentos la introducción del factor de sostenibilidad de efecto inmediato, comprensivo, del factor de sostenibilidad implícito (el relativo a la actualización de las pensiones, que se trata de un factor de sostenibilidad de aplicación inmediata, que si bien no recibe tal nombre, sí opera y actúa como tal)<sup>28</sup> y el factor

---

<sup>25</sup> Recomendación del Consejo de 12 de julio de 2011 relativa al Programa Nacional de Reforma de 2011 de España, op.cit., apartado 11.

<sup>26</sup> Programa Nacional de Reforma de España, abril 2011, p. 9 y p. 38.

<sup>27</sup> Recomendación del Consejo, de 10 de julio de 2012, sobre el Programa Nacional de Reforma de 2012 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2012-2015, DOUE núm. C 219, de 24-7-2012, p. 81/84.

<sup>28</sup> El nuevo índice de revaloración puesto en marcha en 2014, se trata de un factor de sostenibilidad de aplicación inmediata. Si bien no recibe tal nombre, sí opera y actúa como tal, según ha sido analizado por la doctrina económica. Vid. BOSCH PRÍNCEP, M., MORILLO, M., ROCHCASELLAS, O., VILALTA DE MIGUEL, D., “Revalorización de las pensiones españolas de 2012 y 2013: una aplicación implícita del factor de sostenibilidad”, Economía española y Protección Social, n. 5/2013, pp. 97-113.

explícito, parece responder a una necesidad de abordar una necesidad inmediata de recorte en el gasto, en la partida con mayor potencial de reducción en el gasto total<sup>29</sup>.

No puede obviarse, que dicha evaluación viene a coincidir, con la negociación, también el mes de julio de 2012, del Memorando de Entendimiento relativo al Programa de Asistencia Financiera para España, con el propósito de cubrir las necesidades de capital de sus entidades bancarias<sup>30</sup>. No parece, por tanto, casual, dicho giro copernicano en la valoración de los riesgos que se ciernen sobre el sistema de Seguridad Social español a largo plazo, y la aparición de una nueva condicionalidad en materia de pensiones — completamente diferente, y acumulada a la reforma anterior, la cual abordaba ya ampliamente, los riesgos demográficos que presentaba el sistema.

La Propuesta de Reglamento, objeto del presente estudio, profundiza en la misma senda de desviación de la finalidad social (que no se pretende) de los instrumentos de previsión social. Se encubre la auténtica finalidad de la norma, idónea para las necesidades de liquidez del sector bancario, pero inidónea para atender las necesidades de garantía de suficiencia de los ingresos futuros jubilados.

#### ***5.4. Afectación del orden constitucional español y del marco internacional***

Conforme a nuestro orden constitucional, el sistema público de pensiones ha de ser suficiente y debe asumir la responsabilidad de garantizar al ciudadano la protección frente a situaciones de necesidad (arts. 41 y 50 de la Constitución española).

La suficiencia de las pensiones se acompaña del principio de no sustituibilidad, que se recoge en el art. 1.2 del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por R.D. Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre (LPFP) cuando declara que las prestaciones proporcionadas por los Planes y Fondos de Pensiones serán complementarias, pero no alternativas o sustitutivas de las pensiones públicas.

El que las pensiones públicas no sean sustituibles por las de naturaleza privada significa que quedan al margen de la Constitución y de la ley las opciones normativas dirigidas a la disminución de la tutela pública de las pensiones, en beneficio de la previsión complementaria.

En este sentido, procede recordar que la Constitución no admite modificaciones implícitas de sus disposiciones. Si bien es cierto que durante las varias décadas de

---

<sup>29</sup> El gasto en pensiones es la partida más importante del presupuesto: consume aproximadamente una cuarta parte del gasto público Programa Estabilidad de España, abril 2014, p. 44. [http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2014/nrp2014\\_spain\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2014/nrp2014_spain_es.pdf)

<sup>30</sup> Memorando de Entendimiento sobre condiciones de Política Sectorial Financiera, hecho en Bruselas y Madrid el 23 de julio de 2012, y Acuerdo Marco de Asistencia Financiera, hecho en Madrid y Luxemburgo el 24 de julio de 2012, BOE 10 diciembre 2012, núm. 296, [pág. 84550]; rect. BOE 20 febrero 2013, núm. 44, [pág. 14220].

desarrollo de la Unión Europea la Constitución ha sufrido alteraciones relevantes<sup>31</sup>, ello no permite obviar que la actual literalidad del art. 93 CE no permite que el ejercicio de las competencias a las que se refiere dicho precepto pueda servir para apartarse de la Constitución<sup>32</sup>.

Desde esta perspectiva, cualquier norma comunitaria que implique una derogación o reforma *de facto* de la Constitución, excede ampliamente de lo actualmente permitido por el art. 93 CE que sólo apodera para una modificación exclusivamente subjetiva del régimen constitucional de las competencias, pero en modo alguno permite que el ejercicio de éstas se desarrolle fuera de la propia Constitución, pues dicho precepto “no habilita para disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar sus determinaciones”<sup>33</sup>.

La jurisprudencia constitucional ha establecido, en este sentido, que la primacía del derecho de la Unión no implica que la Constitución española deba renunciar a su carácter de norma suprema, por entender que “la supremacía de la Constitución resulta compatible con el principio de primacía, aunque éste otorgue la preferencia aplicativa de las normas de otro ordenamiento, precisamente porque la propia Constitución así lo ha dispuesto en su artículo 93”<sup>34</sup>.

La Propuesta de Reglamento PEPP no sólo representa una norma de marcado carácter expropiatorio, también, constituye el preludio jurídico de lo que aún queda por venir. El contexto actual de interdependencia de los sistemas económicos y jurídicos— plantea nuevos retos al constitucionalismo, cuyo papel es fundamental en la consecución de un nuevo equilibrio social que compatibilice el crecimiento económico y unas finanzas públicas viables, con el respeto a los derechos fundamentales.

Los estándares internacionales de protección constitucional pueden jugar ese papel de contrapeso y de reequilibrio constitucional, en un ordenamiento jurídico en el que el sistema de fuentes tiene una componente internacional cada vez mayor. Concretamente, la normativa internacional puede condicionar los procesos de reforma de las pensiones. Dichas normas integran la garantía de los derechos sociales fundamentales en un

---

<sup>31</sup> La doctrina ha acuñado el término de “reforma constitucional silenciosa” para referirse a la misma: “En la medida en que las reglas constitucionales se convierten en inaplicables a consecuencia de la integración sancionada con la autoridad de la jurisprudencia del TJUE dotada de primacía, o adquieren diverso contenido a raíz de una interpretación conforme con el derecho de la Unión, el ordenamiento erigido sobre estas reglas toma nueva forma y lo hace sin explícita ratificación del legislador de reforma constitucional”. NETTESHEIM, M. (2003), “El significado constitucional de la primacía del derecho comunitario de la Unión”, *Revista española de Derecho Europeo* n. 6/2003 [p. 288].

<sup>32</sup> Vid. Tribunal Constitucional (Pleno), Declaración núm. 1/2004 de 13 diciembre, op. cit., [RTC 2004\256], voto particular que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto de la Declaración correspondiente al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, [fundamento de derecho 2º].

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> Tribunal Constitucional (Pleno), Declaración núm. 1/2004 de 13 diciembre, op. cit., [fundamento de derecho 4º].

contexto jurídico globalizado, partiendo de un análisis del sistema de fuentes de protección de los derechos fundamentales valorado en su conjunto.

Nuestro Tribunal Constitucional admite que la configuración legal puede ser cambiante (STC 74/1994), que la garantía institucional del sistema de Seguridad Social es compatible con distintos modelos de protección (STC 206/1997) y que el modelo constitucional de la Seguridad Social es de configuración legal y sujeto a los condicionamientos económicos y sociales<sup>35</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia existente se circunscribe a la delimitación o precisión de ciertos aspectos dentro del modelo contributivo, pero como ha establecido la doctrina, no puede deducirse de dicha jurisprudencia lo que tampoco se deduce de la Constitución: un determinado régimen de Seguridad Social, ni tampoco que no jueguen ciertos límites para los márgenes de actuación de que goza el legislador<sup>36</sup>.

Concretamente, hay que tener en cuenta los estándares internacionales de derechos humanos aplicables, debiendo analizarse la compatibilidad del futuro Reglamento, en tanto que bloque de constitucionalidad, con las siguientes disposiciones: (a) el CEDH y su Protocolo 1, tal como han sido interpretados por el TEDH, cuya jurisdicción ha sido aceptada expresamente por España; el art 12.3 CSE en relación con el art. 31 CES, conforme a la interpretación del CEDS contenida en las resoluciones emitidas en virtud del Procedimiento de Informes establecido por los arts. 21 a 29, ya que España no se encuentra sujeta a la Procedimiento de Reclamaciones Colectivas. Si bien entendemos que la interpretación de la CSE, en el seno de ambos procedimientos debe considerarse como parte de un cuerpo único de doctrina (*case law*); y el art. 9 PIDESC en relación con el arts. 2.1 PIDESC, tal como ha sido interpretado por el CDESC, producida tanto en el ámbito del procedimiento de informes.

## **6. ¿La Constitución y los Tratados condicionan los procesos de reforma de las pensiones a través de normas comunitarias?**

### ***6.1. Carácter prevalente de los Tratados internacionales***

Desde el 18 de diciembre de 2014, la Ley 25/2014 de Tratados, constituye el instrumento jurídico que, en nuestro país, regula la ordenación de la actividad exterior del Estado en materia de tratados internacionales. Como recoge su Exposición de Motivos, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones internacionales o entre Organizaciones internacionales, de 21 de marzo de 1986 (en adelante, la “Convención de Viena Revisada” y la Convención de Viena de

---

<sup>35</sup> STC 65/1987, 124/1987, 97/1990, 116/1991, 37/1994 y 367/2003, 213/2005, 128/2009 y 205/2011.

<sup>36</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., “La dimensión constitucional de la reforma de las pensiones”, Relaciones Laborales n. 5/2014, p. 29, con cita de ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Los principios jurídicos de la Seguridad Social” en AAVV, *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Albacete 2005, Bomarzo.

1969 sobre el Derecho de los Tratados (en adelante la “Convención de Viena”)<sup>37</sup> configuran el marco de referencia de dicha Ley.

El artículo 96 CE ya contemplaba la recepción y jerarquía de las normas internacionales en España, en tanto que éstas son de aplicación directa en España por los órganos judiciales y administrativos. Sin embargo, ahora, el art. 31 de la Ley 25/2014 de Tratados ha venido expresamente a explicitar la prevalencia de los Tratados internacionales frente a cualquier otra norma, salvo la Constitución. En este sentido, dicha disposición establece que “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”.

En consecuencia, los Tratados en materias de derechos humanos, y concretamente, las normas de Derecho español internacional de la Seguridad Social prevalecerán frente a las disposiciones de un futuro Reglamento, en caso de conflicto entre ellas. Además, el art. 29 de la Ley 25/2014 recoge el mandato constitucional en relación al debido cumplimiento y respeto de los Tratados del siguiente modo: “Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados”. Estableciéndose una particularidad en cuanto a los Tratados de Derechos Humanos por cuanto, conforme al art. 10.2 CE, en relación a estos, todos los poderes públicos españoles están obligados a interpretar los derechos y libertades fundamentales contemplados por la Constitución, con arreglo al nivel de protección otorgado por la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre la materia ratificados por España.

## ***6.2. Carácter vinculante de la interpretación de los órganos de control del cumplimiento de los Tratados: el art. 35 de la Ley 25/2014***

Mediante el trasvase, a través del art. 10.2 CE, del derecho internacional de Derechos Humanos al orden interno, el legislador constitucional pretendió suplir la falta de tradición jurídica de nuestro país en este ámbito<sup>38</sup>, en los cuarenta años previos de dictadura, genocidio y violación sistemática de los derechos fundamentales por parte del Estado<sup>39</sup>. El acervo jurídico internacional desarrollado en el marco del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas, es precisamente lo que permitió que, en relativamente poco tiempo, España alcanzase un elevado estándar de protección de tales derechos, en ausencia de acervo jurídico previo propio. La introducción de la cláusula contenida en

---

<sup>37</sup> Convención de 23 de mayo 1969 , a la que se adhirió España por Instrumento de 2 de mayo 1972. BOE 13 junio 1980, núm. 142, [pág. 13099]

<sup>38</sup> LIÑÁN NOGUERAS, J., "El Proyecto constitucional europeo y la interpretación de los derechos y libertades en la Constitución española: ¿una nueva dimensión del art.10.2º CE?», en Pacis Artes, Obra Homenaje al Profesor J. D. González Campos, Eurolex, Universidad Autónoma de Madrid, 2005, pp. 935 ss.

<sup>39</sup> Vid. PAUL PRESTON, *El holocausto español: odio y exterminio en la Guerra Civil y después*, Editorial Debate, 2011.

el art. 10.2 CE resultó así en una rica y avanzada jurisprudencia constitucional en este ámbito, en el que el contenido concreto de los derechos fundamentales queda fijado a través de estándares y jurisprudencia internacional.

Sin embargo, habitualmente se ha otorgado mayor relevancia práctica, a estos efectos, a la interpretación de órganos de control internacionales de carácter “jurisdiccional” frente a los “no jurisdiccionales”. Cuando, en la práctica, ninguno (ni los Tribunales internacionales, ni los Comités) tienen capacidad para ejecutar sus decisiones, a menos que se sirvan de los tribunales nacionales. Lo cual no quita que sus decisiones, en ambos casos, sean vinculantes jurídicamente. Ahora, el art. 35 de la Ley 25/2014 de Tratados ha explicitado el carácter vinculante a la interpretación de los órganos de control del cumplimiento de los Tratados, sea cual sea su carácter. De forma que dicha dicotomía (un tanto ficticia) ha llegado a su fin.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasiones para pronunciarse en relación a los efectos jurídicos que las decisiones de los órganos de control del cumplimiento de los Tratados internacionales, en nuestro ordenamiento interno, concretamente respecto de las sentencias del TEDH y de los dictámenes del Comité de derechos Humanos de Naciones Unidas (STC 245/1991; Auto TC 260/2000; STC 70/2000 y Auto TC 104/2002). En dicha jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha establecido que la decisión de un órgano internacional, jurisdiccional o no, que establece la violación de un derecho reconocido en un Tratado acredita la violación asimismo de los derechos fundamentales homólogos reconocidos en nuestra Constitución atendiendo a que “el contenido de aquéllos constituye también parte del de éstos, formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento jurídico español, como resulta de la circunstancia de que los tratados y acuerdos internacionales sobre Derechos Humanos sean insoslayables instrumentos hermenéuticos de los derechos fundamentales de la Constitución Española (art. 10.2 CE)” (Auto TC 260/2000).

Esta jurisprudencia ha sido recogida por el art. 35 de la Ley 25/2014 de Tratados cuando establece que “en la interpretación de los tratados internacionales constitutivos de Organizaciones internacionales y de tratados adoptados en el ámbito de una organización internacional, se tendrá en cuenta toda norma pertinente de la organización”. Asimismo, el apartado 1º del art. 35 de la Ley 25/2014 de Tratados remite a las reglas de interpretación establecidas por la Convención de Viena y en particular dicta que: “Las disposiciones de los tratados internacionales se interpretarán de acuerdo con los criterios establecidos por las normas generales de Derecho Internacional, los consagrados en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre Derecho de los Tratados y los contenidos en el propio tratado”<sup>40</sup>. Pues bien, el art. 31 de la Convención de Viena después de establecer, en su

---

<sup>40</sup> La Convención de Viena en su art. 32 se refiere a los “medios complementarios” de interpretación y el art. 33 a la interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas.

apartado primero, que “Un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y su fin”, procede, en sus apartados segundo y tercero, a otorgar rango interpretativo de los Tratados a toda la actividad desarrollada posteriormente en el marco del mismo, en el sentido siguiente:

“Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

c) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

d) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;[...]

Estas disposiciones del Convenio de Viena, a las que se remite expresamente la Ley 25/2014 de Tratado, son vehículo de la fuerza vinculante de las interpretaciones de los órganos de control del cumplimiento de los Tratados. De modo que cuando un Estado, acepta la competencia del órgano internacional de control, acepta también la obligatoriedad de las decisiones de dicho órgano. En este sentido, los órganos internacionales de control que no detentan facultades jurisdiccionales —a partir de la dicha vinculación expresa a los mismos por parte de los Estados—, constituyen los intérpretes del tratado en cuestión en su aplicación concreta a los Estados Partes. En consecuencia, el acervo jurídico (*case law*) desarrollado por dichos órganos en la interpretación de los Tratados puede y debe ser invocada directamente ante los tribunales jurisdiccionales nacionales, al igual que estos deben resolver atendiendo a tales criterios interpretativos, puesto que España se ha vinculado a los mismos, en los términos del art. 35 de la Ley 25/2014 y lo dispuesto los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena.

En efecto, España ha aceptado la competencia de los órganos internacionales de control previstos en el Derecho español internacional de la Seguridad Social: la Carta Social Europea (en adelante CSE)<sup>41</sup>, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de

---

<sup>41</sup> Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961, BOE 26 junio 1980, núm. 153, p. 14533. Protocolo Adicional de 5 de mayo 1988, Instrumento de 7 de enero 2000, BOE 25 abril 2000, núm. 99, p. 16074.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, el PIDESC)<sup>42</sup>, y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>43</sup>, establecen órganos internacionales de control cuya competencia es obligatoria para el Estado que deviene Parte en el mismo. Concretamente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)<sup>44</sup>, el Comité de Derechos Sociales (CDS)<sup>45</sup> y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>46</sup>.

Tanto el PIDESC con la CSE, establecen la obligación de nuestro país de presentar informes periódicos a sus respectivos Comités a fin de rendir cuentas sobre el modo en que se garantizan en España tales derechos. Una vez recibidas las valoraciones efectuadas, en forma de "observaciones", nuestro gobierno asumió la obligación jurídica, mediante ratificación, de corregir las deficiencias normativas o aplicativas identificadas por tales órganos de control. Así pues, en tanto que órganos que control del cumplimiento de los mismos son los destinatarios de los informes que deben presentar periódicamente los Estados Partes, y estos son los que tienen atribuida la facultad, por parte de la norma ratificada por dicho Estado, de establecer si dicho Estado se ajusta a las obligaciones internacionales derivadas del tratado. En este sentido, lo que tales órganos establecen en sus decisiones es la interpretación conforme del Tratado. Y en el caso de declaración de violación de sus disposiciones, el Estado destinatario tiene la obligación jurídica de enmendar su conducta conforme a lo establecido por dicho órgano. Con independencia de que tal declaración de violación del Tratado reciba la denominación de "observaciones", éstas poseen efectos jurídicos obligatorios y se imponen a los Estados Partes, precisamente porque estos han aceptado someterse a tales órganos.

---

<sup>42</sup> En virtud de lo dispuesto en el art. 18.1 de su texto, el PIDESC entraría en vigor tres meses después de la fecha en que se depositase el décimo instrumento de ratificación o adhesión. Uruguay ha sido ese último país, Estado que lo ha hecho el 5 de febrero de 2013. España aprobó y ratificó el Protocolo el 9 de julio de 2010, aunque la publicación del Instrumento de Ratificación se haya realizado en el BOE de 25 febrero de 2013, núm. 48, p. 15421, de modo que ha entrado en vigor el 5 de mayo de 2013.

<sup>43</sup> Convenio de 4 de noviembre 1950, ratificado por Instrumento de 26 de septiembre 1979, BOE 10 octubre 1979, núm. 243, p. 23564.

<sup>44</sup> El CDESC es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del PIDESC por sus Estados Partes. Fue establecido en virtud de la Resolución 1985/17, de 28 de mayo 1985 para llevar a cabo las funciones de vigilancia asignadas al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) de la parte IV del PIDESC (arts. 16 a 25). España se obligó al cumplimiento de las recomendaciones emanadas por el órgano de control establecido en el seno de dicho Tratado mediante instrumento de ratificación, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 27 de julio de 1977. Reafirmando posteriormente su sometimiento a las resoluciones del CDSEC, mediante la ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual entró en vigor el 5 de febrero de 2013.

<sup>45</sup> También se ha sometido a España, en virtud de los arts. 21 a 29 CSE, al cumplimiento de las resoluciones del CDS, en relación a los informes periódicamente presentados por nuestro país con objeto de dar cuenta de la ejecución de sus obligaciones asumidas a tenor de la Carta. Este Comité tiene competencia, igualmente, para pronunciarse sobre reclamaciones colectivas que emanen de organizaciones sindicales nacionales o internacionales, siempre que los Estados hayan aceptado su jurisdicción a esos efectos, que no es el caso de España.

<sup>46</sup> En lo que respecta al TEDH su jurisdicción devino obligatoria y automática tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 al Convenio europeo de derechos humanos, de 4 de noviembre de 1950.



Es evidente que los órganos de control, por su naturaleza internacional, no pueden suplir a los jueces nacionales a la hora de aplicar en el ámbito nacional, y al caso concreto, los criterios interpretativos aportados por la instancia internacional. Esto es así, tanto en el caso del derecho comunitario, como del derecho internacional. Nadie duda del carácter vinculante de la jurisprudencia comunitaria, cuando tampoco el TJUE es competente para pronunciarse sobre la interpretación que el órgano jurisdiccional remitente efectúa de las disposiciones del Derecho nacional<sup>47</sup>. El TJUE sólo es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación pertenecientes al ámbito del derecho de la Unión que puedan permitirle apreciar dicha compatibilidad para la resolución del asunto que le haya sido sometido<sup>48</sup>. De modo que en su mayor parte, la jurisprudencia comunitaria está conformada por sentencias interpretativas que vinculan la validez de la norma nacional a una interpretación de la misma acorde con determinados requisitos, al igual que ocurre con la interpretación del Derecho internacional evacuada por los respectivos órganos de control instituidos en los Tratados.

La labor del juez nacional es por tanto, en ambos casos, esencial a fin de otorgar la debida eficacia, a nivel interno, de la norma supranacional. Existiendo, sin embargo, una diferencia fundamental en este caso, entre la norma internacional y la comunitaria. Nuestra Constitución sólo otorga a los Tratados de Derechos Humanos ratificados por España la condición de estándares de interpretación constitucional, no siendo éste el caso del derecho comunitario. En este sentido, su carácter vinculante, es distinto, y no en el sentido que habitualmente suele entenderse.

Más concretamente, en la materia que nos ocupa, el derecho comunitario “no se erige en canon de constitucionalidad”, a diferencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que opera como “obligado criterio para la interpretación” (STC 97/1999, STC 5/1985, STC 140/1995). Con la diferencia de la especial fuerza vinculante de los derechos fundamentales ex art. 10.2 CE que, como bases objetivas de nuestro ordenamiento, se imponen a los poderes públicos de forma incondicionada (STC 13/1994).

Vale la pena insistir en esta diferencia. De un modo particular, el CEDS se ha posicionado expresamente sobre la normativa estatal de reforma de pensiones que da cumplimiento a normas internacionales y comunitarias. Así, frente a las alegaciones del Gobierno griego que justificaban la restricción de los derechos protegidos por la Carta Social Europea en virtud de otras obligaciones internacionales del Gobierno — obligaciones dimanantes del acuerdo de préstamo con las instituciones de la UE y el Fondo Monetario Internacional— el CEDS considera que aunque las disposiciones impugnadas de la ley interna den cumplimiento a los requisitos de ciertas obligaciones

---

47 Vid. STJUE 3 octubre 2000 (C-58/98, Corsten) [parágrafo 24]; STJUE de 23 de marzo de 2006, (Enirisorse, C-237/04), [parágrafo 24]; STJUE de 3 de mayo de 2001, (Verdonck y otros, C-28/99) [parágrafo 28]; STJUE de 15 de diciembre de 1993, (Hünermund y otros, C-292/92), [parágrafo 8].  
48 STJUE de 11 de agosto de 1995, (Belgacom, C-63/94) [parágrafo 7].

internacionales, no por ello quedan fuera del ámbito de aplicación de la Carta Social Europea. Pues cuando los Estados Partes aceptan medidas vinculantes deben — tanto en el proceso de elaboración como en el de trasposición de la medida a la legislación nacional— tener en cuenta los compromisos previos asumidos al ratificar la Carta. Es en última instancia, competencia del Comité evaluar si ha producido el incumplimiento, incluso cuando éste se produzca en aplicación de obligaciones internacionales paralelas<sup>49</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, las obligaciones contraídas en materia de Derechos Humanos no son sólo obligaciones internacionales previas, sino que se encuentran dotadas de un estatuto jurídico diferenciado, por ser el derecho internacional de Derechos Humanos prevalente constitucionalmente. En este sentido, la jurisprudencia internacional en materia de Seguridad Social, aporta suficiente contenido hermenéutico a efectos interpretativos a estos efectos, siendo indudable que la condena del gobierno español en instancias internacionales tiene un valor jurídico y político indudable<sup>50</sup>.

La clave de resolución de los casos planteados ante el TEDH giran en entorno a si la norma de Seguridad enjuiciada hace recaer en los pensionistas la obligación de “soportar una carga excesiva y desproporcionada que, aun teniendo en cuenta el amplio margen de apreciación para ser disfrutado por el Estado en materia de legislación social, no puede ser justificada por los intereses de la comunidad invocados por las autoridades”<sup>51</sup>.

En este sentido, es relevante destacar las similitudes existentes respecto de la jurisprudencia del CEDS y del CDESC, en el modo de conducir el juicio de proporcionalidad, a la hora de desenvolver hermenéuticamente una gran variedad de componentes del mismo. Entre ellos, el respecto al principio de legítima confianza, el principio democrático y la prohibición de regresividad— que se incorporan, y en ocasiones se superponen, al principio de proporcionalidad propiamente dicho, en relación a los derechos de pensión, que no se reduce a mera expectativa, puesto que éste se configura, cuando concurren los requisitos necesarios, como derecho de carácter patrimonial, en sentido pleno.

---

<sup>49</sup> Este es un criterio constante del CEDS en lo que respecta a las disposiciones nacionales adoptadas por los Estados Partes de la Carta, que aplican las Directivas de la Unión Europea u otras normas legales que emanan de la Unión Europea. Vid. CGT contra Francia reclamación 55 /2009), decisión sobre el fondo de 23 de junio de 2010; CFE-CGC contra Francia, (comunicación 16/2003), decisión sobre los méritos de 12 de octubre de 2004.

<sup>50</sup> El Tribunal Constitucional portugués, a partir de una avanzada jurisprudencia, a la altura de los tiempos técnica e históricamente, anuló la reforma de las pensiones a instancias de la troika. El Tribunal considera que los pensionistas son titulares de una posición jurídica especialmente tutelada a través del “principio da proteçao da confiança” (Acórdao n 353/12 y 187/13). Mientras que Grecia ha acudido a los mecanismos de garantía de derechos fundamentales en el Consejo de Europa y la OIT, obteniendo pronunciamientos contradictorios en el ámbito del Consejo de Europa: positivos en el ámbito del CEDS, y negativos en el ámbito del TEDH. Los sindicatos españoles han acudido también al CEDS y de la OIT en defensa de los derechos laborales, siendo esperable que emprendan el mismo camino en relación a la Seguridad Social.

<sup>51</sup> STEDH de 12 octubre 2004, Kjartan Asmundsson contra Islandia, caso 60669/2000.

## ***7. El derecho a la Seguridad Social en tanto que derecho patrimonial y la protección de la confianza legítima***

En el ámbito del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) está dirigido a la protección de los derechos fundamentales civiles y políticos, siendo la Carta Social Europea (CSE) el instrumento internacional dirigido propiamente a garantizar los derechos económicos y sociales, los artículos 12 y 13 de la Carta los destinados a proteger el derecho fundamental a la Seguridad Social y el Comité de Derechos Sociales el intérprete último de tales disposiciones. Es por ello que el THDH viene considerando que las alegaciones fundadas directamente en la garantía de los derechos sociales y económicos, como el derecho al trabajo, a la seguridad social o la protección de la salud, son incompatibles, *ratione materiae* con el CEDH<sup>52</sup>.

Con todo, los derechos protegidos por el CEDH disfrutan de una protección extensiva, de forma que “muchos de ellos tienen implicaciones de carácter social y económico”<sup>53</sup>. Así ha ocurrido en relación al derecho fundamental a la Seguridad Social, al cual se ha dado entrada en el ámbito aplicativo del Convenio a partir de una interpretación expansiva del derecho a la propiedad reconocido en el artículo 1 del Protocolo núm. 1 del CEDH, ratificado por España. Concretamente, en el marco de la jurisprudencia que ha interpretado el derecho a la propiedad en relación con los sistemas de protección de la Seguridad Social, TEDH viene declarando que la realización de aportaciones a un fondo de pensiones público tiene la virtualidad de crear un derecho de propiedad, pudiendo tal derecho verse afectado por la forma en que se distribuye el fondo<sup>54</sup>. De modo que los derechos derivados del pago de las cotizaciones a los sistemas de Seguridad Social pueden constituir derechos pecuniarios a los efectos del artículo 1 del Protocolo n° 1<sup>55</sup>. Así, una vez incardinado el derecho a la Seguridad Social en el ámbito aplicativo del CEDH, el Tribunal evalúa la conformidad de la norma estatal con el artículo 1 del Protocolo n° 1, en función de si la restricción del derecho del demandante a obtener prestaciones del régimen de Seguridad Social de que se trate, implica un deterioro de la esencia de sus derechos de pensión<sup>56</sup>.

Por otra parte, la vinculación interpretativa existente entre el artículo 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y el artículo 1 del Protocolo adicional del CEDH, puede posibilitar la defensa jurídica del derecho fundamental a la Seguridad Social en el contexto del derecho fundamental a la propiedad, cuyo efecto

---

<sup>52</sup> STEDH Jazvinsky contra Slovakia, de 7 Septiembre 2000, casos 33088/96, 52236/99, 52451/99-52453/99, 52455/99 and 52457/99-52459/99.

<sup>53</sup> STEDH Airey contra Irlanda, de 9 Octubre 1979, caso 6289/73.

<sup>54</sup> STEDH de 27 de abril de 1999, Bellet, Huertas y Vialatte contra Francia, casos 40832/98, 40833/98 y 40906/98 y STEDH de 1 de junio de 1999, Skorkiewicz contra Polonia, caso 39860/98.

<sup>55</sup> STEDH de 16 de septiembre de 1996, Gaygusuz contra Austria, Rep. 1996 -IV, p . 1142.

<sup>56</sup> STEDH Domalewski contra Polonia, de 15 de Junio 1999, caso 34610/97.

directo (del cual carece el art. 34.1 CDFUE) permite su aplicación por parte de los tribunales internos con fundamento en el principio de primacía comunitario<sup>57</sup>.

En este sentido, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que “cualquier ajuste en el sistema de pensiones deben llevarse a cabo de manera gradual, prudente y medida” por entender que “cualquier otro enfoque podría poner en peligro la paz social, la previsibilidad del sistema y de la seguridad jurídica”<sup>58</sup>. Resulta así difícil defender la existencia de una diferencia esencial entre la pensión de jubilación y su posterior actualización, ya que la actualización no es sino un nuevo cálculo del importe inicial. Los incrementos periódicos de la pensión son ya parte integrante del régimen de protección, no meras expectativas. Es la interpretación de la retroactividad la que los convierte en expectativas, no su esencia. Sobre todo tratándose de situaciones jurídica en las que el titular de los derechos no puede reaccionar, aspecto que se relaciona con la seguridad jurídica<sup>59</sup> y con el principio de confianza legítima<sup>60</sup>.

El Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) ha establecido, como punto de partida del juicio de proporcionalidad en este ámbito, que “aun cuando por razones relacionadas con su situación económica, a un Estado le sea imposible mantener su sistema de Seguridad Social en el nivel que se había alcanzado anteriormente, es necesario, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12.3 de la Carta Social Europea, que se tengan en cuenta las expectativas legítimas de los beneficiarios del sistema y el derecho de todas las personas al disfrute efectivo del derecho a la seguridad social. De forma que el CEDS valora si se ha establecido algún periodo de transición en lo que respecta a la aplicabilidad de las medidas, a riesgo de considerar que tales medidas tiene el efecto de imponer una carga desproporcionada a los pensionistas en comparación con lo que habría sido necesario para asegurar la estabilidad de los fondos públicos<sup>61</sup>.”

## 8. A modo de conclusión

---

<sup>57</sup> El artículo 34.1 CDFUE, en tanto que “derecho de solidaridad” es insuficiente por sí mismo para conferir a los particulares un derecho subjetivo de efecto directo. De forma que, a fin de fundamentar el carácter jurisdiccional de tales derechos, resultaría necesario acudir a una ulterior base jurídica, como es el art. 17 CDFUE cuyo contenido gozará de efecto directo en el ámbito del derecho de la Unión. Vid. Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, D.O. nº C 303 de 14.12.2007, en lo relativo al art. 17 CDFUE. Ello no implica que consideremos que pudiera prosperar en la actualidad un litigio la jurisdicción comunitaria, pues ni la jurisprudencia actual en esta materia del TJUE ni el TEDH permitiría albergar tal esperanza, sin embargo, a nivel interno si puede servir de base jurídica junto con otras, en conjunción con la restante argumentación aportada.

<sup>58</sup> STEDH 17 de febrero de 2011, *Andrle contra Republica Checa*. Véase SUÁREZ CORUJO, B. cit. p.29.

<sup>59</sup> SUÁREZ CORUJO, B. cit. p.39.

<sup>60</sup> En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Constitucional portugués sobre medidas de reducción de las pensiones como forma de hacer frente a las dificultades económicas en el Acórdao nº 187/2013 y 72/2002. El Tribunal considera que los pensionistas son titulares de una posición jurídica especialmente tutelada a través del “principio da proteçao da confiança” (Acórdao n 353/12 y 187/13).

<sup>61</sup> GENOP - DEI/ ADEDY contra Grecia, reclamación 65/2011; IKA-ETAM contra Grecia, reclamación 76/2012; POPS contra Grecia, reclamación 77/2012; ISAP contra Grecia, reclamación 78/2012; POS-DEI contra Grecia, reclamación 79/2012, todas de 7 diciembre 2012. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 39º período de sesiones, Ginebra, 5 a 23 de noviembre de 2007, Observación General nº 19, El derecho a la Seguridad Social (artículo 9), apartado 40.

El sistema productivo se prepara para colocarse en buena posición en la carrera hacia los nuevos mercados ligados al envejecimiento de la generación viva más numerosa. Su momento álgido se calcula a partir de los años 2030s. En dicha década la generación del “baby boom” estará cerca de jubilarse. El asalto actual a la sanidad pública, por parte de las corporaciones sanitarias, y a las pensiones, son fenómenos que se anticipan a ese momento. En cuanto a las pensiones, la desviación del valor de las aportaciones económicas de dicha generación hacia los mercados de capitales, se consigue instaurando el segundo pilar capitalizado de las pensiones. A través de las exigencias de reducción del déficit en el marco de los mecanismos europeos de control del déficit, se abre el camino hacia un sistema suplementario de capitalización y hacia una nueva gran burbuja de “pensiones cotizadas” en bolsa, que ya no vendrá del crédito o del apalancamiento, sino del tiempo cotizado de los pensionistas.

Pese a este panorama, nuestros Estados se encuentran paralizados por la *hipertrofia parasitaria* del capital financiero<sup>62</sup>. Esta crisis ha ofrecido una oportunidad única para llevar a cabo para lograr la introducción de reformas que otrora hubieran resultado imposibles de imponer desde el exterior. FRIEDMAN, premio Nobel de Economía, y gran divulgador de la economía de libre mercado e ideólogo de “la doctrina del shock” ha explicado bien este fenómeno: “Solo una crisis, real o percibida, ofrece la coyuntura necesaria para generar un cambio profundo en una sociedad, [...], entonces “lo políticamente imposible se vuelve políticamente inevitable, y si no se aprovecha la oportunidad de actuar durante ese periodo, no volverá a disfrutarse de ocasión igual”<sup>63</sup>.

Sin duda, culpabilizar a las instituciones comunitarias de la involución de nuestras instituciones socioeconómicas tiene como telón de fondo un paradigma determinista que parte de la propia incapacidad para evitar que salten, uno tras otro, los anclajes institucionales del Estado social, dejando pasar pasivamente las ocasiones que se nos ofrecen para intervenir. No existen determinismos de carácter económico que impidan tal contención.

El desarrollo del constitucionalismo social del siglo XX impuso una cierta distribución de los beneficios del capital. Ahora, en el siglo XXI se está poniendo en tela de juicio una redistribución—debe insistirse— anclada en el núcleo indisponible de nuestras Constituciones. Las reformas estructurales, también deben hacerse del lado de los ingresos, no sólo de los gastos. Las opciones fiscales para gravar el capital o el patrimonio son múltiples: como establecer un gravamen para los altos ingresos (un 1% en el último tipo del IRFP), un aumento de un porcentaje de las plusvalía mobiliarias e inmobiliarias, la subida de impuestos para los intereses de capital o dividendos, o un aumento del impuesto de patrimonio. También un impuesto de transacciones financieras, cuyo efecto antiespeculativo, además, no es nada desdeñable, puede servir a

---

<sup>62</sup> PAEZ, P., en TNI, “Otro modelo financiero ya está en marcha en América Latina”, 2011.

<sup>63</sup> Según se transcribe en: The Economist, “Why is the liquiditytrap?”, 21 octubre 2013, Londres. Para un exhaustivo análisis vid. KLEIN, N., *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*, Paidós, Barcelona, 2007, [pp. 211-230].

este fin. Con la propuesta de tasa de la Comisión europea —ahora en caída libre políticamente— se esperaba recaudar unos 57.000 millones de euros<sup>64</sup>. Este tipo de tasas “Tobin” recibe cada vez más apoyos en parlamentos nacionales, como el francés, el belga, el canadiense o el alemán; en organismos internacionales, como la Organización Internacional del Trabajo, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo o el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias; y se defiende actualmente, tanto por los mandatarios comunistas de Pekín, como en Washington, por los demócratas americanos.

Económicamente no puede aceptarse como inevitable lo que científicamente no lo es, siendo absurdo que se circunscriba la financiación contributiva de la Seguridad Social a lo recaudado mediante cotizaciones, atendiendo a que actualmente las posibilidades de financiar la Seguridad Social han aumentado proporcionalmente al incremento exponencial que están experimentando las rentas del capital<sup>65</sup>. El desarrollo del constitucionalismo social del siglo XX impuso una cierta distribución de los beneficios del capital. Ahora, en el siglo XXI se está poniendo en tela de juicio dicho proceso redistributivo, que debe insistirse, se encuentra anclado en el núcleo indisponible de nuestras Constituciones.

---

<sup>64</sup> J. RUIZ-HUERTA, A. AGUNDEZ, C. GARCIMARTIN, J. LOPEZ Y J. RODRIGUEZ, “Tendencias de reforma fiscal: hacia una fiscalidad europea” Documento de Trabajo de la Fundación Alternativas 62/2011, p. 62.  
[http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/actividades\\_descargas/c7f011fb914001423caf9f1496c18b9f.pdf](http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/actividades_descargas/c7f011fb914001423caf9f1496c18b9f.pdf)

<sup>65</sup> THOMAS PIKETTY, *El Capital en el siglo XXI*, Fondo de cultura económica de España, 2014.