



LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL ESPAÑOL

RESPONSABLE: LOURDES LÓPEZ CUMBRE

Investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TIN/1512/2010, de 1 de junio (premios para el Fomento de la Investigación de la Protección Social –FIPROS-)

La Seguridad Social no se identifica con el contenido y/o conclusiones de esta investigación, cuya total responsabilidad corresponde a sus autores.

LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL

SUMARIO

Pág

CAPÍTULO I. LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA PROTECCIÓN SOCIAL	9
I. LA PROTECCIÓN SOCIAL: EL ESPACIO DE LO PÚBLICO	9
1. Sobre el concepto de protección social	9
1.1. La necesidad de operar con un concepto unívoco de protección social en el ámbito de la Unión Europea	9
1.2. Renuncia a la coordinación y opción por el método abierto de coordinación en materia de protección social	11
2. Protección social, Estado del bienestar social y cohesión social	13
2.1. El surgimiento del Estado del bienestar social en Europa	13
2.2. Del Estado de bienestar a la cohesión social	14
3. Sobre el futuro de la protección social	17
3.1. La conveniencia de la persistencia de la protección social como rasgo de identidad del Estado de bienestar en Europa	17
3.2. El envejecimiento de la población como condicionante	18
3.3. El gasto (la inversión) en protección social	18
3.4. La necesidad de reformas estructurales en los Estados miembro	21
II. EL ESPACIO DE LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA PROTECCIÓN SOCIAL	24
1. La homogeneización europea de la protección social privada	24
1.1. La pluralidad de sistemas nacionales	24
1.2. La elaboración de un concepto común sobre las pensiones privadas	27
1.3. El crecimiento del espacio de las pensiones privadas en el ámbito europeo	30
2. La garantía de las pensiones privadas en la Unión Europea. Los distintos modelos de protección de pensiones privadas en la Unión Europea	31
2.1. Financiación con cargo a reservas contables	31
2.2. Financiación con cargo a fondos externos	33
3. La consecución de un régimen común para la participación privada en la protección social europea	36
3.1. Libre circulación de trabajadores y garantía transfronteriza de los derechos derivados de la protección social	36
3.2. Reglas básicas para la adopción de un régimen común	39

CAPÍTULO II. LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA PROTECCIÓN SOCIAL ESPAÑOLA	43
I. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN SOCIAL: SEGURIDAD SOCIAL, SANIDAD Y ASISTENCIA SOCIAL	44
1. Un modelo de protección social condicionado por la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas	44
2. Un particular modelo de protección social: la protección de los extranjeros extracomunitarios	46
3. La viabilidad de la protección social en España	50
II. LÍMITES A LA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL ENTRE ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL	52
1. La regulación de la protección social en los Estatutos de Autonomía	52
2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la delimitación competencial en materia de protección social	57
2.1. La delimitación de las competencias exclusivas del Estado en materia de Seguridad Social como principal punto de referencia	57
2.2. El alcance de las competencias exclusivas, compartidas o únicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	61
2.3. Sobre cumplimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los ciudadanos en territorio nacional	62
2.4. Límites y condiciones para efectuar la compensación interterritorial	65
3. La progresiva asistencialización de la Seguridad Social: dificultades conceptuales en torno a la Seguridad social y la asistencia social y dificultades competenciales en torno al reparto entre Estado y Comunidades autónomas ..	66
3.1. La competencia estatal sobre las prestaciones o pensiones no contributivas y la competencia autonómica sobre sus complementos	66
3.2. La naturaleza asistencial o contributiva de los complementos para mínimos	71
III. EL ESPACIO DE LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL ESPAÑOL	74
1. La constitucionalidad de la protección complementaria privada	74
2. Diferencias y semejanzas entre la participación pública y la participación privada en el sistema de protección social español. El rechazo de la incompatibilidad de fórmulas privadas en el ámbito de la protección social ...	77
2.1. La protección social no constituye función exclusiva de los poderes Públicos	77
2.2. Obligatoriedad del sistema público frente a voluntariedad del sistema privado La existencia de fórmulas obligatorias en el ámbito privado y de	

fórmulas voluntarias en el ámbito público	79
2.3. El sistema de reparto para el ámbito público y de capitalización para el ámbito privado. Ejemplos de capitalización en el ámbito público	80
2.4. La exclusión de la protección complementaria privada del ámbito de la Seguridad Social pero no de la protección social	82
3. Distribución competencial entre Estado y Comunidades autónomas en la protección social complementaria privada	85

CAPÍTULO III. LA PARTICIPACIÓN PRIVADA COMPLEMENTARIA

A LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA 88

I. LAS ANTIGUAS MEJORAS VOLUNTARIAS: UNA

PARTICIPACIÓN PRIVADA COMPLEMENTARIA INTERNA

A LA SEGURIDAD SOCIAL 89

1. Las antiguas mejoras voluntarias	89
2. La aparición de los planes y fondos de pensiones	91

II. LOS COMPROMISOS POR PENSIONES: UNA

PARTICIPACIÓN PRIVADA COMPLEMENTARIA EXTERNA

A LA SEGURIDAD SOCIA 94

1. La irrupción de los compromisos por pensiones	94
1.1. La obligación de externalizar los compromisos por pensiones como garantía de su percepción	94
1.2. La convivencia jurídica de las mejoras voluntarias y los compromisos por pensiones: género y especie	100
2. El alcance actual de los compromisos por pensiones	103
2.1. El contexto normativo vigente	103
2.2. Problemas subsistentes en los compromisos por pensiones	104
2.2.1. La excepción protagonizada por entidades de crédito, entidades aseguradoras y sociedades y agencias de valores: la pervivencia de los fondos internos	104
2.2.2. Cuantía y fiscalidad de los compromisos por pensiones: promoción o contención de la participación privada como complemento de la Seguridad Social	106

II. LOS PLANES DE PENSIONES DEL SISTEMA DE EMPLEO:

LA PARTICIPACIÓN PRIVADA DEL EMPLEADOR Y DEL TRABAJADOR EN LA PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA

A LA SEGURIDAD SOCIAL 109

1. Los planes de empleo como referencia de la participación privada complementaria de trabajadores y empresarios en el sistema de protección social español	109
---	-----

1.1. Planes de empleo. Configuración. La ampliación de su ámbito de aplicación tanto para promotores como para partícipes en las últimas reformas legislativas	109
1.2. Los planes de empleo en la negociación colectiva. De la adhesión voluntaria a la adhesión obligatoria tras la iniciativa individual privada de promover un plan de pensiones	113
1.3. Contingencias y prestaciones de los planes de pensiones de empleo: e las pensiones a las prestaciones	116
2. Otros planes de pensiones	119
2.1. Plan de pensiones del sistema asociado	119
2.2. Plan de pensiones del sistema individual	120
3. Los fondos de pensiones	120
3.1. La regulación de sus comisiones de control	120
3.2. Aportaciones del fondo/inversiones del fondo	122
4. La dimensión transfronteriza de las pensiones privadas españolas	125
4.1. La libre circulación de capital en la Unión Europea	125
4.1.1. Las restricciones a la libre circulación de capital	125
4.1.2. Sobre la gestión e inversión de los recursos generados por las pensiones privadas en la Unión Europea	127
4.2. Transferibilidad de los derechos adquiridos	130
4.3. Tratamiento fiscal intracomunitario	132
IV. OTRAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN	134
1. La asunción del coste de la cobertura de algunas prestaciones	134
2. Una cotización adicional complementaria privada dentro del sistema de Seguridad Social	134
2.1. La cotización como fórmula de financiación del sistema de Seguridad Social	134
2.2. La cotización única y proporcional como principal fórmula de financiación de Seguridad Social	137
2.3. La cotización obligatoria variable	138
2.3.1. La evolución histórica de la cotización variable	138
2.3.2. La cotización variable en algunos ámbitos de la Seguridad Social	142
2.3.3. El posible alcance de la cotización variable en la Seguridad Social	144
a) Considerando la aportación global de empresa y trabajador al sistema de protección social	144
b) Considerando el beneficio adicional obtenido de la protección social por la empresa	147
2.4. Cotización variable voluntaria como complemento a la cotización básica obligatoria dentro del sistema de Seguridad Social	149

CAPÍTULO IV. LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA ASISTENCIA SANITARIA ESPAÑOLA	151
I. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE SANIDAD	151
1. El derecho constitucional a la salud	151
1.1. Un modelo universal, solidario, público e igualitario	151
1.2. De la competencia estatal sobre las bases y la coordinación general de la sanidad a la competencia autonómica sanitaria	153
2. La conexión entre Sanidad y Seguridad Social	156
2.1. La prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social	156
2.2. La propuesta de reversión de competencias al Estado ante la ineficacia en la protección sanitaria	157
3. La polémica propuesta sobre reversión de competencias al Estado ante la ineficacia en la protección sanitaria.	
II. EL MODELO DE FINANCIACIÓN SANITARIO.	
LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA FINANCIACIÓN Y LA GESTIÓN SANITARIA	161
1. Autofinanciación mediante cesión de tributos estatales	161
2. Gastos sanitarios: la sostenibilidad financiera del sistema sanitario español	166
2.1. Sostenibilidad en un contexto de crisis económica	166
2.2. Factores que contribuyen al incremento de los gastos en el sistema sanitario	169
3. La participación privada en la financiación y gestión del sistema Sanitario ..	170
3.1. La gestión directa o indirecta del sistema sanitario. Participación privada en la gestión sanitaria	170
3.2. La financiación privada del sistema sanitario. Sobre el copago sanitario	172
3.2.1. La financiación privada en el sistema sanitario español y en el sistema sanitario comparado europeo	172
3.2.2. El copago sanitario como fórmula de financiación privada de la atención sanitaria	177
CAPÍTULO V. LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN MATERIA DE ASISTENCIA SOCIAL	181
I. LA EXCLUSIÓN SOCIAL COMO FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DE LA ASISTENCIA SOCIAL	181
1. Exclusión social y pobreza	181

1.1. Identificación de la pobreza y de la exclusión social	181
1.2. Factores que determinan la existencia de la pobreza y la exclusión social	184
1.3. La precariedad laboral como factor de exclusión social	186
II. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE ASISTENCIA SOCIAL	188
1. El amplio alcance y el difuso contenido de la protección asistencial	188
1.1. La incuestionable competencia de las CCAA en materia de asistencia social	190
2. El nivel asistencial del sistema de protección social: la delimitación entre la Asistencia Social y la Seguridad Social no contributiva	194
2.1. Las pensiones no contributivas y su cuestionada naturaleza jurídica	194
2.2. El “complemento” a las pensiones no contributivas	195
III. LOS MÁRGENES DE LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN EL ÁMBITO DE LA ASISTENCIA SOCIAL	199
1. La participación pública para propiciar la inclusión social	199
1.1. Las políticas activas de inserción frente a las políticas pasivas	199
1.2. Las rentas mínimas de inserción autonómicas y la renta activa de inserción estatal	201
2. Participación privada: el apoyo a los emprendedores y al empleo como principal ámbito de actuación	206
2.1. El déficit de la participación pública y el ámbito de actuación de la participación privada	206
2.2. La contribución al empleo como mecanismo de participación privada en materia de exclusión social	208
CAPÍTULO VI. LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA PROTECCIÓN DE LA DEPENDENCIA. LA PRETENSIÓN DE UNA PROTECCIÓN INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL, SANIDAD Y ASISTENCIA SOCIAL	211
I. LA COBERTURA DE LA DEPENDENCIA EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL ESPAÑOL	211
1. La prestación por dependencia como protección integradora de Asistencia Social, Sanidad o Seguridad Social	211
2. El Sistema “no nacional” de atención a la Autonomía Personal y a la Dependencia	214
3. La prestación por dependencia: un avance en la protección social	215

3.1. La definición de un nuevo riesgo	215
3.2. La cobertura de un nuevo riesgo	215
3.2.1. Antecedentes de la cobertura de la dependencia en el sistema de protección social español	215
3.2.2. La familia como soporte principal del riesgo de dependencia	222
3.2.3. Prestación de servicios como norma en la ley y como excepción en la práctica; prestación económica como excepción en la ley y como norma en la práctica	225
4. Efectividad y calidad del derecho a la prestación por dependencia	227
4.1. Efectividad del derecho: la atención sociosanitaria como asignatura pendiente de esta regulación	227
4.2. Calidad del derecho: la función del Consejo Interterritorial	231
III. LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA PROTECCIÓN	
A LA DEPENDENCIA.	233
1. Financiación compartida entre el Estado, las Comunidades Autónomas y los beneficiarios	233
1.1. El soporte público: Estado y Comunidades Autónomas	233
1.2. Los diferentes modelos europeos de financiación de la protección a la dependencia	235
2. La dimensión futura de la protección por dependencia	236
2.1. Sobre la viabilidad de la protección por dependencia	236
2.2. Sobre la participación privada en la financiación de la dependencia: el copago del beneficiario	238
CAPÍTULO VII. CONCLUSIONES	246

CAPÍTULO I.

LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA PROTECCIÓN SOCIAL

I. LA PROTECCIÓN SOCIAL: EL ESPACIO DE LO PÚBLICO. 1. Sobre el concepto de protección social. 1.1. La necesidad de operar con un concepto unívoco de protección social en el ámbito de la Unión Europea. 1.2. Renuncia a la coordinación y opción por el método abierto de coordinación en materia de protección social. 2. Protección social, Estado del bienestar social y cohesión social. 2.1. El surgimiento del Estado del bienestar social en Europa. 2.2. Del Estado de bienestar a la cohesión social. 3. Sobre el futuro de la protección social. 3.1. La conveniencia de la persistencia de la protección social como rasgo de identidad del Estado de bienestar en Europa. 3.2. El envejecimiento de la población como condicionante. 3.3. El gasto (la inversión) en protección social. 3.4. La necesidad de reformas estructurales en los Estados miembros. II. EL ESPACIO DE LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA PROTECCIÓN SOCIAL. 1. La homogeneización europea de la protección social privada. 1.1. La pluralidad de sistemas nacionales. 1.2. La elaboración de un concepto común sobre las pensiones privadas. 1.3. El crecimiento del espacio de las pensiones privadas en el ámbito europeo. 2. La garantía de las pensiones privadas en la Unión Europea. Los distintos modelos de protección de pensiones privadas en la Unión Europea. 2.1. Financiación con cargo a reservas contables. 2.2. Financiación con cargo a fondos externos. 3. La consecución de un régimen común para la participación privada en la protección social europea. 3.1. Libre circulación de trabajadores y garantía transfronteriza de los derechos derivados de la protección privada. 3.2. Reglas básicas para la adopción de un régimen común.

I. LA PROTECCIÓN SOCIAL: EL ESPACIO DE LO PÚBLICO

1. Sobre el concepto de protección social

1.1. La necesidad de operar con un concepto unívoco de protección social en el ámbito de la Unión Europea

1. El protagonismo que la Seguridad Social ocupa en los sistemas nacionales de protección empaña una consideración más amplia sobre la protección social. De hecho, no suelen aparecer referencias expresas al sistema de protección social en los textos nacionales, centrados más en la evolución y desarrollo de sus sistemas de Seguridad Social. Será la Unión Europea la que fuerce la aparición del concepto protección social ante la necesidad de homogeneizar su contenido. Objetivo confesado en el Reglamento 1408/71, reiterado en el Reglamento 883/04 y obligación derivada del primigenio Tratado de Roma de 1957, existe una tendencia generalizada a realizar la medición y comparación entre los Estados miembros en torno a este concepto y no a otro.

Con todo, la definición de protección social que maneja la UE no resulta unívoca y ni siquiera consigue diseñar un contenido idéntico en su territorio a pesar del interés que el mismo adquiere para conseguir objetivos comunes en esta materia. Pero se intenta. Así, el Sistema Europeo de Estadísticas de Protección Social (SEEPROS)

considera como protección social a “*todas aquellas intervenciones públicas o privadas destinadas a aligerar la carga que representa para los hogares y particulares una serie de riesgos o necesidades, previamente determinados, siempre que no exista una contrapartida simultánea o recíproca por parte del beneficiario*” (Manual SEEPROS) ⁽¹⁾. Se integran en la misma, a efectos estadísticos, prestaciones como las de enfermedad/atención sanitaria, invalidez, vejez, supervivencia, familia/hijos, desempleo, vivienda y exclusión social, reunidas todas ellas en dos grupos según se dispensen sin condiciones de recursos o bajo condición de recursos.

2. Aun cuando se considera útil y necesario este concepto y la definición efectuada, lo cierto es que la UE ha defendido siempre, y así sigue haciéndolo, la **soberanía de los Estados miembros en la concreción** de sus “*modalidades de organización y la financiación de su sistema de protección social*” (Recomendación del Consejo 92/442, 27 jul.92). No extraña, por tanto, que la evolución de cada sistema de protección social nacional haya sido muy diferente pese a la presencia de rasgos comunes ⁽²⁾.

En todos los países existen, por un lado, prestaciones derivadas de cotizaciones y prestaciones que no provienen de estas últimas y que garantizan una renta mínima de subsistencia al ciudadano, lo que significa que, en todos ellos, el Estado contribuye financieramente a su sostenimiento, en mayor o menor medida, amén de los particulares -especialmente empresarios y trabajadores-.

Resulta elemento común asimismo que el epicentro del sistema siga siendo la Seguridad Social y, en concreto, las pensiones dispensadas por el mismo. La financiación se desarrolla en torno a las cuotas de empresarios y trabajadores y las transferencias del Estado (60% cuotas, 40% transferencias, aproximadamente). Y es precisamente esto último lo que diferencia a algunos países. Así, Bélgica, Francia, España, Países Bajos y Alemania están por encima del 65% de las cuotas mientras que en Dinamarca e Irlanda las mismas no superan el 30% ó 40%, por lo que en ambos países la principal fuente de financiación de las pensiones son los impuestos. Algunos países contemplan una aportación estatal al presupuesto de la Seguridad Social

⁽¹⁾ Sistema Europeo de Estadísticas Integradas de Protección Social (Reglamento 458/07, 25 abr.07, DO.L., 30). Los Reglamentos dictados para su aplicación han sido principalmente el Reglamento 1322/07, 12 nov.07, DO.L., 13 nov., el Reglamento 10/08, 8 ene.08, DO.L. 9 nov. y el Reglamento 263/11, 17 mar.11, por el que se aplica el Reglamento 458/07 respecto al inicio de una recogida completa de datos para el módulo SEEPROS sobre prestaciones netas de protección social.

⁽²⁾ Vid PÉREZ MENAYO, V., “La modernización de la protección social en la Unión Europea ante los retos del siglo XXI”, *Información Comercial Española*, núm. 784, 2000, pp. 146-170, ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “Seguridad Social y Unión Europea: las nuevas perspectivas de la protección social en Europa”, *Actualidad Laboral*, t.I, 2001, pp. 151-171, MARAVALL GÓMEZ-ALLENDE, H., “La protección social en la Unión Europea, evolución y perspectivas”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm.1, 2002, pp. 97-118, VÁZQUEZ MARISCAL, V., “Las reformas de los sistemas de pensiones en Europa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.54, 2004, pp.13-34 y MILLÁN GARCÍA, A., “La protección social en la Unión Europea ¿un modelo homogéneo?”, en AAVV, *El modelo económico de la UE*, ICE, *Información Comercial Española*, núm.820, 2005, pp. 195-222.

reducida, en España sólo el 5% del total toda vez que parte de la protección social como sanidad o servicios sociales se halla transferida a las CCAA ⁽³⁾).

Todos los Estados miembros se enfrentan, además y con mayor o menor solvencia, a problemas futuros semejantes, tales como el envejecimiento de la población, el descenso de la natalidad, los movimientos migratorios, la modificación en la estructura de la población, la instauración de nuevos modelos familiares o un marco de relaciones laborales en evolución, entre otros. De ahí que todos los sistemas de protección social compartan la inquietud por su sostenibilidad o viabilidad. Como ha puesto de manifiesto la UE en sus diferentes estudios, sin los sistemas nacionales y sin la coordinación europea de los mismos, más de 150 millones de ciudadanos europeos (40% de la población total) vivirían por debajo del 50% de la renta media ⁽⁴⁾.

Cabe apreciar, por lo demás, cómo la aplicación e interpretación de los distintos Reglamentos de la UE, especialmente el Reglamento 1408/71 y el más moderno Reglamento 883/04, así como la constante referencia a la protección social en los distintos Tratados tras el de Roma (Maastrich, 1992, Amsterdam, 1997 o Lisboa, 2007), han impulsado una tendencia europea hacia la consideración conjunta de la protección social por parte del Tribunal de Justicia de la UE. Y todo ello pese a que en los textos normativos comunitarios siga primando la referencia a las prácticas nacionales más que a una determinación común europea.

Y, finalmente, en todos los Estados miembros se advierte, en relación con el objeto de estudio de este Informe, la presencia de regímenes complementarios privados de mayor o menor envergadura y con caracteres ciertamente diversos pero que tienen en la iniciativa privada su principal elemento común. En general, el sistema de reparto se convierte en la forma de financiación y gestión del ámbito público y el de capitalización sobresale en el ámbito privado. De hecho, buena parte de los países combinan ambos elementos dentro de un sistema mixto de Seguridad Social en cuya aplicación se observa un primer pilar constituido mayoritariamente por una pensión de naturaleza contributiva financiada bajo el sistema de reparto por cotizaciones o impuestos, un segundo pilar formado por planes de pensiones profesionales constituidos de forma voluntaria a través de los Convenios Colectivos con un sistema de capitalización y un tercer y último pilar integrado por planes individuales voluntarios bajo la forma de fondos de pensiones o seguros de vida, también basado en la capitalización.

1.2. Renuncia a la coordinación y opción por el método abierto de coordinación en materia de protección social

1. De todo lo expuesto conviene destacar un dato. La UE renunció prácticamente desde el principio de su conformación a impulsar cualquier proceso de armonización en esta materia. En cierto modo, la evolución del sistema de protección social europeo es

⁽³⁾ GARCÍA MARTÍNEZ, J.R., *Imposición y protección social: efectos sobre el nivel de empleo en la OCDE*, Documentos de Trabajo, Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas, núm.10, 2009.

⁽⁴⁾ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN, “*Un compromiso renovado a favor de la Europa social: reforzar el método abierto de coordinación en el ámbito de la protección social y la inclusión social*” COM (2008).

fruto de una decisión adoptada en la década de los ochenta en la que, valorando la necesidad de impulsar el ámbito social para contrarrestar el poder económico de la UE, se optó por descartar todo proceso de armonización ante el temor de los Estados nacionales a la invasión de sus competencias. No en vano, algunos factores impiden que los sistemas de protección social sean homogéneos en la UE al hallarse vinculados a factores internos que dificultan su homologación: desarrollo económico, sistema impositivo, distribución competencial política o administrativa, modos de gestión, evolución demográfica, evolución del modelo familiar, inmigración, mayor o menor presencia de la iniciativa privada, etc. El temor a la invasión de competencias exclusivas de los Estados nacionales y el hecho de haber optado por el método de convergencia o método abierto de coordinación, esto es, por un proceso de configuración de grandes líneas y objetivos a desarrollar por cada Estado no supone más que el reconocimiento de las dificultades de homologación y la consolidación del poder de los Estados frente a una plena integración europea en esta materia ⁽⁵⁾.

Es éste un método que responde a tres principios básicos: la coordinación normativa, la colaboración administrativa y la cooperación judicial ⁽⁶⁾. En la coordinación normativa destaca la elección por el Reglamento sobre la Directiva lo que supone aceptar que lo que ocurre en otro Estado es como si ocurriera en el Estado miembro cuya legislación es aplicable (asimilación de hechos), que los períodos de seguro cumplidos se tendrán en cuenta para la adquisición de derechos en otro Estado (acumulación de períodos) y que la conservación de derechos supone una regla básica para su consecución (derecho a exportar las prestaciones). Por su parte, la colaboración administrativa se ha incrementado gracias a la incorporación de bases informáticas y telemáticas y a través de la implantación de servicios europeos de empleo (EURES) mientras que la cooperación judicial implica mayor sensibilidad por parte del Tribunal de Justicia en la aplicación de las normas comunitarias algo que se aprecia a través de las numerosas cuestiones prejudiciales que los Estados miembros, entre ellos España, trasladan al Tribunal.

2. Pero hoy este planteamiento peligra pues la última ampliación de la UE-27 no sólo dificulta la sola idea de crear un sistema de protección social europeo integrado sino que incluso pudiera llegar a considerarse que pone en riesgo el mantenimiento de la coordinación ya alcanzada. Se incorpora un número elevado de países -el mayor de todas las incorporaciones producidas-, son países con una estructura económica muy diferente entre sí y con los que ya existen en la UE y los niveles de renta en cada uno de

⁽⁵⁾ Por todos, MIRANDA BOTO, J.M., *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Navarra, Aranzadi, 2009.

⁽⁶⁾ MAILLET, P. “La politique sociale européenne: mythe ou réalité prochaine”, *Revue du Marché commun et de l’Union européenne*, núm. 439, 2000, pp. 370-391, ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “Seguridad Social y Unión Europea: las nuevas perspectivas de la protección social en Europa”, *Actualidad Laboral*, t.I, 2001, pp. 2-14, MARAVALL GÓMEZ-ALLENDE, H., “La protección social en la Unión Europea, evolución y perspectivas”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 20, núm.1, 2002, pp. 109-132 y LEVITAS, R., “Los límites de la Agenda Social Europea: revisión de las políticas de inclusión social”, *Revista española del tercer sector*, núm.5, 2007, pp. 114-146.

ellos son muy dispares, distanciándose considerablemente de muchos de los Estados miembros. Priman intereses nacionales, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado. Y sobresalen más las diferencias que las coincidencias, fundamentalmente en el ámbito privado, más que en el público. De hecho, las diferencias apreciadas entre los actuales miembros y los nuevos socios en materia de protección social obligan a replantear y a revisar las estrategias comunes presididas por el principio de cohesión económica y social.

2. Protección social, Estado del bienestar social y cohesión social

2.1. El surgimiento del Estado del bienestar social en Europa

1. Cuando surge el Estado de bienestar social y las primeras manifestaciones de protección social consideradas como tales, la atención se muestra siempre en la prevalencia de lo público, del Estado, de lo social frente a cualquier intervención privada. Así lo expuso, al menos, Bismarck en el discurso parlamentario en el que defendió la necesidad de establecer medidas para fomentar el bienestar de los trabajadores (1879). Con un cierto carácter paternalista y con la intención de que el Estado respondiera del bienestar de sus ciudadanos para que fueran éstos los que reconocieran y agradecieran su tutela, la tesis política fue asumida por la academia económica y, así, economistas como Pareto (1896, *Curso de Economía Política*) o Pigou (1920, *La economía del bienestar*) serían reconocidos como los creadores de la Welfare Theorie o Escuela del Bienestar consistente en compendiar los criterios para administrar un aumento del bienestar colectivo y la consideración de los instrumentos para su medición.

Con posterioridad, Keynes (1936, *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*), continuador de alguno de los planteamientos de Pigou, aportaría nuevos elementos para la construcción del Estado del Bienestar Social al proponer la intervención del Estado en la economía para evitar crisis que, como la conocida en 1930, son provocadas por un descenso en la demanda agregada y por un incremento alarmante del paro. A partir de entonces, el recurso al gasto público para reanimar la actividad económica se convierte en un instrumento normal de política económica, tanto para los gobiernos liberales que sintonizan con esta tesis como para los socialistas o socialdemócratas que encuentran en las teorías keynesianas un fundamento para potenciar la intervención del Estado en la economía.

2. En 1942, Beveridge propone, en su famoso *Social Insurance and Allied Services* (Informe sobre la Seguridad Social y otras prestaciones), un sistema universal de lucha contra la pobreza que proteja a toda la población frente a cualquier clase de contingencia, incluyendo la percepción de ingresos mínimos. La financiación habría de realizarse mediante impuestos no finalistas, de manera que sus prestaciones serían idénticas para iguales contingencias. Para ello se requerirá, por una parte, la intervención del Estado en los mecanismos de mercado a fin de evitar el perjuicio que pueden sufrir determinados grupos sociales por el funcionamiento de un mercado guiado por sus propias reglas. Por otro lado, será necesaria una política de pleno empleo, creando las condiciones adecuadas para el desarrollo de la actividad económica, de manera que todos los ciudadanos puedan tener acceso a las rentas que proceden de su participación en el proceso productivo. Comoquiera que la sociedad en

la que vivimos se estructura a partir de los ingresos, que son la contraprestación por la actividad económica prestada, la primera exigencia del bienestar es tener acceso al proceso productivo con el trabajo o con la aportación de capital. Por lo demás, se exigirá la institucionalización de sistemas de protección social, públicos o privados, para cubrir las eventualidades a las que difícilmente se podrían enfrentar los trabajadores con sus rentas medias. Asimismo deberán instituirse ayudas para quienes, por diversas razones, no están o no pueden estar en el mercado de trabajo.

Como es sabido, la evolución del Estado del bienestar en Europa ha sido distinta en cada país. En los países nórdicos se ha optado por el sistema de protección universal con financiación pública e incluyendo no sólo sanidad o Seguridad Social sino educación y vivienda. En el resto de los países la inspiración ha sido más continental, desarrollando una política social basada en un sistema de seguro obligatorio financiado por cotizaciones proporcionales sobre el salario con objeto de suplir la pérdida o disminución de la capacidad de los trabajadores para obtener rentas del trabajo. Ahora bien, en general, ningún país ha construido su protección con rasgos unidireccionales sino que suele existir una presencia de ambos, si bien en unos casos con amplia deriva hacia lo asistencial y, en otros, como en España, con un protagonismo de los elementos contributivos aunque con la presencia de ciertos rasgos asistenciales.

2.2. Del Estado de bienestar a la cohesión social

1. Quizá el concepto de Estado de bienestar social haya sido superado por la necesidad de lograr la cohesión social, esto es, la necesidad de una igualdad y equidad básicas en la ciudadanía para su desarrollo. Ya en el Tratado de Roma de 1957 se hicieron constar una serie de principios sociales referidos a la necesidad de garantizar un empleo de nivel y la necesidad de armonizar tanto la legislación como las políticas nacionales sociales a fin de mejorar las condiciones de vida y de trabajo. A esta finalidad responde el Reglamento 1408/71, hoy sustituido por el Reglamento 883/04, una de las consecuciones más importantes en la Europa social.

Otros instrumentos normativos buscarían alcanzar dicho objetivo. Así, el Acta Única de 1986 intentaría impulsar el denominado Espacio Social Europeo y la Cohesión Económica y Social y con la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 así como con el Tratado de Maastrich de 1992 o con el de Amsterdam de 1997, la política social se consolidaría en un entorno en el que siempre ha primado el interés económico por encima del interés social. De acuerdo con el Tratado de Amsterdam, y siguiendo lo dispuesto tanto en la Carta Social Europea de 1951 como en la Carta de Derechos Fundamentales de 1989, los derechos sociales constituyen referencia obligada para el desarrollo y mejora de las condiciones de vida y de trabajo, elemento básico si se persigue una protección social adecuada y la lucha contra la exclusión social. Más recientemente, en el nuevo Tratado de Lisboa, ya vigente, y tras aprobarse la versión consolidada del Tratado de la UE, su artículo 3 menciona asimismo la necesidad de fomentar la protección social [Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (DO.C. 306, de 17 de diciembre de 2007 y DO.C. 115 de 9 de mayo de 2008 con la versión consolidada de los Tratados que lo integran)].

La UE (en concreto, la Comisión) ayuda a las estrategias nacionales de protección social, por su parte, en tres áreas concretas. Por un lado, priorizando el elemento del empleo como factor de cohesión social; por otro, a través de la

concentración de esfuerzos en los segmentos más desfavorecidos o excluidos de la sociedad; y, finalmente, mediante el apoyo a iniciativas piloto y procesos de integración novedosos para su difusión en toda la UE. Pero, con carácter general, la totalidad de las recomendaciones de la UE en materia de protección social giran en torno a un elemento común: la necesidad de incrementar el empleo para asegurar la continuidad del sistema. Resulta una obviedad advertir que el mantenimiento de cualquier sistema de protección social público -pero también privado- depende de la presencia de un empleo estable, del crecimiento económico y de una productividad y competitividad de gran nivel. Se estima que, para ello, el 70% de la población activa ha de estar ocupada, y en el caso de las mujeres, el 60%.

2. El horizonte más ambicioso fue el que la UE se fijó en 2010 con la denominada Estrategia de Lisboa con la que precisamente se perseguía alcanzar la ansiada cohesión social. Así, diez años antes, en 2000 y en Lisboa, el Consejo Europeo definió una estrategia para lograr la cohesión social europea. Pretendía la UE convertirse en la economía más dinámica y competitiva del mundo. Una economía basada en el conocimiento, capaz de crecer de manera sostenible y con más y mejores empleos junto con una mayor cohesión social. Para ello se propondría todo un conjunto de reformas estructurales que suponían la transformación no sólo de infraestructuras e instituciones sino de todo el entramado sobre el que se sustentan las relaciones de producción y, en una dimensión mayor, las relaciones económicas, sociales y políticas. La euforia europea que impulsaba esta dinámica se basaba en el éxito alcanzado con la consecución de un mercado interior y una unión económica y monetaria tras la implantación del euro, por un lado, y, por otro, por las perspectivas macroeconómicas favorables que los economistas vaticinaban en los primeros años del nuevo milenio. Pero las pretensiones se frustraron desde el inicio. El propio año 2000 fue un año difícil para los países de la UE. Por dos razones, básicamente. La primera, porque la tendencia creciente del PIB de la UE se interrumpió y de un 3.7% se pasó a un 2.3% señalando un viraje importante en la economía. Y la segunda, porque Francia y Holanda decidieron rechazar en referéndum la Constitución Europea y la unión política europea comenzó a tambalearse.

Mantendría la UE su pretensión central, la de lograr un crecimiento potencial de su economía, a través de actuaciones estratégicas centradas en cuatro ejes; a saber, empleo, reforma económica, cohesión social y sociedad del conocimiento. Su estrategia global seguirá dirigiéndose a preparar el paso a una economía y una sociedad basadas en el conocimiento mediante la mejora de las políticas relativas a la sociedad de la información y de I+D así como mediante la aceleración del proceso de reforma estructural a favor de la competitividad y la innovación junto con la culminación del mercado interior, a modernizar el modelo social europeo mediante la inversión en capital humano y la lucha contra la exclusión social y a mantener las sólidas perspectivas económicas y las expectativas favorables de crecimiento mediante la aplicación de un conjunto de medidas políticas macroeconómicas adecuadas. Para ello se considerará necesaria una reforma económica a fin de preparar la economía del conocimiento. Se trata de liberar el potencial innovador y emprendedor en Europa, consiguiendo la ansiada e-Europe. No en vano, el aumento de la productividad se fundamenta en la promoción de una economía basada en el conocimiento con acciones concretas en el ámbito de la I+D y la innovación, avanzando en los procesos de reforma de mercados de bienes y servicios, completando el mercado interior y culminando la liberalización en los sectores recientemente abiertos a la competencia, especialmente las denominadas industrias en red.

Por otro lado, los objetivos pretendidos sólo se consiguen mediante la inversión en las personas. Lograrlo supone priorizar el aumento de los conocimientos y cualificaciones de todo ciudadano, estableciendo como meta, entre otras, la formación continua a lo largo de toda la vida (*long life learning*) o la plena participación en la sociedad también sin distinción de edad. Con ello se logrará, a su vez, un doble objetivo consistente en una mano de obra más adaptable y en una protección social de mayor calidad. Para lograrlo, se intentará incrementar el empleo con políticas activas, modernizando los sistemas de prestaciones, flexibilizando el mercado de trabajo y mejorando la formación de capital humano. Todo ello para evitar uno de los problemas de mayor dimensión presente y futura: la exclusión social. A tal fin, la UE demandará a los Estados miembros el cumplimiento de planes nacionales bianuales para conseguir la promoción de la cohesión social como elemento esencial de la estrategia global de la UE en aras a obtener una economía europea más competitiva y dinámica en el mundo. Se marca así, por primera vez de forma clara, la vinculación entre la reducción de la pobreza y el crecimiento económico toda vez que, como la UE ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones, la creación de una sociedad con mayor cohesión y menor exclusión social se considera *conditio sine qua non* para mejorar la economía.

3. Pretensiones basadas todas ellas en un principio central: el de la sostenibilidad. Tiene sentido que si el sistema de protección social se fundamenta, básicamente, en el sistema de reparto y, por tanto, se focaliza en torno a un pacto intergeneracional, la solidaridad obligue a adoptar un compromiso en relación a las generaciones futuras. Por eso, toda pretensión en torno a esta materia debe tener en cuenta no sólo la inclusión social sino la estrategia sobre pensiones o los cuidados de larga duración o el envejecimiento activo de una población longeva como la europea y, especialmente, como la española. A tal efecto, será necesario considerar tanto el aumento de la productividad y competitividad del empleo como la necesidad de apreciar el valor del empleo no remunerado, esto es, la aportación que la población no activa, especialmente la población jubilada, puede ejercer en beneficio de la comunidad. Con todo, y para medir los avances en esta materia, se han creado instrumentos como el Índice del Bienestar Económico Sostenible o el Indicador de Progreso Interno. El primero analiza los costes sociales y medioambientales así como el valor del trabajo doméstico. El segundo incluye los costes de las transformaciones en la familia así como la desigualdad contabilizada como daño o coste social que reduce el concepto de vida satisfactoria –admitiendo la relatividad de esta concepción en función de cada país miembro y de su desarrollo-. En todo caso, cualquier análisis que se realice concluye que el crecimiento ha de ser evaluado en términos de impacto social y económico.

Pues bien, tras lo expuesto, cabe afirmar que las políticas que mantienen y permiten que el Estado del Bienestar Social crezca se sitúan en la actualidad bajo una triple presión de cambio: la transición hacia políticas transversales, capaces de integrar la complejidad, hacia políticas participativas, capaces de asumir los procesos de subjetivización en marcha y hacia las políticas de inclusión, capaces de promover nuevas lógicas de cohesión y redistribución frente a las fracturas propias de una sociedad postindustrial. Como consecuencia de tal transformación, la agenda de la inclusión se convierte en una pieza clave del Estado de Bienestar del siglo XXI ⁽⁷⁾. Pero la preservación del mismo viene condicionada por la crisis global iniciada en 2001 y consolidada en 2008. Ese año se truncaron todas las aspiraciones de la UE y hoy esta

⁽⁷⁾ SUBIRATS i HUMET, J., *Análisis de los factores de exclusión social*, Documentos de Trabajo, Fundación BBVA, núm.4, 2009, pág. 10.

última se debate, como sabido, en un difícil equilibrio entre su pervivencia a través de la consecución de una fortaleza económica, monetaria y financiera amén de un poder político único o su desintegración.

Quizá el planteamiento actual en esta materia sea fruto de una cierta falacia pues se pretende un refuerzo recíproco y mutuo al considerar que el crecimiento fomentará la cohesión y que la inclusión y la protección social fomentarán el crecimiento. De ahí que deba primar el interés por alcanzar un análisis detallado del significado de una vida digna basada tanto en el bienestar personal como en las relaciones sociales, por un lado, y, por otro, el replanteamiento de la organización de las sociedades modernas que persiguen la consecución de una vida sostenible tanto para las generaciones presentes como para las futuras. Esa es la verdadera evolución del Estado del bienestar a la cohesión social del Estado.

3. Sobre el futuro de la protección social

3.1. La conveniencia de la persistencia de la protección social como rasgo de identidad del Estado de bienestar en Europa

1. Mas, pese a las dificultades esgrimidas, cuestionar la pervivencia de un Sistema de Protección Social Europeo hoy carece de sentido. Ha sido esta forma de proteger a los ciudadanos la que ha logrado reducir las desigualdades económicas. Sin los sistemas nacionales y sin su coordinación por parte de la UE, más de 150 millones de ciudadanos europeos (40% de la población total) vivirían por debajo del 50% de la renta media. La protección social beneficia aproximadamente a 100 millones de personas en la UE, alcanzando a una de cada cuatro familias.

Si se tiene en cuenta que el desempleo, la pobreza y la exclusión social reducen entre un 12% y un 20% el PIB europeo respecto del potencial y la reducción de la productividad y el aumento de los costes que se originan como consecuencia de una protección social, sobran las justificaciones. La Comisión cifraba en 2000 en cuatro millones de personas los excluidos o marginados sociales y en 18 millones de personas los que carecen de un hogar propiamente dicho. Además aparecen nuevos tipos de pobreza en contraste con la opulencia del mercado único: hogares en los que todos sus adultos se hallan en paro; parados de edad superior a 45 años y que llevan más de dos años en paro; parados jóvenes con más de un año de paro y que residen fuera del hogar familiar; trabajadores de cualificación muy baja; pensionistas antiguos de edad avanzada (más de 75 años) y sus viudas con pensiones iniciales más bajas y que han perdido poder adquisitivo, familias monoparentales de baja cualificación, etc. En las mujeres, existe un gap de 25 millones de mujeres potencialmente empleables y para las que la sociedad no articula medios para su inserción laboral.

2. Uno de los mayores logros del sistema ha sido, sin ningún género de duda, el de la reducción de la pobreza en las personas mayores. En el año 2000 se calculaba que unos 65 millones de personas (18% de la población total) vivían en la pobreza relativa, esto es, con ingresos inferiores al 60% de la renta *per capita*. Entre 2000 y 2024 se calcula que la población de más de 60 años crecerá un 50% en la UE pasando de 73 a 110 millones de personas. Suele asociarse la exclusión social a la inexistencia de

ingresos o situación por debajo del 60% de la renta *per capita*, considerándose el 25% una pobreza severa o estructural ⁽⁸⁾.

Conocidos estos datos, el análisis de todo sistema de protección social se encontrará condicionado por los mismos y deberá partir necesariamente de la contemplación de la viabilidad económica y financiera del sistema que, a su vez, se halla condicionada por otros elementos que se exponen a continuación.

3.2. El envejecimiento poblacional como condicionante

1. El futuro de todo sistema de protección social viene marcado por el fenómeno del envejecimiento, de ahí que se haya convertido en el elemento recurrente de todos los Consejos Europeos sin excepción.

La población en edad activa para el trabajo, considerando como tal que la que oscila entre los 15 y los 65 años, del conjunto de los países miembros, comenzará a reducirse de forma significativa a partir del 2050 (se calcula que en un 20%, esto es, unos 40 millones de personas). Por lo demás, el número de personas que superarán los 65 años se incrementará de 61 millones en el año 2000 a más de 100 millones en el 2050, siendo el mayor aumento el de los mayores de 80 años, sector que triplicará su volumen actual. La relación porcentual entre trabajadores y mayores de 65 años pasará de un 4 a 1 actual a un 2 a 1 en 2050 ⁽⁹⁾.

2. No extraña, pues, que, desde el año 2000, la UE se esfuerce en requerir la modernización de la protección social, precisamente como consecuencia de los cambios operados en los últimos años (economía del conocimiento y modificaciones producidas en las estructuras sociales y familiares) y, sobre todo, en previsión de los efectos del envejecimiento poblacional. En la misma línea, se incidirá en la necesidad de invertir en políticas de empleo dirigidas a los mayores y a aumentar la edad de salida del mercado de trabajo, con el fin de cumplir los objetivos de pleno empleo previstos. Además, en numerosos documentos se había puesto de manifiesto la necesidad de actuar sobre los

⁽⁸⁾ Datos extraídos de PÉREZ MENAYO, V., "La modernización de la protección social en la Unión Europea ante los retos del siglo XXI", *Información Comercial Española*, núm. 784, 2000, pág. 12, JORDÁN GALDUF, J. y ANTUÑANO MARURI, I., "Migraciones y política social de la Unión Europea", *Revista vasca de Economía y Hacienda*, núm.1, 2001, pág. 206, LÓPEZ CUMBRE, L., "El papel de las pensiones mínimas en el proceso de maduración de los sistemas de protección social y en relación con las estrategias de activación para la incorporación al empleo", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, número extraordinario, 2010, pág. 214.

⁽⁹⁾ Datos extraídos, entre otros documentos, de la Comunicación de la Comisión de 21 de mayo de 1999, *Hacia una Europa para todas las edades*, COM (1999)-221 final o también la Comunicación de la Comisión de 18 de marzo de 2002, *Respuesta de Europa al envejecimiento de la población mundial*, COM (2002)-143 final y la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2004 *Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo* COM (2004)-146 final, esta última comentada por LÓPEZ CUMBRE, L., "Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo. Comentario a la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2004", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.52, 2.004, pp. 189-210 y, con anterioridad, "Aumento de la tasa de población activa y fomento de la prolongación de la vida activa. Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.37, 2.002, pp. 231-265.

mayores no sólo a través del empleo sino mediante actuaciones sociales que consigan el bienestar, tales como la lucha contra la pobreza, la inversión en asistencia sanitaria e investigación médica, el replanteamiento de la protección social, la igualdad entre mujeres y hombres, entre otras.

3.3. El gasto (la inversión) en protección social

1. El gasto (la inversión) en protección social que adquiere mayor dimensión es, incuestionablemente, el que genera el sistema público de pensiones en cualquiera de los Estados miembros. En conjunto, supone aproximadamente el 30 % del PIB europeo. Dentro del mismo, destaca el gasto en pensiones de jubilación, por un lado, porque la población envejece y, por otro, porque se incrementa su cobertura a medida que crecen las necesidades sociales. Se prevé que el gasto de los Estados miembros en pensiones públicas pase de un 3 a un 5% del PIB y que el envejecimiento de la población podría llegar a elevar el gasto público en un incremento medio del 5% al 8% del PIB en toda Europa.

El análisis de los datos encierra, con todo, una dificultad: la dificultad comparativa que surge de los indicadores utilizados por la UE. Generalmente se opta por analizar el gasto social en relación al PIB. Pero esto produce un resultado meramente cuantitativo que minimiza aspectos cualitativos de sumo interés tales como la calidad de la protección social, la relevancia de las políticas activas, la eficacia gestora, el grado de cohesión social y de solidaridad interterritorial, etc. E incluso en el resultado cuantitativo puede haber oscilaciones ya que los países calculan de forma distinta su PIB. Dependiendo de si los cálculos se efectúan de una forma u otra, el PIB resulta mayor o menor y, por ende, la evolución de la proporción del gasto social se modifica. Conviene advertir, asimismo, que el volumen de economía informal o sumergida de un país reduce el PIB identificado y sobrevalora el gasto social en relación al mismo. Cuando el PIB es más real, como ocurre en los países nórdicos, el gasto social suele ser superior y cuando el PIB se aleja más de la realidad, la proporción de gasto social es inferior. Asimismo es necesario apuntar que si bien la relación gasto social/PIB constituye un indicador muy significativo, obvia la evolución del crecimiento del PIB por lo que penaliza relativamente a los Estados que han tenido un mayor crecimiento en el PIB. De ahí que las estadísticas de EUROSTAT utilicen de forma complementaria otro indicador como es el gasto social por habitante en unidades de paridad de compra. También se tiene en cuenta la tendencia de la inflación por lo que suele observarse la evolución del gasto social por habitante a precios constantes.

2. Existe asimismo alguna dificultad añadida en la medición de los ingresos. Cuando se computan los ingresos procedentes de los empleadores, se incluyen las cotizaciones empresariales del sector privado y de las Administraciones Públicas, así como las cotizaciones imputadas que corresponden a prestaciones de protección social pagadas directamente por los empleadores a sus trabajadores. La referencia a ingresos procedentes de las Administraciones Públicas incluye todo tipo de aportaciones que éstas realizan al sistema de protección social, no discriminando, en general, aquellas que se efectúan en concepto de empleador. Por su parte, los ingresos procedentes de trabajadores y beneficiarios incluyen las cotizaciones de los trabajadores del sector privado, del público, por cuenta ajena o propia y las aportaciones que puedan realizar, en su caso, los beneficiarios así como las cotizaciones de los trabajadores perceptores del desempleo, no siendo pues uniforme su consideración. Cabe apuntar, finalmente,

que, desde los años sesenta hasta el estallido de la crisis en 2008 el PIB de la UE se multiplicó por 2.5, consiguiéndose con menos horas de trabajo. La era de la información ha acabado con el empleo masivo y por ello la producción de bienes y servicios se incrementa con sólo una pequeña fracción de los trabajadores actuales.

La persistencia de esta incertidumbre económica no ha impedido que la protección social siga creciendo. Los sistemas nacionales han sabido convivir y superar períodos de crisis económica y situaciones adversas para su desarrollo, incluso con una inversión menor en gasto social por parte de los Estados miembros que agudiza un retroceso en la calidad de la protección social que desciende en relación con la riqueza generada en la UE. Y, si bien es cierto, que la crisis económica global de 2008 está afectando a los sistemas de protección social, actúan éstos en la actualidad como amortiguador social de los efectos de la misma ⁽¹⁰⁾.

2. Pese al momento económico tan particular por el que atraviesan Europa y el mundo, todos los Estados miembros son conscientes de la necesidad de mantener e, incluso, de incrementar el gasto en protección social. Se trata de lograr un equilibrio entre lo económico y lo social con base en tres objetivos consensuados: el mantenimiento de la viabilidad financiera, la consecución de la modernización del sistema y la adecuación de las pensiones.

Mantener la viabilidad financiera del sistema requiere, como se expuso, incrementar la tasa de empleo. Toda política destinada a alcanzar un crecimiento sostenible y unos niveles suficientes de empleo constituye elemento básico para garantizar la sostenibilidad futura de los sistemas de protección social. Por lo demás, la prolongación de la vida laboral se considera determinante para contener el gasto en pensiones. No se trata tanto de incrementar la edad legal -objetivo que ha impuesto la UE en el último año a todos sus Estados miembros para garantizar la sostenibilidad de los sistemas nacionales de pensiones- sino que se trata también de incrementar en uno o dos años la edad efectiva de jubilación, muy alejada en algunos casos de la edad real. Con sólo un año de retraso se absorbería un 20% del incremento medio de gasto previsto hasta el 2050. Se requiere asimismo que los Estados aborden este proceso en un contexto de economía saneada en el que la deuda pública se reduzca y se consiga el equilibrio presupuestario. Por último, se pretende reequilibrar la proporción cotización/prestación no sólo a través de las cotizaciones –pues el empleo puede hacer que se resienta tal proporción- sino a través de otros mecanismos tales como los fondos de reserva que pueden reforzar los sistemas en períodos en que sea necesario incrementar el gasto. En algunos sistemas de cotización definida y ante el fenómeno de la creciente esperanza de vida, algunos países como Suecia e Italia han adoptado fórmulas para que las prestaciones se ajusten de manera automática a fin de mantener el equilibrio financiero. De ahí que también proceda, finalmente, una revisión de los sistemas de gestión de los planes de pensiones privados, especialmente sensibles a la especulación financiera.

⁽¹⁰⁾ Datos extraídos de FERRERAS ALONSO, F., “Reflexiones para la convergencia de los sistemas nacionales de protección social en Europa”, *Relaciones Laborales*, t.I, 2001, pág. 404, MORGADO PANADERO, P., “Retos en la protección social de los mayores en Europa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.72, 2007, pág. 100 y ZUBIRI ORIA, I., “Un análisis económico de la Seguridad Social”, en AAVV, *Cien años de protección social en España. Libro conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión*, Madrid, MTAS, 2007, pág. 608.

La modernización del sistema exigiría, por su parte, una adaptación a la flexibilidad a la que tiende el mercado de trabajo con trabajadores atípicos como trabajadores a tiempo parcial, autónomos, temporales, etc. También requeriría una adaptación a los cambios sociales provocados por la incorporación de la mujer al mundo laboral. Y se consideraría necesaria una mayor proximidad informativa al beneficiario a fin de que pueda planificar mejor sus previsiones de futuro racionalizando las pensiones. Finalmente, la necesidad de adecuar las pensiones supondría, básicamente, prevenir la exclusión social, como antes se expusiera. A través de la garantía de una renta mínima para todo ciudadano, evitando el riesgo en los colectivos más vulnerables como la mujer de más edad o dispensando no sólo prestaciones en metálico sino también, y en algunos casos especialmente, prestaciones en especie.

3.4. La necesidad de reformas estructurales en los Estados miembros

1. Ante la difícil coyuntura actual y la obligada reducción del déficit público en la práctica totalidad de los Estados miembros de la UE, una de las medidas exigidas con carácter general desde esta instancia es la reforma de los sistemas de protección social nacionales, en especial del sistema de pensiones. Mas, pese a que la crisis ha acelerado y agravado tales reformas, lo cierto es que la UE viene exigiendo profundas modificaciones desde los años noventa (Recomendación del Consejo 92/442/CEE de 27 de julio de 1992) al insistir en la necesidad de acomodar, modernizar, ajustar, adaptar el sistema de protección social a las nuevas necesidades del futuro ⁽¹¹⁾. La moderna configuración común recibe el nombre de “*modelo social europeo*” ⁽¹²⁾. Un modelo en el que resulta imprescindible tener presente el valor de la circulación internacional de trabajadores y de personas toda vez que la protección social abarca tanto la protección contributiva como la asistencial, la evolución demográfica de la población europea y el envejecimiento de la misma.

⁽¹¹⁾ En forma de síntesis, cabe destacar las siguientes medidas: a) 1992: Recomendación del Consejo sobre convergencia de objetivos sociales y políticas de protección social. Se establecen los principios rectores de la evolución de los regímenes sociales pero, sobre todo, se subraya cómo la responsabilidad de organizar las formas de protección recae sobre los Estados miembros; b) 1997: Comunicación sobre modernización y mejora de la protección social europea. La protección social se contempla como factor de cohesión social y de desarrollo económico pero requiere de un proceso de modernización imprescindible a fin de adaptarse a las nuevas realidades sociales y económicas, sin perder su tradicional función en el Estado de bienestar social; c) 1999: Comunicación sobre la estrategia concertada para modernizar la protección social de las sociedades europeas. La estructura demográfica y la transformación del mercado de trabajo son los ejes sobre los que discurre la misma; d) Todos los Consejos a partir de Lisboa 2000. En ellos se destaca la importancia que el envejecimiento poblacional tendrá en la viabilidad del sistema de pensiones y se construyen las bases del método abierto de coordinación en materia de pensiones.

⁽¹²⁾ COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA, *Modernizar la protección social en aras de una mayor justicia social y una cohesión económica reforzada: promover la inclusión activa de las personas más alejadas del mercado laboral*, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas 17.10.2007, COM (2007) 620 final.

En una estrategia común para la modernización de la protección social, la UE propone un modelo basado en la necesidad de garantizar un trabajo rentable y generador de ingresos seguros, conseguir pensiones seguras y unos sistemas de pensiones viables, promover la inclusión social y garantizar una atención sanitaria viable y de alta calidad, entre otros aspectos. Por esta razón se solicita a todos los Estados miembros sin excepción que aborden las reformas oportunas a fin de garantizar la sostenibilidad financiera de los sistemas sociales nacionales, sin perjuicio de los derechos adquiridos, el apoyo mutuo y la solidaridad intergeneracional, teniendo en cuenta el contexto de una sociedad y un mercado laboral en evolución, el cambio demográfico, la mundialización o globalización y las evoluciones tecnológicas pero, y sobre todo, persiguiendo la consecución de un empleo estable y de calidad, fundamento si no único sí imprescindible y reiteradamente requerido para la sostenibilidad de los sistemas modernos de protección social. Consciente la UE de las dificultades de conseguir una reforma de los sistemas de protección social dentro del modelo social europeo, se recomienda a los Estados miembros que profundicen en la cooperación y el intercambio de las mejores prácticas a través del método abierto de coordinación reforzado, creando de esta forma un instrumento eficaz de definición de las políticas de protección social.

2. Con los antecedentes expuestos no extraña que todos los Estados miembros estén sumidos, como se anticipara, en reformas estructurales de sus sistemas internos de protección social, atendiendo a las recomendaciones que con carácter general dicta la UE y con el objetivo de alcanzar la modernización pretendida. Así ha ocurrido en España que, mediante la Ley 27/11, 1 ago. sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE, 2), pretende garantizar el sistema en el futuro. En la misma línea, todos los Estados contemplan una serie de modificaciones que dificultan tanto el acceso como la permanencia en los sistemas contributivos, establecen un margen aún mayor de actuación a las prestaciones complementarias privadas tanto a través de regímenes profesionales como de regímenes individuales ya internos ya externos al sistema y contemplan un incremento del gravamen impositivo como solución para garantizar las pensiones. En general, los países europeos han ido adoptando medidas reformativas tales como la modificación de los requisitos para acceder a la pensión, normalmente ampliando los períodos de carencia y de cálculo de la pensión, la eliminación de las diferencias de sexos en los países en que éstas existían, la adopción de medidas para elevar la tasa de empleo tanto en hombres como en mujeres y en los trabajadores de más edad incentivando su permanencia en activo, el desarrollo de los fondos de reserva, el fomento de los planes de pensiones complementarios con mayores garantías y la mejora de las pensiones mínimas, entre otras ⁽¹³⁾.

Y, buena parte de esas medidas, giran en torno a la necesidad de incluir un mayor protagonismo de la participación privada en los sistemas de protección social. Destacando las más importantes, algunas reformas van destinadas a modificar los parámetros constitutivos de la prestación a través de la preservación del sistema mediante la contención del gasto público en pensiones. Se trata de disminuir las tasas

⁽¹³⁾ TORTUERO PLAZA, J.L. y AGUILA CAZORLA, O. del, “Los sistemas de pensiones en Europa y Latinoamérica: realidades, expectativas e ideas para un debate”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.54, 2004, pág. 61.

de reposición de las cuantías de las pensiones mediante la modificación de los elementos del cálculo de la pensión o retrasando el acceso a la misma. En otros casos, se opta por introducir reformas en la financiación de las pensiones: se modifica el sistema de financiación y se introducen elementos de capitalización (Alemania). Las previsiones de disminución de la protección pública tratan de ser aliviadas mediante estímulos al ahorro privado, por ejemplo, en forma de beneficios fiscales. También se llevan a cabo reformas que afectan al conjunto del sistema. Se perfila un sistema mixto (Suecia, Italia o Polonia) en el que, además de los rasgos característicos del sistema de reparto, el trabajador deberá disponer de una cuenta individual en la que se le vayan acumulando las cotizaciones y el interés teórico devengado por ellas. Los derechos a pensión derivados de la cotización son contables y no tienen equivalencia monetaria real y actual. La pensión se calculará de conformidad con el saldo que esa cuenta dispense en el momento de la jubilación y en función de la esperanza de vida prevista según la aplicación de una serie de coeficientes. Se trata de un sistema virtual de capitalización que no se corresponde con el dinero efectivo y real. Todo ello se consigue incorporando pilares de ahorro obligatorios y de gestión privada a la estructura del sistema de Seguridad Social ⁽¹⁴⁾.

3. Con el fin de conseguir los objetivos expuestos se apuntan soluciones de dispar naturaleza. Por una parte, se entiende que la baja natalidad significará la ausencia de necesidades en el sistema educativo en un futuro próximo por lo que los recursos a este último destinado podrían ser trasladados a la garantía de las pensiones y, en general, a afianzar el sistema de protección social. Bien es cierto que, como es sabido, cualquier recorte en el sistema educativo significará directamente un empeoramiento en la productividad nacional y un retroceso en el crecimiento económico. En todo caso, las políticas de incentivo de la natalidad y la protección a los gastos familiares resultan determinantes para garantizar el crecimiento económico y la viabilidad de las pensiones ⁽¹⁵⁾.

Se apunta asimismo la necesidad de aumentar la eficacia de la población activa a través de la reducción del nivel de desempleo, del incentivo a la incorporación de la mujer al trabajo o del incremento de la edad de jubilación tanto real (reducción o eliminación de las jubilaciones anticipadas) como formal (elevación de la edad mínima de acceso a la pensión de jubilación). Se considera que un aumento de la edad de jubilación en cinco años serviría para compensar todos los desequilibrios económicos que supone el envejecimiento poblacional hasta 2050. Bien al contrario y, como es sabido, la población tiende a anticipar su jubilación, en la medida en que su sistema nacional lo permita. De hecho, la edad media europea no supera en la actualidad los 62 años. Aumentar el empleo conlleva, en una fórmula financiera sencilla, incrementar la

⁽¹⁴⁾ FERRERAS ALONSO, F., “El sistema de pensiones en Suecia (síntesis), *Tribuna Social*, núm. 121, 2002, pp. 16-22, “Adaptar la Seguridad Social a las nuevas situaciones sociales: el ejemplo de Alemania”, *Tribuna Social*, núms. 128-129, 2001, pp. 13-28 y “La pensión de jubilación ¿cuestión de estado o de mercado?”, *Tribuna Social*, núm. 148, 2003, pp. 9-28.

⁽¹⁵⁾ VÁZQUEZ MARISCAL, A., “Las reformas de los sistemas de pensiones en Europa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.54, 2004, pág. 42.

base impositiva derivada del trabajo y del consumo y reducir el gasto destinado a la protección por desempleo.

La influencia de la inmigración sobre el *quantum* de la población activa es, por lo demás, también importante, si bien fluctúa en función de las circunstancias económicas, tal y como ha podido comprobarse en España a partir de 2008. En nuestro país se estima que, para paliar los efectos de la longevidad, se necesitaría desde 2000 a 2050 un flujo migratorio medio constante de unas 400.000 personas por año. Ahora bien, si el cálculo se realizara adecuando el flujo migratorio a las cantidades anuales necesarias para permitir un incremento cero del porcentaje de dependencia consiguiendo estabilizar la relación entre trabajadores activos y pensionistas, entonces bastaría con 160.000 inmigrantes anuales, media que ya se alcanza en España, no así en el resto de los países europeos con políticas de inmigración mucho más rígidas.

Desde una perspectiva más económica se señala la posibilidad tanto de incrementar los impuestos como de rebajar las pensiones. Ambas posibilidades con suma trascendencia. La primera porque su efecto sobre el crecimiento económico puede resultar muy perjudicial, la segunda porque el coste político de su adopción retrae a cualquier partido en el Gobierno a su sola mención toda vez que cuanto más aumenta el número de población mayor, más se incrementa el volumen de potenciales votantes en las elecciones. Se explora asimismo la posibilidad de encontrar modos alternativos de financiación, fomentando la realización de reformas dinámicas sin repercutir negativamente en los salarios, por ejemplo, utilizando el IVA de las empresas, promoviendo el principio de subsidiariedad vertical y horizontal entre instituciones y la población.

Tampoco encuentra respaldo suficiente la privatización del sistema, por un lado por las dificultades de la transición de un modelo a otro y, por otra parte, por la oposición frontal que los sindicatos presentan a cualquier tipo de medida de esta índole, básicamente porque supone romper con la cohesión social y alejar la consecución de una igualdad de oportunidades. Sin embargo, nada obsta a utilizar, como ocurre en España, un sistema mixto en el que las pensiones privadas se estimen complementarias de las otorgadas por el sistema público, modelo asumido por los sindicatos que participan de la gestión de las pensiones privadas a través del control de los fondos de pensiones.

Finalmente, los sistemas de protección social deberán alcanzar eficientemente sus objetivos de prevención y lucha contra la pobreza y la exclusión social, haciendo un especial hincapié en la eliminación de las trampas de la pobreza (¹⁶).

II. EL ESPACIO DE LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA PROTECCIÓN SOCIAL

1. La homogeneización europea de la protección social privada

1.1. La pluralidad de sistemas nacionales

1. No extraña al Estado de bienestar social la consecución de dos objetivos, compatibles entre sí. Por un lado, la persistencia de un nivel público mínimo en régimen de reparto y, por otro, la conformación de un nivel privado en régimen de

(¹⁶) Resolución del Parlamento Europeo 2005/2248 (INI), DOCE, 14.12.2006, C-305 E/141.

capitalización. Para ello se considera posible “*el trasvase de ciertas dosis de cobertura social de nivel público al privado (así como) la garantía de acceso efectivo a la pensión privada bajo el reconocimiento de la proporcionalidad de la misma al tiempo de trabajo y/o a la aportación imputada*”⁽¹⁷⁾. En una concepción genérica de la previsión, la cuantía de las prestaciones se destina a resarcir con exactitud una situación de necesidad realmente verificada en cada caso concreto cuando se produce la contingencia correspondiente. Una satisfacción inferior a esta pretensión tildaría de insuficiente esta cobertura mientras que un resarcimiento por encima del valor del daño ocasionado “*subvertiría el propio fin del seguro social y sería fuente de graves perjuicios para la moral y la economía*”⁽¹⁸⁾. Esta es la razón por la que surge y por la que existe la protección complementaria, que persigue como finalidad la consecución de un mismo nivel de ingresos y de cobertura social del que se beneficiaba el trabajador cuando se hallaba en activo.

El permanente debate sobre la viabilidad de los sistemas públicos de protección propicia la consolidación y crecimiento de la previsión privada a fin de suplementar los espacios dejados vacíos o con cobertura menor por la previsión pública. Los tres pilares que como regla general integran la protección social (básico -público-; complementario colectivo -privado o público-; y complementario individual -privado-) impiden establecer caracteres de común identidad para determinar cuál es el contenido de la protección social privada. Sin embargo, todos los instrumentos que permiten la participación privada en materia de protección social comparten un mismo rasgo común cual es su origen en la iniciativa privada, a diferencia de los regímenes “legales” o básicos de protección social surgidos de una pretensión pública. Pese a ello, suelen ser considerados parte de la protección social, “*en la medida en que sus prestaciones vienen a reemplazar o complementar las prestaciones básicas*” (art.2 Directiva 86/378, modificada por la Directiva 96/97). Sí parece estar definida, sin embargo, su función en tanto se trata de “*aplicar los mecanismos que permitan a los antiguos trabajadores asalariados, que están jubilados después de una carrera completa, beneficiarse de una tasa de reemplazo razonable durante todo el período de su jubilación, teniendo en cuenta, si se da el caso, los sistemas legales y complementarios, manteniendo un equilibrio entre los intereses de las personas en activo y las jubiladas*” (Recomendación 92/442/CEE de 27 de julio de 1992, punto I.5.h).

2. La definición de una protección social complementaria privada europea exigiría destacar, en primer término, que generalmente se origina como consecuencia de la promoción unilateral por parte de los empleadores en beneficio de sus trabajadores; por lo demás, suele estar gestionada de forma privada con la

⁽¹⁷⁾ VILLA GIL, L.E., de la, “Estudio Preliminar”, en AAVV, *Pensiones Privadas. Planes y Fondos de Pensiones. Seguros de Vida. Entidades de Previsión Social*, Madrid, Acarl, 1997, pág. XXXIV.

⁽¹⁸⁾ VENTURI, A., *I Fondamenti scientifici della sicurezza sociale*, Milán, Giuffrè Ed., Milán, 1954, pág. 202.

participación de organismos independientes o compañías de seguros; y, por último, se trata de una protección basada normalmente en formas de financiación próximas a la capitalización. Algunos países presentan, con todo, excepciones dignas de mención. Es el caso del Reino Unido, que reconoce la posibilidad de dotar de pensiones personales individuales y no colectivas, o el supuesto de Francia que a través de las "*Caisses de Retraite*" o Cajas de Jubilación, de obligada contribución, emplea el sistema de reparto dentro del marco de una gestión privada, bien que institucional y con la participación de los agentes sociales.

Con todo, existe algo que diferencia considerablemente este tipo de protección de la dispensada dentro del ámbito público y es la diversidad casi inagotable de fórmulas privadas complementarias no sólo "entre" los Estados miembros sino "en" los Estados miembros. En algunos casos el primer nivel de protección es público y obligatorio y el segundo nivel -complementario- también resulta obligatorio, basado en un sistema de capitalización (Finlandia); en otros, el nivel complementario es obligatorio pero se basa en un principio de reparto (Francia); algunos disponen de un segundo nivel no obligatorio (Reino Unido) y en buena parte de ellos el nivel complementario, no obligatorio, se financia en atención a fondos no capitalizados y anotados en las previsiones de balance de las empresas [Alemania, Austria, Luxemburgo, Suecia]. De ahí que el contenido de la protección social complementaria privada se muestre ciertamente heterogéneo y difícilmente aprehensible.

Así, la contribución de estos sistemas privados a la protección social global varía de un Estado miembro a otro y está en función del porcentaje de la población total acogida a los mismos, las condiciones de inclusión, el importe y la estructura de las prestaciones pagadas a sus afiliados, la calidad de la promesa de prestación si se trata de un derecho exigible o la cuantía de la inflación o la indexación de prestaciones en metálico como elemento determinante contra aquélla, entre otros elementos.

Por lo demás, conviene advertir que la afiliación puede comprender desde determinados grupos de empleados o incluso empleados individuales dentro de una empresa hasta todos los empleados de un país en el caso de Convenios Colectivos de ámbito nacional por el que se establece un sistema obligatorio. Rasgo distintivo, a su vez, es precisamente el grado de obligatoriedad en la afiliación. Los trabajadores individuales pueden tener un derecho legalmente protegido a excluirse de un sistema de empresa o, al menos, a negociar la afiliación a un sistema como parte de su contrato de trabajo. O, en el extremo opuesto, ni siquiera la empresa cuenta con la libertad deseada para excluirse unilateralmente de un sistema complementario nacional, sectorial o profesional.

También el grado de protección también varía. En un sistema basado en el salario final plenamente indexado, los trabajadores retirados deberán recibir una jubilación ajustada a la inflación (o a las ganancias) proporcional a sus ingresos últimos. Los jubilados tienen garantizado así un nivel de vida constante, absoluto o

relativo (comparado con el de los trabajadores), durante toda su jubilación. De esta forma, los beneficiarios sólo habrán de soportar el régimen de insolvencia del empresario o, en su caso, del sistema. Riesgo cuyos efectos deberían quedar reducidos al mínimo mediante un control actuarial eficiente y apropiado en el caso de un sistema de capitalización previa, el seguro obligatorio contra insolvencias ante la existencia de reservas contables o la la afiliación obligatoria en el supuesto de sistemas de reparto de las aportaciones obtenidas. A diferencia del anterior, el sistema de contribución definida supone imputar las contribuciones a la cuenta del individuo, limitando la promesa de prestación al capital acumulado. En definitiva, una forma más de ahorro individual en la que trabajadores y pensionistas soportan una parte mucho mayor del riesgo que implica la previsión de vejez, dado que factores tales como la inflación, los precios inmobiliarios, los rendimientos de las inversiones, etc, afectarán directamente a la situación financiera de sus ahorros.

3. La financiación de estos instrumentos que componen la protección social complementaria privada merece una atención especial. De las tres opciones más comunes (capitalización, reparto, previsión inscrita en el pasivo del balance), ha sido la capitalización la fórmula más empleada por la protección complementaria. La creencia de que este sistema permanece inmune a los efectos de un crecimiento demográfico ha motivado tal conexión. Pese a ello, son muchos los factores que pueden hacer cuestionar esta preeminencia. Los activos depositados en los fondos capitalizados pueden ver mermar su valor no sólo como consecuencia de la actuación normal de la oferta y la demanda sino en función de factores indirectos como, por ejemplo, la tributación de las inversiones que con ellos se realicen o, de forma directa, de acuerdo con la inflación de cada momento y la especulación financiera. Buena parte de los activos tóxicos que han generado la crisis actual habían sido fruto de inversiones descontroladas de fondos de pensiones. Y existe además un efecto contraproducente adicional para la economía. El aumento del ahorro "contractualizado" para prever determinadas contingencias mediante fondos de pensiones o contratos de seguro puede repercutir en un descenso del ahorro de las empresas contribuyendo a la baja en inversión y beneficios de las mismas. Se trata, en todo caso, de cuantías de considerable dimensión, importantes para cualquier economía nacional por su efecto directo e indirecto en sus inversiones y determinantes por su repercusión en el flujo financiero de los Estados.

Abordar la financiación de estos instrumentos complementarios privados exige analizar dos temas indefectiblemente. Uno, el de la gestión. Y, así, existen sistemas creados por empresarios y gestionados exclusivamente por ellos y sistemas establecidos por las propias personas protegidas, como ocurre con los trabajadores por cuenta propia. Cabe la gestión paritaria, con base en el modelo fijado por el Convenio Colectivo u otras formas de participación de los trabajadores. Pero, en general, la gestión se realiza a través de compañías de seguros (Bélgica, Alemania, Grecia,

Francia, Italia, Luxemburgo, Portugal o Reino Unido), fondos de pensiones (España, Irlanda, Holanda) o excepcionalmente con cuentas personales e individualizadas con reservas obligatorias (Dinamarca).

Otro tema, de no menor importancia, es el del tratamiento fiscal que tanto las aportaciones como las prestaciones abonadas o recibidas como consecuencia de la protección complementaria privada han de tener. Y aquí, a diferencia de otros elementos, prevalece una cierta homogeneidad toda vez que las aportaciones de empresarios y trabajadores suelen ser consideradas como cantidades deducibles de los impuestos, mientras que las prestaciones suelen estar sujetas a tributación. Ciertamente es que, en algunos casos, los sistemas que deseen disfrutar de un estatuto fiscal favorable deberán cumplir determinadas condiciones fijadas por el legislador, lo cual permite a los gobiernos disponer de una vía para influir indirectamente en esta forma de protección social, por lo demás, difícilmente controlable. Así, por ejemplo, en el ordenamiento italiano, la deducción se encuentra condicionada y para que el empresario pueda beneficiarse de la correspondiente reducción fiscal deberá gestionar obligatoriamente sus fondos a través de la Cassa di Previdenza o Caja de Previsión.

1.2. La elaboración de un concepto común sobre las pensiones privadas

1. Mas, como en el ámbito público, en la esfera privada también deviene imprescindible la consecución de un concepto común que permita abordar con rigor esta materia. Cuando la UE ha decidido legislar al respecto ha tomado como referencia la existencia de los denominados "regímenes profesionales" existentes en algunos países, externos al régimen público de la Seguridad Social, basados en una financiación privada y en la capitalización y de carácter complementario, por lo general. En este sentido, la Directiva 86/378, que completa la Directiva 79/7 sobre igualdad de los regímenes profesionales de la Seguridad Social, considera como regímenes complementarios, por exclusión, a aquellos que no han sido regulados en la Directiva 79/7 y cuyo fin radica en proporcionar a trabajadores encuadrados en una empresa o grupo de empresas de una rama industrial o de un sector profesional prestaciones destinadas a *completar o a sustituir* las prestaciones de los regímenes legales de Seguridad Social.

Con posterioridad, la Directiva 98/49 relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad surgirá con el objeto de proteger los derechos de los afiliados a regímenes complementarios de pensión que se desplacen de un Estado miembro a otro, contribuyendo con ello a eliminar los obstáculos a la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia dentro de la Comunidad. Una protección referida a los derechos de pensión de regímenes complementarios ya sean estos voluntarios u obligatorios. En virtud de la misma, se considerará "*pensión complementaria*" a las pensiones por jubilación y,

cuando así lo determinen las normas de un régimen complementario de pensión establecido con arreglo a la legislación y a la práctica nacionales, las prestaciones por invalidez y supervivencia, destinadas a completar o sustituir las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social para los mismos riesgos. Definirá asimismo como "*régimen complementario de pensión*" a todo régimen profesional de pensión establecido de conformidad con la legislación y la práctica nacional, como los contratos de seguros de grupo o los regímenes por reparto acordados por uno o más sectores o ramas, los regímenes por capitalización o los compromisos de pensión garantizados por provisiones en el balance de las empresas o cualquier dispositivo de carácter colectivo o dispositivo comparable destinados a abonar una pensión complementaria a trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia.

Por su parte, la Directiva 03/41 optará por regular las actividades y supervisión de los fondos de empleo, algo que obligará a modificar la Ley de Planes y Fondos de Pensiones española vigente para integrar esta regulación. A tal efecto, se considerará como fondo de pensiones de empleo o institución a toda institución con independencia de su forma jurídica que opere mediante sistemas de capitalización, sea jurídicamente independiente de la empresa promotora o sector y cuya actividad consista en proporcionar prestaciones de jubilación en el contexto de una actividad laboral sobre la base de un acuerdo o contrato de trabajo suscrito ya individual ya colectivamente. Por lo demás, el plan de pensiones recogerá todo acuerdo que revista la forma de contrato, acto constitutivo o normativa que defina prestaciones de jubilación, así como las condiciones para su obtención. Se definirá la prestación por jubilación como toda prestación que se abone en referencia al hecho o la contingencia de jubilación, o que, si tiene carácter complementario respecto de estas prestaciones y se abona con carácter accesorio, revista la forma de pagos en caso de fallecimiento, invalidez o desempleo, o en forma de ayudas o servicios en caso de enfermedad, indigencia o fallecimiento. Con el fin de favorecer la seguridad financiera durante la jubilación, estas prestaciones adoptan normalmente la forma de pagos vitalicios aun cuando también podrán revestir la forma de pagos temporales o globales.

A efectos de ordenar toda esta regulación, el Reglamento 1094/10, 24 nov. ha creado la Autoridad Europea de Supervisión como Autoridad Europea de Seguros y Pensión de Jubilación. En relación a los planes y fondos de pensiones de empleo, la Autoridad actuará respetando la legislación laboral y de Seguridad Social de cada Estado miembro. El principal objetivo de esta Autoridad será el de proteger el interés público contribuyendo a la estabilidad y eficacia del sistema financiero a corto, medio y largo plazo, para la economía de la Unión, sus ciudadanos y sus empresas. Así logrará contribuir a mejorar el funcionamiento del mercado interior, en particular con un nivel sólido, efectivo y coherente de regulación y supervisión; velar por la integridad, la transparencia, la eficiencia y el correcto funcionamiento de los mercados financieros; reforzar la coordinación de la supervisión internacional; evitar el arbitraje regulatorio y promover la igualdad de condiciones de competencia; garantizar que los riesgos relativos a actividades de seguro, reaseguro y pensiones de jubilación están regulados y supervisados de la forma adecuada, y reforzar la protección del consumidor.

2. Sin llegar a aceptar la consideración como auténticos "*regímenes*", en general, las "*pensiones de empresas privadas*" han sido tratadas por los poderes

públicos con reticencia al inicio y con mayor permisividad en la actualidad. Hasta el punto de que, para muchos países, se trata de regímenes obligatorios que constituyen un segundo nivel de protección garantizado para los trabajadores. La necesidad de evitar que la protección se torne excesivamente selectiva -únicamente para determinadas categorías de trabajadores, únicamente para empresas de determinada dimensión, únicamente para determinados sectores- y el deseo de potenciar la movilidad laboral, justificarán la elección de un régimen obligatorio frente a uno voluntario, sin excluir la existencia de estos últimos como posibilidad adicional ⁽¹⁹⁾. Y como característica común destaca la libertad de la que gozan los promotores de estos regímenes privados complementarios en su creación, en la gestión administrativa y financiera y en la determinación de las prestaciones previstas.

Se impone asimismo el empleo como sinónimos de los términos "*complementario*" y "*profesional*" al considerar la protección complementaria como una protección profesional, que reconoce un tipo de previsión vinculada al salario del trabajador y, por tanto, consecuencia directa de una actividad profesional. Si bien, como se señala, la expresión "*regímenes privados*" plantea el problema de las fronteras, a veces difusas, con los regímenes públicos, y, en particular, el de la situación de los asalariados del sector público que no son funcionarios. Por su parte, la consideración de la expresión "*regímenes profesionales*" presenta el inconveniente de que es aplicable a todos los programas públicos específicamente dedicados a una profesión determinada y de justificar que se incluya en las estadísticas a los regímenes de funcionarios en países donde, al igual que la previsión profesional privada, completan un régimen universal. Sin olvidar cómo la protección complementaria encuentra en la negociación colectiva su principal fuente de creación toda vez que se excluyen expresamente del ámbito de aplicación de los Reglamentos 1408/71 y 883/04 todas las técnicas de aseguramiento que resulten extrañas por su fundamento o su estructura. Estos acuerdos, no concebidos como legislación, escapan así a su ámbito de aplicación. Considerando que el art. 155 del Tratado de Funcionamiento de la UE ha enfatizado la realización de este ámbito europeo de negociación, sólo se requiere que las partes sociales modifiquen sus estrategias negociadoras, ancladas en la actualidad en una organización nacional y no europea.

⁽¹⁹⁾ Países como Reino Unido y Dinamarca han optado por un nuevo programa general de pensiones complementarias dirigido a grandes grupos de la población activa. Otros, como Francia y Países Bajos, examinan nuevas fórmulas tales como garantizar una cobertura obligatoria basada en la relación contractual que los interlocutores sociales habrían establecido previamente. Se consigue así regímenes de pensiones complementarias de amplia base, obligando a las empresas de determinados sectores industriales o económicos -o, como ocurre en Francia, a todos los trabajadores del sector privado- a pertenecer a una red contractual de pensiones complementarias organizada y gestionada por los interlocutores sociales. La única diferencia entre uno y otro supuesto es que en los Países Bajos estos fondos serán capitalizados, mientras que en Francia funcionarán a través de un sistema de reparto. En concreto Países Bajos, Reino Unido, Dinamarca, Francia y Grecia mantienen la opción de los sistemas voluntarios como posibilidad adicional.

3. Como rasgos comunes de una definición destacarían la complementariedad que caracteriza a estos regímenes en tanto se destinan a garantizar que la persona cubierta adquiere el derecho a una prestación en dinero que constituye renta añadida a la debida por la misma contingencia en el régimen público; el origen colectivo de los mismos, por cuanto se trata de una cobertura colectiva, esto es, establece como beneficiario a un grupo de personas, entendiéndose que dentro de dicha cobertura se incluye la opción individual a adherirse a un sistema colectivamente planificado; la pertenencia obligatoria o facultativa al mismo en la consideración como obligatorio de un plan en el que se impone a la empresa la obligación legal o contractual de afiliar a sus trabajadores; con un perfil institucional muy definido pues los agentes que participan en el patrocinio de estos regímenes suelen ser las empresas, los sindicatos o los representantes de las profesiones o categorías en cuestión; el grado de libertad de creación de los mismos se encuentra limitado en cada país por una serie de normas, aceptadas por los interesados en virtud de las ventajas fiscales que traen consigo; con la exigencia de una entidad que asuma la responsabilidad de la gestión del patrimonio a fin de garantizar la protección de los intereses de quienes intervienen en estos compromisos (empresas, beneficiarios y miembros) a través de su representación en los órganos de dirección y gestión de los fondos creados. En fin, generalmente se trata de figuras que giran en torno a la vejez y a la jubilación preferentemente, dejando en un segundo plano al resto de prestaciones y postponiendo para un momento posterior, por ejemplo, el tratamiento del seguro complementario de enfermedad o de invalidez o de desempleo, aun cuando cada vez sea más frecuente ampliar la protección también a estas otras contingencias.

En cierto modo, constituye éste un ámbito desasistido, pese a la contradicción que supone el que sea uno de los que más recursos económicos moviliza, y caracterizado por una criticable falta de garantía en el ámbito nacional y, sobredimensionada, en el ámbito comunitario. La complejidad de estos sistemas complementarios y las marcadas diferencias entre unos países y otros y en el ámbito interno de cada país propician este deficiente tratamiento.

1.3. El crecimiento del espacio de las pensiones privadas en el ámbito europeo

1. Contradictoriamente, las fórmulas que complementan mediante la participación privada el ámbito público del sistema de protección social crecen en el ámbito europeo como consecuencia lógica de su espectacular aumento en los sistemas nacionales. Mas de un tercio de la población activa de la UE mantiene un sistema privado de previsión con carácter único o complementario al público. Y ello por diferentes razones ⁽²⁰⁾.

⁽²⁰⁾ WALSH, M. y MURRAY, J., *Pension Fund Investment*, Irish Association of Pension Funds, Irlanda, 1.993, PP-30-52, LANG, J., "La place des régimes complémentaires de retraite dans la protection sociale des travailleurs et leur incidence sur la libre circulation", *RBSS*, núm.3, 1.994,

La opción de estos regímenes complementarios por un sistema de capitalización frente al de reparto -salvo algunas excepciones como la de los "*régimes complémentaires par répartition*" franceses o las provisiones de balance de las pensiones de jubilación alemanas-, unido al apoyo institucional dotando a las provisiones contables provenientes de aquéllos con atractivas deducciones fiscales, a la creencia en que el impulso de estos fondos eleva el ahorro nacional, y por tanto indirectamente la inversión, y al poder que ostentan quienes gestionan estos fondos como consecuencia de la internacionalización de los mercados financieros, determinan un conjunto de factores que propician un avance vertiginoso en la consolidación de los mismos. No en vano, y al margen de los riesgos financieros que comportan, se reafirma la funcionalidad de los regímenes por capitalización por cuanto pueden facilitar la reforma de los sistemas de reparto ofreciendo prestaciones que compensen la reducción de las que son devengadas por estos últimos. Por lo demás, no ha de olvidarse que la consecución de fondos para invertir permite albergar a la UE la idea nada desdeñable de posibles cantidades destinadas a crear empleo. De esta forma, la protección complementaria se concibe asimismo como una posibilidad de desarrollar una fuente adicional de financiación al sistema de pensiones por cuanto contribuye a optimizar la rentabilidad de las inversiones, aumenta la seguridad y el crecimiento económico y estimula la creación de empleo.

2. Conviene subrayar asimismo un objetivo adicional. Y es que este tipo de regímenes complementarios privados no responden únicamente a la pretensión de mejorar las prestaciones de los trabajadores sino que sirven para satisfacer la exigencia de los empleadores de retener a los trabajadores más cualificados, que permanecerán en la empresa atraídos por estos sistemas y, de forma más genérica, aportarán bienestar -tranquilidad- a la plantilla. La obligada modificación de las relaciones laborales, constreñidas antes al ámbito nacional, dispuestas hoy para su adaptación europea, encuentra su causa en la ostensible transformación experimentada por el trabajador que se desplaza en el territorio de la UE. A diferencia de lo que sucediera en los años cincuenta o sesenta, la antigua figura del emigrante proveniente de las partes más pobres de Europa en busca de trabajo ha quedado desterrada por la de quienes transitan por territorio europeo en su calidad de trabajadores altamente cualificados. Disputados por empresas de distintos países, la pertenencia de estos trabajadores a grupos profesionales con elevado nivel de formación permite que negocien las condiciones de adaptación de su relación laboral a una movilidad geográfica que excede del mero traslado del trabajador.

De ahí que, a la funcionalidad antes apuntada de estos sistemas, se añada ahora su papel como mecanismo efectivo de gestión de recursos humanos. Precisamente una de las condiciones objeto de negociación no es sino la garantía en el mantenimiento de

los derechos adquiridos en el ámbito de la protección social complementaria, tan estrechamente unidos a la prestación de servicios en una empresa determinada y tan reacios a subsistir cuando el trabajador se incorpora a otra empresa distinta. Dado que el art. 45 del Tratado de Funcionamiento de la UE exige la remoción de cualquier obstáculo a la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores en el ámbito interno de la UE, nada debiera impedir que el trabajador "*de la Unión Europea*" pueda conservar todos sus derechos en el ámbito de la misma y, en especial, los derechos de protección social. A estos efectos, el art. 3 de la Directiva 98/49 define tanto los "*derechos de pensión*" como los "*derechos de pensión adquiridos*". En relación a los primeros se refiere a toda prestación a la que tengan derecho los afiliados y otros posibles beneficiarios en virtud de las normas de un régimen complementario de pensión y, en su caso, de la legislación nacional. En cuanto a los segundos se trata de todos los derechos a prestaciones obtenidos después de haber cumplido las condiciones requeridas por las normas de un régimen complementario de pensión y, en su caso, por la legislación nacional.

2. La garantía de las pensiones privadas en la Unión Europea. Los distintos modelos de protección de pensiones privadas en la Unión Europea

2.1. Financiación con cargo a reservas contables

1. A grandes rasgos y como se anticipara, existen dos modelos de protección de las pensiones complementarias privadas en la Unión Europea. Aquellos que se sustentan en fondos internos de las empresas y aquellos que se basan en fondos externalizados. Sin duda, el que presenta una mayor fragilidad en cuanto a su garantía es aquel que se basa en fondos internos. Pero, pese a ello, no representa ésta una fórmula extraña en los ordenamientos internos de los Estados miembros pues, conviene precisar, que, en muchas ocasiones, conviven ambos modelos en cada ordenamiento. De hecho, no son pocos los países que constituyen sistemas cuyos compromisos se encuentran respaldados por provisiones inscritas en el pasivo del balance empresarial, esto es, por reservas contables. Mediante este tipo de financiación, las empresas, en lugar de acumular activos inmobiliarios o financieros liquidables para pagar las pensiones, retienen las contribuciones y pagan las pensiones a partir de sus propios beneficios, figurando en el balance las obligaciones de pensión previstas. Un método arriesgado, en el que se comprometen sobremanera los pagos de futuro y la propia supervivencia de la empresa. Razones que obligan a las autoridades nacionales a exigir la suscripción de un seguro de insolvencia que garantice el cumplimiento de las pensiones comprometidas.

Sorprende que, pese a la escasa fiabilidad de este sistema de financiación, sean muy pocos los países que hayan optado por prohibir el mantenimiento de una protección complementaria basada en reservas contables. Así lo hicieron, inicialmente, Bélgica y los Países Bajos, autorizando exclusivamente la disposición de fondos separados, esto es, contratos de seguro o fondos de pensiones, para llevar a cabo esta financiación y así lo harán mucho más tarde otros países, como, por ejemplo, España, si bien, como se comprobará, no sin matices. Destacan, por el contrario, aquellos otros que han optado por mantener esta fórmula como rasgo definidor de su protección complementaria. En algunos casos, como sucede con Portugal, porque la dimensión de las empresas no ayuda a emplear otro tipo de mecanismo; en otros, como ocurre con Italia, porque la

flexibilidad permitida por el ordenamiento para organizar este tipo de fondos motiva su utilización por parte de las empresas. Una flexibilidad limitada por la exigencia de dos requisitos: que la protección complementaria haya sido establecida en Convenio Colectivo y que su gestión se halle asegurada por una persona jurídica (Cassa di Previdenza).

Pero, con todo, es quizá Alemania el ejemplo más paradigmático, debido al alcance que en este país ha tenido esta fórmula de financiación. Las empresas alemanas constituyen autónoma o negociadamente la protección complementaria, resultando extraña la contribución de los trabajadores a la financiación de estos sistemas. Con el fin de controlar este libre establecimiento, se limita el acceso a los beneficios fiscales a través de una serie de requisitos; a saber, que las reservas contables se constituyan por escrito, que sigan escrupulosamente las normas establecidas para las técnicas actuariales impuestas y que se encuentren afiliados a un seguro de solvencia (denominado Asociación de Seguros de Pensiones Mutuas). Su mayor efectividad radica, sin embargo, en el régimen fiscal establecido. Para la empresa, las dotaciones anuales a reservas, calculadas de acuerdo con las técnicas actuariales apuntadas, son deducibles fiscalmente; mientras, la reserva acumulada puede ser deducida de los activos gravables, introduciendo de esta forma un ahorro en los impuestos sobre el patrimonio. Por su parte, el trabajador sólo resultará gravado cuando perciba la correspondiente prestación. Junto a estas fórmulas, Alemania contempla no sólo la posibilidad de efectuar contribuciones adicionales a la Seguridad Social sino también la figura de los planes de pensiones además de la presencia de los fondos complementarios, esto es, entidades similares a las mutualidades o montepíos constituídas como sociedades anónimas por diferentes empresas para financiar las prestaciones sociales de sus empleados.

Destacan además, en este punto, los regímenes establecidos para estos fondos en dos países de la UE. Por un lado, Luxemburgo por cuanto, a diferencia de otros supuestos, no obliga a las empresas a asegurar su posible insolvencia para garantizar el pago de las pensiones complementarias, incrementando el riesgo de los beneficiarios. Por otro, Italia dado que, en su Estatuto de los Trabajadores, excluye expresamente las reservas contables destinadas a la protección complementaria del concurso de acreedores en caso de insolvencia de la empresa, subrayando el fin tan especial que dichos fondos cumplen y al que única y exclusivamente deben ir destinados.

2. Como una fórmula particularmente eficaz y de rasgos únicos, se encuentra el sistema de protección complementaria francés. Su carácter obligatorio, su financiación mediante el sistema de reparto -frente al generalizado sistema de capitalización que caracteriza a la práctica totalidad de estas medidas- y su gestión mediante compañías de seguros, instituciones de previsión paritarias o a través de mutuas de empresa o profesionales, dotan a este sistema de una identidad especial. Si a ello se añade que los derechos adquiridos de los beneficiarios se hallan protegidos contra la inflación mediante un sistema de "puntos" -cuyo valor permanece inalterado independientemente de cuándo se adquieran- y que se permite a los trabajadores contribuir individualmente para alcanzar el nivel óptimo deseado, su peculiaridad queda patente.

Dos instituciones, el ARRCO (Asociación de Sistemas de Pensión Complementaria) y el AGIRC (Asociación General de Instituciones de Pensiones de Mandos Superiores) concentran en torno a sí los principales recursos de la protección complementaria. El primero constituye dos tipos de reservas denominadas unas "libres"

y otras de "solidaridad" y destinadas estas últimas a asegurar la compensación entre las cargas y los ingresos de las distintas instituciones. El segundo, a su vez, dispone de reservas obligatorias que pueden ser reservas "de estabilidad", "de seguridad" y "de garantía". Las primeras, de estabilidad, se calculan con carácter anual por la diferencia entre las cuotas y las cargas para el conjunto de instituciones. Las segundas, de seguridad, deben permitir a las instituciones asociadas al AGIRC hacer frente en todo momento al pago de las cotizaciones del ejercicio y tienen fijado un máximo de un año del importe de las obligaciones. Y las últimas, de garantía, permiten mantener el nivel básico de cobertura en los casos de insolvencia.

2.2. Financiación con cargo a fondos externos

1. La desconfianza que envuelve a un sistema de protección complementaria financiado por fondos internos ha potenciado, sin embargo, la figura de los fondos externos como fórmula de futuro. En esta modalidad de fondos externos, la elección mayoritaria apunta a los fondos de pensiones, especialmente los contributivos, con prestaciones definidas y con el establecimiento de períodos de carencia que oscilan entre 5 y 20 años de permanencia para adquirir derechos en el plan de pensiones. Una fórmula, la de los fondos externos que, por otra parte, ha demostrado su eficacia en numerosos países del entorno europeo, destacando en este sentido el sistema británico. Del total de activos logrados por los fondos de pensiones en la UE, el 65% los poseen en la actualidad instituciones de previsión británicas que canalizan un importe aproximado del 80% del ahorro familiar. Más del 70% de los empleados fijos del Reino Unido están cubiertos por un fondo de pensiones debido a la posibilidad existente de renunciar a la denominada SERPS (Pensión Adicional Proporcional por Retribuciones) para acogerse a un plan privado de pensiones.

A diferencia de los países que mantienen los fondos internos, en los que se considera excepcional, en este caso es habitual que los trabajadores contribuyan a la financiación de estos fondos externos -con una media aproximada del 4.5% de sus salarios-, lo que les habilita para percibir la reserva matemática correspondiente a partir de un determinado período (corto) de permanencia en el fondo. La legislación ha ido afianzando y mejorando la situación de los beneficiarios, permitiendo, por ejemplo, que los trabajadores que se dan de baja del sistema puedan acceder a la revalorización de sus pensiones diferidas. Como en supuestos anteriores, para disfrutar de las ventajas fiscales establecidas han de cumplirse una serie de requisitos. Estos fondos se hallan sometidos a la supervisión de una institución creada *ad hoc* (Occupational Pension Board). Un sistema de garantías que, con ser exigente, no ha podido evitar experiencias desafortunadas que han concluido, bien que en ocasiones excepcionales (casos como el de Robert Maxwell o el fraude a los inversionistas de Barlow Colwes), en la más absoluta quiebra financiera de los fondos depositados por los trabajadores como consecuencia de una gestión incorrecta. Con el objeto de impedir que estas experiencias se repitan, la Comisión de Seguridad Social del Parlamento inglés, a propuesta de las Trade Union, aconsejaría adoptar una serie de recomendaciones, destacando por su interés la necesidad de que exista una absoluta separación de los fondos respecto de los activos de las compañías incluso con una auditoría independiente y la prohibición tajante para que la empresa absorba cualquiera de los activos de los fondos de pensiones por ninguna vía ⁽²¹⁾.

⁽²¹⁾ Proponen asimismo la obligatoriedad de considerar las contribuciones a los fondos de pensiones como salario diferido, siendo propiedad, por tanto, de los miembros del plan, quienes

La existencia de entidades con personalidad jurídica propia en algunos países que, como ocurre en el caso de Bélgica cuenta con la "Association sans but lucratif" (ASBL), la obligatoriedad de su constitución en otros, como Suiza, el protagonismo pleno del sistema creado por el Gobierno, que acoge a todos los trabajadores afiliados a la Seguridad Social, como ocurría en Grecia, o la presencia de diferentes fórmulas de cobertura, como sucede en Holanda (sistema de prestaciones fijas -todos contribuyen por igual y perciben según los años cotizados; sistema de acumulación -la protección se determina de acuerdo con el último salario recibido-; sistema de años de servicio -se obtiene una cantidad determinada por cada año de trabajo-; o, por último, sistema de edad -la cantidad varía según la edad de acceso al sistema-), imprimen nuevos rasgos al régimen de los fondos externos.

En la mayor parte de los supuestos la garantía se establece a través del control de las reservas técnicas y de las inversiones, observando que, en gran medida, los recursos se invierten en renta fija (pública o privada) tanto nacional como extranjera. Algunos casos destacan por su peculiar régimen fiscal que puede llegar a ser diferente en cada localidad, teniendo en cuenta que las entidades gestoras de los planes pueden negociar libremente el sistema fiscal aplicable en cada localidad, como ocurre con Bélgica a través de la "Association sans but lucratif" (ASBL). Sólo determinados supuestos contemplan algunos beneficios para la empresa si la gestión del fondo obtiene una rentabilidad adecuada (así, por ejemplo, Holanda premia con un descuento específico en la prima a abonar por la empresa cuando los rendimientos obtenidos por la compañía de seguros para el fondo sean superiores a un determinado porcentaje, alrededor de un 5%). Por lo general, dicha gestión se realiza de forma interna, garantizando la representatividad en los órganos superiores de gestión y control de trabajadores y empresarios. Siendo, sin embargo, cada vez más habitual acudir a fórmulas que combinan la gestión interna con la externa y para determinadas operaciones como la inversión de recursos, y, en algunos supuestos, incluso para la gestión económica y financiera íntegra de los fondos se recurre a entidades especializadas como las compañías de seguros.

2. Algunos aspectos críticos desincentivan, con todo, el recurso a esta fórmula externa ⁽²²⁾. A la estrecha relación que existe en la gestión de estos fondos mediante la inversión en acciones y valores que puede conducir a la ruina financiera, tal y como ha podido comprobarse en los tres últimos años, se añade la pérdida de poder adquisitivo

han de participar en todas las decisiones relacionadas con las inversiones; la introducción de un sistema efectivo de garantías; la creación de una normativa restrictiva de capitales en préstamo y autoinversiones de los fondos en la compañía matriz o subsidiarias en cualquiera de las formas directas o indirectas; el establecimiento de una autoridad de supervisión con poderes para asegurar que las leyes de pensiones se cumplen, que los fondos son usados solamente con el propósito de sus interesados y que cualquier cambio de la provisión, movilización o de estructura de los fondos o de las prestaciones ha de ser consultado a los partícipes.

⁽²²⁾ JAMES, C., "Los Fondos de Pensiones, el fracaso de la previsión privada", *TL*, núm.3, 1.985, 9-33, GONZALO GONZALEZ, B., "El Mutualismo de Previsión y la Seguridad Social complementaria en España", en AAVV, *El sector no lucrativo en España*, Escuela libre editorial, Madrid, 1.993, pág. 342, ALMAJANO PABLOS, L.M., "Normas y propuestas normativas comunitarias en materia de previsión social complementaria. En particular, los compromisos por pensiones con los trabajadores", *Actualidad Administrativa*, 1.994, t.I, pág. 181, TAMBURI, G., "Les retraites complémentaires dans l'Europe communautaire: quelques aspects", AAVV, *Les retraites en France. Le rôle des régimes complémentaires. Notes et études documentaires*, La Documentation Française, París, 1.994, vol.5, pp. 95 y 96.

de estas pensiones que permanecen estáticas, sin que en ellas repercuta el crecimiento de la inflación. Por lo demás, los dividendos obtenidos provienen de los más altos precios pagados por los consumidores y de los más bajos salarios recibidos por los trabajadores. Constituyen, por último, estos fondos una extraña manera de proporcionar pensiones puesto que dan origen a imperios financieros que amenazan con tomar posesión de la economía nacional y que, de hecho, están detrás de la especulación financiera que ha originado y mantiene la persistente crisis económica mundial. Resulta, pues, una paradoja que, quienes siembran la inestabilidad económica y la pérdida de puestos de trabajo directa o indirectamente, se presenten como los garantes de las pensiones de aquellos que se sienten desprotegidos precisamente como consecuencia de la crisis.

Por eso, cada vez es más frecuente dotar a estas fórmulas de protección complementaria externa de una personalidad jurídica más definida y consolidada. Asociaciones, fundaciones, cooperativas, mutualidades de previsión social o mutuas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales se caracterizan por una base asociativa o fundacional, de adscripción voluntaria u obligatoria, que responde fielmente a la finalidad de previsión complementaria. Aun cuando el régimen jurídico de estos sistemas se encuentre más definido en cada uno de los Estados miembros que el que se refiere a los fondos de pensiones o al contrato de seguro, existe la pretensión de que funcione la Mutualidad Europea. Su objeto principal, la previsión complementaria, será compatible con otro tipo de actividades y que se presenta como el instrumento preferente para completar las prestaciones básicas de la Seguridad Social. Objetivo principal de la misma será la obtención de las ventajas del mercado europeo en similares condiciones a las sociedades anónimas, sin para ello perder su condición de sociedad personalista. A él se suma la intención de facilitar el libre establecimiento, la libre competencia, el desarrollo económico y la capacidad para efectuar actividades transaccionales dentro y fuera de la UE.

Definida como una agrupación de personas que garantiza a sus socios, mediante el abono de una cotización, el pago íntegro de los compromisos contractuales adquiridos en el marco de las actividades autorizadas por los estatutos (previsión, seguros, asistencia sanitaria, crédito, etc), la Mutualidad Europea admite que la previsión complementaria de las mutualidades de previsión nacionales pueda articularse a través de la actividad aseguradora. Su creación podrá asegurarse o bien con el interés manifestado por un mínimo de dos mutualidades de previsión social que tengan su domicilio social y su administración central en, como mínimo, dos Estados miembros o bien con un mínimo de 550 personas físicas que residan al menos en dos Estados miembros cuando su objeto esencial sea ajeno a la previsión. No obstante, la crítica a la permanente confusión de las mutualidades de previsión con las mutuas de seguros - entidades que conocen un tratamiento muy distinto en la práctica totalidad de los países europeos-, podría hacer fracasar el objetivo pretendido con la constitución de la citada Mutualidad Europea.

3. La consecución de un régimen común para la participación privada en la protección social europea

3.1. Libre circulación de trabajadores y garantía transfronteriza de los derechos derivados de la protección privada

1. Conseguido un cierto grado de homogeneización en la protección básica, se trata de lograr un mismo nivel en la protección complementaria para culminar el proyecto de "*protección social adecuada*" en el ámbito de la UE. El reto parece claro: la libre circulación de trabajadores y de capital debe garantizar el mantenimiento de los derechos derivados de la protección complementaria privada en el ámbito de la UE. En materia de protección complementaria este planteamiento ha de efectuarse necesariamente tanto desde la perspectiva de los económicamente activos como de los económicamente inactivos. Y, por tanto, la de quien, cuando se halla en activo, participa en la financiación de los sistemas como la de quien, cuando suspende su prestación laboral o se retira definitivamente del mercado de trabajo, recibe una prestación social complementaria. Expresamente se consideran inactivos (Reglamento 1251/70 y Directivas 75/34/CEE y 90/365/CEE, principalmente), los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional⁽²³⁾.

Y es que, desde bien temprano, se plantea la necesidad de tratar de evitar que los trabajadores se encuentren obligados a abandonar el territorio en el que trabajan o han trabajado para poder disfrutar de la protección social que dispensa otro Estado, por regla general el de origen. Algunos avances en esta materia ya parecen constatables. Así, el pago de las prestaciones complementarias en cualquier país de la Comunidad es desde hace tiempo posible o, por ejemplo, se considera de todo punto improbable que en sistemas como los que se analizan, basados en la autonomía privada, pueda resultar determinante el dato de la residencia de los beneficiarios en el acceso al derecho a la prestación correspondiente; la exigencia de un período de espera o de un período de calificación se torna, por último, de difícil cumplimiento en estos supuestos. Razones por las que se ha llegado a afirmar que si se dificulta el acceso en el ámbito comunitario a la protección complementaria puede apreciarse la paradoja de que, tal vez sea más fácil adquirir una protección internacional complementaria que una protección intracomunitaria, olvidando que los Tratados de la UE imponen la existencia de un procedimiento que facilite el acceso a todo tipo de prestaciones derivadas de la protección social, incluida la complementaria.

De ahí que el Consejo de la UE recomiende, ya desde el año 92 (Recomendación 92/442, antes citada) la promoción, cuando sea necesario, de los cambios en las condiciones que regulan la adquisición de pensiones y especialmente de pensiones suplementarias con objeto de eliminar obstáculos a la circulación de los trabajadores por cuenta ajena. Exige, así, una adecuada protección a los derechos, adquiridos o en curso de adquisición, de los partícipes y antiguos partícipes de planes de pensiones complementarios que se desplacen de un Estado miembro a otro dentro

⁽²³⁾ Vid sobre los mismos, JIMENEZ DE PARGA MASEDA, P., *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria*, Tecnos, Madrid, 1.994, en especial, pp. 49-95.

de la Unión Europea, mediante, entre otros, el requerimiento de una gestión eficiente habida cuenta de los derechos, necesidades y situación de los interesados. Hoy por hoy, este tipo de protección cuenta en el entorno comunitario con un ámbito objetivo estrecho dado que se refiere casi exclusivamente a la conservación de los derechos de pensión en los planes de pensiones tanto voluntarios como obligatorios, con la excepción de los ya cubiertos por el Reglamento 1408/71.

2. Pues bien, este objetivo se logrará si se garantiza una mayor flexibilidad en los requisitos para adquirir los derechos complementarios. Se trata, sin duda, de un elemento determinante para la eliminación de obstáculos a la movilidad de los trabajadores asalariados. Y es que la necesidad de una afiliación transfronteriza ha sido puesta de manifiesto en el ámbito de la UE, exigiendo incluso que se concentren en un solo órgano las decisiones a adoptar a este respecto para garantizar su mejor aplicación. En especial, este tipo de medidas se impone para sistemas colectivos tales como sociedades multinacionales o empresas de dimensión comunitaria, cada día más numerosas. Incluso se ha llegado a proponer la definición de un formato y de unas normas del modelo de Régimen Complementario Europeo de Pensiones, eventualmente como anexo al Estatuto de la Sociedad Europea. El objetivo sería que las compañías europeas, de acuerdo con la definición que figura en el Estatuto citado, pudieran adoptar este régimen específico para cubrir a sus empleados en todos los Estados miembros, sometidos expresamente a este régimen común. De forma similar a como se resuelve en las pensiones públicas, la afiliación transfronteriza presupondría que el trabajador pudiera seguir afiliado al mismo sistema de pensiones, que el nuevo empleador aceptara pagar cotizaciones a ese mismo sistema, que dichas cotizaciones se encontraran exentas de impuestos y que la participación en un fondo de pensiones extranjero no se hallara prohibida en ninguno de los dos países de empleo. Desde esta perspectiva, la solución individual es mucho más sencilla y factible que la solución colectiva sobre la que pesan mayores dificultades de homogeneización.

Situación excepcional que se extendería a los trabajadores temporales para los cuales se propone acudir a una afiliación de base acumulativa, mediante la suma de todos los períodos de servicio cumplidos. Planteamiento ampliable a todos aquellos que hubieran trabajado con una variedad de empresarios y a la necesidad para éstos de admitir la suscripción de planes personales de pensión transferibles y susceptibles de recibir cotizaciones apropiadas por parte de los empresarios. Y con una posición especial para los trabajadores desplazados o "asalariados destinados" por la misma empresa o empresas asociadas a otros países. A estos efectos, se considerará trabajador "desplazado" a un empleado que es transferido por período no superior a cinco años a una oficina de su empresa, a empresa asociada o a empresa afiliada o a un empleado que continúa recibiendo la remuneración de su empleador pero trabaja por un período no superior a cinco años al servicio de otra empresa, siempre en un Estado miembro diferente a aquel en el que se ha constituido el plan de pensiones

complementario aprobado por la empresa empleadora. A diferencia de otros colectivos, parece evidente que estos trabajadores podrían continuar perteneciendo al régimen del país de destino y cotizando, por tanto, en el mismo dado que su pretensión inicial y a corto plazo es regresar a dicho país, muy al contrario de quienes se trasladan, cuyas reglas de pertenencia han de ser razonablemente, aunque no necesariamente, más complejas. Ciertamente, en estos trabajadores se aprecia con mayor dificultad el hecho de que dispongan de derechos ya consolidados. Si en el momento de efectuar el traslado el trabajador no ha cumplido el período mínimo de carencia no habrá adquirido derecho alguno susceptible de ser preservado. En todo caso, esta situación no puede ser protegida de forma diferente a la de quienes, en esta misma circunstancia, cambian de empleo dentro de un mismo Estado miembro o en otro Estado por un plazo de tiempo muy superior. La equidad en la conservación de derechos de todos estos supuestos se impone pues, de lo contrario, sería concebida como una "pérdida indebida" respecto al tratamiento dispensado a los nacionales.

En fin, se trata de coordinar las medidas necesarias para eludir cualquier exigencia que obligue a los trabajadores migrantes a interrumpir el pago de las cotizaciones en el régimen de su país de origen, evitar que se le obligue a cotizar al régimen del país de destino, asegurar que se mantienen las ventajas fiscales -si bien el trabajador estará sometido a la fiscalidad del país de destino donde deberá abonar sus correspondientes impuestos- y, entre otras, establecer reglas a la duración máxima de destino que permita beneficiarse de este régimen de mutuo reconocimiento. A sabiendas, en todo caso, de que este tipo de medidas pasa por un acuerdo explícito entre el empleador del país de origen, el empleador del país de acogida y el trabajador.

3. Se impone asimismo la adopción de una solución en torno a la forma de adquisición: exigiendo un número mínimo de años cotizados, reclamando un número de años de permanencia -aunque no en todos se haya procedido a la cotización-, considerando la necesidad de que el hecho causante sobrevenga mientras se halle en activo y, por tanto, integrado en alguno de estos regímenes, etc. Algunos países se enfrentan a serias dificultades para conseguir la uniformización en este punto. Es el caso de Alemania en cuyo ordenamiento existen varios regímenes complementarios que requieren de largos períodos de cotización para la adquisición del derecho a la protección complementaria. De ahí que se intente limitar el período mínimo requerido. No puede ocultarse a este respecto que la amplitud de los períodos de carencia para el reconocimiento de los derechos despliega una influencia negativa en la movilidad del trabajador por cuanto éste habrá de rechazar empleos transfronterizos si no quiere perder su protección complementaria o incluso si no desea ver gravada en exceso su contribución al cambiar de régimen de cobertura, más exigentes en algunos países que en otros. De esta forma, las condiciones de consolidación o adquisición y

los períodos de carencia pueden llegar a propiciar un importante recorte en los derechos después de una carrera definida por los frecuentes cambios en el empleo.

Ahora bien, las opciones en este punto son limitadas; o bien la UE no legisla en relación a cuál sea el período de tiempo razonable para adquirir derechos en un sistema complementario o bien se establece un período homogéneo en todos los países europeos, pudiendo concretarse asimismo un período máximo por debajo del cual los países regularán con total libertad el grado exigido o establecer, por último, la prohibición de que los Estados incrementen el período previsto en la actualidad para impedir que se generen mayores obstáculos. Nada obliga a que tal solución haya de ser adoptada por el legislador comunitario, pudiendo ser también los agentes sociales quienes faciliten, mediante acuerdo social, una decisión al respecto.

3.2. Reglas básicas para la adopción de un régimen común

1. Para lograr una regulación común se imponen una serie de precisiones. En todas las propuestas que se han sucedido sobre la materia ha sido la Directiva el instrumento jurídico elegido. Es éste y no otro el que mejor representa la necesaria regla de la subsidiaridad legislativa, en la medida en que se limita a fijar grandes objetivos a alcanzar por los Estados miembros sin entrar en los detalles precisos de organización o funcionamiento en cada uno de ellos. En tanto existe una multiplicidad de regímenes complementarios, en su mayor parte no obligatorios, se propone únicamente el establecimiento de un marco general de objetivos, dejando que sean los Estados los que elijan libremente las medidas a adoptar para ponerlos en práctica. Habrían de ser los agentes sociales quienes, al modo en que participan en el ámbito nacional, intervinieran en la fijación de las condiciones de adquisición de derechos, los métodos de financiación, el nivel de prestación, la transferibilidad de los derechos adquiridos, etc, en el ámbito comunitario.

En todo caso, no cabe duda de que el papel legislativo de la UE en este punto será determinante dado que cualquier error que se cometa, al tratarse de sistemas aún no suficientemente consolidados en el ámbito nacional, podrá suponer no sólo el estancamiento sino incluso el retroceso de estos regímenes. De ahí que vaya adquiriendo cada vez más peso la voluntad de crear un *"Foro Europeo de Pensiones Privadas"* en materia de derechos a una pensión complementaria para la migración transfronteriza. Un lugar de debate integrado, principalmente, por los interlocutores sociales, los administradores de los fondos de pensiones (a través de representantes) y las autoridades reglamentarias nacionales. Foro en el que cada Estado deberá designar una persona para representarle y en el que la Comisión nombrará seis representantes de los agentes sociales y seis de los planes de pensiones complementarios a partir de las propuestas de las organizaciones más representativas, estando auspiciado en todo momento por la Comisión. En cualquier caso, de crearse, le estarán encomendadas, como principales funciones, el seguimiento del impacto de las decisiones legislativas,

la mediación para facilitar la negociación de acuerdos sobre transferibilidad e intercambio de informes de expertos a los agentes sociales, entre otras. No habiendo sido fijado el plazo concedido a los Estados miembros para promover las leyes, normas o disposiciones normativas necesarias, bastará con que al final de dicho período los agentes sociales hayan adoptado conjuntamente acuerdos referidos a ciertos aspectos de esta pretensión normativa.

2. Con todo, la creación de un marco unívoco sobre esta materia no está exenta de dificultades. Por un lado, se aprecian razones de naturaleza técnica. Se trata de decidir si la mejor forma de regular la protección social privada en la UE es a través de la armonización o de la coordinación en las reglas de aplicación de dicha protección. Por una parte, la armonización exige utilizar normas de eficacia directa, y muy probablemente comenzar con normas de contenido mínimo con el objeto de garantizar el cumplimiento de las mismas. Por lo que se refiere a la coordinación, la experiencia avala su consagrado éxito a través de un cúmulo de reglas garantizadoras de la aplicación uniforme de un sistema europeo de Seguridad Social con los Reglamentos 1408/71 y 574/72 y con el actual 883/04. Una coordinación que debería tender a completar y no a minar las disposiciones legales nacionales, con el respeto a los compromisos adquiridos y a las preferencias ya establecidas y que habría de estar basada en la preexistencia de un marco semejante al que se posee en los regímenes legales ⁽²⁴⁾. La coordinación es, por ende, la opción avalada por la Comisión de la UE al considerar que así como en el campo del mercado de seguros, de vida o de no vida,

⁽²⁴⁾ En particular las reglas de armonización contenidas en las Terceras Directivas de Seguro de Vida y presentes asimismo en la Primeras y Segundas Directivas de Seguro de Vida. A estos efectos, el proceso de armonización sobre este punto se concibió de forma escalonada. En primer lugar, se trataba de garantizar la libertad concedida a las entidades de abrir agencias y sucursales en el territorio de otro Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales [Primeras Directivas]; le seguiría la necesidad de garantizar la libertad concedida a las entidades de ofrecer productos de seguro en el territorio de un Estado miembro sin necesidad de abrir una agencia o sucursal [Segundas Directivas]; y, por último, las Terceras Directivas perseguirán un triple objetivo: armonización de las normas que regulan el control financiero de la actividad aseguradora; reconocimiento mutuo de las autorizaciones y de los sistemas de control de cada uno de los Estados miembros; y concesión de una autorización única válida para todo el territorio de la Comunidad junto con la atribución del control de conjunto de la actividad desarrollada por una entidad aseguradora a la autoridad de control de su Estado de origen. *Vid* sobre la consecución de este triple objetivo, M.del VALLE SCHAAN, "La incorporación de las Terceras Directivas comunitarias", *Noticias de la UE*, núms. 139-140, 1.996, pp.121-126. Nada impediría, por lo demás, ampliar el alcance de estas normas, en especial las que se refieren a los contratos de seguros de vida de grupo en los que tendrían cabida los caracteres propios de los fondos de pensiones, logrando así una armonización entre éstos y aquéllos y una normativa global que incluyera una regulación más completa de los instrumentos de protección complementaria más importantes. Un análisis más detallado de la armonización o coordinación en la materia en PIETERS, D., "Consecuencias del Mercado Unico Europeo para los sistemas nacionales de Seguridad Social: ¿Vamos hacia una armonización con vistas a 1.993?", AAVV, *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, MTSS, Madrid, 1.992, pág. 271, BROSCCHER, A., "La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en la perspectiva del establecimiento del mercado interior", en AAVV, *Los sistemas de Seguridad Social y el Mercado Unico Europeo*, MTSS, Madrid, 1.993, pág. 28 y OJEDA, A., *El sistema común europeo de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.996, en especial pp.9-36.

las reglas son homogéneas y permiten una armonización de las mismas, en el ámbito de la protección complementaria la realidad se muestra bien distinta. Los métodos de capitalización, la cuantía de los activos retenidos, el perfil jurídico e institucional e incluso la presión legal presentan diferencias y se convierten en peculiaridades nacionales celosamente preservadas y poco susceptibles de permitir la aplicación de reglas de armonización sobre las mismas. Una dificultad que se suma a la más común según la cual algunos países comunitarios no logran ni siquiera establecer reglas entre los diferentes sistemas obligatorios que conforman su protección complementaria nacional, recurriendo a soluciones alternativas, como, por ejemplo, la aplicación de normas transitorias.

Iniciar un proceso de coordinación supondría la promoción de normas de común reciprocidad en aspectos de muy diversa índole: patrocinio y creación de planes de pensiones y grado de representación de las empresas y miembros del plan; plazos de adquisición de derechos y de espera; separación de activos de los patrocinadores del plan de los de la institución de pensiones o regímenes equivalentes para asegurar el pago de los derechos acumulados en caso de insolvencia del patrocinador; preservación de derechos y valores justos de transferencia; determinadas cuestiones fiscales; protección de los derechos de los miembros, etc; aspectos todos que debieran ser precisados a través de esos esfuerzos de coordinación. Sobre todo si se aprecia la reacción escéptica de algunos sectores de significación especial en esta materia, como el sector bancario, que califica de innecesaria cualquier intervención reguladora en la materia

3. Pero, además, destacan otras reticencias de diferente naturaleza. Así, la dificultad de crear un mismo marco jurídico para el sistema de seguros y para la protección complementaria. La adopción de diferentes perspectivas para resolver los problemas surgidos en uno u otro sistema impide que se consolide un tratamiento unívoco de la protección complementaria. Por otra parte, no faltan quienes consideran que cualquier Directiva sobre esta materia es innecesaria por cuanto los activos depositados en los distintos fondos -internos o externos- de las empresas se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 88/361/CEE, principalmente.

En gran medida, el estancamiento en la capacidad legislativa de la UE se debe, a su vez, a la postura contraria defendida por algunos Estados miembros (Italia o Portugal, por ejemplo) que, habiendo efectuado un importante esfuerzo de promoción activa de los fondos de pensiones, confían en invertir los activos en el ámbito nacional, fracasando en su pretensión si se facilita la expatriación del ahorro en beneficio de mercados extranjeros más rentables. Por eso no se considera esta legislación europea sobre pensiones complementarias una prioridad legislativa dado que desencadenaría mejoras paralelas de las transferencias nacionales de derechos de pensión. La evidente rigidez de las distintas estructuras de pensiones complementarias observadas en los distintos países, el diferente recurso a los contratos tradicionales de

seguro y la naturaleza voluntaria de diversos regímenes de pensiones plantean numerosas dudas sobre la efectividad de una legislación en este punto. Adviértase, además, que los Estados miembros no tienen incentivo específico que les obligue a modificar espontáneamente el método de legislación, financiación y supervisión de las pensiones complementarias.

Por lo demás, un régimen jurídico muy rígido en la protección complementaria privada resultaría contraproducente para la empresa; si se exigiera, por ejemplo, una cierta antigüedad, se dificultará la rotación en la misma; si se garantizara esta protección únicamente para quienes se retiren siendo trabajadores activos en ella, se estaría impidiendo no sólo la movilidad sino el desarrollo de sectores nuevos en tanto a los empresarios les resultará mucho más difícil contratar personal cualificado para potenciar dichos sectores. Por otro lado, la estabilidad inicialmente demandada no se contradice con la exigencia de un margen de maniobra amplio para la empresa. Una vez adoptada la decisión de establecer un plan de pensiones, la empresa exige libertad suficiente para planificar el método de financiación y gestión que mejor se adapte a sus circunstancias particulares. Por su parte, para el trabajador supone principalmente el beneficio de mejores prestaciones. Las estadísticas demuestran que la satisfacción en las tasas de sustitución de los regímenes públicos -rentas previas a la jubilación/rentas por jubilación- se consigue mejor en los niveles medio y bajo de rentas, resultando menos atractivos dichos regímenes para las rentas más altas que buscan la proximidad con sus ganancias previas a través de los regímenes complementarios. El establecimiento de límites máximos de percepción en los sistemas públicos desincentiva el efecto sustitución y provoca una insatisfacción generalizada en estas últimas. Además, el interés se antepone si se considera la importante reducción impositiva que se le aplica durante la etapa en que el trabajador permanece en activo contribuyendo a estos regímenes complementarios.

Sin olvidar otras dificultades de no menor entidad. Así, la heterogeneidad en la cobertura de estos regímenes complementarios que ha de salvar no sólo las diferencias intercomunitarias sino la diversidad interna en cada Estado miembro. En algunos casos, y, como se expusiera, los períodos exigidos para la adquisición definitiva de los derechos son excesivamente largos y, por tanto, de difícil consecución para el trabajador. Se aprecia, a su vez, una clara tendencia a propiciar discriminaciones indirectas si, por ejemplo, la jubilación se percibe a través de una cantidad a tanto alzado, en cuyo caso la mujer recibirá una cuantía relativamente más baja que la del hombre debido a su mayor longevidad. No existe, por lo demás, garantía alguna contra los efectos de la inflación y el rendimiento de los depósitos responde únicamente a una mera expectativa. Siendo, en fin, el principal inconveniente la falta de garantía en la percepción de las prestaciones y en la gestión de los fondos que sustentan la protección complementaria.

CAPÍTULO II.

LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA PROTECCIÓN SOCIAL ESPAÑOLA

I. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN SOCIAL: SEGURIDAD SOCIAL, SANIDAD Y ASISTENCIA SOCIAL. 1. Un modelo de protección social condicionado por la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas. 2. Un particular modelo de protección social: la protección de los extranjeros extracomunitarios. 3. La viabilidad de la protección social en España. **II. LÍMITES A LA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL ENTRE ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL.** 1. La regulación de la protección social en los Estatutos de Autonomía. 2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la delimitación competencial en materia de protección social. 2.1. La delimitación de las competencias exclusivas del Estado en materia de Seguridad Social como principal punto de referencia. 2.2. El alcance de las competencias exclusivas, compartidas o únicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 2.3. Sobre el cumplimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los ciudadanos en territorio nacional. 2.4. Límites y condiciones para efectuar la compensación interterritorial. 3. La progresiva asistencialización de la Seguridad Social: dificultades conceptuales en torno a la Seguridad Social y la asistencia social y dificultades competenciales en torno al reparto entre Estado y Comunidades Autónomas. 3.1. La competencia estatal sobre las prestaciones o pensiones no contributivas y la competencia autonómica sobre sus complementos. 3.2. La naturaleza asistencial o contributiva de los complementos para mínimos. **III. EL ESPACIO DE LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL ESPAÑOL.** 1. La constitucionalidad de la protección complementaria privada. 2. Diferencias y semejanzas entre la participación pública y la participación privada en el sistema de protección social. El rechazo a la incompatibilidad de fórmulas privadas en el ámbito de la protección social. 2.1. La protección social no constituye función exclusiva de los poderes públicos. 2.2. Obligatoriedad del sistema público frente a voluntariedad del sistema privado. La existencia de fórmulas obligatorias en el ámbito privado y de fórmulas voluntarias en el ámbito público. 2.3. El sistema de reparto para el ámbito público y el de capitalización para el ámbito privado. Ejemplos de capitalización en el ámbito público. 2.4. La exclusión de la protección complementaria privada del ámbito de la Seguridad Social pero no de la protección social. 3. Distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en la protección social complementaria privada.

I. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN SOCIAL: SEGURIDAD SOCIAL, SANIDAD Y ASISTENCIA SOCIAL

1. Un modelo de protección social condicionado por la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas

1. La Constitución Española no hace referencia alguna al término protección social. Constituiría, sin embargo, una imprecisión inaceptable considerar que, precisamente por ello, en nuestro país no existe un sistema de protección social. Bien al contrario, de una interpretación sistemática e integradora del texto constitucional no cabe si no concluir la presencia en el mismo de una protección social compuesta por la Seguridad Social, la sanidad y la asistencia social ⁽²⁵⁾. Sin esta categorización no se entendería, entre otros aspectos, la delimitación competencial llevada a cabo en los arts. 148 y 149 CE.

Aun cuando haya sido tradicional centrar la atención en el sistema de Seguridad Social, se impone hoy un análisis mucho más amplio. Por un lado, porque la integración en la UE obliga, como se ha expuesto en el capítulo anterior, a utilizar conceptos homogéneos, comparables entre los países miembros; por otro, porque la distribución competencial apuntada, recomienda el recurso a una noción más amplia, aceptando que

⁽²⁵⁾ En terminología ya clásica de VILLA GIL, L.E. de la “Las pensiones sociales: problemas y alternativas”, en AAVV, *Pensiones Sociales. Problemas y Alternativas. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 1999, pp.3-34 y con anterioridad en “Reforma de la Seguridad Social y Estado de bienestar social en España”, AAVV, *Reforma laboral, tutela judicial y derechos fundamentales. Estudios en homenaje a Juan Antonio Linares Lorente*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997, pp. 357-377 y “Protección social privada y protección social pública. Dos técnicas convivientes”, en AAVV, *Las reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica*, Madrid, Organización Iberoamericana de Seguridad Social, 1998, pp. 127-147. Su desarrollo posterior en “El contenido constitucional de la asistencia social” en AAVV, *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al prof. Alonso Olea. Academia Iberoamericana de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 2003, pp. 587-603, “El sistema público de pensiones, Ámbito para las pensiones privadas” en AAVV, *El sistema de pensiones en España. 25 Aniversario del Instituto Nacional de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 2003, pp. 217-240, “El modelo constitucional de protección social”, en AAVV, *El modelo social en la Constitución Española*, Navarra, Aranzadi, 2003, pp. 67-88 y “El derecho constitucional a la salud”, en AAVV, *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Libro Homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer*, Madrid, La Ley, 2007, pp. 967-1004. Otras definiciones sobre protección social LÓPEZ LÓPEZ, J., *Marcos Autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, Madrid, Marcial Pons, 1993, BORRAJO DACRUZ, E., “Sistema de protección social”, en AAVV, *Tendencias sociales en España*, Bilbao, Fundación BBV, 1994, pp. 165-198, ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Hacia el Derecho de la protección social”, en AAVV, *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 11-34, LANDA ZAPIRAÍN, J.P., “Desde el sistema público de Seguridad Social hacia un modelo global de protección social tutelado públicamente”, en AAVV, *Pensiones Sociales. Problemas y alternativas. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social... op.cit.*, pp. 49-59; MÁRQUEZ PRIETO, A., *Seguridad Social y protección social: un enfoque conceptual*, Universidad de Málaga, Málaga, 2002, MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A., *Protección social, Seguridad Social, Asistencia Social*, Madrid, CES, 2005 y SUÁREZ CORUJO, B., *La protección social en el Estado de las Autonomías*, Madrid, Iustel, 2006.

todos estos elementos de cobertura se hallen comprendidos en el genérico ámbito de la protección social y no así en el de Seguridad Social.

Esta opción debe ser, no obstante, matizada. En primer lugar, porque, como se destacara, la definición de protección social no es unívoca y ni tan siquiera cabe diseñar un contenido único para la UE pese a que una descripción genérica permita efectuar las distintas comparaciones entre los Estados miembros. En segundo término, porque, realidades como la protección por dependencia –situada unas veces en el ámbito de la Seguridad Social, otras en el sanitario y otras en el de la asistencia social-, obligan a redimensionar el concepto de protección social, olvidando en ocasiones las fronteras entre Seguridad Social, sanidad o asistencia social y centrando la atención únicamente en el riesgo y su cobertura más allá de cualquier otro planteamiento, salvo los condicionantes competenciales que en cada caso se impongan. Y, por último, porque se trata de un concepto permeable pero de tendencia expansiva pues se incorporan a él riesgos y prestaciones que difícilmente serán excluidas con posterioridad aunque pueda variar su naturaleza y se sitúen, en función de la coyuntura, dentro o fuera de la Seguridad Social, dentro o fuera de la sanidad y/o dentro o fuera de la asistencia social.

2. Con la Constitución, el modelo clásico o tradicional de Seguridad Social se integra, de hecho, en un ámbito más amplio como es el de la protección social. Por su parte, la Seguridad Social deja de responder a una fórmula simple para pasar a ser compleja toda vez que el art. 41 CE reúne diferentes binomios que permiten calificarlo como "mixto" ⁽²⁶⁾. A partir del mismo podemos aludir a un sistema público pero también a un sistema privado (*"la asistencia y prestaciones complementarias serán libres"*) y será necesario referirse a un nivel contributivo pero también a uno no contributivo (*"los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social"*, siendo un régimen *"para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad"*). Esta complejidad, junto a la concepción originariamente profesional de nuestro sistema de Seguridad Social y la alusión al nivel complementario en el último inciso del art. 41 CE, ha llevado a distinguir los tres niveles por todos conocidos, el asistencial, el contributivo y el complementario.

Con un matiz, obligado tras la aparición de la protección no contributiva en 1990 con la aprobación de la Ley 26/90, 20 dic., BOE, 22, de pensiones no contributivas (en adelante, LPNC). Con ella se refuerzan los requisitos del nivel contributivo en el que *"nada de extraño tiene que en su nacimiento, contenido o características influya, más o menos decisivamente, el historial asegurador como cotizado del beneficiario, esto es, que el nacimiento del derecho y/o la cuantía de la prestación esté en función de la existencia e importe de las cotizaciones previas"* [SS.TC 377/93, FJ 2]. El nivel asistencial quedaría así diferenciado del nivel contributivo y del complementario, concurriendo en estos dos últimos un elemento común, el de la contribución al sistema de los sujetos protegidos. En virtud de esta diferenciación, habría que atender a una *"Seguridad Social no contributiva"* distinta a una *"Seguridad Social contributiva"* en la que se incluirían la *"Seguridad Social básica u obligatoria"* y la *"Seguridad Social*

⁽²⁶⁾ LÓPEZ CUMBRE, L., "La conformación del sistema mixto de pensiones y su evolución", en AAVV, *Cien años de protección social en España. Libro conmemorativo del I Centenario del INP*, Madrid, MTAS, 2007, pp. 489-544.

complementaria o voluntaria", ambas de origen profesional. En definitiva, nuestro sistema de Seguridad Social se basa en el principio contributivo sin que haya sido superada totalmente su relación con el esquema típico del seguro privado, que está en la base de los primitivos seguros sociales que son el antecedente de la Seguridad Social [SS.TC 65/87 y 134/87].

2. Un particular modelo de protección social: la protección de los extranjeros extracomunitarios

1. Especial consideración merece en esta aproximación constitucional conceptual a la protección social el diseño especial que efectúa la Ley Orgánica de Extranjería a la protección social de los extranjeros. La LOEx dedica al menos tres preceptos para estructurar la protección social de los extranjeros. El art. 10 ("*Derecho al trabajo y a la Seguridad Social*"), el art. 12 ("*Derecho a la asistencia sanitaria*") y el art. 14 ("*Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales*")⁽²⁷⁾ reproduciendo el esquema propio de la protección social antes descrito, esto es, Seguridad Social, sanidad y asistencia social⁽²⁸⁾. De ser así, y salvadas las contradicciones e incorrecciones que una legislación atropellada como la de extranjería manifiesta, podría afirmarse que la LOEx ha conseguido establecer una regulación de esos tres pilares para el extranjero.

Así, la regulación de la Seguridad Social del extranjero está presente, básica aunque no únicamente, en el art. 10 LOEx al establecer que aquel extranjero que "*reúna los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en sus disposiciones de desarrollo tendrá derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente*". De este precepto pueden derivarse, al menos y en una primer aproximación, tres consecuencias distintas. En primer lugar, que parece reservarse la protección de Seguridad Social exclusivamente al trabajador extranjero en situación legal, pues ha de cumplir los requisitos legales y reglamentarios en materia de extranjería. La segunda, que implícitamente el legislador de extranjería mantiene el esquema clásico de trabajo remunerado-Seguridad Social, esto es, la base del modelo contributivo en el que la realización de un trabajo por cuenta ajena o propia posibilitan el acceso al sistema de Seguridad Social. Y, por último, que la inclusión en el sistema de Seguridad Social ha de efectuarse de acuerdo con la legislación vigente.

⁽²⁷⁾ Por todos y para un estudio transversal de los derechos del trabajador extranjero, CEINOS SUAREZ, A., *El trabajo de los extranjeros en España*, Madrid, La Ley, 2006.

⁽²⁸⁾ DE LA VILLA GIL, L.E. "Reforma de la Seguridad Social y Estado de bienestar social en España", AAVV, *Reforma laboral, tutela judicial y derechos fundamentales. Estudios en homenaje a Juan Antonio Linares Lorente*, Madrid, CGPJ, 1997, pág. 361. Más desarrollado y con posterioridad en "Pensiones sociales. Problemas y alternativas", AAVV, *Pensiones Sociales. Problemas y alternativas. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Parte I)*, Madrid, MTAS, 1999, pp. 3-34; "El contenido constitucional de la asistencia social", en AAVV, *El Trabajo y la Constitución. Estudios en Homenaje al profesor Alonso Olea.*, Madrid, MTAS, 2003, pp. 587-603, "El sistema público de pensiones, Ámbito para las pensiones privadas", en AA.VV. *El sistema de pensiones en España. Conformación, consolidación y adaptabilidad a los cambios*. Madrid, INSS. 125 Aniversario, 2003, pp. 217-240; "El modelo constitucional de protección social", en *Aranzadi Social*, 2004, n. 3, pp. 41-60.; "El derecho constitucional a la salud", en AAVV, *Libro Homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer*, Madrid, La Ley,

Por lo que se refiere a la sanidad, los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tendrán derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (art. 12 LOEx). A diferencia de la protección dispensada en el art. 10 LOEx, la asistencia sanitaria se contempla con carácter general no para el trabajador extranjero en situación legal, sino para el extranjero residente. Como es sabido, el extranjero tiene dos formas de permanecer en nuestro país, mediante estancia –inferior a 90 días- o a través de la residencia –temporal o permanente-. Pues bien, este precepto se refiere al residente y no al extranjero con una estancia puesto que este último tan sólo ha de acreditar “*la disposición de alojamiento en España durante la estancia*” [art. 28.1e) REx], no así su empadronamiento. Surge, pues, la necesidad de distinguir, por el momento, entre el trabajador extranjero legal (Seguridad Social) del extranjero residente (asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles). Junto al extranjero residente, la protección de asistencia sanitaria se prevé asimismo para el extranjero que se encuentra en territorio español, independientemente de su situación administrativa. El derecho se extiende de forma progresiva. En primer lugar, los extranjeros menores de dieciocho años que se hallen en territorio español tendrán derecho a una asistencia sanitaria idéntica a la de los españoles. En segundo término, las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto. Y, por último, todo extranjero que se encuentre en España tendrá derecho a una asistencia sanitaria pública de urgencia cuando contraiga enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, hasta obtener el alta médica. Por lo tanto, a las dos categorías anteriores, la del trabajador extranjero legal (en materia de Seguridad Social), y la del extranjero residente (asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles), es necesario añadir ahora la del “extranjero presente” a quien corresponde una asistencia sanitaria gradual (plena, por embarazo o de urgencia), según la situación correspondiente ⁽²⁹⁾.

Finalmente, la LOEx dispensa un tratamiento especial, complejo y no del todo correcto a lo que denomina “Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales” en el art. 14 de la misma. La reiteración en el art. 10 y en el art. 14 de un mismo derecho como es el derecho a la Seguridad Social pone de relieve la desafortunada técnica jurídica empleada en esta materia. Con todo, y aun siendo poco justificable, cabría encontrar alguna explicación en la bipartición llevada a cabo en el sistema de Seguridad Social con la Ley 26/90 entre prestaciones contributivas y no contributivas. Estas últimas, que responden más a una noción de solidaridad que de contributividad, son, por voluntad del legislador, Seguridad Social aunque no respondan al esquema de Seguridad Social clásico en el que se inspirara la Ley de Bases de 1963. Quizá por eso su regulación en la LOEx se reserve a un precepto que aproxima más la protección del extranjero al terreno de la solidaridad que al de la contributividad y concentre el derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales en una única regulación, la del art. 14 LOEx. De hecho, si se observa, y siguiendo la clasificación utilizada en este apartado, el precepto se refiere al extranjero residente y al extranjero presente, no así al trabajador

⁽²⁹⁾ Más extensamente, SERRANO ARGUELLO, N., “El reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros. La nueva perspectiva de la ley de extranjería”, DE VAL TENA, A.L., “El derecho de los trabajadores inmigrantes a la protección de la salud”, ambos en AAVV, *Derechos y libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (T.II), Santander, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1387-1421 y 1423-1448, respectivamente.

extranjero en situación legal. Los extranjeros residentes tendrán derecho, *ex art. 14 LOEx*, “*a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles*”. Pero también tendrán derecho “*a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles*”. Por su parte, los extranjeros presentes, esto es, “*los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa*”, tendrán derecho “*a los servicios y prestaciones sociales básicas*”.

2. Es, sin duda, éste el precepto de más tortuosa redacción de los tres analizados. Y aunque los colectivos se encuentren diferenciados (extranjeros residentes-extranjeros presentes), el derecho que les asiste no parece estarlo. Para los primeros, no se entiende bien el “baile” de conceptos, correspondiéndoles en un caso el acceso “*a las prestaciones y servicios*” cuando se trata de la Seguridad Social y, en otro, el acceso “*a los servicios y prestaciones*” cuando se trata de prestaciones sociales. En ambos supuestos, eso sí, en las mismas condiciones que para los españoles. Intentando encontrar una explicación, hallaría la misma en el argumento utilizado en la presentación de este precepto. La Seguridad Social contempla prestaciones no contributivas y algunos servicios sociales dentro de la misma [art. 38.1.e) LGSS], siendo el elemento referencial de esta parcela las prestaciones no contributivas. Mientras que la Asistencia Social se desarrolla fundamentalmente en torno a una serie de servicios aun cuando la misma dispense también prestaciones, bien que en menor medida. Si se observa la redacción del precepto cuando se menciona el derecho “*a los servicios y a las prestaciones sociales*”, distinguiendo entre “*generales y básicos así como específicos*”, el género masculino permite relacionar los adjetivos al sustantivo “servicio”, no así al de “prestación”. Al margen de que dicha clasificación no responda a una medida legal concreta, pues las normas no distinguen entre servicios generales, básicos o específicos, lo cierto es que más difícil resulta pensar en prestaciones “generales, básicas o específicas”. Obsérvese, además, que en el art. 14.1 LOEx la referencia se hace exclusivamente a “prestaciones”, mientras que en los arts. 14.2 y 14.3 LOEx se alude a “prestaciones sociales”. Independientemente de la imprecisión técnica, el legislador de extranjería parece plantear en un caso la protección en Seguridad Social (prestaciones, aunque éstas sean no contributivas) y en otro la protección de Asistencia Social (por lo que añade el adjetivo de “social” al sustantivo “prestaciones”).

El mencionado art. 14.3 LOEx merece, al menos, tres reflexiones. En primer lugar, que el legislador está pensando para este supuesto en la Asistencia Social, lo mismo que para el anterior del art. 14.2 LOEx y no así en la Seguridad Social a la que se refiere el art. 14.1 LOEx. En segundo término, que precisamente por ello ha seguido el mismo esquema que para el art. 14.2 LOEx (“servicios y prestaciones sociales”) y no el de “prestaciones y servicios”. Y, por último, que esa es la razón por la que el adjetivo “básicas” pertenece al género femenino al ser las “prestaciones sociales” las últimas mencionadas. Pues bien, la doctrina ha interpretado de forma diferente este art. 14 LOEx. Para unos, esta expresión recoge toda protección referida a los servicios sociales y a la asistencia social ⁽³⁰⁾. Para otros, se trata únicamente del derecho a la asistencia social con el contenido íntegro de la misma ⁽³¹⁾. También se considera que el art. 14

⁽³⁰⁾ Por todos, RAMOS QUINTANA, M.I., “Trabajadores extranjeros e integración social”, *Temas Laborales*, 2000, núm.54, pág. 30.

⁽³¹⁾ Por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios”, en AAVV, *Derechos y libertades de los extranjeros en España*.

LOEx, especialmente el art. 14.1 de dicha norma, no hace sino extender las prestaciones no contributivas a los extranjeros ⁽³²⁾. Por otra parte, se entiende que el art. 10.1 LOEx recoge una declaración genérica de acceso al sistema de Seguridad Social por parte de los extranjeros, mientras que el art. 14.1 LOEx lo que hace es concretar cuáles son los requisitos que han de cumplir dichos extranjeros para obtener las prestaciones del sistema ⁽³³⁾. Asimismo otros autores estiman que las divergencias en la interpretación sistemática de los arts. 10 y 14 LOEx ha de resolverse atendiendo a los requisitos específicos de cada prestación de Seguridad Social en concreto pues, de algún modo, unas están vinculadas a la prestación de trabajo y otras tan sólo a la mera residencia ⁽³⁴⁾. No faltan quienes consideran que las prestaciones a las que se refiere el art. 14.1 LOEx y que se extienden a todo extranjero residente son todas las incluidas en el ámbito de la Seguridad Social, sin excepción ⁽³⁵⁾ y quienes subrayan la contraposición entre los arts. 14.1 y 14.3 LOEx cuando la acción prestacional básica de la que puedan ser beneficiarios los extranjeros, al margen de su situación administrativa, *ex* art. 14.3 LOEx es toda aquella que conforma cualquier sistema público de Seguridad Social, también el nuestro ⁽³⁶⁾.

Quizá el tema más controvertido en este punto sea la divergencia existente entre el art. 14.1 LOEx, que parece extender las prestaciones no contributivas a los extranjeros residentes, y el art. 7.5 LGSS, que limita el acceso a las pensiones no contributivas a determinados extranjeros. Si se atiende a lo previsto en la DD Unica de la LOEx, todas las normas de igual o menor rango quedan derogadas en aquello que contradigan o se opongan a esta Ley. Por otra parte, el art. 2.2 Cc obliga a considerar derogado todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con lo anterior. Lo que conduce a considerar que el art. 14 LOEx modifica el art. 7 LGSS equiparando sin matiz alguno a los españoles y extranjeros en ambos niveles de protección y en aras del principio de especialidad que adorna, en este caso, al art. 14

XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (T.II), Santander, Gobierno de Cantabria, 2003, pág. 81.

⁽³²⁾ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social en el ordenamiento español*, Murcia, Laborum, 1998, BARRIOS BAUDOR, G. y CHARRO BAENA, P., “El derecho de los extranjeros a las prestaciones no contributivas”, en AAVV, *Derechos y libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (T.II), Santander, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1217-1240; GALA DURAN, C., “Ciudadanos extranjeros y prestaciones no contributivas. Análisis de una nueva realidad”, en AAVV, *Derechos y libertades de los extranjeros en España. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (T.II), Santander, Gobierno de Cantabria, 2003, pp. 1299-1320.

⁽³³⁾ ESPLUGUES MOTA, C. y DE LORENZO SEGRELLES, M., *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 149.

⁽³⁴⁾ MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G., “Nuevo régimen jurídico de extranjería e inmigración en España: análisis y valoración de una reforma”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, núm.219, 2001, pág. 30.

⁽³⁵⁾ AAVV, “Comentario al art. 14”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Madrid, Civitas, 2001, pág. 121

⁽³⁶⁾ DIAZ MARTÍN, J.M., “Comentario al art. 14”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Zaragoza, Ed. Edijus, 2001, pág. 143

LOEx⁽³⁷⁾ con una conclusión clara como es que los beneficios de la protección social se extienden a todos los residentes legales extranjeros independientemente de cuál sea su situación laboral (en activo, inactivo, desempleado, pensionista, etc)⁽³⁸⁾.

3. La viabilidad de la protección social en España

1. En España, la población potencialmente activa (16 a 64 años) ha pasado de los 26.8 millones en 1998 a los 31.4 millones en 2010, casi cinco millones más; una década después, merced a la población extranjera, ligada mayoritariamente a la inmigración laboral, la cifra se ha multiplicado por diez en estas mismas edades (representaba el 1.8% en 1998 y el 13.4% en la actualidad). En relación a la población dependiente, el grupo de 65 y más años ha crecido en casi un millón de personas, pasando de los 6.4 millones en 1998 a los 7.37 millones doce años después, de los cuales tan sólo un 3.3% (en este caso de origen europeo occidental y ligado al turismo residencial) es extranjera. Por su parte, el grupo de población de menos de 15 años, que representa nuestro futuro a medio plazo, presenta en la actualidad valores semejantes a los 1998: 6.5 millones entonces, 7.1 millones en 2010, de los cuales 11.4% son extranjeros.

Estos datos son consecuencia de cuatro fenómenos. El primero es el crecimiento desequilibrado y desigual por grandes grupos de edad: ha crecido moderadamente el grupo de jóvenes y se ha incrementado la población potencialmente activa en casi un 20%. El segundo fenómeno es el envejecimiento progresivo de la población española, tanto por la base de la pirámide (caída de la fecundidad) como por la cúspide (alargamiento de la esperanza de vida). Dicho proceso se inicia a finales de los setenta, se acelera en los ochenta y los noventa y sólo parcialmente se frena, merced de nuevo a la inmigración extranjera, en esta última década. El tercer fenómeno cabe relacionarlo con la dependencia creciente tanto demográfica como económica y social de la inmigración extranjera: la fecundidad se ha recuperado gracias a la aportación de las madres extranjeras (a pesar de lo cual continúa estancada en valores que están muy lejos de los niveles de reemplazo generacional) y el mercado laboral potencial se presenta muy desarrollado, también por la importancia de la inmigración exterior⁽³⁹⁾.

2. La estrecha relación entre el déficit/superávit público con el desarrollo de la Seguridad Social en función de sus afiliaciones y cotizaciones propicia la incertidumbre sobre si el sistema de Seguridad Social podrá sustentarse en el futuro únicamente sobre la cotización de los trabajadores. Inquietud que se agrava como consecuencia del envejecimiento poblacional y el incremento en el coste de las pensiones, especialmente la de jubilación.

Ciertamente, la crisis económica ha servido para demostrar la fortaleza del sistema de reparto ante la extrema volatilidad de los mercados financieros. Esta fortaleza contrasta con el impacto de la crisis sobre los sistemas de capitalización individual con

⁽³⁷⁾ OLARTE ENCABO, S., “Seguridad Social e inmigración: luces y sombras en los cambios normativos no explicitados en el nuevo milenio”, *Temas Laborales*, núm.66, 2002, pág. 325.

⁽³⁸⁾ GARCIA DE CORTAZAR y NEBREDA, C., “La situación de los extranjeros ante el sistema de protección social español”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 2, 2000, pág. 10.

⁽³⁹⁾ REQUES VELASCO, P., *El factor D. Los nuevos retos demográficos de la España actual*, Bilbao, editorial Cinco Días, 2011, pág. 143.

una elevada exposición a los mercados financieros y de inversión, algo que no ocurre en los sistemas de reparto. Las cotizaciones se destinan al pago de pensiones y no precisan ser invertidas por lo que preserva su solvencia.

Los sistemas de capitalización individual se caracterizan porque cada persona aporta cuantías para su propia pensión futura que unidas a los rendimientos que obtenga de su inversión, descontados los gastos que deban ser soportados, configuran un capital a la jubilación o situación de necesidad que determina su protección social. Dependen, por tanto, de la capacidad de ahorro individual y de la voluntad personal. Los sistemas de capitalización, al constituir masas de ahorro ilíquido a largo plazo, contribuyen a financiar de manera estable políticas públicas y privadas de inversión y gasto, con consecuencias positivas. Y, si bien es cierto que los sistemas de capitalización reciben directamente los efectos negativos o positivos del mercado, los de reparto lo hacen indirectamente a través del empleo ⁽⁴⁰⁾. Lo que no significa que no siga planteándose como una alternativa a la sostenibilidad del sistema de protección social y, más concretamente, de Seguridad Social el estímulo de los instrumentos de ahorro y previsión. Así, se considera que los trabajadores deberán diversificar su futuro, completando la prestación pública con otras formas de ahorro o previsión mediante mecanismos de incentivación fiscal.

Quizá uno de los principales riesgos si se generaliza este proceso de privatización es que el trabajador deje de ser titular de un derecho para convertirse en “cliente” de proveedores privados que convertirán su relación prestacional en una mera relación comercial. De ahí que la solución pase por un sistema mixto, en el que el porcentaje de aportación de trabajadores y empresarios sirva para mantener el sistema público de reparto y el resto de la cotización se dedique a la cobertura basada en la capitalización.

2. Con todo, una primera solución para garantizar el sistema pasaría por resolver algunas cuestiones pendientes. La economía sumergida, el hecho de que con cotizaciones sociales se financien políticas públicas (bonificaciones, cotizaciones a perceptores de desempleo, etc) o el que un total de 4.3 millones de afiliados (24%) de los 17.8 millones de afiliados coticen por bases únicas y mínimas (agrarios, empleadas del jugar) o pueden elegir la base por la que cotizan como los autónomos, muy cerca a la base mínima merma considerablemente los ingresos del sistema, incrementando los gastos que les son propios. Por lo demás, en la comparación sobre la capacidad de cotización de los empresarios, la cifra de las aportaciones del empresariado español resulta más alta que el resto porque sólo se computan las cotizaciones ingresadas en las administraciones públicas pero no las que se ingresan en seguros privados o en prestaciones complementarias, muy comunes en el resto de los Estados.

De ahí que se valore la eficacia de algunas propuestas tales como sustituir las cotizaciones sociales por nuevas subidas del iva. Aun cuando este tipo de planteamiento no está exento de crítica pues, por ejemplo, además de lograr un efecto altamente inflacionista, habría que tener en cuenta que, conforme al acuerdo sobre financiación autonómica, sólo el 50% de este impuesto será recaudado por la Administración del

⁽⁴⁰⁾ BRAVO FERNÁNDEZ, C., "Criterios y alternativas para abordar una nueva reforma del sistema público de pensiones en el marco del Diálogo Social", *Informes de la Función 1º de Mayo y la Fundación Sindical de Estudios*, 2010, pág. 9.

Estado. Además, un incremento del iva no repercutiría tanto en los factores de producción, aunque sí favorecería las exportaciones (exentas de tal impuesto) y gravaría las importaciones, reduciría el poder de compra y consumo de los hogares, lo que repercutiría negativamente sobre la actividad de las empresas y, por tanto, sobre el empleo. Generará esta sustitución una penalización a las empresas más eficientes o a aquellas fuertemente capitalizadas. Pues bien, aparte de algunas experiencias de tasas ecológicas y financieras asignadas a alguna prestación concreta o al conjunto del gasto en protección social (tasas sobre carburantes, alcohol o destinar el 15% de las tasas de ciertos productos financieros⁹, existe asimismo la posibilidad de tomar como referencia la tasa francesa de contribución social generalizada, una contribución universal sobre todas las rentas, destinada a la financiación de todas o de algunas prestaciones sociales, impuesto que en Francia se amplía a todo tipo de ingresos, sea cual sea su naturaleza: rentas profesionales, pensiones, prestaciones sociales, ingresos no salariales de trabajadores autónomos, ingresos patrimoniales, de inversión, con una financiación más equitativa en la que intervienen todo tipo de rentas (⁴¹).

II. LÍMITES A LA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL ENTRE ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL

1. La regulación de la protección social en los Estatutos de Autonomía

1. Los Estatutos de Autonomía han regulado competencias en materia de protección social bien de forma exclusiva, bien de forma compartida con el Estado. Entre las primeras, y desde su primigenia redacción, destaca la asistencia social; entre las segundas, la Seguridad Social constituye el ámbito de referencia (⁴²). Conviene matizar que, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 148.2 CE y en virtud del cual “...transcurridos cinco años, y mediante la reforma de sus Estatutos, las CCAA podrá ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido en el art. 149 CE”, prácticamente todos los Estatutos de Autonomía han sufrido un proceso más o menos intenso de reforma (⁴³). En la actualidad algunos Estatutos permanecen vigentes con su texto original más las modificaciones introducidas en estos años y otros han sido

(⁴¹) FRADES PERNAS, J., "Estado de bienestar y cambio de modelo productivo", en AAVV, *Hacia un cambio de modelo productivo*, Madrid, CINCA, 2011, pág. 283.

(⁴²) Una inicial recopilación sistemática en CASAS BAAMONDE, M.E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Legislación autonómica de trabajo y seguridad social*, Madrid, Tecnos, 1984.

(⁴³) Sobre la reforma de los estatutos, *vid*, por todos, MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Iustel, 2007 y SOLOZABAL ECHEVERRÍA, J.L., "Las reformas estatutarias y sus límites", *Cuadernos de Derecho Público*, núm.21, 2004, pp. 571-590, QUADRASALCEDO JANINI, T. de la, "La reforma de los estatutos de autonomía y sus límites constitucionales", *Cuadernos de Derecho Público*, núm.4, 2005, pp.175-202 y *La reforma de los estatutos de autonomía, con especial referencia al caso de Cataluña*, Madrid, 2005 y AGUADO RENEDO, C., "Comentario al art. 152.2 La reforma de los Estatutos de autonomía", en AAVV, *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2009, pp. 2539-2545. Asimismo, y entre otras, las obras colectivas, AAVV, *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Actas del IV Congreso Nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, Atelier, 2008 y *La financiación autonómica de los Estatutos de Autonomía*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

derogados y sustituidos por una reforma íntegra de los mismos ⁽⁴⁴⁾. Reforma que ha afectado con mayor o menor intensidad al ámbito de la protección social ⁽⁴⁵⁾.

Pues bien, en su redacción, todos los Estatutos asumen como competencias compartidas con el Estado las correspondientes a la Seguridad Social, limitándose al desarrollo y ejecución legislativa y a la gestión del régimen económico ⁽⁴⁶⁾. Algunos de ellos distinguen entre las competencias compartidas (legislativas) y ejecutivas [Aragón, arts. 75 y 77 e Islas Baleares, arts. 31 y 32]. Y tan sólo uno precisa que mantiene competencia exclusiva sobre *“las funciones y servicios de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria del Instituto Social de la Marina”* [Valencia, art. 49]. En la regulación de ciertos Estatutos se contempla la participación de los agentes sociales, en los términos prescritos por la Constitución. Así, se señala cómo *“los poderes públicos vascos ajustarán al ejercicio de las competencias que asumen en materia de sanidad y de seguridad social a criterios de participación democrática de todos los interesados, así como de los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales en los términos que la ley establezca”* [País Vasco, art. 18] ⁽⁴⁷⁾. De forma particular, el Estatuto vasco crea una Comisión Mixta de Transferencias *“para la aplicación de este Estatuto (que) establecerá los oportunos convenios, mediante los cuales la Comunidad*

⁽⁴⁴⁾ Estatuto del País Vasco [L.O. 3/79, 18 dic., BOE, 22]; Cataluña [L.O. 4/79, 28 dic., BOE, 21 derogado salvo en las DT 3, 4 y 6 por la L.O. 6/06, 19 jul. BOE, 20 que aprueba la reforma del Estatuto]; Galicia [L.O. 1/81, 6 abr., BOE, 28, modificado por Ley 18/92 y Ley 32/97]; Andalucía [L.O. 6/81, 30 dic., BOE, 11 ene.82, derogada por L.O. 2/07, 19 mar., BOE, 20 que aprueba la reforma del Estatuto], Asturias [L.O. 7/81, 30 dic., BOE, 11 ene.82, modificada por Ley 20/02, L.O. 1/99, 5 ene., BOE, 8 de reforma del Estatuto, Ley 26/97, L.O. 1/94, 24 mar., BOE, 15 de reforma del Estatuto y L.O. 3/91, 13 mar., BOE, 14 de reforma del Estatuto], Cantabria [L.O. 8/81, 30 dic., BOE, 11 ene.82, modificado por Ley 21/02, L.O. 11/98, Ley 29/97, L.O. 2/94, L.O. 7/91]; La Rioja [L.O.3/82, 9 jun., BOE, 19 modificado por Ley 22/02, L.O. 2/99, Ley 35/97 y L.O. 3/94], Murcia [L.O. 4/82, 9 jun., BOE, 29, modificado por Ley 23/92, L.O. 1/98, 15 jun., BOE, 16 de reforma del Estatuto, Ley 23/97, L.O. 4/94, 24 mar., BOE, 25 de reforma del Estatuto, L.O. 1/91, 13 mar., BOE, 14 de reforma del Estatuto], Valencia [L.O. 5/82, 1 jul., BOE, 10 reformado por L.O. 1/06, 10 abr., BOE, 11 y modificado por Ley 24/92 y Ley 36/97], Aragón [L.O. 8/82, 10 ago., BOE, 16 derogado por L.O., 20 abr., BOE, 23 de reforma del Estatuto y modificado por Ley 25/02, Ley 25/97, L.O. 5/96 y L.O. 6/94], Castilla-La Mancha [L.O. 9/82, 10 ago., BOE, 16 modificada por Ley 26/92, L.O. 3/97, L.O. 7/94 y L.O. 6/91], Canarias [L.O. 10/82, 10 ago., BOE, 16 modificada por L.O. 27/02, L.O. 28/97 y L.O. 4/96], Comunidad Foral de Navarra [L.O. 13/82, 10 ago., BOE, 16 modificada por L.O. 1/01], Extremadura [L.O. 1/83, 25 feb., BOE, 26 modificada por Ley 28/02, L.O. 12/99, 6 may., BOE, 7 de reforma del Estatuto, L.O. 8/94, 24 mar., BOE, 25 de reforma del Estatuto, L.O. 5/91, 13 mar., BOE, 14 de reforma del Estatuto], Islas Baleares [L.O. 2/83, 25 feb., BOE 1 mar. modificado por L.O. 1/07, 28 feb., BOE, 1 mar. de reforma del Estatuto y por la Ley 29/02, L.O. 3/99, Ley 27/97 y L.O. 9/94], Madrid [L.O. 3/83, 25 feb., BOE, 1 mar. modificado por Ley 30/02, L.O. 5/98, Ley 33/97, L.O. 10/94, L.O. 2/91], Castilla-León [L.O. 4/83, 25 feb., BOE, 2 mar. derogado por L.O. 14/07, 30 nov., BOE, 1 dic. y modificado por Ley 31/02, L.O. 4/99, Ley 30/97 y L.O. 11/94, 24 mar., BOE, 25 de reforma del Estatuto], Ciudad de Ceuta [L.O. 1/95, 13 mar., BOE, 14] y Ciudad de Melilla [L.O. 2/95, 13 mar., BOE, 14].

⁽⁴⁵⁾ Vid el detallado análisis de este proceso de reformas en VILLA GIL, L.E. de la, “La incidencia de las reformas estatutarias en el reparto constitucional y legal de competencias en materia de Seguridad Social y de Asistencia Social”, en AAVV, *La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía. Un estudio particular de los Estatutos andaluz y catalán*, Sevilla, Mergablum, 2007, pp. 179-225.

⁽⁴⁶⁾ País Vasco, art. 18, Cataluña, art. 165, Galicia, art. 33, Andalucía, art.63, Asturias, art. 12, Cantabria, art. 26, La Rioja, art. 11, Murcia, art. 12, Valencia, art. 54, Aragón, art. 75, Castilla-La Mancha, art. 33, Canarias, art. 32, Navarra, art. 54, Extremadura, art. 9, Islas Baleares, art. 31, Madrid, art. 28, Castilla-León, art. 71.

⁽⁴⁷⁾ En idénticos términos el Estatuto andaluz en su art. 84 y el Estatuto valenciano en su art. 54.

Autónoma asumirá la gestión del régimen económico de la seguridad social, dentro de su carácter unitario y del respeto al principio de solidaridad, según los procedimientos, plazos y compromisos que, para una ordenada gestión, se contengan en tales convenios” (DT 5ª).

2. En general, las CCAA no reconocen competencia exclusiva en el ámbito sanitario sino que utilizan el recurso de admitir que *“corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado”* para referirse a cuestiones propias del mismo. Tan sólo en algunas ocasiones se utiliza la referencia a la competencia exclusiva. Así, en materia de *“higiene”* [País Vasco, art. 18, Valencia, art. 49]; *“la organización y el funcionamiento interno, la evaluación, la inspección y el control de centros, servicios y establecimientos sanitarios”* [Cataluña, art. 162]; *“la organización, funcionamiento interno, evaluación, inspección y control de centros, servicios y establecimientos sanitarios, así como en el marco del art. 149.16 de la Constitución la ordenación farmacéutica. Igualmente le corresponde la investigación con fines terapéuticos, sin perjuicio de la coordinación general del Estado en esta materia”* [Andalucía, art. 55], *“la organización, administración y gestión de todas las instituciones sanitarias públicas dentro del territorio de la Comunitat Valenciana”* [Valencia, art. 54]; *“sanidad y salud pública, en especial, la organización y el funcionamiento, la evaluación, la inspección y el control de centros, servicios y establecimientos sanitarios”* [Aragón, art. 71], *“promoción de la salud en todos los ámbitos, en el marco de las bases y la coordinación general de la sanidad”* [Islas Baleares, art. 30]; *“sin perjuicio de las facultades reservadas al Estado, las funciones en materia de sanidad y salud pública, la promoción de la salud en todos los ámbitos, la planificación de los recursos sanitarios públicos, la coordinación de la sanidad privada con el sistema sanitario público y la formación sanitaria especializada”* [Castilla y León, art. 74].

Sin embargo, las competencias serán compartidas, en *“a) la ordenación, la planificación, la determinación, la regulación y la ejecución de las prestaciones y los servicios sanitarios, sociosanitarios y de salud mental de carácter público en todos los niveles y para todos los ciudadanos; o b) la ordenación, la planificación, la determinación, la regulación y la ejecución de las medidas y las actuaciones destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos, incluyendo la salud laboral, la sanidad ambiental y la vigilancia epidemiológica; o c) la planificación de los recursos sanitarios de cobertura pública y la coordinación de las actividades sanitarias privadas con el sistema sanitario público”* [Cataluña, art. 162.3]. O cuando se especifica dicho carácter *“en materia de sanidad interior y, en particular y sin perjuicio de la competencia exclusiva que le atribuye el art. 61, la ordenación, planificación, determinación, regulación y ejecución de los servicios y prestaciones sanitarias, sociosanitarias y de salud mental de carácter público en todos los niveles y para toda la población”* [Andalucía, art. 55]. Manifestando el resto de las CCAA, tal y como se expusiera, su autonomía, en el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establezca para la Comunidad Autónoma, el desarrollo legislativo, la ejecución, la organización y administración de todos los servicios correspondientes a esta materia y con algunas referencias explícitas a la coordinación hospitalaria, incluida la de la Seguridad Social [Asturias, art. 11, Cantabria, art. 25, La Rioja, art. 9, Murcia, art. 11, Castilla-La Mancha, art. 32, Canarias, art. 30, Extremadura, art. 8, Madrid, art. 27] o a la *“coordinación de la sanidad privada con el sistema sanitario público”* [Islas Baleares, art. 30].

Por lo demás, todas las CCAA reconocen asimismo competencia exclusiva en la ordenación farmacéutica ⁽⁴⁸⁾. Bien es cierto que algunas se refieren a “*establecimientos farmacéuticos*” [Galicia, art. 28, Navarra, art. 58], “*centros, servicios y establecimientos farmacéuticos*” [Andalucía, art.55] o a la “*ordenación farmacéutica y los establecimientos farmacéuticos*” [Madrid, art. 27]. Sin embargo, todas admiten, a su vez, la ejecución cuando de productos farmacéuticos se trata ⁽⁴⁹⁾.

3. Como competencias exclusivas los Estatutos suelen asumir con carácter general la asistencia social, la ordenación farmacéutica así como la ejecución de la legislación básica del Estado y la gestión o ejecución en el ámbito de la Seguridad Social ⁽⁵⁰⁾. Comenzando por la primera, la referencia más común en el texto de los Estatutos es a la “*asistencia social*” [País Vasco, art. 10; Galicia, art. 27; Navarra, art. 44] o a los “*servicios sociales*” [Cataluña, art. 166; Andalucía, art. 161; Valencia, art. 49]) si bien algunas Comunidades optan por identificar ambos en la misma regulación uniendo “*asistencia social y servicios sociales*” [La Rioja, art. 8, Castilla-La Mancha, art. 31, Castilla-León, art. 70, Canarias, art. 30] y otras varían al señalar como competencia exclusiva la “*acción social*” [Aragón, art. 71], la “*asistencia social y el bienestar social*” [Asturias, art. 10, Murcia, art. 10, Extremadura, art. 7, Islas Baleares, art. 30] o de forma más completa la “*asistencia, bienestar social y desarrollo comunitario incluida la política juvenil par las personas mayores y de promoción de la igualdad de la mujer*” [Cantabria, art. 24].

Destaca Madrid que no hace uso de esta nomenclatura y pasa a regular como competencia exclusiva la “*promoción y ayuda a la tercera edad, emigrantes, minusválidos y demás grupos sociales necesitados de especial atención amén de la protección al menor y el desarrollo de la promoción integral de la juventud o la promoción de la igualdad*” (art. 26). Aun cuando deba subrayarse que también la práctica totalidad de los Estatutos contemplan asimismo en otros apartados los intereses de los menores, de la juventud, de la familia, de la mujer, del voluntariado o de los inmigrantes, aspectos todos ellos que aparecen incluso en el título de alguno de los preceptos como ocurre, por ejemplo, en el art. 166 del Estatuto de Cataluña y en el art. 61 del Estatuto de Andalucía.

⁽⁴⁸⁾ País Vasco, art. 10, Cataluña, art. 162, Galicia, art. 28, Andalucía, art.55, Asturias, art. 11, Cantabria, art. 25, La Rioja, art. 8, Murcia, art. 11, Valencia, art. 49, Aragón, art. 71, Castilla-La Mancha, art. 32, Canarias, art. 30, Navarra, art. 58, Extremadura, art. 8, Islas Baleares, art. 30, Madrid, art. 27, Castilla-León, art. 71.

⁽⁴⁹⁾ País Vasco, art. 18, Cataluña, art. 162, Galicia, art. 33, Andalucía, art.55, Asturias, art. 12, Cantabria, art. 26, La Rioja, art. 11, Murcia, art. 12, Valencia, art. 54, Aragón, art. 77, Castilla-La Mancha, art. 33, Canarias, art. 33, Navarra, art. 58, Extremadura, art. 9, Islas Baleares, art. 32, Madrid, art. 28, Castilla-León, art. 77.

⁽⁵⁰⁾ Vid más específicamente sobre el Estatuto catalán, AAVV, *Estudios sobre la reforma del Estatuto*, Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 2004, QUADRA-SALCEDO JANINI, T. de la, *La reforma de los Estatutos de Autonomía, con especial referencia al caso de Cataluña*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005 y TORNOS MAS, J., *Los Estatutos de Autonomía de Cataluña*, Madrid, Iustel, 2007 y sobre el Estatuto andaluz, vid AAVV, *Estatuto de Autonomía de 2007*, Sevilla, Centro de Estudios Andaluces, 2008, *El proceso de renovación del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administraciones Públicas, 2008 y, sobre los aspectos sociales y por todos, MONEREO PÉREZ, J.L. y DÍAZ AZNARTE, M^a.T., *El Estado Social Autnómico. Estudio especial del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Albacete, Bomarzo, 2008.

Aunque, sin ninguna duda, serán los Estatutos catalán y andaluz, ambos reformados, los que contengan una regulación más exhaustiva de la materia. En el Estatuto catalán se reconoce que, en el ámbito de los servicios sociales, *“todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de la red de servicios sociales de responsabilidad pública, a ser informadas sobre estas prestaciones y a dar el consentimiento para cualquier actuación que les afecte personalmente, en los términos que se establecen en las leyes”* (art. 24.1). Las personas con necesidades especiales *“para mantener la autonomía persona en las actividades de la vida diaria, tienen derecho a recibir la atención adecuada a su situación, de acuerdo con las condiciones que legalmente se establecen”* (art. 24.2). Las personas o las familias *“que se encuentran en situación de pobreza tienen derecho a acceder a una renta garantizada de ciudadanía que les asegure los mínimos de una vida digna, de acuerdo con las condiciones que legalmente se establecen”* (art. 24.3). *“Las organizaciones del tercer sector social tienen derecho a ejercer sus funciones en los ámbitos de la participación y la colaboración sociales”* (art. 24.4). Se atribuye *“a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, que en todo caso incluye: a) la regulación y la ordenación de la actividad de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de previsión pública; b) la regulación y la ordenación de las entidades, los servicios y los establecimientos públicos y privados que prestan servicios sociales en Cataluña; c) la regulación y la aprobación de los planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de pobreza o de necesidad social; d) la intervención y el control de los sistemas de protección social complementaria privados”* (art. 166.1).

Por su parte, el Estatuto andaluz acepta como competencia exclusiva la regulación de los servicios sociales que, en todo caso, incluye: *“a) la regulación, ordenación y gestión de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de protección pública; b) la regulación y la aprobación de planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de necesidad social; c) instituciones públicas de protección y tutela de personas necesitadas de protección especial, incluida la creación de centros de ayuda, reinmersión y rehabilitación”* (art. 61). Andalucía contempla, además (arts. 23 y 24), un derecho específico para los mayores a través de una atención gerontológica adecuada en los ámbitos sanitario, social y asistencial con la previsión de percibir, en su caso, las prestaciones que establezcan las leyes; un derecho a los discapacitados a acceder a las ayudas, prestaciones y servicios necesarios para su desarrollo personal y social; y un derecho general a acceder a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales que ahora se determina con carácter universal, aunque habría que aclarar que se le reconoce a *“todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía”*, según el art. 12, integrando la previsión de una renta básica que garantice unas condiciones de vida digna. Se constata así una clara prioridad por el derecho genérico a la asistencia social a través de un sistema público de servicios con remisión a una posterior regulación específica del derecho a una renta básica o *“salario social”*.

4. Finalmente, la práctica totalidad de los Estatutos de las CCAA han aceptado como competencia exclusiva la regulación de las Mutualidades no integradas en la

Seguridad Social (⁵¹). Salvo en el caso de las Islas Baleares en el que se hace referencia a las “*mutualidades de previsión social complementarias o alternativas al sistema de Seguridad Social*” (art. 30) o en el Estatuto de Aragón en el que se alude a las “*mutualidades de previsión social, entidades gestoras de planes y fondos de pensiones y otras mutualidades no integradas en el sistema de Seguridad Social*” (art. 75), el resto se limitan a considerar sólo la competencia exclusiva si se trata de Mutualidades no integradas en la Seguridad Social.

Sin embargo, y admitiendo competencia exclusiva en cuanto a las Mutualidades citadas, se regulan competencias compartidas en los Estatutos de Andalucía en cuanto a los “*seguros, mutualidades y gestoras de planes de pensiones no integradas en la Seguridad Social*” y a las “*entidades gestoras y fondos de pensiones, entidades aseguradoras, distintas de cooperativas de seguros y mutualidades de previsión social y mediadores de seguros privados*” (art. 75). Del mismo modo, el Estatuto catalán reconoce también como competencia compartida “*la estructura, la organización y el funcionamiento de las entidades de crédito que no sean cajas de ahorro, de las cooperativas de crédito y de las entidades gestoras de planes y fondos de pensiones y de las entidades físicas y jurídicas que actúan en el mercado asegurador a las que no se hace referencia en el art. 126.1, de acuerdo con los principios, reglas y estándares mínimos fijados en las bases estatales*” (art. 126.2).

2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la delimitación competencial en materia de protección social

2.1. La delimitación de las competencias exclusivas del Estado en materia de Seguridad Social como principal punto de referencia

1. Con frecuencia ha girado en torno a la Seguridad Social la definición de un “*modelo constitucional*” conservando como epicentro del mismo el art. 41 CE. Ni siquiera extraña que tal expresión se utilice en la jurisprudencia del TC [S.TC 268/93 (FJ 5)] y así haya sido considerado con profusión por la doctrina (⁵²). Como ha expuesto

(⁵¹) País Vasco, art. 10, Cataluña, art. 126, Galicia, art. 28, Andalucía, art.75, Asturias, art. 10, Cantabria, art. 24, La Rioja, art. 8, Murcia, art. 10, Valencia, art. 49, Castilla-La Mancha, art. 31, Canarias, art. 30, Navarra, art. 44, Extremadura, art. 7, Madrid, art. 26.

(⁵²) PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “Los derechos a la Seguridad Social y a la Salud en la Constitución”, en AAVV, *El derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pp. 301-336 y también “Estado autonómico y constitución social: las políticas autonómicas de bienestar social”, en AAVV, *Comentarios a la Constitución socioeconómica española*, Granada, Comares, 2002, pp. 1957-78 y “La dimensión competencial: el posible “reparto de competencias” en el estado autonómico”, en AAVV, *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al prof. José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008, pp. 139-30, BORRAJO DACRUZ, E., “El modelo constitucional de la Seguridad Social en España”, *Revista de Trabajo*, núm.65, 1982, pp. 25-42 y “La Seguridad Social en la Constitución Española”, AAVV, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al prof. Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t.III, pp. 1485-1520, SUÁREZ GONZÁLEZ, F. “La Seguridad Social y la Constitución de 1978”, *Papeles de Economía Española*, 1982, núms. 12-13, pp. 119-132, VIDA SORIA, J., “La Seguridad Social en la Constitución de 1978”, en AAVV, *Jornadas técnicas sobre Seguridad Social*, Madrid, IELSS, 1984 y “La garantía pública de un régimen de Seguridad Social”, en AAVV, *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al prof. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Madrid, La Ley, 2006, pp. 903-925, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La configuración constitucional de la

de manifiesto en numerosas ocasiones el TC, no existe un único modelo de Seguridad Social puesto que la CE tan sólo impide “*que se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución de la Seguridad Social*” [S.TC 37/94 (FJ 4)], estimando que “*dentro de tales límites son constitucionalmente admisibles distintos modelos*” [S.TC 206/97 (FJ 5)] y que el legislador conseguirá los objetivos propuestos en función de “*las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales*” [S.TC 38/95 (FJ 2)]. Se fija así un sistema abierto e “*indefinido*”⁽⁵³⁾, cuyos principios se derivan de la jurisprudencia constitucional creada en torno al mismo⁽⁵⁴⁾. La redacción el art. 41 CE permite identificar un modelo

Seguridad Social”, en AAVV, *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, Madrid, MTSS, 1985, pp. 282, GARCÍA NINET, I., “La seguridad social en la Constitución. Aproximación al art. 41 CE”, en AA.VV. *Historia y Derecho. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Arcadi García i Sanz*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 353-374, ALONSO OLEA, M., “La Seguridad Social: presente, pasado y futuro”, en AAVV, *Cien años de Seguridad Social*, Madrid, Fraternidad-Muprespa, 2000, pp. 159-188, GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M.A., “Pensiones de Seguridad Social y Comunidades Autónomas: datos para un estudio”, *Parlamento y Constitución*, núm.4, 2000, pp. 51-98, APARICIO TOVAR, J., “La Seguridad Social en la Constitución”, en AAVV, *El modelo social en la Constitución Española*, Navarra, Aranzadi, 2003, pp. 787-814 y “La Seguridad Social, pieza esencial de la democracia”, en AAVV, *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al prof. José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008, pp. 117-137, MONTOYA MELGAR, A., “Seguridad Social, Estado Social y Constitución”, en AAVV, *El sistema de pensiones en España. 25 Aniversario del Instituto Nacional de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 2003, pp. 189-204, VILLA GIL, L.E. de la, “El modelo constitucional de protección social”, en AAVV, *El modelo social en la Constitución Española*, Navarra, Aranzadi, 2003, pp. 67-88, PANIZO ROBLES, J.A., “Las prestaciones económicas públicas del Estado, la Seguridad Social y las Comunidades Autónomas”, en AAVV, *Tratado sobre discapacidad*, Navarra, Aranzadi, 2007, pp. 949-987, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “Sobre la configuración constitucional de la Seguridad Social”, en AAVV, *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al prof. José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008, pp. 97-115, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Modelo legal de Seguridad Social y Constitución”, en AAVV, *Legislación histórica de previsión social*, Navarra, Aranzadi, 2009, pp. 437-450, entre otros.

⁽⁵³⁾ Planteamiento que ha llevado a algunos autores a negar en la Constitución el diseño de un “*modelo concreto y singularizado de Seguridad Social*” (VILLA GIL, L.E. de la, “La reforma del derecho de las pensiones”, *Revista de Seguridad Social*, 1.985, núm.25, pág. 15) o bien a admitir la existencia de diversos “*modelos de Seguridad Social en el ámbito constitucional*” (siguiendo el título, y por tanto el contenido, del artículo de VIDA SORIA, J., en AAVV, *La reforma de la Seguridad Social*, Madrid, Fundación F.Ebert, 1.982, pág. 30), aunque, con “La garantía pública de un régimen de Seguridad Social” de VIDA SORIA, J. en AAVV, *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al prof. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Madrid, La Ley, 2006, pp. 903-926..

⁽⁵⁴⁾ Un exhaustivo estudio de los pronunciamientos constitucionales sobre esta materia en SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y., *Seguridad Social y Constitución*, Madrid, Civitas, 1995, GARCIA NINET, I., *La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de Seguridad Social (1.981-1.995)*, Valencia, CISS, 1.996, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Jurisprudencia constitucional sobre Seguridad Social”, en AAVV, *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales. Estudios en homenaje a D. Francisco Tomás y Valiente*, Madrid, la Ley, 1997, pp. 173-200, ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Jurisprudencia constitucional sobre Seguridad Social”, en AAVV, *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2001, pp. 404-459, MONTOYA MELGAR, A., “Seguridad Social, Estado social y Constitución”, en AAVV, *El sistema de pensiones en España. 25 Aniversario del Instituto Nacional de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 189-204, SEMPERE NAVARRO, A.V. y CARDENAL CARRO, M., “La Seguridad Social en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en AAVV, *Cien años de protección social en España. Libro conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión*, Madrid, MTAS, 2007, pp. 423-488, GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER, J., “La jurisprudencia constitucional en materia social, veinticinco años después”, en AAVV, *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los*

“mixto” caracterizado por una serie de binomios claves: público (ahora público/privado: “*la asistencia y prestaciones complementarias serán libres*”), contributivo (ahora contributivo/no contributivo: un régimen “*para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad*”) o “*plural*” si la valoración de la evolución se efectúa en su conjunto ⁽⁵⁵⁾. Tras la Constitución -no así con el régimen legal preconstitucional- parece aceptado que existe, cuando menos, un régimen público de Seguridad Social de universalizada cobertura a todos los ciudadanos ⁽⁵⁶⁾.

2. El TC ha considerado este modelo como “*funcionalmente múltiple pues, en virtud del régimen recogido en el art. 41 CE, incluye dimensiones públicas contributivas, asistenciales y privadas*” [SS.TC 103/83 (FJ 3)]. El art. 41 CE parte del sistema establecido en 1978 pero “*admite la expansión de un modelo asistencial dentro del propio sistema de Seguridad Social aceptando que el art. 41 CE constituye un precepto neutro desde la perspectiva de la distribución de competencias en la materia*” [S.TC 206/97 (FJ 5)]. Aun así, se entiende que la Constitución “*no ha deslegitimado el modelo preexistente de Seguridad Social que en buena parte descansa aún sobre la consideración de las contingencias, de los eventos dañosos que originan la protección dispensada*” [S.TC 38/95 (FJ 3)], siendo cierto que “*nuestro sistema de Seguridad Social está asentado en alguna medida sobre el principio contributivo y que aún no se ha superado totalmente su relación con el esquema típico del seguro privado, que está en la base de los primitivos seguros sociales, que son el antecedente de la actual Seguridad Social*” [S.TC 103/83 (FJ 3)]. El interés se basa en “*preservar la unidad del sistema español de Seguridad Social y el mantenimiento de un régimen público, es decir, único y unitario de Seguridad Social para todos los ciudadanos*” [S.TC 124/89 (FJ 3)] fundado en los principios de caja única y solidaridad financiera que “*garantice al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de Seguridad Social*” [SS.TC 124/89 (FJ 3) y 195/96 (FJ 6)]. La consecución de la unidad de caja y de la solidaridad financiera justificaría la mención separada del régimen económico respecto del resto de aspectos normativos sobre la Seguridad Social caracterizados como competencia estatal en tanto “*se trata de garantizar la unidad del sistema de la Seguridad Social y no sólo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas*” [S.TC 124/89 (FJ 3) y 195/96 (FJ 2)].

El art. 41 CE ha impulsado, con todo y en opinión del TC, “*la evolución del sistema de Seguridad Social hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se ha querido o podido utilizar*” y que “*consagra una institución protegiéndola contra alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia*” [S.TC 206/97 (FJ 5)]. La Constitución garantiza el mantenimiento de un régimen

tribunales ordinarios, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 105-156 y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “La dimensión competencial. El posible “reparto de competencias” en el Estado autonómico”, en AAVV, *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al prof. José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008, pp 139-160.

⁽⁵⁵⁾ LÓPEZ CUMBRE, L., “La conformación del sistema mixto de pensiones y su evolución”, en AAVV, *Cien años de protección social en España. Libro conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión*, Madrid, MTAS, 2007, pp. 489-544.

⁽⁵⁶⁾ RODRIGUEZ-PIÑERO, M. y GONZALEZ ORTEGA, S., “La configuración constitucional de la Seguridad Social”, en AAVV, *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, Madrid, MTSS, 1985, pp. 282, pág. 282.

público como *“reducto indisponible para el legislador”* [S.TC 37/94 (FJ 3)] aun cuando permite modelos distintos de reorganización [S.TC 206/97 (FJ 5)] pero impidiendo la supresión o voluntarización sobrevenida del mismo porque *“impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social (lo que) lleva aparejado el carácter público del mencionado sistema”* [SS.TC 37/94 (FJ 4) y 206/97 (FJ 5)]. Esto no significa que *“los derechos sean irreversibles puesto que los derechos sociales se identifican y se admiten constitucionalmente tanto in melius como in peius”*, siendo en cada momento lo que disponga la ley ordinaria por tanto *“el estado actual de la conciencia social”* [S.TC 206/97 (FJ 5)].

3. Rechaza el TC que del art. 149.1.1 CE pueda extraerse la *“apresurada conclusión de que en materia de régimen económico de Seguridad Social el Estado retenga sólo potestades normativas. Que ello no es así se deduce sin dificultad de un análisis sistemático, histórico y teleológico del precepto constitucional. El designio perseguido con el acantonamiento del régimen económico dentro de la competencia exclusiva del Estado no ha sido otro, con toda claridad, que el de preservar la unidad del sistema español de Seguridad Social y el mantenimiento de un régimen público, es decir, único y unitario de Seguridad Social para todos los ciudadanos (art. 41 CE) que garantice al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de Seguridad Social (art. 149.1.1 CE)”* [S.TC 124/89 (FJ 3)]. Por eso se considera necesario distinguir entre la Seguridad Social y su régimen económico como materias competencialmente distintas de manera que *“las concretas facultades que integran la competencia estatutaria de gestión del régimen económico de la Seguridad Social serán sólo aquellas que no puedan comprometer la unidad del sistema o perturbar su funcionamiento económico uniforme, ni cuestionar la titularidad estatal de todos los recursos de la Seguridad Social o engendrar directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de seguridad social. Tales facultades autonómicas deben, en suma, conciliarse con las competencias exclusivas que sobre la gestión del régimen económico la Constitución ha reservado al Estado, en garantía de la unidad y solidaridad del sistema público de Seguridad Social”* [S.TC 195/96 (FJ 7)]. En cualquier caso, toda intervención autonómica sobre el régimen financiero debe tener en cuenta que *“los fondos estatales cuya disponibilidad por los órganos de la CCAA es siempre de carácter mediato que presupone la provisión o habilitación previa a cargo de la caja única de la Seguridad Social que la Tesorería gestiona sobre todo el territorio nacional”* [S.TC 124/89 (FJ 3)].

A partir de estas consideraciones se entendería que, aun cuando la opción constitucional parece clara, existiera una interpretación más o menos laxa en cada momento de conceptos jurídicos indeterminados como *“legislación básica”* o *“régimen económico”* e incluso el delicado recurso al art. 150.3 CE que permite al Estado dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las CCAA, *“aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general”*. Sin embargo, y si bien es cierto que la regulación uniforme estatal de las condiciones básicas del ejercicio de los derechos supone la equiparación de todos los españoles, el problema radica en determinar en cada caso concreto el contenido de esas condiciones básicas o de las posiciones jurídicas

fundamentales que han de ser iguales en todo el territorio nacional para garantizarlo ⁽⁵⁷⁾. Del mismo modo, las CCAA podrían demandar competencias que ahora retiene el Estado entendiendo que la materia pertenece a un ámbito propio competencial, tal y como ocurre con las pensiones no contributivas y su consideración como asistencia social. La fórmula incluso puede no ser conflictiva pues bastaría que las CCAA reprodujesen como legislación propia la legislación del Estado. Técnica que, aunque poco correcta, no ha sido descalificada por el TC (S.TC 40/81). O a través del incremento de competencias sobre materias que han de ser autorizadas por las CCAA; así, las Mutuas, integradas en el ámbito de la Seguridad Social, requerirán la autorización de la CCAA si la actividad se limita a su territorio [SS.TC 323/93, 243/94 y 106/95].

2.2. El alcance de las competencias exclusivas, compartidas o únicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

1. El TC impone como regla nuclear en materia de protección social el respeto a la cooperación y colaboración entre las distintas Administraciones, estatal y autonómica. En su opinión, *“ni la coordinación general ni la fijación de bases pueden dejar vacías las competencias de las CCAA”* [S.TC 32/83 (FJ 2)]. La coordinación entre Estado y CCAA *“debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica, en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema”* [S.TC 32/83 (FJ 2)]. Considera por ello el TC que *“la tarea que a este TC corresponde para la defensa del sistema de distribución de competencias [art. 161.1.c de la CE y 59 de su LO] cuando entra en juego, como ahora, la competencia estatal para la ordenación de lo básico, se debe orientar en atención a dos finalidades esenciales, consistente la primera en procurar que la definición de lo básico no quede, en cada caso, a la libre disposición del Estado –pues ello permitiría dejar sin contenido las competencias autonómicas- y cifrada la segunda en la preservación de que el cierre del sistema no se mantenga en la ambigüedad permanente que supondría reconocer al Estado la facultad para oponer sin advertencia a las CCAA, como norma básica, cualquier clase de precepto legal reglamentario, al margen de cuál sea su rango y estructura”* [S.TC 80/88 (FJ 5)]. En este sentido, *“y en todo cuanto afecta al reparto y delimitación de competencias, la concreción del contenido de las competencias efectuada por el legislador estatal caso por caso al ejercerlas, por ejemplo, al concretar lo básico en cada materia, se convierte en canon de constitucionalidad directa o indirecta de la actuación legislativa de las CCAA, se impone como canon de validez de las leyes autonómicas”* [SS.TC 60/93 (FJ 1), 16/91 (FJ 14), 106/98 (FJ 3)].

2. A tal fin, la S.TC 18/82 señala que *“si el examen del Estatuto correspondiente revela que la materia de que se trate no está incluida en el mismo, no cabe duda de que la competencia será estatal, pues así lo dice expresamente el art. 149.3 de la CE”* (FJ 1). Lo afirmado *“no debe llevar a la idea de que, una vez promulgado, el Estatuto de autonomía, es el texto de éste el que únicamente debe ser tenido en cuenta para realizar la labor interpretativa que exige la delimitación competencial”* [S.TC 18/82 (FJ 1)]. Si

⁽⁵⁷⁾ ÁLVAREZ GARCÍA, V., “Cohesión social y territorial”, en AAVV, *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Madrid, Civitas-Escuela Libre Editorial, 2002, pág. 478.

así se procediese “se estaría desconociendo el principio de supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico del que los Estatutos de Autonomía forman parte como norma institucional básica de la CCAA que el Estado reconoce y ampara como parte integrante del ordenamiento jurídico (art. 147.1 CE). Ello supone, entre otras posibles consecuencias, que el Estatuto de Autonomía, al igual que el resto del ordenamiento jurídico, debe ser interpretado siempre de conformidad con la Constitución y que, por ello, los marcos competenciales que la CE establece no agota su virtualidad en el momento de aprobación del Estatuto de Autonomía, sino que continúan siendo preceptos operativos en el momento de realizar la interpretación de los preceptos de éste, a través de los cuales se realiza la asunción de competencias por la CCAA” [S.TC 18/82 (FJ 1)].

De ahí que la S.TC 25/83 reconozca que las competencias estatutarias no transferidas deban quedar indefinidamente en manos del Estado si bien la S.TC 124/89 introduce una puntualización, condicionando el pleno ejercicio de las competencias estatutarias a la existencia del traspaso, pero no así la titularidad pues ésta “corresponde a la CCAA por obra de la Ley Orgánica por medio de la cual se aprobó el Estatuto de Autonomía”, lo que significa que “no es posible en puridad transferir las competencias que corresponden ya en virtud del Estatuto pues si corresponde en virtud de éste ope legis o ipso iure...mal se pueden transferir” (FJ 1). De acuerdo con este pronunciamiento, “la inexistencia de la necesaria transferencia de servicios sobre una determinada materia no es condición obstativa para la asunción de la titularidad de las competencias que, en relación con dicha materia, el estatuto atribuya a una CCAA. Por la misma razón, cuando una CCAA considere que una norma estatal ha invadido su propio ámbito de competencias y formule frente a la misma en esta sede constitucional la oportuna vindicatio potestatis, aunque no pretenda de modo inmediato su efectivo ejercicio por estar éste sí sujeto al previo traspaso de los correspondientes servicios, no es posible eludir un pronunciamiento sobre la titularidad de las competencias que una parte reclama para sí y la otra rechaza, con base en los mismos preceptos constitucionales y estatutarios que se interpretan de modo diferente por ambas partes en conflicto” [S.TC 124/89 (FJ 1)].

2.3. Sobre el cumplimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los ciudadanos en territorio nacional

1. Elemento nuclear de la delimitación competencial es el alcance que la jurisprudencia constitucional ha otorgado al art. 149.1.1 CE ⁽⁵⁸⁾. Pues bien, la frontera

⁽⁵⁸⁾ Por su interés, destaca especialmente el estudio de TOMÁS y VALIENTE, F., *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1988. Una recopilación de pronunciamientos sobre el alcance de este precepto en LÓPEZ GUERRA, L., “Regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Consideraciones sobre la regulación de las condiciones básicas del art. 149.1.1 CE”, en AAVV, *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, INAP, 1990, pp. 79-94, GARCÍA BLASCO, J., “Estado, Comunidad Autónomas y jurisprudencia constitucional”, en AAVV, *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales. Estudios en homenaje a D. Francisco Tomás y Valiente*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1997, pp. 7-16, CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., “El abandono de “lo básico”: Estado autonómico y mitos fundacionales”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núms.12-13, 2000, pp. 87-112, PÉREZ VILLALOBOS, M.C., *Estado social y Comunidades Autónomas*, Madrid, Tecnos, 2002, QUADRA-SALCEDO JANINI, T. de la, “¿Es el Estatuto de Autonomía una norma capaz de modular el alcance de la legislación básica del Estado?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.72, 2004, pp. 135-162 y “El régimen

entre lo que puede resultar “igual” o “desigual” en el territorio nacional descentralizado la establece el TC en 1983 al precisar que *“carece de base constitucional la pretendida igualdad de derechos de las CCAA...Los artículos que aduce en apoyo de su tesis (en referencia al Abogado del Estado) -9.2, 14, 139.1 y 149.1.1- consagran la igualdad de los individuos y de los grupos sociales, pero no la de las CCAA...(éstas) pueden ser desiguales en lo que respecta al procedimiento de acceso a la autonomía y a la determinación concreta del contenido autonómico, es decir, de su Estatuto y, por tanto, en cuanto a su complejo competencial. Precisamente el régimen autonómico se caracteriza por un desequilibrio entre la homogeneidad y diversidad del status jurídico de las entidades territoriales que lo integran. Sin la primera no habría unidad ni integración en el conjunto estatal; sin la segunda no existiría verdadera pluralidad ni capacidad de autogobierno, notas que caracterizan al Estado de las autonomías”* [S.TC 76/83 (FJ 2)]. Para el TC esta igualdad en cualquier parte del territorio nacional *“no puede ser entendida en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen unos mismos derechos y obligaciones...puesto que la potestad legislativa de que las CCAA gozan potencialmente da a nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional”* [S.TC 37/81 (FJ 2)]. En su opinión, los arts. 1, 9.2, 139.1 y 149.1.1 CE *“no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía”* [S.TC 37/87 (FJ 10)]. La CE lo que impone es que en toda España haya una regulación uniforme de las *“condiciones básicas”* o del *“contenido primario”* del derecho o de las *“posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos, etc)”* [S.TC 61/97 (FJ 22)].

No en vano, el art. 149.1.1 CE constituye *“...un título competencial autónomo, positivo o habilitante”* [SS.TC 61/97 (FJ 1) y 188/01 (FJ 12)]. El propio tenor literal del precepto, art. 149.1.1, deja claro que *“la igualdad que se persigue no es la identidad de las situaciones jurídicas de todos los ciudadanos en cualquier zona del territorio nacional (lo que, por otra parte, sería incompatible con la opción por un Estado organizado en la forma establecida en el Título VIII de la Constitución) sino la que queda garantizada con el establecimiento de las condiciones básicas que, por tanto, establecen un mínimo común denominador y cuya regulación ésta sí, es competencia del Estado”* [S.TC 156/95 (FJ 5) y 109/03 (FJ 10)]. La igualdad perseguida *“...no puede consistir en una igualdad formal absoluta”* [SS.TC 61/97 (FJ 1), 173/98 (FJ 9), 188/01 (FJ 12)]. El contenido del art. 149.1.1 CE es *“una habilitación para que el Estado condicione –mediante, precisamente, el establecimiento de unas condiciones básicas uniformes- el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de*

jurídico de los derechos sociales estatutarios, en AAVV, *El poder judicial. VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 573-630, FERNÁNDEZ FARRERES, G.J., *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*, Madrid, Iustel, 2005, VIVER PI-SUNYER, C., “En defensa de los Estatutos de Autonomía como normas jurídicas delimitadoras de competencias. Contribución a una polémica jurídico-constitucional”, en AAVV, *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Actas del IV Congreso Nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp.45-75 y LASA LÓPEZ, A., “Derechos sociales y Estado autonómico: el Estatuto de Autonomía como instrumento normativo de garantía de los derechos sociales”, en AAVV, *El Estado Autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, Madrid, INAP, 2009, pp. 511-530..

garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales” [SS.TC 173/98 (FJ 9), 54/02 (FJ 3), 178/04 (FJ 7), 228/04 (FJ 6)].

Bien es cierto que también el TC entiende que el art. 149.1.1 CE no podrá “operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional” [SS.TC 61/97 (FJ 1), 173/98 (FJ 9), 228/03 (FJ 10)]. El principio de autonomía supone “la capacidad de cada nacionalidad o región de decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias” [SS.TC 37/02 (FJ 12), 150/90 (FJ 7)]. Por lo tanto, el art. 149.1.1. CE no podrá constituir un trasunto, en el plano competencial, del art. 14 CE pues no “representa...una suerte de prohibición para el legislador autonómico de un trato divergente y desproporcionado respecto de la legislación estatal” [S.TC 61/97 (FJ 1)]. Por lo demás, “la persecución del interés general en el Estado de las Autonomías debe materializarse...a través de, y no a pesar de los sistemas de reparto de competencias articulados en la Constitución” [S.TC 146/86 (FJ 3)]. En definitiva, con el art. 149.1.1 CE no cabe “una prohibición de divergencia autonómica” [S.TC 61/97 (FJ 1)].

2. Tiene sentido que el TC admita cómo, en este contexto, la ordenación de lo básico se identifica con un “un marco normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional...dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad –ya que con las bases se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales–...a partir del cual pueda cada CCAA, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial” [SS.TC 69/88 (FJ 5), 197/96 (FJ 5), 49/88 (FJ 16)]. Siendo así que, a partir de la S.TC 25/83, la legislación básica adquiere un doble sentido, positivo, pues la citada legislación “manifiesta los objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado, exigidos por la unidad del mismo y por la igualdad sustancial de todos sus miembros...” y negativo dado que esa regulación “constituye el límite dentro del cual tienen que moverse los órganos de las CCAA en el ejercicio de sus competencias” (FJ 4). El TC alude a un “...común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias” [SS.TC 48/88 (FJ 3), 197/96 (FJ 5)], “de un tratamiento común y uniforme en todo el territorio del Estado...” o “...un mínimo común normativo en el sector material de que se trate...una orientación unitaria y dotada de cierta estabilidad en todo aquello que el legislador considera en cada momento aspectos esenciales de dicho sector material” [S.TC 14/04 (FJ 11)]. Las normas básicas son las que “...racionalmente se deducen de la legislación vigente” [S.TC 1/82 (FJ 1)]. La Ley aprobada como legislación básica debe así proclamarlo expresamente o, al menos, debe estar “dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión de básica” [SS.TC 197/96 (FJ 5), 223/2000 (FJ 6), 69/88 (FJ 5), 118/98 (FJ 16), 32/06 (FJ 5)]. Eso sí, el establecimiento de lo básico mediante normas reglamentarias sólo será admisible cuando éstas “...resulten complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases...” [SS.TC 194/04 (FJ 7), 173/05 (FJ 1), 32/06 (FJ 5)]. En definitiva, la calificación como básica de una norma por el legislador “no supone por sí misma que esa norma tenga tal carácter sino que, en su caso, corresponde al TC como intérprete

supremo de la Constitución, revisar la calificación hecha por el legislador y decidir, en última instancia, si una norma es o no básica” [SS.TC 49/88 (FJ 3) y 141/93 (FJ 3)].

La alusión a las condiciones básicas ha de identificarse, por tanto, con aquellas “...posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos..” imprescindibles o necesarias para garantizar la anhelada igualdad [S.TC 61/97 (FJ 1)]. Lo básico, por una parte y desde una perspectiva constitucional, “consiste en el común denominador normativo para todos en un sector determinado, pero sin olvidar, en su dimensión intelectual, el carácter nuclear, inherente al concepto. Lo dicho nos lleva a concluir que lo básico, como propio de la competencia estatal en la materia, cumple más bien una función de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que las CCAA con competencias en la materia establezcan niveles de protección más altos” [S.TC 102/95 (FJ 9)]. Las condiciones básicas que garanticen la igualdad “se predicen de los derechos y deberes constitucionales en sí mismo considerados, no de los sectores materiales en los que éstos se insertan” [SS.TC 61/97 (FJ 1) y 173/98 (FJ 9)]. Para ello el TC niega que las condiciones básicas puedan ser consideradas “sinónimo de legislación básica, bases o normas básicas...” [SS.TC 61/97 (FJ 1)]. A través de esta actuación estatal sobre los derechos y deberes constitucionales sólo se garantiza la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales sin poder ir más lejos pues eso “...habría de conducir a un solapamiento con otras competencias estatales explicitadas en el art. 149.1 CE o, lo que es peor, a una invasión de las competencias autonómicas” [S.TC 188/01 (FJ 11)]. Las CCAA, “en la medida en que tengan competencia sobre la materia, podrán aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho” [S.TC 61/97 (FJ 1)], aceptándose, en fin, que “la regla del art. 149.1.1 CE tampoco cierra el paso a la referencia a derechos y deberes constitucionales en los Estatutos de autonomía, pues éstos podrían incidir en aspectos concretos de aquéllos con la eficacia señalada cuando atribuyan competencias a las Comunidades Autónomas sobre la materia de que se trate” [S.TC, 247/07 (FJ 17)].

2.4. Límites y condiciones para efectuar la compensación interterritorial

1. Las CCAA “disponen de autonomía financiera para poder elegir sus objetivos políticos, administrativos, sociales y económicos” [S.TC 13/92 (FJ 7)] lo que les permite “ejercer sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las competencias propias, en especial las que figuran como exclusivas” [SS.TC 63/86 (FJ 2)] por cuanto dicha autonomía financiera “no entraña sólo la libertad de sus órganos de gobierno en cuanto a la fijación del destino y orientación del gasto público, sino también para la cuantificación y distribución del mismo dentro del marco de sus competencias” [SS.TC 128/99 (FJ 8), 239/02 (FJ 9), 194/04 (FJ 22)]. Por eso, el TC no duda en admitir que “en tal aspecto parcial, el financiero, se alude al principio de solidaridad con carácter genérico (art. 156.1 CE) y también con un talante instrumental, como fundamento del Fondo de Compensación, con la finalidad de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad (art. 158.2) cuya salvaguardia se encomienda al Estado que ha de velar por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo, entre las diversas partes del territorio español, con particular atención al componente insular (art. 138.1)” [S.TC 135/92 (FJ 7)].

2. El hecho de que el principio de solidaridad del art. 138.1 CE no sirva para la distribución de competencias no significa que resulte irrelevante a la hora de resolver posibles conflictos competenciales pues se trata de un eficaz principio interpretativo (S.TC 146/92). Pero el principio de solidaridad interterritorial recogido por el art. 2 CE tiene otras vertientes pues el art. 40.1 consagra la obligación de que todos los poderes públicos promuevan “*las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa*” y el art. 138.1 confía a la Administración del Estado la función de garantizar “*la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el art. 2 CE, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular*”. Para corregir dichos desequilibrios territoriales se crea el Fondo de Compensación Interterritorial o la asignación en los Presupuestos Generales de una partida “*para garantizar un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio del Estado*” (art. 158.1 CE). Pues bien, teniendo en cuenta que la planificación económica general deberá “*atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y su más justa distribución*” (art. 131.1 CE) y que “*diferencias entre los Estatutos de las distintas CCAA no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales*” (art. 138.2 CE), no puede si no ser considerado este principio de solidaridad como una extensión del principio de igualdad al que antes se aludiera en el análisis del art. 149.1.1CE⁽⁵⁹⁾.

3. La progresiva asistencialización de la Seguridad Social: dificultades conceptuales en torno a la Seguridad Social y la asistencia social y dificultades competenciales en torno al reparto entre Estado y Comunidades Autónomas.

3.1. La competencia estatal sobre las prestaciones o pensiones no contributivas y la competencia autonómica sobre sus complementos

1. La aprobación de la Ley 26/90 de prestaciones no contributivas quebró la línea que definía la Seguridad Social como únicamente contributiva e introdujo dentro del sistema las prestaciones o pensiones no contributivas dispuestas para quienes nunca hubieran cotizado o para quienes lo hubieran hecho insuficientemente. Junto a las pensiones o prestaciones de naturaleza contributiva, la LGSS conoció en 1974 y mantuvo en 1994 otro tipo de ayudas, prestaciones, subsidios o subvenciones denominadas con carácter general como “*ayudas sociales*”. Pero en 1990 se aprueba una norma que va a modificar sustancialmente la estructura del sistema español de Seguridad Social, la Ley 26/90. Con el fin de superar los límites de las ayudas asistenciales anteriores –de concesión discrecional y dependiente de la disponibilidad presupuestaria de quien resuelve–, se permite acceder por primera vez en nuestro país a una serie de prestaciones que surgen como derechos subjetivos para quienes cumplan los requisitos legales exigidos⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁹⁾ Vid MEDINA GUERRERO, M., *La incidencia del sistema de financiación en el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

⁽⁶⁰⁾ Vid sobre este nivel de protección los estudios de AAVV, *Los derechos de información en la empresa y las prestaciones no contributivas*, X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1992, BLASCO LAHOZ, J.F., *La protección asistencial en la Seguridad Social: la Ley de Prestaciones no Contributivas (Ley 26/90, 20 de diciembre)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, SEMPERE NAVARRO, A.V. y BARRIOS BAUDOR,

Un derecho subjetivo perfecto que convierte a sus beneficiarios en pensionistas de la Seguridad Social recibiendo no sólo una renta económica sino la asistencia médico-farmacéutica y los servicios sociales a fin de cubrir íntegramente el estado de necesidad en el que se encuentran. Siguiendo el mandato constitucional del art. 41 CE, los sujetos protegidos ya no serán los trabajadores encuadrados en el sistema sino “*todos los españoles residentes en el territorio nacional*”. La condición de trabajador se sustituye por la de ciudadano español y el requisito de cotización por el de la residencia, condicionándose el acceso a la pensión a una situación real de insuficiencia de recursos y financiando la ayuda a través de las aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social dada la naturaleza solidaria de estas prestaciones. Su composición, como ocurrirá con los complementos para mínimos, las caracteriza como un elemento “mixto” de la protección social en el que la cotización y la necesidad aparecen vinculadas en una misma prestación.

Las dificultades aplicativas devaluaron las expectativas iniciales de este avance en el contenido de la protección social. De la combinación de una restricción normativa y una rígida interpretación jurisprudencial surge un tímido resultado en la repercusión de este tipo de prestaciones. Podría considerarse que no existe interés en las mismas y que los potenciales beneficiarios ya están cubiertos por otros mecanismos de protección social. Pero nada más lejos de la realidad si se tiene en cuenta que de 47 millones de españoles, aproximadamente 10 de ellos tienen más de 65 años de edad y tan sólo 500.000 obtienen esta prestación (458.034 en 2010, de acuerdo con las estadísticas del MTIN). Elementos como la renta familiar y no personal, obligando a mantener la dependencia familiar, o la exigencia de una edad para la jubilación, la de 65 años, que no es la que realmente tienen quienes se jubilan en el nivel contributivo puesto que acceden a una edad inferior, han limitado el recurso a este tipo de prestaciones, reduciéndose progresivamente el número de beneficiarios. Para su plena consecución se impone la reforma de la edad, siguiendo el modelo de la pensión contributiva en el que la edad legal de 65 años no se corresponde con la edad real de jubilación, la modificación tanto del límite de rentas –excesivamente bajo- como de la consideración conjunta de rentas e ingresos del beneficiario, convendría asimismo desligar al beneficiario de la unidad familiar por cuanto la valoración de esta última en la capacidad de rentas pervierte la finalidad de esta prestación, sería necesario revisar tanto el requisito de la residencia en territorio nacional como los elementos fácticos de una carencia genérica y otra específica que tanto condicionan la concesión de esta prestación en parte porque suponen un anacronismo semejante a la denostada exigencia que opera en la jubilación contributiva y, por otro lado, porque este tipo de requisitos sólo responden al deseo economicista del Estado ahorrador que fiscaliza la inversión de sus

G.L., *Las pensiones no contributivas*, Navarra, Aranzadi, 2002, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, Madrid, CES, 2002, FARGAS FERNÁNDEZ, J., *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Navarra, Aranzadi, 2002, LÓPEZ CUMBRE, L., “La jubilación: entre el derecho y la obligación”, en AAVV, *Tratado sobre Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa con motivo de su jubilación*, Madrid, Editorial Iustel, 2007, pp. 41-110 , en concreto, pp. 59-64. y LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F., “La jubilación no contributiva”, en AAVV, *Tratado sobre Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa con motivo de su jubilación*, Madrid, Editorial Iustel, 2007, pp. 881-894.

prestaciones exigiendo consumo en el territorio nacional e impidiendo la exportación de las mismas ⁽⁶¹⁾.

2. Con su aprobación, la Seguridad Social, ámbito en el que expresamente quiso residenciar estas pensiones el legislador, se orientaba de forma distinta según las prestaciones se dispensaran en el nivel contributivo o en el no contributivo. La naturaleza “no contributiva” de estas prestaciones y su integración en el ámbito de la Seguridad Social las distanciaba de las prestaciones o ayudas asistenciales. Quizá, como ya ocurriera con otras prestaciones (los complementos para mínimos o el nivel asistencial del desempleo), cuando existe cotización, aunque se estime insuficiente para acceder a la modalidad contributiva, las prestaciones deben estar residenciadas en la Seguridad Social y la competencia ha de ser estatal. Sin embargo, su similitud con las prestaciones propias de la asistencia social no ha evitado su demanda como competencia de las CCAA, si bien, su regulación estatal, su financiación estatal y su gestión estatal - aun cuando en la ejecución de la misma pudieran colaborar las CCAA-, configura estas prestaciones en el ámbito de la Seguridad Social y, por ende, del Estado ⁽⁶²⁾.

El problema surge cuando las CCAA comienzan a completar estas prestaciones con ayudas propias, derivadas de sus presupuestos públicos, incrementando la cuantía que el Estado dispone con carácter uniforme y anual para este tipo de prestaciones. Como es sabido, a la solución de un conflicto de tal interés se destina la S.TC 239/02 ⁽⁶³⁾ que

⁽⁶¹⁾ VILLA GIL, L.E. de la y LÓPEZ CUMBRE, L., “Jubilación y prolongación de la vida activa (las mil y una jubilaciones)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extraordinario, 2008, pág. 394.

⁽⁶²⁾ LÓPEZ CUMBRE, L., “Nota introductoria al estudio “El modelo constitucional de protección social” del prof. Luis Enrique de la Villa Gil, en AAVV, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Cincuenta estudios del prof. Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2006, pp. 1529-1532.

⁽⁶³⁾ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “El incremento adicional a las pensiones no contributivas otorgado por algunas Comunidades Autónomas”, *Tribuna Social*, núm. 140-141, 2002, pp. 22-30 y “El complejo reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social, a propósito de las pensiones no contributivas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.54, 2004, pp. 81-126, ÁLVAREZ CORTES, J.C., “Nuevamente sobre las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de protección social. Algunas reflexiones respecto de la S.TC 239/02”, *Temas Laborales*, núm.68, 2003, pp. 189-222, GARCÍA-NUÑEZ SERRANO, F., “Los complementos autonómicos: ¿Seguridad Social o Asistencia Social?”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.34, 2003, pp. 129-168, MOLINA NAVARRETE, C., “El Estado social autonómico y la garantía constitucional de suficiencia de las pensiones”, *Temas Laborales*, núm.69, 2003, pp. 9-33, “Polvos y lodos: complementos autonómicos a pensiones no contributivas ¿fraude constitucional o justicia social? (Reflexiones a propósito del nuevo art. 38.4 LGSS)”, *Relaciones Laborales*, t.I, 2004, pp. 429-458, NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “El mito de Pandora y la asistencia social del siglo XXI: una inicial acercamiento a la S.TC 239/02, de 11 de diciembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (www.iustel.com), núm.1, 2003, pp. 1-6, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Incremento de las pensiones no contributivas por las Comunidades Autónomas. Comentario a la Sentencia del STC 239/02”, *REDT*, núm.117, 2003, pp. 467-488, SUÁREZ CORUJO, B., “STC 239/02, 11 de diciembre: ¿puerta abierta a una “novísima” asistencia social?”, *Relaciones Laborales*, t.I, 2003, pp. 599-616, VICENTE PACHES, F. de “Los complementos autonómicos a las pensiones no contributivas del sistema de Seguridad Social: ¿Seguridad Social o Asistencia Social? El conflicto competencial Estado versus Comunidades Autónomas (Comentario a la S.TC 239/02)”, *Tribuna Social*, núm.156, 2003, pp. 51-71, VIDA SORIA, J., “Axiomas y aporías en torno a los conceptos de seguridad y asistencia social”, en AAVV, *Derecho vivo del trabajo y Constitución: estudios en homenaje al prof. Dr. Fernando Suárez González*, Madrid, La Ley, 2003, pp. 407-426 y MORGADO PANADERO, P., “Una nueva

avala con su doctrina la posibilidad de establecer ayudas asistenciales de apariencia similar a la de las pensiones no contributivas, en este caso por parte de la Junta de Andalucía. De hecho, este pronunciamiento propiciaría la modificación introducida en el art. 38.4 LGSS por la Ley 4/05, 22 abr., BOE, 23 sobre los efectos en las pensiones no contributivas de los complementos otorgados por las Comunidades Autónomas (y también la del art. 145.2 por la Ley 13/06). La nueva redacción del art. 38.4 indica que “...Lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las Comunidades Autónoma en beneficio de los pensionistas residentes en ellas” y con ella se opta por una solución integradora de las distintas tesis existentes sobre la materia ⁽⁶⁴⁾. A partir de su aprobación, las Comunidades –dentro de sus competencias- podrán dispensar “ayudas” complementarias.

3. Sin embargo, este pronunciamiento constituye algo más que el acicate de una reforma legislativa. Supone un punto de inflexión en la delimitación conceptual y competencial entre la Seguridad Social y la asistencia social. Cuando la Ley 26/90 fue aprobada la duda se originó en los mismos términos, zanjando el conflicto el legislador en la Exposición de Motivos al definir estas prestaciones como nivel no contributivo de la “Seguridad Social”. Se trata de situaciones de necesidad que no han sido “suficientemente cubiertas por los mecanismos asistenciales existentes” y que requieren de un nuevo derecho subjetivo perfecto a favor de los beneficiarios, quienes “como pensionistas de la Seguridad Social” recibirán una renta económica así como la asistencia médico-farmacéutica y los servicios sociales necesarios. Asimismo el art. 1 de la citada Ley 26/90 establece la “ampliación del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social y la extensión de su ámbito de acción protectora” modificando, entre otros, los arts. 1, 2, 7 y 20 LGSS y facultando al Gobierno para el desarrollo de la misma en su DA 2ª. Hecho que no ha impedido a las CCAA, como se comprueba, la aprobación de ayudas dispensadas con cargo a sus presupuestos y como complemento de las pensiones no contributivas, incrementando, *de facto*, la cuantía de estas últimas.

El TC utiliza en la S.TC 239/02 tres argumentos relevantes. Uno, que para el deslinde competencial carece de entidad el hecho de que el receptor de las ayudas lo sea ya y esté incluido en el ámbito protector de la Seguridad Social, del mismo modo que ocurre con las prestaciones complementarias provenientes del mutualismo o de los planes y fondos de pensiones (FJ 6 y 7). Otro, que para decidir si existe o no una

aproximación entre la Seguridad Social y la asistencia social: la STC 239/02”, *Relaciones Laborales*, t.I, 2005, pp. 581-602.

⁽⁶⁴⁾ MOLINA NAVARRETE, C., “Polvos y lodos: complementos autonómicos a pensiones no contributivas ¿fraude constitucional o justicia social? (Reflexiones a propósito del nuevo art. 38.4 LGSS)”, *Relaciones Laborales*, t.I, 2004, pp. 429-458, pp. 429-458, “Del mal e inútil uso del poder legislativo en materia de Seguridad Social: la Ley 4/05 sobre efectos en las pensiones no contributivas de los complementos autonómicos”, *Aranzadi Social*, núm.12, 2005, pp. 2-10 y “Contrarreformas socio-laborales y seguridad jurídica: leyes 4/05 sobre suplementos autonómicos de pensiones no contributivas y 14/05 sobre cláusulas de jubilación forzosa”, *La Ley*, núm.5, 2005, pp. 1362-1374, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Novedad en el procedimiento de cálculo de las pensiones no contributivas: la modificación del art. 145.2 LGSS por la Ley 4/05, de 22 de abril”, *Información Laboral*, núm.17, 2005, pp. 2-9 y “Tras la Ley 4/05 de 22 de abril, de nuevo se reforma el procedimiento de las pensiones no contributivas por la Ley 8/05, 6 de junio”, *Información Laboral*, núm.21, 2005, pp. 2-11 y VICENTE PACHÉS, F. de, “Breves consideraciones acerca de la Ley 4/05 de 22 de abril sobre efectos en las pensiones no contributivas de los complementos otorgados por las Comunidades Autónomas”, *Tribuna Social*, núms. 176-177, 2005, pp. 9-12.

extralimitación competencial es necesario analizar las técnicas empleadas en la configuración y aplicación de las ayudas en cuestión. Y el tercero, la posible afección del derecho a disfrutar de unas condiciones básicas de protección social en igualdad para todos los españoles. Sobre la S.TC 239/02 se formulan dos votos particulares (más la adhesión final a ambos de un magistrado). En el primero, una de las conclusiones más destacadas es que el título competencial que permite a las CCAA completar la Seguridad Social a través de la asistencia social no puede permitir una suplementación al alza de las prestaciones de la Seguridad Social de modo que *“en vez de una Seguridad Social única, visible como tal por sus beneficiarios, en la unidad de sus prestaciones en toda España, y concebida desde su nacimiento como un instrumento de solidaridad nacional, pueda ser vista por aquéllos como más o menos generosa en las distintas Comunidades Autónomas”* (FJ 1). En el segundo se subraya, entre otros argumentos, que lo que caracteriza a la asistencia social es la *“prueba de necesidad”*, como lo era la de beneficencia a la que sucede. En estas ayudas, la comprobación de tal estado no existe en ningún caso pues se otorgan indiscriminadamente y mediante una cantidad idéntica en todos los supuestos y a todos los perceptores de pensiones no contributivas que residan en la Comunidad Autónoma de referencia por lo que no puede ser considerado más que *“un incremento lineal de las pensiones no contributivas en Andalucía durante un ejercicio económico determinado”*, difícilmente compatible con el concepto de asistencia social (FJ 4).

Sin eludir las dificultades constitucionales primero, y legales después, para delimitar la Seguridad Social y la asistencia social, la S.TC 239/02 pone de manifiesto que una misma realidad –la aportación de una ayuda complementaria por parte de una CCAA a las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social- puede tener un sesgo u otro según su configuración. Ahora bien, caracterizadas como en el supuesto que resuelve la S.TC 239/02, la opción de las CCAA puede interferir en los rasgos definidores de la Seguridad Social. En definitiva, completar la cuantía de las pensiones no contributivas del sistema supone establecer diferencias –directa o indirectamente- sobre una misma realidad en el ámbito de la Seguridad Social, no permitidas por el modelo constitucional vigente. Cosa distinta es que las CCAA fijen, con sus presupuestos y dentro de sus competencias, ayudas que sirvan para completar aquellos huecos a los que la Seguridad Social no llega por limitaciones en su ámbito objetivo o subjetivo. Si la Constitución diferencia entre Seguridad Social, asistencia social y sanidad y en cada caso fija contenidos y competencias distintos es porque, en principio, cada una de ellas responde a objetivos diferentes y sobre las mismas han de adoptarse competencias distintas ⁽⁶⁵⁾.

Valorar la asistencia social como un complemento económico de la Seguridad Social simplifica el sentido que la primera tiene y condiciona sobremanera el papel de la segunda. Incluso puede llegar a interceder negativamente en esta última toda vez que la cuantía económica de aquéllas puede hacer desaparecer el derecho a éstas –obsérvese si no el límite de rentas o ingresos tan estrecho establecido para las pensiones no contributivas en el sistema de Seguridad Social que puede hacer peligrar su percepción si las CCAA incrementan con una ayuda adicional su cuantía-. Asistencia social y

⁽⁶⁵⁾ LOPEZ CUMBRE, L., “La conformación del sistema mixto y su evolución”, en AAVV, *Cien años de protección social en España. Libro conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión*, Madrid, MTAS, 2007, pp. 489-544 y “Sanidad y Acción Social en Cantabria”, en AAVV, *Derecho Público de Cantabria*, Santander, Parlamento de Cantabria, 2003, pp. 695-749.

Seguridad Social no pueden coincidir, sin perjuicio de que el óptimo sea que necesidades o contingencias cubiertas por la asistencia social vayan siendo asumidas con mayor garantía por la Seguridad Social. No servirá, a estos efectos, el argumento de la “*complementariedad*” de la protección privada del sistema de Seguridad Social – prestaciones mutualistas o planes y fondos de pensiones- que sí toman como referencia clave para desarrollar su papel las prestaciones básicas del sistema de Seguridad Social porque así se establece en el art. 41 CE, para defender la “*complementariedad*” asistencial paralela de estas otras ayudas sobre las prestaciones no contributivas insertas en el mencionado art. 41 CE. Así, la tesis que sostiene una interrelación entre prestación contributiva-complemento a través de planes y fondos de pensiones o contratos de seguro/ prestaciones no contributivas-complemento a través de ayudas de las CCAA falla en un elemento esencial al realizar este paralelismo, y es que el primer binomio se contempla en la Constitución pero no el segundo, al menos no con tanta nitidez ⁽⁶⁶⁾.

3.2. La naturaleza asistencial o contributiva de los complementos para mínimos

1. Otro elemento susceptible de análisis en una valoración competencial de la Seguridad Social es el de los complementos para mínimos dada su cuestionada naturaleza jurídica. La progresiva rigidez de los requisitos para acceder a las pensiones contributivas en aras de la viabilidad del sistema produce como principal efecto que cada vez sean más aquellas pensiones que requieren ser complementadas para alcanzar el mínimo garantizado por la norma legal ⁽⁶⁷⁾. Desde la creación del Mutualismo Laboral (OM 10 sep.54, BOE, 17), se admitirá una cantidad mínima garantizada (art. 39) cuando las prestaciones resultan sustitutivas del salario regulador, consolidándose en 1978 con el RD 85/78, 24 ene., BOE, 25. En la actualidad, la ley modula la cuantía del complemento en función de dos circunstancias, la marital y el factor renta, en un enfoque quizá ya desfasado sobre el “cónyuge a cargo”.

En el establecimiento de la cuantía de una pensión existen diferencias territoriales marcadas por dos elementos básicamente: uno, el nivel de producción que, a su vez, determina el nivel salarial y, por tanto, condiciona la cuantía de la pensión; y, otro, la presencia o no de regímenes especiales en cada territorio. Son estos últimos los que, al menos en España, han condicionado sustancialmente el papel de las pensiones mínimas. Y es que, en algunos de ellos –aquellos que suelen tener un mayor déficit interno, como el régimen agrario o el de empleados del hogar o aquellos en los que se permite la elección de la base de cotización, como el régimen de trabajadores autónomos- se incrementa el recurso a los complementos para mínimos. En el caso de

⁽⁶⁶⁾ OJEDA AVILÉS, A., “Sobre el concepto de asistencia social y el principio de caja única en la distribución de competencias en materia de protección social”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 8-9, 2003, pp. 52-61, FARGAS FERNÁNDEZ, J., *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Navarra, Aranzadi, 2002, LÓPEZ CUMBRE, L. “La conformación del sistema mixto de pensiones y su evolución”, en *Cien años de protección social en España. Libro conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión*, Madrid, MTAS, 2007, pág. 525 y “Voz Prestaciones de la Seguridad Social”, en AAVV, *Enciclopedia Laboral Básica “Alfredo Montoya Melgar”*, Madrid, Civitas-Thomson, 2009, pág. 1067.

⁽⁶⁷⁾ Una reflexión sobre este tema en LÓPEZ CUMBRE, L., “El papel de las pensiones mínimas en el proceso de maduración de los sistemas de protección social y en relación con las estrategias de activación para la incorporación al empleo” en AAVV, Presidencia Española del Consejo de la Unión Europea (enero-julio 2010), RMTIN, Derecho social internacional y comunitario, número extraordinario, 2010, pp. 203-258.

los trabajadores autónomos, el derecho a escoger la base de cotización les permite un comportamiento estratégico en virtud del cual demoran su cotización hasta los cincuenta años de edad con el fin de que con sólo quince años de cotización y cotizando a las bases mínimas obtengan una pensión mínima, con una alta rentabilidad de sus cotizaciones. El importe deseado se alcanzará mediante la percepción de pensiones privadas, sistema al que se trasladan recursos que deberían estar en el ámbito público de la protección social, como ocurre a los trabajadores por cuenta ajena que no disponen de tantas posibilidades de convertir el sistema privado en “sustitutorio” (algo que sí se les permite a las profesiones liberales) sino en complementario ⁽⁶⁸⁾. El efecto puede resultar perverso pues personas con rentas bajas del RGSS pueden estar financiando a personas con rentas altas o muy altas en los regímenes especiales, básicamente en el que protege a los trabajadores autónomos.

2. Con todo, el aspecto que más interesa aquí es el de la naturaleza contributiva o asistencial de estos complementos. Y lo cierto es que sobre la misma no existe una prevalencia aun cuando cada vez se imponga más la separación de fuentes de financiación a fin de facilitar dicha distinción. De ser así, el complemento no tendría como fuente la cotización, insuficiente para que el pensionista obtenga el mínimo garantizado, sino la ayuda que presta el Estado para lograr dicho objetivo. De hecho, las pensiones mínimas tan sólo encuentran soporte en el principio de solidaridad por cuanto garantizan la suficiencia de las prestaciones y corrigen al alza la regla de la proporcionalidad pues, aun cuando se haya cotizado por una base mínima u otra distinta, si el cálculo de la pensión no garantiza la cuantía de la pensión mínima el beneficiario tendrá derecho a esta última y no a la que le corresponda como aplicación del cálculo preceptivo y de la cotización efectuada.

Pues bien, si el punto de partida es el nivel contributivo, quizá resulte conveniente una comparación entre la pensión mínima y el salario mínimo ⁽⁶⁹⁾. Si bien este último se refiere a una situación de activo y aquella está prevista para una situación de pasivo, en un caso se retribuye una contraprestación de servicios y en el otro se cubren estados de necesidad derivados precisamente de la pérdida de rentas de activo independientemente de la causa que origine tal pérdida. Y, sin embargo, existen algunos puntos de conexión. El principal, que la cuantía del salario mínimo suele adoptarse como referencia para señalar el importe de las pensiones mínimas (570,40 euros, la de menor cuantía en 2011), no habiendo sido alcanzada aún una similitud entre ambas cantidades (en 2011, 641,40 euros para el s.m.i.; 532,51 euros para el IPREM y 570,40 euros para la pensión de menor cuantía). Precisamente el complemento de mínimos persigue garantizar una mayor proximidad al salario mínimo. Cabría cuestionar si la solidaridad que pretenden las pensiones mínimas resulta la más adecuada por entender que no todos los pensionistas que las reciben son quienes debieran tener derecho a ello y que homogeneizan situaciones en origen bien dispares. Pero, en cierto modo, comparar el mínimo del salario del trabajador en activo con el mínimo pensionístico supone admitir que existe una garantía de suficiencia entre ambas cantidades. En definitiva, nos

⁽⁶⁸⁾ PIÑEYROA DE LA FUENTE, A., “La protección social del trabajador autónomo: el transplante del esquema previsto para el trabajador por cuenta ajena como posible origen de desajustes”, *Relaciones Laborales*, t.I, 2000, pág. 200. Con anterioridad, en su monografía *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos (la cobertura del RETA)*, Madrid, Civitas, 1995.

⁽⁶⁹⁾ FUENTE LAVÍN, M. de la, *El sistema de pensiones en España. Evolución y perspectivas de futuro*, Granada, Comares, 2006, pág. 437.

hallamos ante un sistema contributivo y profesional y las pensiones tratan de sustituir las cantidades dejadas de percibir en activo, por lo que tiene sentido que las mismas se asemejen. Al menos en ello reside la justificación de la suficiencia, en garantizar un mínimo de subsistencia tanto en un caso como en otro.

Tampoco resulta fácil marcar la diferencia entre las pensiones mínimas contributivas y las prestaciones no contributivas o asistenciales con las que, a menudo, se confunden (la cuantía de las no contributivas ha sido fijada en 2011 en 347.60 euros). Sólo la heterogeneidad de las fuentes de financiación permitirá deducir qué parte pertenece a lo contributivo y cuál a lo no contributivo. Aun cuando de una forma simplista pueda decirse que si los recursos provienen de las aportaciones de los beneficiarios se tratará de una pensión contributiva y si fuera una aportación fiscal será no contributiva, lo cierto es que no existen modelos puros de financiación en Seguridad Social en los que las fuentes respondan a una medida unidireccional. La decisión firme por separar la protección contributiva de la no contributiva tiende a diferenciar las fuentes y los responsables de la financiación de cada tipo de pensión o nivel de protección social. Probablemente dicha separación no suponga nada concluyente en cuanto a la protección del beneficiario pero sí servirá para depurar responsabilidades entre los distintos poderes públicos.

Existe un debate entre la lógica de la seguridad y la lógica de la solidaridad en el que se pretende fijar cuál sea el alcance de la protección contributiva, de aseguramiento colectivo y obligatorio, y la protección que garantice un mínimo de subsistencia, a cargo de la solidaridad general que se fija en los Presupuestos Generales. Sin embargo, prolifera la consideración de la fuente de financiación como factor diferencial entre una prestación de otra. Una conclusión no del todo acertada si se tiene en cuenta que, en muchos sistemas -en el español así ocurre-, se establece que la financiación de la Seguridad Social, sin diferenciar nivel alguno, tiene como recursos generales tanto las cotizaciones de las personas obligadas como “*las aportaciones progresivas del Estado*” (art. 86 LGSS). Bien es cierto que la ley prevé una individualización o afectación finalista de las aportaciones estatales y, en concreto, precisa que se podrá especificar dichas aportaciones si van destinadas a la acción protectora de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva (art. 86.2 LGSS). Conclusión que serviría para defender la naturaleza contributiva de los complementos para mínimos por entender que si el legislador hubiera tenido voluntad de atribuir naturaleza asistencial o no contributiva a los complementos para mínimos, lo hubiera mencionado expresamente ⁽⁷⁰⁾. No se oculta, por lo demás, que este debate puede esconder el interés de reducir las pensiones mínimas del nivel contributivo al nivel -siempre más bajo- de las prestaciones asistenciales si se sitúan dentro de la misma fuente de financiación e incluso un traspaso de competencias, si se residencia en el ámbito asistencial, a las CCAA.

Quizá parezca más idóneo determinar la naturaleza contributiva o no de una prestación en virtud de la relación que exista entre los ingresos derivados de activo y la prestación y la repercusión que las cuotas abonadas en activo tengan en esta relación. El papel del salario a la hora de configurar el importe de la pensión constituirá un elemento más determinante que la propia fuente de financiación. En un sistema mixto como el nuestro (contributivo y asistencial) las prestaciones juegan una función de sustitución de

⁽⁷⁰⁾ GETE CASTRILLO, P., *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, Valladolid, Lex Nova, 1997, pág. 535.

las rentas de activo y se basan en el criterio de proporcionalidad en razón de las cotizaciones previas, garantizando la suficiencia de las pensiones ⁽⁷¹⁾. Mas esta suficiencia ha de tener como principal objetivo el de mantener el poder adquisitivo que el beneficiario tenía en activo para lo cual se fija un importe de las cotizaciones previas tendente a lograr tal fin. Esto las hace diferentes del mínimo vital de mera subsistencia o garantía de ingresos mínimos que persigue cualquier prestación no contributiva y que tiende, a diferencia de la contributiva, a conseguir la compensación de probados estados de necesidad, no fáciles de cubrir de otra forma por quienes carecen de cualquier otro recurso. Por lo demás y en general, el ámbito subjetivo también sirve para diferenciar unas prestaciones de otras. Las pensiones mínimas contributivas o con complementos para mínimos tienen un ámbito subjetivo restringido exclusivamente a lo “profesional”, nunca universal o indiferenciado de la ciudadanía que es el ámbito propio en el que se desarrollan las prestaciones asistenciales. Por lo tanto es más la función y el ámbito subjetivo de aplicación lo que distingue a unas prestaciones de otras y no tanto el origen de la financiación, aun cuando sea éste un criterio susceptible de ser utilizado también.

3. Mas, para concluir este apartado, conviene subrayar cómo ha podido apreciarse una cierta aproximación entre el nivel no contributivo y los complementos para mínimos en los últimos años. Esto es así porque en la legislación presupuestaria los condicionantes inicialmente ligados a la persona individual, al titular de la pensión y a sus circunstancias personales se han ido ampliando progresivamente al considerar simultáneamente la situación familiar, la existencia o no de cónyuge a cargo, toda percepción económica, salarial, de capital o de cualquier naturaleza, y tanto a nivel individual como de la unidad familiar. Por lo demás, la separación de las fuentes de financiación contribuiría a facilitar una tendencia más asistencializadora de este tipo de complementos, si no fuera porque, con la doctrina, habría que entender que, en el punto que nos ocupa, dicha separación puede resultar un tanto artificial. El elemento contributivo en este caso es más relevante que la fuente que financie el complemento para garantizar una cuantía mínima pues, en puridad, sólo se obtiene un complemento para mínimos si previamente se ha cotizado y se tiene derecho a una pensión contributiva. De ahí que se aconseje una calificación mixta de dicho complemento, no siendo ni puramente asistencial o no contributivo ni contributivo plenamente ⁽⁷²⁾, aun cuando si hubiera que elegir entre uno y otro se encontrarían, hoy por hoy, más próximo al nivel contributivo que al asistencial.

III. EL ESPACIO DE LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL ESPAÑOL

1. La constitucionalidad de la protección complementaria privada

⁽⁷¹⁾ Un estudio más exhaustivo en GARCÍA VALVERDE, M.D., *La cuantía de las prestaciones en el sistema de Seguridad Social español*, Granada, Comares, 2003 y MOLINA NAVARRETE, C., “El Estado social autonómico y la garantía constitucional de suficiencia de las pensiones”, *Temas Laborales*, núm.69, 2003, pp. 9-33.

⁽⁷²⁾ ALARCÓN CARACUEL, M.R., y GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Los principios de organización de las pensiones públicas”, en AAVV, *Pensiones sociales. Problemas y alternativas. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (T.II)*, Madrid, MTAS, 1999 *Pensiones Sociales. Problemas y Alternativas. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, pág. 207.

1. El art. 41 CE, mandato constitucional nuclear en materia de protección social, reconoce la prevalencia de lo público en el sistema de protección social. Es cierto que con referencia exclusiva a la Seguridad Social al afirmar cómo "*los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos*" en el que deberán garantizarse la "*asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo*". En parte esto es así porque se trata de respetar las bases establecidas en el pasado (LBSS, 1963) que sustentaban el moderno sistema de Seguridad Social sobre un modelo público pero, también, porque el diseño constitucional define un sistema universal, básico, suficiente y general de protección. De alguna manera, trata de respetar el alcance que mejor representa la primitiva idea de Seguridad Social, prevista para asistir a todos en sus riesgos más primarios.

Y es cierto que la garantía constitucional, como se ha expuesto en el epígrafe anterior, se extiende al mantenimiento de un sistema público. Pero no se recoge un contenido mínimo predefinido del mismo en la norma constitucional. Son numerosas las ocasiones en que, como se ha podido comprobar, el TC ha reiterado la inexistencia de un modelo único de Seguridad Social en el entendimiento de que la CE sólo prohíbe "*que se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución de la Seguridad Social*" [S.TC 37/94 (FJ 4)], considerando que "*dentro de tales límites son constitucionalmente admisibles distintos modelos*" [S.TC 206/97 (FJ 5)]. El legislador podrá precisar dicho contenido en función de "*las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales*" [S.TC 38/95 (FJ 2)].

2. Mas la protección privada complementaria conforma asimismo el sistema de protección social español. Así lo quiso el constituyente cuando junto a la protección pública manifestó en el art. 41 CE que la "*asistencia y prestaciones complementarias*" deberían ser "*libres*". En principio, pensión privada es la que, por exclusión, no es pública, esto es aquella que se sufraga en su totalidad –y no sólo en parte– con fondos o aportaciones de carácter privado, siendo pública si en su financiación concurren, aunque sea sólo en parte, recursos públicos⁽⁷³⁾. De acuerdo con el art. 41 CE la protección complementaria supone la implementación de la protección tanto desde el sistema público como a través de regímenes privados, pero, en todo caso, de establecimiento voluntario, lo que, para algunos autores implica excluir el monopolio estatal de la protección complementaria⁽⁷⁴⁾. Es el carácter voluntario el que distingue y distancia a un régimen privado de uno público y es lo que determina la diferente atribución competencial⁽⁷⁵⁾.

Y es que no resulta extraño al Estado de bienestar social la consecución de dos objetivos, compatibles entre sí. Por un lado, la persistencia de un nivel público mínimo en régimen de reparto y, por otro, la conformación de un nivel privado en régimen de capitalización. Para ello se requiere "*posible trasvase de ciertas dosis de cobertura*

⁽⁷³⁾ GARCÍA MURCIA, J., "El espacio de las pensiones privadas", en AAVV, *Pensiones sociales. Problemas y alternativas. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 1999, pág. 161.

⁽⁷⁴⁾ FUENTE LAVÍN, M. de la, *El sistema de pensiones en España. Evolución y perspectivas de futuro*, Granada, Comares, 2006, pág. 184.

⁽⁷⁵⁾ GETE CASTRILLO, P., *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, Valladolid, Lex Nova, 1997, pág. 283.

social de nivel público al privado (así como) la garantía de acceso efectivo a la pensión privada bajo el reconocimiento de la proporcionalidad de la misma al tiempo de trabajo y/o a la aportación imputada” ⁽⁷⁶⁾. En una concepción genérica de la previsión, la cuantía de las prestaciones se destina a resarcir con exactitud una situación de necesidad realmente verificada en cada caso concreto cuando se produce la contingencia correspondiente. Esta es la razón por la que existe la protección complementaria, que persigue como finalidad la consecución de un mismo nivel de ingresos y de cobertura social del que se beneficiaba el trabajador cuando se hallaba en activo.

Así, entre quienes consideran que sólo la Seguridad Social básica/pública puede integrar el contenido de la Seguridad Social por tratarse la Seguridad Social complementaria/privada de un régimen privado de pensiones ⁽⁷⁷⁾ y quienes entienden perfectamente compatibles ambas dimensiones dentro del modelo constitucional de Seguridad Social ⁽⁷⁸⁾, la opción no resulta sencilla, máxime si el TC opta por efectuar una lectura más privatista del último inciso del art. 41 [por todas, S.TC 206/97]. Cualquier mención a una intervención o participación privada ha sido tradicionalmente alejada del concepto de Seguridad Social en la creencia, no del todo incierta, de apreciar una *contraditio in terminis*. Pero quizá esta reacción no responda, en ocasiones, más que a una apreciación simplista y arcaica de lo que se considere "*participación privada*" y a un temor, muchas veces infundado, a corromper las bases de un régimen público de Seguridad Social mediante una aparente privatización. Y así, aun cuando en los dos supuestos anteriormente apuntados dentro del nivel contributivo, los sujetos privados participen en su financiación, para uno -el nivel básico obligatorio- no se cuestiona su inclusión dentro del sistema de Seguridad Social público, mientras que para otro -el nivel complementario voluntario- caben serias dudas de que así pueda o deba ser.

3. En la evolución del sistema de protección social español a lo largo del siglo XIX ha podido comprobarse cómo la participación privada ha estado siempre presente. Mas, en un contexto como el actual, en el que se impone lo económico sobre lo social, y, por tanto, lo privado sobre lo público, el temor resulta obvio, y consiste en reducir a un círculo mínimo básico el alcance protector del sistema público de Seguridad Social para hacer crecer un entorno de protección privada regido por criterios mercantilistas ⁽⁷⁹⁾. Fueron numerosas las aportaciones científicas preconstitucionales que iniciaron un

⁽⁷⁶⁾ VILLA GIL, L.E., de la, "Estudio Preliminar", en AAVV, *Pensiones Privadas. Planes y Fondos de Pensiones. Seguros de Vida. Entidades de Previsión Social*, Madrid, Acarl, 1997, pág. XXXIV.

⁽⁷⁷⁾ ALONSO OLEA, M., *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Madrid, Civitas, 1.982, pág. 42.

⁽⁷⁸⁾ ALMANSA PASTOR, J.M., "Gestión pública e iniciativa privada", *Papeles de Economía Española*, 1982, núms. 12-13, pág. 174.

⁽⁷⁹⁾ Vid VILLA GIL, L.E. de la, "Pensiones sociales. Problemas y alternativas" y GARCIA MURCIA, J., "El espacio de las pensiones privadas", ambos en AAVV, *Pensiones sociales. Problemas y alternativas. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 1999, pp. 3-33, respectivamente, AGUILERA IZQUIERDO, R. y SÁNCHEZ-URÁN, Y., "La protección social complementaria en el marco del derecho a la protección social", en AAVV, *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Madrid, MTAS, 2003, pp. 1071-1113, AGUILERA IZQUIERDO, R., BARRIOS BAUDOR, G. y SÁNCHEZ-URÁN, Y., *Protección social complementaria*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 2003 y RODRIGUEZ, J., *La voluntariedad en el sistema de*

trayecto científico ya sin retorno para quienes, inquietos por el cambio significativo que se estaba operando en un concepto tradicional, contemplaban la intromisión de "lo privado" en "lo público" ⁽⁸⁰⁾. Y en ese régimen preconstitucional de Seguridad Social que, de alguna manera, limitaba la capacidad de actuación de nuestros constituyentes decididos a "mantener" el régimen legal previo, ya se reconocía una cierta intervención privada a través de las mejoras voluntarias, consideradas como parte integrante del sistema de Seguridad Social y no ajenas al mismo. Pues bien, lo que antes fuera admitido sin objeción alguna -una intervención de los particulares en el sistema de Seguridad Social creando voluntariamente prestaciones adicionales a las devengadas por el régimen obligatorio- ha venido siendo cuestionado, siendo rechazada cualquier ingerencia privada en el sistema de Seguridad Social y evitando así que las prestaciones que surgen de dicha iniciativa privada compartan, como antes sí lo hicieran, los mismos caracteres y las mismas garantías que las prestaciones incluidas en el sistema de Seguridad Social ⁽⁸¹⁾.

2. Diferencias y semejanzas entre la participación pública y la participación privada en el sistema de protección social. El rechazo a la incompatibilidad de fórmulas privadas en el ámbito de la protección social

2.1. La protección social no constituye función exclusiva de los poderes públicos

1. Constatada la presencia y la constitucionalidad de la participación privada en el ámbito de la protección social, conviene apuntar la existencia de un cierto "mimetismo" del sistema público de protección hacia el sistema privado. Destacan, por supuesto, la diferencia de rasgos entre la protección pública y la privada ⁽⁸²⁾. Esta última autónoma, voluntaria, sometida a las reglas del mercado; aquélla intervenida, obligatoria, ajena en gran medida a la variabilidad macroeconómica. Pero ello no significa que ésta no haya podido ser prevista por aquélla y que aquélla haya integrado en sus reglas de protección a las prestaciones devengadas por esta última. La Constitución se presenta como el mejor argumento. Una dimensión común pero a la par independiente de dos formas de protección que son igualmente tuteladas por el poder

protección social: aseguramiento voluntario público y previsión complementaria, Madrid, Consejo Económico y Social, 2004.

⁽⁸⁰⁾ MARTIN VALVERDE, A., *Las mejoras voluntarias de Seguridad Social*, Institución García Oviedo, Sevilla, 1.970 y CASAS BAAMONDE, M.E., *Autonomía colectiva y Seguridad Social*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1.977. En esa lograda concepción de MONEREO PEREZ, J.L. de contraponer lo "público" frente a lo "privado" en esta materia, en *Público y privado en el sistema de pensiones*, Tecnos, Madrid, 1.996.

⁽⁸¹⁾ Los matices que operan en su calificación llevan incluso a admitir que estas prestaciones participan de los caracteres de aquellas a las que complementan, sin que, en ningún caso, alcancen una naturaleza común, GONZALEZ ORTEGA, S., "La empresa y los regímenes complementarios de las pensiones de la Seguridad Social", *RISS*, núm.2, 1.994, pág. 19.

⁽⁸²⁾ Claramente sistematizados por GARCIA BECEDAS, G., "La Seguridad Social complementaria en España", en AAVV, *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, pág. 19 y reseñados por J.L. MONEREO PEREZ, MONEREO PÉREZ, J.L., "Los planes de pensiones en el sistema de protección social", en AAVV, *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias. VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, pp. 119-156.

constituyente pero que son diversamente tratadas en su caracterización jurídica. La dificultad radica en trazar los límites que definen a cada una de estas dimensiones, intentando deslindar si tienen rasgos comunes o, por el contrario, desde su origen se perfilan como independientes.

Hasta el momento, el rechazo a considerar la protección complementaria, basada en técnicas de seguro privado, como Seguridad Social o, más ampliamente, como protección social, ha venido dado por la tradicional comparación entre el seguro privado y la Seguridad Social. En una interpretación finalista de la misma, prima la visión como función del Estado de la Seguridad Social; en una interpretación material en la que se atiende al carácter de obligación impuesta por la ley de la Seguridad Social se opone a la opción voluntaria de contratación del sujeto privado que prima en la protección complementaria; en una interpretación economicista del sistema destaca la forma de reparto como fórmula de financiación en el ámbito público y la de capitalización en el ámbito privado; y, en fin, en una interpretación literal o teleológica de las normas se considera que la protección complementaria, al serlo, no puede ser confundida con la naturaleza de la prestación básica a la que acompaña. La reacción parece razonable. La Seguridad Social surge precisamente como superación de los defectos detectados en las técnicas de ahorro individual privado.

Pero este reproche no ha de hacerse extensivo a todo el contenido de la protección complementaria en la que decididamente se exige distinguir entre una protección colectiva que tiene su base en la relación laboral, esto es, las mejoras voluntarias o los compromisos por pensiones o las prestaciones de los planes de pensiones en su modalidad de sistema de empleo, tal y como se expondrá, respecto de una previsión estrictamente privada basada en la decisión individual de cualquier ciudadano a garantizar un seguro privado contra cualquiera de los riesgos que pueda sufrir (y así, el seguro de automóvil y el plan individual de pensiones por jubilación debieran disfrutar de un mismo tratamiento).

2. Un primer motivo de oposición ha venido dado por considerar que la Seguridad Social constituye una función exclusiva y típica de los poderes públicos, precisando que el régimen público de Seguridad Social constatado en el art. 41 CE transforma ésta en función del Estado [SSTC 103/83 (FJ 3), 104/83 (FJ 3), 121/83 (FJ 3), 65/87 (FJ 17) y 37/94 (FJ 3)] en tanto a aquéllos les corresponde *"establecer, organizar el sistema de protección social que se denomina Seguridad Social y, en consecuencia, otorgar sus prestaciones; dicho de otra forma, la función protectora en materia de Seguridad Social es de titularidad estatal"* [STC 37/94, (FJ 3)]. Mas el hecho de que constituya ésta una función de los poderes públicos no significa que se presente como una función exclusiva de los mismos como, por lo demás, tampoco se consideran excluyentes seguro y servicio público; y así, seguros como el de transporte de viajeros (Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, RD-Leg.8/04, 29 oct., BOE, 5 nov. y Ley 21/07, 11 jul., BOE, 12 y Ley 18/09, 23 nov., BOE, 24) o el seguro agrario en el que el Estado participa para facilitar el mantenimiento del cultivo (Ley 81/78 de Seguros Agrarios Combinados de 28 dic.78, BOE, 29, modificada por la LOSSP) pueden ser considerados como auténticos servicios públicos.

La exclusiva titularidad estatal no impide, por lo demás, asumir parte de las prestaciones devengadas a sujetos privados. En efecto, en algunas ocasiones -sirva de ejemplo el incremento en la asunción del coste parcial de la incapacidad temporal por parte de las empresas- el Tribunal Constitucional no ha dudado en aceptar que el Estado comparta el coste de las prestaciones con sujetos privados, de acuerdo con las

disponibilidades económicas del sistema, con la sola condición de que la intervención de privados sea de "*importancia relativa*". Se hace primar así tanto el papel preponderante del Estado en el esquema organizativo y sin que "*el carácter público del sistema de Seguridad Social (quede) cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de gestión de aquél...(toda vez que este tipo de medidas tratan) de evitar la reducción del nivel de protección económica ante esta contingencia, mediante un desplazamiento de responsabilidad que no es incongruente con el régimen de la referida prestación valorada en su conjunto*" [STC 129/94 (FJ Unico)].

2.2. Obligatoriedad del sistema público frente a voluntariedad del sistema privado. La existencia de fórmulas obligatorias en el ámbito privado y de fórmulas voluntarias en el ámbito público

1. Más contundente resulta, sin duda, otro principio; el que destaca el establecimiento imperativo por parte del Estado de la obligación de contribuir al sistema de Seguridad Social frente a la iniciativa voluntaria que rige en el sistema complementario. Es éste un elemento clave, sin cuya presencia probablemente no existiría objeción alguna para identificar las prestaciones del nivel básico con las del nivel complementario. Sin embargo, este factor, con ser determinante, no ha de resultar decisivo si se aprecia la existencia de relaciones jurídicas de seguro en las que no se requiere contrato alguno en tanto surgen también *ope legis* (por ejemplo, el seguro de transporte de viajeros, de acuerdo con la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, citada) o mediante contrato forzoso que obliga a configurarlas como si de obligaciones que nacieran directamente de la ley se tratara. Por lo demás, esta iniciativa privada voluntaria guió el régimen de las mejoras voluntarias y en ningún momento se cuestionó su integración en el sistema de Seguridad Social. Y, de algún modo, la contribución obligatoria al sistema no deja de ser, en última instancia y aunque parezca contradictorio, un tanto "*voluntaria*".

2. Con todo, ha sido el principio de la obligatoriedad de contribución al sistema el que ha sido utilizado de forma más destacada en los argumentos del Tribunal Constitucional si bien, en gran medida, los esfuerzos del Tribunal han ido dirigidos a eludir la naturaleza contractual del régimen público [STC 134/87 (FJ 4)] o a matizar el distanciamiento de concepciones anteriores de la Seguridad Social en las que primaba el principio contributivo para la cobertura de los riesgos [SSTC 65/87 (FJ 10) y 209/87 (FJ 4)] o han sido concebidos para negar que exista una relación automática entre cuota y prestación [SSTC 103/83 (FJ 3) y 37/94 (FJ 3)] permitiendo al legislador que regule las aportaciones de los afiliados y las prestaciones a dispensar según las circunstancias económicas y sociales que imperen con el fin de garantizar la viabilidad y eficacia del sistema [SSTC 127/87 (FJ 4)]. Pero en todos ellos prima una finalidad concreta; básicamente, la de justificar la ruptura del principio de sinalagmática, esto es, la relación de correspondencia entre prestación-cotización que queda superada precisamente por la "*función protectora de titularidad estatal*" [STC 37/94 (FJ, 3)].

Una función que sirve, y en relación a este punto, para proclamar el principio de automaticidad como símbolo diferenciador entre un régimen de Seguridad Social y un seguro privado. Mas tampoco constituye ésta una conclusión correcta si se destacan en el ámbito privado prestaciones que pueden ser obtenidas pese a la ausencia de seguro (ej. seguro obligatorio de responsabilidad civil de automóviles que garantiza la automaticidad en el pago de las indemnizaciones -atentando contra el carácter

sinalagmático del seguro privado- mediante la determinación legal de una acción directa del perjudicado contra el asegurador o, si el vehículo no estuviera asegurado, contra el Consorcio de Compensación de Seguros, esto es, contra un fondo de garantía y compensación que suple la función del asegurador cuando no ha sido cumplida la obligatoriedad legal). Y aunque no quepa cuestionar que, en verdad, la Seguridad Social no establece ningún tipo de relación sinalagmática o recíproca del art. 1.274 Cc cuya prestación vendría debida como consecuencia de una contraprestación. Pese a ello, y aun cuando los distintos pronunciamientos constitucionales aludidos persigan esta finalidad confesada, no puede por menos que reconocer el Tribunal Constitucional que *"nuestro sistema de Seguridad Social...aún no ha superado totalmente su relación con el esquema típico del seguro privado"* a pesar de haber superado el esquema contractual del seguro privado *"que está en la base de los primitivos seguros sociales"* [SSTC 104/83 (FJ 3) y 121/83 (FJ 3)].

2.3. El sistema de reparto para el ámbito público y el de capitalización para el ámbito privado. Ejemplos de capitalización en el ámbito público

1. Por su parte, la vertiente económica y financiera de la Seguridad Social, esto es la desmercantilización y el recurso al sistema de reparto han sido considerados, -de forma generalizada aunque no excluyente de otras alternativas-, como elementos, si no determinantes sí significativos. Si se entiende, como se ha expuesto con anterioridad, que la pensión privada supone una dependencia a la volatilidad del mercado y eso conduce a reforzar el apoyo al sistema público como inerte a las mismas, habría que recurrir, *sensu contrario*, a una posición desmercantilizada de todo el sistema de Seguridad Social que no se corresponde plenamente con la realidad pues si bien cabe admitirlo en relación al nivel asistencial no puede afirmarse con tamaña tranquilidad, sin embargo, en lo que al nivel contributivo se refiere. Una independencia tal del mercado surge únicamente cuando el poder público presta un servicio que garantiza a una persona su subsistencia al margen del desarrollo del mercado. Confianza plena que no cabe si se atribuye al sistema contributivo que, aun cuando basado en un sistema de reparto, sufre ineludiblemente las oscilaciones económicas hasta el punto de poder modificar -e incluso llegar a anular- lo que tan sólo se consideran *"expectativas de derecho"* a lo largo de la carrera de seguro del trabajador [SSTC 99/87 (FJ 6), 70/88 (FJ 4) y 208/88 (FJ 4)].

Como es sabido, todo seguro supone una onerosidad de quien contribuye a su sustento y así ocurre con la modalidad contributiva de Seguridad Social que determina una operación de seguro legalmente determinada. Sin que llegue a excluir esta naturaleza asegurativa el hecho de que el Estado intervenga aportando cantidades anuales con cargo a presupuestos toda vez que, en este caso, no es el Estado quien paga con estas cantidades las prestaciones sino que aporta cantidades al fondo común y es la entidad gestora la que procede a efectuar el reparto correspondiente de acuerdo con la operación de seguro. Por esta razón y en mayor o menor medida, cualquiera de las dos modalidades contributivas del sistema, la obligatoria o la voluntaria, dependen más o menos estrechamente de un defectuoso u óptimo desarrollo del mercado.

Cabe aceptar incluso que el ánimo de lucro que resulta consustancial a la actividad mercantil y más lejano a la de Seguridad Social pueda estimarse compatible con esta última en tanto la repulsa sólo se refiere al posible encarecimiento del sistema y no a la contribución de los particulares para el mantenimiento del mismo. De lo

contrario, no se entendería que el texto constitucional aceptara la participación privada complementaria como una parte del sistema de protección social. Porque, además, obsérvese cómo, en los planes de pensiones, esta finalidad de lucro resulta inexistente como lo demuestra el hecho de que carezcan de personalidad jurídica para administrar o invertir las aportaciones o ahorros depositados y se haga precisa la presencia de una entidad gestora. Defensa que, por último, queda reforzada si se destaca que la apariencia de que el Estado se desresponsabiliza de la garantía patrimonial de las prestaciones otorgadas a impulso privado procediendo a someter a reglas del mercado un espacio reservado a la Seguridad Social deja de ser también cierta. Así, y como se comprobará a continuación, la modificación operada por la LOSSP no responde a una finalidad distinta que a la de comprometer al Estado en la garantía de las pensiones privadas y obligarle a un férreo control para asegurar la percepción de las mismas en cumplimiento Directiva 80/987 relativa a la protección de los derechos de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

2. Argumentos que sirven, a su vez, para atraer otro, sin duda, más determinante. El diferente sistema de financiación sobre el que se basan pensiones privadas y Seguridad Social permite, sin duda, una distinción cualitativamente más importante que la antes aludida. Un sistema basado en el reparto para la Seguridad Social frente a la capitalización que caracteriza al seguro privado y, en concreto, a los planes y fondos de pensiones, predispone la incompatibilidad de ambas técnicas en un mismo sistema o, cuando menos, la prevalencia de una respecto de otra. En los modernos sistemas de Seguridad Social la fórmula de reparto se encuentra expandida hasta tal punto que una modificación por la de capitalización se muestra imprevisible, no ya por su mejor o peor engarce legal o constitucional -que, en ocasiones, como ocurre en nuestro ordenamiento, resulta ciertamente posible-, sino por su inviabilidad económica. En efecto. Buena prueba de que nuestro sistema de Seguridad Social admitiría sin dificultad alguna el sistema de capitalización sin ser tildado de entrar en un proceso de privatización es que la mayor parte de las propuestas sobre la viabilidad del sistema público no tienen inconveniente alguno en utilizar esta forma de financiación más allá de las dificultades estrictamente económicas y del gravamen que supondría un trasvase de un sistema de reparto a uno de capitalización para la generación intermedia. De ahí que se barajen como posibles alternativas a la financiación actual no tanto la sustitución plena del reparto por la capitalización sino la conjunción de ambos en el modelo de Seguridad Social⁽⁸³⁾, siendo reseñable el hecho de que en nuestro país se haya comenzado a acometer *"como nunca se hubiera hecho antes el balance de las ventajas e inconvenientes de los dispositivos de capitalización y de reparto a la hora de financiar la protección social"*⁽⁸⁴⁾.

Existen asimismo algunos ejemplos significativos. Obsérvese, por ejemplo y aunque la referencia no resulte determinante, cómo para salvaguardar la competencia estatal sobre la LPFP el Abogado del Estado llega a defender en el recurso que da lugar a la STC 206/97 que la implantación del régimen de capitalización en estos planes y fondos de pensiones supone la fijación de un criterio básico del régimen financiero de la Seguridad Social, amparable por lo dispuesto en el art. 149.1.17 CE. Y, con una relevancia jurídica de más envergadura, señálese cómo la propia sentencia advierte que

⁽⁸³⁾ SEGURA, J., "Algunos problemas de la protección social: el caso de las pensiones", *PEE*, núm.37, 1.988, pág. 192.

⁽⁸⁴⁾ L.E. de la VILLA GIL, "Estudio Preliminar", *Pensiones Privadas*, ACARL, Madrid, 1.997, pág. XXIII.

constituye ésta una decisión que permite al plan cubrir los objetivos previsores establecidos y justifica una intervención estatal en *"la relación existente entre reglas de esta naturaleza y la propia estabilidad financiera del fondo, que puede verse comprometida por la agrupación de sistemas diversos de capitalización en cada uno de los planes cuya gestión se les encomienda"* [STC 206/97 (FJ 8)].

Y, con mucha más trascendencia, conviene aludir a cómo el legislador puso de manifiesto, con motivo de la aprobación de la norma que incorpora a los religiosos al sistema de Seguridad Social, y de una forma mucho más palmaria si cabe, cómo las fórmulas de capitalización y el sistema básico de Seguridad Social no son incompatibles. Con un objetivo claro, el de *"computar, para los religiosos y sacerdotes secularizados, el tiempo que estuvieron ejerciendo su ministerio o religión, y en el que no les fue permitido cotizar por su falta de inclusión en el sistema de Seguridad Social, con objeto de que se les reconozca el derecho a la percepción de la pensión de jubilación denegada o una cuantía superior a la que tienen reconocida"* (Exposición de Motivos del RD 487/98, 27 mar., BOE, 9 abr. Completado por Rd 2665/98, 11 dic., BOE, 12), esta norma permite *"comprar"* una pensión del sistema público mediante la capitalización de su coste y el pago periódico del importe del mismo por sus beneficiarios que, a la vez que reciben una prestación, detraen el importe correspondiente para liquidar el coste de la misma periódicamente. Estableciendo un ámbito subjetivo restrictivo [circunscrito únicamente a quienes tienen 65 o más años de edad y no tienen derecho a la pensión por jubilación de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, siendo exclusivamente de aplicación a quienes ostentaron la condición de sacerdotes o religiosos y religiosas de la iglesia Católica y que, en la fecha de 1 en.97, se hubiesen secularizado o cesado en la profesión religiosa (art. 1)], una cobertura restringida [únicamente en relación a la jubilación] y con una inclusión diversificada en el sistema [en el RGSS, para los sacerdotes; y en el RETA, para los religiosos], este régimen jurídico aplica excepciones difícilmente contempladas antes en nuestro ordenamiento, aunque no inexistentes. Y así, *"a efectos del reconocimiento de la pensión, no será exigible el período de carencia específico establecido con carácter general"*. Pero, con todo, es sin duda el régimen establecido en su art. 4 el que resulta más excepcional toda vez que supone materializar una fórmula de capitalización dentro de la modalidad contributiva obligatoria de la Seguridad Social. En atención al mismo, los interesados deberán *"abonar el capital-coste de la parte de la pensión que se derive de los años de cotización que se le hayan reconocido, en virtud de lo previsto en los artículos anteriores"*. A tal fin se señala el cálculo exigido para capitalizar la pensión [resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora el porcentaje obtenido de multiplicar por 3.33 el número de años que hayan sido reconocidos como cotizados a la Seguridad Social] y se determina que el abono del capital coste aludido *"podrá ser aplazado por un período máximo de quince años y fraccionado en pagos mensuales, deducibles de cada mensualidad de la pensión reconocida"*. Una clara manifestación de voluntad por parte del legislador de entender que el régimen de capitalización seguido también en los planes y fondos de pensiones pertenece al ámbito de la Seguridad Social, bien que complementaria.

2.4. La exclusión de la protección complementaria privada del ámbito de la Seguridad Social pero no de la protección social.

1. La literalidad de las normas que regulan las prestaciones complementarias ha servido del mismo modo para despreciar, atendiendo a un criterio excesivamente formalista, la inclusión de la protección complementaria en el ámbito de la Seguridad

Social. Y así, el hecho de que el art. 1.2 LPFP se refiera a que las prestaciones devengadas por los planes de pensiones puedan ser complementarias "o no" de las de Seguridad Social, ha contribuido a alimentar un carácter autónomo o independiente de la Seguridad Social. Lo que únicamente significa que han de estar dentro del sistema de Seguridad Social aquellas prestaciones que se muestran realmente como complementarias, esto es, aquellas otras que tienen como base las prestaciones de Seguridad Social, quedando al margen aquellas que no las tengan. No dejaría de ser ésta, pese a todo, una conclusión excesivamente simplista toda vez que cuando una persona fija libremente un plan de pensiones de jubilación individual con su caja de ahorros no está atendiendo en absoluto como referencia a la Seguridad Social aun cuando esta renta sirva de hecho para complementar a la que, al concurrir la contingencia, le proporcione, en su caso, el sistema. Mucho más correcto resultará el criterio que atiende a la fuente laboral o no de la obligación -presente en los planes de pensiones de empleo y ausente en los planes de pensiones individuales- que al dato menos certero, aunque en ocasiones determinante, de la complementariedad o suplementariedad de las prestaciones.

Esta línea de actuación ha guiado asimismo algunos pronunciamientos del TC en un entendimiento, en ocasiones, un tanto condicionado por la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Sirva de ejemplo de esta afirmación lo dispuesto en la STC 206/97 que ha debido conciliar el criterio de los recurrentes -para quienes únicamente el nivel mínimo obligatorio exige la intervención del Estado en el régimen económico de financiación, en tanto las CCAA mantienen sus competencias sobre aquellas *"Mutualidades no integradas directamente en el sistema de Seguridad Social"*, régimen atribuible a los planes de pensiones- y el del Abogado del Estado -quien no duda en negar que esas instituciones sean *"manifestación de la actividad aseguradora"*-. Planes y fondos constituyen instituciones que *"aunque estrechamente relacionadas, son intelectualmente distinguibles, respondiendo ambas a una misma finalidad pero cumpliendo distintas funciones convergentes o encadenadas, una de ellas -el fondo- instrumental para el cumplimiento de los fines de la otra -el plan- y regida por los principios propios de la gestión de una masa patrimonial separada"* [STC 206/97 (FJ 4)]. Esto sirve para justificar, y probablemente ésta sea la clave que permita aceptar la interpretación tan particular que esta sentencia realiza del concepto de Seguridad Social, que *"aunque no pierda sentido el análisis del campo material en el que la Ley 8/87 se asiente, las conclusiones a que puede llegarse no sean idénticas, ni puedan extenderse a todas las instituciones por ella reguladas. Desde la perspectiva de los objetivos confesados en la propia Exposición de Motivos de la Ley, los planes de pensiones son el elemento que le otorga su perfil característico e impiden que su contenido pueda confundirse con el de otra figura financiera más"* [STC 206/97 (FJ 4)].

Pero este primer razonamiento sirve de pretexto al Tribunal Constitucional para eludir la primacía de los planes de pensiones y para evitar que prevalezca el carácter sustantivo de la regulación sobre el instrumento de gestión y financiación al considerar que *"esta imbricación de regímenes puede predicarse de la mejora misma, no de los instrumentos técnicos para hacerla posible, que son independientes de aquélla, intercambiables en hipótesis por otros y susceptibles de servir a finalidades muy diferentes. Por todo ello, no puede utilizarse su virtualidad como instrumento de mejoras voluntarias de prestaciones de la Seguridad Social, para alterar un régimen jurídico contemplado como autosuficiente y autónomo respecto de aquéllas"* [STC 206/97 (FJ 5)]. Razón que determina la finalidad y estructura mercantil de estos planes de pensiones, respecto de los cuales el Estado es competente para establecer su

legislación [STC 206/97 (FJ 7)] considerando la clara dimensión financiera que tienen los planes de pensiones para garantizar la exigencia de una regulación uniforme en todo el territorio nacional [SSTC 86/89 (FJ 3) y 330/94 (FJ 2)]. Uniformidad que va dirigida, a su vez, a garantizar la consecución de dos objetivos: uno, la consolidación de las figuras jurídicas de nuevo cuño como los planes y fondos de pensiones y otro, evitar situaciones de insolvencia de las entidades gestoras por falta de una regulación básica al respecto debido a que mediante los fondos de pensiones *"se trata de generar el capital necesario para cubrir prestaciones futuras, y por ello y para ello, de captar el ahorro privado, lo cual pone de manifiesto su trascendencia y el protagonismo como operadores en el mercado de capitales"* [STC 206/97 (FJ 7)].

2. La confusión conceptual en torno al alcance de la cobertura incluida dentro de la Seguridad Social obliga al Tribunal a admitir que *"sin salir del ámbito genérico de la protección social"*, la *"noción de Seguridad Social no puede predicarse de instituciones protectoras cuyo origen, tanto como la extensión de la acción tutelar que dispensan, descansa en la autonomía de la voluntad"* [STC 206/97 (FJ 5)]. En nada desmerece, según el Tribunal Constitucional, esta afirmación el hecho de que existan mejoras voluntarias que *"constituyen proyecciones de aquélla"* (en referencia a la acción protectora de la Seguridad Social), en lo que el Tribunal -en un alarde de pleno conocimiento y firme valoración-, considera *"no del todo apropiada pero expresiva equiparación de su régimen con el de las prestaciones de Seguridad Social contenida en la norma que las regula (OM 28 dic.66) y sostenida por una pacífica jurisprudencia"* [STC 206/97 (FJ 5)]. Mas considera el Tribunal que *"nada obsta que exista una interacción necesaria o potencial entre los sistemas de planes de pensiones y las prestaciones del sistema público de Seguridad Social...(pues esta interacción) no entronca de forma necesaria estos sistemas autónomos de protección con el núcleo de heterónimo e imperativo que conforma los modernos sistemas de Seguridad Social"* [STC 206/97 (FJ 5)]. Por eso *"no puede sino calificarse de artificioso un argumento que basa la pretendida inserción de las mejoras voluntarias de Seguridad Social en el régimen público del sistema, con fundamento en una normativa como la LGSS y normas complementarias que nada autoriza a sostener que sean un parámetro necesario de interpretación constitucional"* [STC 206/97 (FJ 21)]. Negada pues la irrazonable equiparación con la noción de Seguridad Social de las medidas de protección social cuyo origen ha quedado abandonado, por su propia naturaleza, a la autonomía de la voluntad de las partes *"resulta por lo menos inadecuado sostener que la Ley privatiza un régimen de Seguridad Social al que permanece ajena"* [STC 206/97 (FJ 21)].

Consideraciones como las expuestas conducen inevitablemente a una conclusión: el área material propia de la institución de los planes y fondos de pensiones se concibe como un instrumento de ahorro a pesar de que se admita la dificultad existente para subsumir a este tipo de instrumentos dentro de la categoría del seguro típico, producto de la falta de uno de los elementos personales definitorios de este clase de contratos, como es el asegurador. Mas *"en la medida en que con ellos se persigue garantizar una prestación cuando se produzcan determinadas contingencias, responde a la idea básica de todo contrato de seguro porque garantizan un desplazamiento patrimonial en favor del beneficiario cuando acontezca el suceso contingente. Está en ellos presente la idea de riesgo, en el sentido técnico jurídico de esta expresión, porque se trata de asegurar aquel desplazamiento cuando ocurra el hecho previsto como contingencia, determinante del nacimiento de una necesidad patrimonial"* [STC 206/97 (FJ 6)].

Un tratamiento "*privatista*" del modelo de Seguridad Social que no convence unánimemente, sobre todo en atención a uno de los dos Votos Particulares que contiene la STC 206/97. Dentro de una cierta confusión entre el plano de la Seguridad Social y el de la protección o la previsión social, los magistrados firmantes admiten que los planes y fondos de pensiones no pertenezcan a la categoría de "*mutualismo no integrado en el sistema de Seguridad Social*", aceptando, únicamente en estos términos, "*la improcedencia de incluir a los planes y fondos de pensiones en materia de Seguridad Social*". Y, sin embargo, la afirmación no se muestra contundente al entender que los planes de pensiones globalmente considerados, y en particular los del llamado sistema de empleo, no quedan fuera de la previsión social, en el supuesto de que tal materia, *expressis verbis*, existiera, como decididamente se afirma en el FJ 6. Aseveración que se fundamenta en el entendimiento del mutualismo como previsión social de tal forma que "*tan problemática (parece) la afirmación de que los planes son mutualismo porque son previsión social como la de que los planes no son mutualismo porque no son previsión social*". El mutualismo es una modalidad de previsión social, como también pueden serlo determinados tipos de planes de pensiones, lo que no arrastra sin más a éstos a la aplicación del régimen jurídico del mutualismo. La clave que sirve para superar esta confusión se encuentra en un elemento que subyace a lo largo de todo el tratamiento que se hace de la Seguridad Social en esta sentencia y es la diferencia de los planes del sistema individual respecto del resto de las modalidades de planes de pensiones. De ahí que el voto particular aludido admita la competencia exclusiva en tanto legislación mercantil como fundamento de buena parte de los preceptos que integran los cuatro capítulos iniciales de la ley "*cuando menos en su proyección a los planes de pensiones del llamado sistema individual, y no la competencia de desarrollo legislativo sobre bases de la ordenación de los seguros, que nunca hubiera permitido una regulación exhaustiva como la que aquí se hace*".

3. Distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en la protección social complementaria privada

1. En el ámbito de la protección social complementaria falta una declaración constitucional tan expresiva como en la protección básica, en parte por desconocimiento en el momento de aprobar la Constitución y en parte por la heterogénea composición de sus instrumentos de cobertura (mutualidades, planes, contratos de seguros, etc). De ahí que resulte difícil su adscripción al ámbito del art. 149 CE o del art. 148 CE sin reservas.

Influye asimismo el hecho de que cualquier decisión sobre la distribución competencial pase por tener en cuenta asimismo las soluciones en el orden mercantil y de seguros (art. 149.1.6 y 149.1.11 CE). El Estado tiene competencia exclusiva en las "*bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica*" (art. 149.1.13 CE) y en la regulación de las condiciones básicas para garantizar la igualdad de todos los ciudadanos (art. 149.1.1 CE) y ambas "*juegan aquí como límite*" de la competencia exclusiva autonómica [S.TC 237/95 (FJ 5)]. La actividad aseguradora o la que sea afín tal como la que desarrollan las sociedades mutuas de seguros (S.TC 86/89) e incluso, pese a sus características especiales, los planes y fondos de pensiones (S.TC 206/97) ha de inscribirse en el art. 149.1.11 CE que atribuye al Estado competencias exclusivas en la ordenación de las bases en materia de seguros, aceptando que "*la materia contenida en el citado art. 149.1.11 CE se refiere a la ordenación administrativa de un sector económico destinado a la cobertura de los riesgos que*

pueden correr personas, cosas o derechos ante eventos dañosos futuros e inciertos; sector económico y productivo en el que lógicamente están incluidas actividades distintas a la estricta formalización de contratos de seguros” [S.TC 330/94 (FJ 2)]. También la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil (art. 149.1.6 CE) dado que buena parte de estas operaciones de seguro están dentro de este tipo de contrato (S.TC 206/97).

2. Sin embargo, tal y como se expuso, las CCAA han asumido competencias exclusivas por indicación de sus Estatutos de Autonomía en materia de mutualidades de previsión social y cooperativas de seguros. De hecho, así lo estableció la LOSSP al permitir la aprobación en diversas CCAA de normas específicas sobre mutualidades y entidades de previsión social, en parte para regular aspectos de organización interna y de control administrativo (SS.TC 206/97, 66/98). Junto al mecanismo de los planes y fondos de pensiones, las mutualidades de previsión o entidades de previsión social partían de su regulación en la LOSEP/84, ley en la que se fijaron las bases de la regulación en materia de seguros, *ex art. 149.1.11 CE*. Será la S.TC 89/96 la que reafirme el papel del legislador estatal en un espacio asumido ya por un poder legislativo autonómico puesto que algunas CCAA, como el País Vasco por ejemplo, habían aprobado su propia normativa sobre entidades de previsión autonómicas. En opinión del TC *“independientemente de las peculiaridades organizativas y funcionales de las mutualidades en cuestión, sometidas a la competencia exclusiva autonómica, en cuanto las mutualidades realicen o llevan a cabo actividades como la aseguradora sobre las que el Estado dispone de competencia normativa básica será aplicables a esa actividad las bases de ordenación que el Estado haya establecido dentro de los límites de sus competencias. La reserva a la competencia estatal de las bases de actividad aseguradora no establece exclusiones fundadas en peculiaridades propias de las entidades que las realicen, y es pues, plenamente aplicable a estas entidades en el ejercicio de esa actividad” [S.TC 89/96 (FJ 7)]. Sólo las cuestiones referidas a la organización y funciones de las entidades de previsión podrían estar reservadas a las CCAA con competencias asumidas en la materia, aceptando la consideración como no básicos de la LOSEP/84 e inadmitiendo el TC que un reglamento de desarrollo *“innove la calificación de básico prevista en la ley previa” [S.TC 35/92 (FJ 3)]. De ahí que, aunque las CCAA tengan competencias sobre las entidades de previsión social voluntarias, cuando las mismas regulen aspectos de una actividad aseguradora como, por ejemplo, la inversión de las provisiones técnicas, esa competencia autonómica deberá *“respetar, en todo cuanto afecta a la actividad aseguradora que tales entidades puedan desplegar, las bases estatales de la ordenación del seguro” [S.TC 36/92 (FJ 4)], si bien *“las normas básicas estatales sobre la actividad aseguradora deberán respetar las peculiaridades del mutualismo de previsión social y, además, sin que puedan afectar al régimen jurídico estructural y funcional de tales mutualidades que queda (en virtud de la asunción de competencia exclusiva) dentro del ámbito competencial de las Comunidades Autónomas” [S.TC 220/92 (FJ 3)].****

Con posterioridad, la S.TC 173/05 ha debido conocer la inconstitucionalidad parcial de la LOSEP/95, ya con un nuevo texto vigente advirtiendo que *“esa derogación no conlleva en esta ocasión la extinción sobrevenida del objeto del proceso, toda vez que los preceptos impugnados de la Ley 30/95 han sido reproducidos literalmente con la misma numeración e idéntico carácter básico en el nuevo texto refundido” (FJ 1)*. Una de las cuestiones controvertidas radica en la necesidad de que para proceder a la ampliación de prestaciones, las mutualidades de previsión social deberán ser titulares de

una autorización válida en todo el Espacio Económico Europeo expedida por el Ministerio de Hacienda. Deduce el TC que dicha exigencia de la LOSSP/95 “no representa una reserva competencial a favor de la Administración General del Estado...pues la exigencia de una autorización administrativa válida en todo el espacio económico europeo, de competencia estatal, opera como presupuesto para obtener la autorización administrativa de ampliación de prestaciones, cuyo otorgamiento corresponde a la administración autonómica” (FJ 5). En este ámbito, la competencia exclusiva “conoce su máxima proyección en los aspectos estructurales y funcionales en tanto que debe matizarse en los operativos sobre los que inciden las bases establecidas por el Estado para la ordenación de la actividad aseguradora” (FJ 7). En definitiva, “los puntos de conexión definidos por el legislador básico estatal no pueden erigirse en obstáculo para que las entidades aseguradoras realicen fuera del territorio autonómico actividades instrumentales y ajenas a las típicamente aseguradora que sean precisas” (FJ 11).

CAPÍTULO III.
LA PARTICIPACIÓN PRIVADA COMPLEMENTARIA A LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA

I. LAS ANTIGUAS MEJORAS VOLUNTARIAS: UNA PARTICIPACIÓN PRIVADA COMPLEMENTARIA INTERNA A LA SEGURIDAD SOCIAL. 1.1. Las antiguas mejoras voluntarias. 2. La aparición de los planes y fondos de pensiones. II. LOS MODERNOS COMPROMISOS POR PENSIONES: UNA PARTICIPACIÓN PRIVADA COMPLEMENTARIA EXTERNA A LA SEGURIDAD SOCIAL. 1. La irrupción de los compromisos por pensiones. 1.1. La obligación de externalizar los compromisos por pensiones como garantía de su percepción. 1.2. La convivencia jurídica de las mejoras voluntarias y los compromisos por pensiones: género y especie. 2. El alcance actual de los compromisos por pensiones. 2.1. El contexto normativo vigente. 2.2. Problemas subsistentes en los compromisos por pensiones. 2.2.1. La excepción protagonizada por entidades de créditos, entidades aseguradoras y sociedades y agencias de valores: la pervivencia de los fondos internos. 2.2.2. Cuantía y fiscalidad de los compromisos por pensiones: promoción o contención de la participación privada como complemento de la Seguridad Social. III. LOS PLANES DE PENSIONES DEL SISTEMA DE EMPLEO: LA PARTICIPACIÓN PRIVADA DEL EMPLEADOR Y DEL TRABAJADOR EN LA PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA A LA SEGURIDAD SOCIAL. 1. Los planes de empleo como referencia de la participación privada complementaria de trabajadores y empresarios en el sistema de protección social español. 1.1. Planes de empleo. Configuración. La ampliación de su ámbito de aplicación tanto para promotores como para partícipes en las últimas reformas legislativas. 1.2. Los planes de empleo en la negociación colectiva. De la adhesión voluntaria a la adhesión obligatoria tras la iniciativa individual privada de promover un plan de pensiones. 1.3. Contingencias y prestaciones de los planes de pensiones de empleo: de las pensiones a las prestaciones. 2. Otros planes de pensiones. 2.1. Plan de pensiones del sistema asociado. 2.2. Plan de pensiones del sistema individual. 3. Los fondos de pensiones. 3.1. La regulación de sus comisiones de control. 3.2. Aportaciones del fondo/inversiones del fondo. 4. La dimensión transfronteriza de las pensiones privadas españolas. 4.1. La libre circulación de capital en la Unión Europea. 4.1.1. Las restricciones a la libre circulación de capital. 4.1.2. Sobre la gestión e inversión de los recursos generados por las pensiones privadas en la Unión Europea. 4.2. Régimen jurídico de las pensiones privadas europeas. 4.2.1. Garantía de la afiliación transfronteriza y reglas de adquisición de derechos. 4.2.2. Transferibilidad de los derechos adquiridos. 4.2.3. Tratamiento fiscal intracomunitario. IV. OTRAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN PRIVADA EN SEGURIDAD SOCIAL. 1. La asunción del coste de la cobertura de algunas prestaciones. 2. Una cotización adicional complementaria privada dentro del sistema de Seguridad Social. 2.1. La cotización como fórmula de financiación del sistema de Seguridad Social. 2.2. La cotización única y proporcional como principal fórmula de financiación de la Seguridad Social. 2.3. La cotización obligatoria variable. 2.3.1. La evolución histórica de la cotización variable. 2.3.2. La cotización variable en algunos ámbitos de la Seguridad social. 2.3.3. El posible alcance de la cotización variable en la Seguridad Social. a) Considerando la aportación global de empresa y trabajador al

sistema de protección social. b) Considerando el beneficio adicional obtenido de la protección social por la empresa. 2.4. Cotización variable voluntaria como complemento a la cotización básica obligatoria dentro del sistema de Seguridad Social

I. LAS ANTIGUAS MEJORAS VOLUNTARIAS: UNA PARTICIPACIÓN PRIVADA COMPLEMENTARIA INTERNA A LA SEGURIDAD SOCIAL

1.1. Las antiguas mejoras voluntarias

1. La presencia de una participación privada complementaria a la protección básica de Seguridad Social existe, en el moderno sistema de Seguridad Social, desde la aparición de las mejoras voluntarias. Reguladas en el art. 39 LGSS y, especialmente, en la OM 28 dic.66, BOE, 30 (en adelante, OMV), estas mejoras permitirían, excepcionalmente, la contratación colectiva de una protección complementaria dentro del sistema de Seguridad Social, *ex art.* 1.4 OMV ⁽⁸⁵⁾.

Pero la presencia de una participación privada en la protección social se remonta a una etapa más lejana en el tiempo. Así, la Ley de 30 de enero de 1900 de accidentes de trabajos facultaba a los empresarios a concertar las correspondientes operaciones de seguro en sociedades debidamente constituidas o a constituir con ese mismo fin asociaciones mutuas. Con su creación en 1908, el Instituto Nacional de Previsión colaborará en la administración de la mutualidad de asociados que al efecto y voluntariamente se constituyera, propiciando la cobertura del retiro a través de entidades oficiales o particulares. Ese mismo año, se admitirá, dentro de la libertad subsidiada, la cobertura del retiro, manteniendo las técnicas privadas existentes y su conexión con las funciones de aseguramiento y cobertura organizadas. Se utilizarán asimismo fórmulas privadas para gestionar esas actividades a escala territorial, al incluir en este ámbito a entidades colaboradoras y auxiliares privadas. Por su parte, la conversión en seguro social obligatorio del retiro obrero en 1919 tampoco implicaría la desaparición de los instrumentos privados, sin perjuicio de que, a partir de este momento, se tratará de incrementar la pensión pública, mejorar las condiciones de acceso o prever otro tipo de prestaciones complementarias. Será a partir de 1941 cuando surjan las Mutualidades y Montepíos, proporcionando una regulación específica, fuera de las normas del seguro privado, a las asociaciones sin ánimo de lucro creadas para ejercer la previsión de carácter social o benéfico en favor de sus asociados o sus bienes. Estos mecanismos de protección podían ser creados por entidades o empresas, si bien siempre con personalidad jurídica independiente.

Ya en la década de los sesenta, la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 y la posterior Ley de Seguridad Social de 1966 regularán específicamente las mejoras voluntarias de Seguridad Social a través de la mejora directa de prestaciones, la mejora

⁽⁸⁵⁾ Vid sobre esta materia MARTIN VALVERDE, A., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1970, YANINI BAEZA, J., *Las mejoras voluntarias en la Seguridad Social. Régimen del seguro colectivo laboral*, Madrid, Edersa, 1995, CAMPS RUIZ, L.M., “Las mejoras voluntarias de la pensión de jubilación”, en en AAVV, *Tratado de jubilación. Homenaje al prof. Luis Enrique de la Villa Gil*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 2119-2139 y ROQUETA BUJ, R., *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social: los planes y fondos de pensiones y los contratos de seguro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

de los tipos de cotización o la mejora de las bases de cotización. Junto a esta medida, en 1974 aparecerán los regímenes de previsión voluntaria a cargo del INP. Supondrán la concertación de un seguro dotal para la constitución de capitales recuperables al cumplimiento de una determinada edad por parte del beneficiario, un régimen de pensiones, con la constitución de seguros para el abono de pensiones de vejez, invalidez y supervivencia de personas cotizantes al sistema público y el seguro de amortización de préstamos que permitirá la concertación de garantías para el pago de préstamos en caso de que el prestatario, antes de su amortización, falleciese o quedase afectado por una declaración de invalidez permanente.

Una evolución que se desarrolla en paralelo a la del aseguramiento privado. Así, en 1954 se aprobará la Ley de ordenación de los seguros privados (Ley 33/54) con la intención de impulsar la actividad empresarial en el campo del seguro atendiendo a operaciones realizadas por sociedades anónimas o asociaciones mutuas constituidas por los propios asegurados. Con posterioridad, en 1980, la Ley sobre Contrato de Seguro (Ley 50/80) regulará el seguro de vida distinguiendo entre riesgos principales, como muerte y supervivencia, riesgos complementarios, como invalidez temporal o permanente, y operaciones adicionales como la gestión de fondos de pensiones, incluso admitiendo que las aportaciones previas o preprimas de los seguros de grupo se destinarán a la formación de planes de pensiones. Pero la regulación más moderna llegaría de la mano de la Ley 33/84 de ordenación del seguro privado. A través de la misma se someterá a las entidades o mutualidades de previsión social a la normativa general del seguro y al control financiero del Ministerio de Economía y Hacienda, al margen del Ministerio de Trabajo. Promoción de la iniciativa privada que alcanzaría su grado máximo con la aprobación de la LOSSP/95 (hoy, RD-Leg. 6/04). Una ordenación global de la previsión social voluntaria, que intentará establecer un régimen común de creación, control, garantía e incentivos para estos instrumentos.

2. La vinculación entre la participación privada y la Seguridad Social pasa por que la creación, gestión y financiación de las mejoras voluntarias gocen de un ámbito de libertad más amplio que las prestaciones públicas. En la acepción clásica de la autonomía privada del art. 1.255 Cc como poder reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades dentro de un ámbito de libertad como sujeto de derechos, esta actuación de la empresa que le permite completar la protección que dispensa la Seguridad Social supone fijar una autovinculación. Será ella quien determine el contenido de la estipulación que somete a la aceptación del trabajador, mediante pactos, cláusulas y condiciones de autorregulación.

Mas este amplio margen que, bien podría reflejar una concepción liberal de la autonomía de la voluntad, se enfrenta, en general en materia social y en concreto en relación a estas mejoras, con una intervención por parte del Estado que, permitiendo el libre establecimiento, controla el cumplimiento efectivo de los pactos en los términos que la propia ley señala. En cierta medida, el respeto al ámbito privado debiera significar la ausencia de intervención por parte de los poderes públicos en aquello que no afecte a la esfera de lo público. Pero en aquellos supuestos, como ocurre con las mejoras voluntarias, en los que se muestran unos perfiles propios (se incluye en el ámbito de la protección social, se consolidan como fórmulas complementarias o suplementarias de la protección pública, se destinan a proteger al beneficiario de una prestación ante la aparición de una determinada contingencia, etc), la intervención del Estado configurando el contenido de esta "reglamentación contractual" adquiere pleno significado. Eso explica que la norma que reconoce esta autonomía en el ámbito de la

protección social complementaria (art. 192 LGSS) determine que, una vez establecidos estos complementos por decisión empresarial, su cumplimiento se imponga en los términos previstos sin que se permita modificación alguna, salvo que se realice a través de las “*normas que regulan su reconocimiento*” (art. 192 LGSS y art. 1.3 OMV, respectivamente). Desde su concesión se convierten en obligatorias pese a la libertad que rige en el momento de su constitución.

De hecho, la demora en un tiempo futuro del abono de estas mejoras constituirá el principal foco de conflictos de su existencia. Se justifica así la permanente dualidad entre la existencia de unos derechos causados y, por lo tanto, ya adquiridos –aunque el devengo efectivo se realice periódicamente- o de expectativas de derechos que, como tales, pueden ser modificados o anulados a través de las normas que regulan su reconocimiento. De ahí que el establecimiento de estos compromisos en un pacto colectivo obligue a cuestionar cómo conciliar el carácter de norma constitutivamente temporal como es el pacto colectivo con la estabilidad que requieren estos complementos. Obsérvese que únicamente cuando se produce el hecho causante que origina el nacimiento de la prestación se hará efectiva la mejora, haciendo coincidir la presencia de la contingencia con el surgimiento del derecho a la misma. En aquellas prestaciones cuya percepción económica se materializa en una cantidad a tanto alzado, el derecho surge y se satisface cuando se produce el hecho causante. Pero, en los derechos de tracto sucesivo, la posibilidad de modificación introduce una gran incertidumbre toda vez que se trata de prestaciones que se perciben bien cuando el contrato está en suspenso –incapacidad, maternidad, asistencia sanitaria, etc- o cuando éste ha sido ya extinguido –jubilación, incapacidad permanente o muerte y supervivencia-. En ocasiones, la confusión ha surgido de la defensa de una consideración conjunta y homogénea del trato dispensado a las cantidades fijadas como complementarias y a la revalorización de las mismas.

2. La aparición de los planes y fondos de pensiones

1. La indicación en el último inciso del art. 41 CE sobre cómo “*la asistencia y prestaciones complementarias serán libres*” obligará a replantear todo el espectro de la protección complementaria privada en nuestro país. Logro que se alcanzaría con la promulgación de la Ley 8/87, 8 jun. (BOE, 9) de Planes y Fondos de Pensiones [(en adelante, LPFP/87 y hoy sustituida por el RD-Leg. 1/02, 29 nov. (BOE, 13 dic.) (⁸⁶)].

(⁸⁶) Vid LOPEZ CUMBRE, L., “Comentario al Real Decreto Legislativo 1/02, de 29 de noviembre, aprobatorio del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (www.iustel.com) núm.1, 2003, pp. 1-20, MONEREO PÉREZ, J.L., “El Texto refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones 1/02: la cristalización de las direcciones fundamentales de la política de reforma social”, *Revista de Derecho Social*, núm.22, 2003, pp. 47-78 y VAL TENA, A.L. de, “El RD Leg. 1/02 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones ¿un exceso ultra vires?, *Aranzadi Social*, núm.11, 2006, pp. 20-32. Sobre el nuevo Reglamento, vid el comentario de SUÁREZ CORUJO, B., “RD 304/04, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones: un nuevo paso en el empecinado intento de fomentar la protección social complementaria”, *Relaciones Laborales*, 2004, t.II, pp. 1073-1096 y ROMERO BURILLO, A.M., “El nuevo reglamento de planes y fondos de pensiones ¿hacia la consolidación de los planes de pensiones del sistema de empleo?, *Revista de Derecho Social*, 2004, núm.28, pp. 71-102. En general, vid por todos GARCIA BECEDAS, G., “La Seguridad Social complementaria en España”, en AAVV, *III*

Con ella se inaugura una nueva etapa histórica añadiendo a la protección dentro del sistema público una protección externa totalmente privada. No sin una exacerbada reacción sindical y con escaso éxito mercantil, la LPFP/87 obliga a compartir el protagonismo en el sistema de protección complementaria de las mejoras incluidas en la LGSS con las prestaciones de los planes de pensiones. Con un régimen jurídico propio, las prestaciones de dichos planes quedan garantizadas por la constitución de un fondo *ad hoc* para las mismas y con una gestión independiente y autónoma de las finanzas internas de la empresa.

Ya la Constitución se había anticipado a afirmar que estas prestaciones complementarias no podrían ser en modo alguno sustitutas de las del régimen público, garantía reiterada en la Exposición de Motivos de la LPFP/87. En ella se subraya el carácter de "hiperprotección" de estas prestaciones en relación a aquellas rentas que no encuentran plenamente satisfecho su nivel de protección con el sistema básico de Seguridad Social y, por tanto, orientadas a cubrir el espacio que resta entre lo que las pensiones legales pueden ofrecer y lo que el sujeto desea obtener o, como señala alguna propuesta legislativa, se trata de reducir el espacio "*existente entre el salario como trabajador activo y la pensión de jubilación, consiguiendo una mayor cohesión social*" [Conclusión Primera de la Proposición no de Ley sobre sistemas complementarios de previsión social (BOCG 5 ene.98, Serie D, núm.229, pág. 16)]. Olvidando, obsérvese, que esta misma finalidad es la que se persigue con las mejoras voluntarias cuyo régimen jurídico, tras ser establecidas, considera irrelevante que la iniciativa en su creación y la gestión de las mismas pueda ser privada.

Su composición, negociados colectivamente y privadamente gestionados, no reproduce ninguno de los rasgos típicos de las normas reguladoras de las mejoras voluntarias. Si bien, valoradas detenidamente, no se aprecian tantas diferencias entre unas (las mejoras voluntarias) y otros (los planes y fondos de pensiones). Así, las prestaciones cubiertas por los fondos de pensiones responden como las mejoras a la intención de complementar unas prestaciones básicas y todas estas prestaciones (tanto las de las mejoras como las de los planes de pensiones) actúan sobre contingencias idénticas, a saber, las reconocidas en el sistema público de la Seguridad Social. Podría considerarse que existe una categoría general –la de las mejoras voluntarias- con especies concretas –tantas como instrumentos de gestión con régimen jurídico propio se observe-. De este modo, los caracteres de las mejoras voluntarias, esto es, los que resultan de aplicación a las prestaciones de la Seguridad Social básica, se considerarían aplicables a estas otras prestaciones de los nuevos instrumentos de gestión, si bien con carácter subsidiario respecto de aquellos que se deriven de su específico régimen jurídico.

Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, AAVV, Pensiones Sociales. Problemas y Alternativas. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, MTAS, 1999., AQUILERA IZQUIERDO, R., Pensiones privadas: obligaciones de las empresas y garantías de los trabajadores, Madrid, Civitas, 2001; SUÁREZ CORUJO, B., Los planes de pensiones del sistema de empleo: principios ordenadores, Valladolid, Lex Nova, 2003, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., Las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo: un estudio técnico de la experiencia negociadora, Granada, Comares, 2004, LÓPEZ CUMBRE, L., "La conformación del sistema mixto de pensiones y su evolución", en AAVV, Cien años de protección social en España. Libro conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión, Madrid, MTAS, 2007., pp. 489-544 y GARCIA VIÑA, J., Planes y Fondos de Pensiones: elementos claves de previsión social, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006,

2. Sin embargo, la intención del legislador al introducir los planes y los fondos de pensiones en nuestro sistema de protección social ha sido la de establecer un régimen claramente al margen del sistema de Seguridad Social y mucho más próximo a las líneas maestras del seguro privado que a las antiguas mejoras voluntarias integradas en el sistema. Mas la aparición de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones supondrá que, para una misma realidad -la iniciativa privada en el establecimiento de prestaciones complementarias a las devengadas por el sistema de Seguridad Social-, se proceda a aplicar dos regímenes bien distintos; uno, el de las mejoras voluntarias, a las que se extienden los caracteres y garantías de la Seguridad Social y en las que prima su proximidad al sistema hasta el punto de determinar su inclusión en el mismo; y otro, el recogido por la Ley de Planes y Fondos de Pensiones con sus principios y garantías, en el que prevalece el interés privado y cuyas prestaciones se someten a reglas de naturaleza estrictamente mercantil.

El TC no duda, por su parte, en considerar cómo los planes de pensiones no han de ser integrados en el ámbito de la Seguridad Social pues las prestaciones que otorgan los planes están condicionados por la voluntad privada. *“La propia norma describe una modalidades prestacionales que se encuentran profundamente condicionadas por la voluntad de sus eventuales beneficiarios o de terceros: la voluntad privada determina – sin agotar el elenco- la existencia mínima de un plan de pensiones, el círculo de sujetos que se beneficiarán, en su caso, de las prestaciones en ellos establecidas y la propia extensión e intensidad de la tutela dispensada”* [S.TC 206/97 (FJ 5)]. Y en nada empece el hecho de que los planes de pensiones se refieran a prestaciones de la Seguridad Social pues tal circunstancia *“no entronca de forma necesaria estos sistemas autónomos de protección con el núcleo heterónimo e imperativo que conforma los modernos sistemas de Seguridad Social”* [S.TC 206/97 (FJ 5)]. Lo que no le impide al TC reconocer que *“la finalidad de los planes y fondos de pensiones consiste en establecer un instrumento de ahorro que puede cumplir una importante función complementaria del nivel obligatorio y público de protección social. Asimismo los fondos de pensiones cumplen una importante función en la modernización, desarrollo y estabilidad de los mercados financieros”* [S.TC 88/09 (FJ 2)]. Pero, *“a diferencia de lo que sucede con la integración de los trabajadores en la Seguridad Social....el origen de los planes de pensiones, la extensión de la acción tutelar que dispensan y la participación en ellos (como instrumentos no sólo al servicio de la previsión individual, sino del ahorro) descansan en la autonomía de la voluntad de las partes”* [S.TC 90/09 (FJ 4) ⁽¹⁾].

Los planes de pensiones son una especie concreta de contrato, de cariz esencialmente asegurador, y como especie concreta de contrato de seguro ha de quedar sometida su regulación, por una parte, al art. 149.1.11 (bases de la ordenación en materia de seguros) y al art. 149.1.6 CE (legislación mercantil). El legislador persigue, a juicio del TC, *“asegurar el desenvolvimiento de los fondos y evitar las situaciones de insolvencia o que amenacen a la efectividad de las prestaciones, garantizando la solvencia de las entidades gestoras y protegiendo al máximo los intereses de los beneficiarios”*. También pretende *“el mantenimiento de las características de las figuras jurídicas de nuevo cuño configuradas en la ley de tal modo que resulten las más congruentes con su finalidad, en este caso las entidades gestoras de los planes y fondos de pensiones”*. Por eso, *“las normas que resulten esenciales para garantizar en todo el territorio nacional esos objetivos tendrán el carácter de básicas”* [S.TC 206/97 (FJ 7)], confirmando así la intervención del Estado en esta materia.

II. LOS COMPROMISOS POR PENSIONES: UNA PARTICIPACIÓN PRIVADA COMPLEMENTARIA EXTERNA A LA SEGURIDAD SOCIAL

1. La irrupción de los compromisos por pensiones

1.1. La obligación de externalizar los compromisos por pensiones como garantía de su percepción

1. La aprobación de la LPFP/87 no bastaría para garantizar estos instrumentos de previsión privada y, lo que es más importante, no garantizaría la percepción de sus prestaciones (⁸⁷). El impulso definitivo a la consolidación de los planes y fondos de

⁸⁷ Una reflexión sobre los temas a abordar en este capítulo y en los sucesivos en LÓPEZ CUMBRE, L., "La Prejubilación", Civitas-UAM, Madrid, 1.998, "La protección social complementaria en el ámbito de la Unión Europea", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho social internacional y comunitario, núm.7, 1.998, pp. 137-181, "Pensiones privadas y seguridad social: una controvertida relación", en Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *Pensiones sociales: problemas y alternativas*, IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, MTAS, 1.999, pp. 219-242, "Principio de igualdad y regímenes profesionales. Comentario a la Directiva 96/97/CEE por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho social internacional y comunitario, núm.12, 1999, pp. 133-180, "Concentración empresarial y compromisos por pensiones. Una regulación reglamentaria indirecta del grupo de empresas". Primer premio "Estudios Financieros 2.000", Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núms. 209-210, agosto-septiembre, 2.000, pp. 3-66, "Prestaciones complementarias: Un debate sobre su naturaleza retributiva o de protección social", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Derecho Social Internacional y Comunitario, núm.32, 2.001, pp. 183-200, "Aumento de la tasa de población activa y fomento de la prolongación de la vida activa. Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Derecho Social Internacional y Comunitario, núm.37, 2.002, pp. 231-265, "La externalización de los premios de jubilación" (en colaboración con Luis Enrique de la Villa Gil), Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, número en homenaje al prof. Aurelio Menéndez Menéndez, 2003, pp. 99-142, "Comentario al Real Decreto Legislativo 1/02 de 29 de noviembre aprobatorio del Texto Refundido de la Ley reguladora de Planes y Fondos de Pensiones", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm.1, 2003, iustel.com, "Las escalas móviles de cotización", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm.2, 2003, iustel.com, "Reflexiones sobre la reforma de la prejubilación", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm.6, 2003, iustel.com, "Sanidad y Acción Social en Cantabria", en AAVV *Derecho Público de Cantabria*, Parlamento de Cantabria, Santander, 2003, pp. 695-749, "Escalas móviles de cotización en el sistema de Seguridad Social", en AAVV, *El accidente de trabajo en la Seguridad Social*, Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social, Barcelona, 2003, pp. 61-98, "Las prejubilaciones", en AAVV, *El sistema de pensiones en España. 25 Aniversario del Instituto Nacional de la Seguridad*

pensiones en nuestro país vendría de la mano de la Ley 30/95, 8 nov., BOE, 9 de ordenación y supervisión del seguro privado [en adelante, LOSSP/95, sustituida más

Social, MTAS, Madrid, 2003, pp. 137-162, "Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo. Comentario a la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2004", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Derecho Social Internacional y Comunitario, núm.52, 2.004, pp. 189-210, "Políticas de familia y dependencia en el marco de la Seguridad Social", en colaboración con J.A. Sagardoy en AAVV, *Familia y dependencia. Nuevas necesidades, nuevas propuestas*, Madrid, Fundación Acción Familiar- Ediciones Cinca, Madrid, 2005, pp. 49-96, "Nota Introductoria al Estudio "El modelo constitucional de protección social", en AAVV, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Cincuenta estudios del prof. Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2006, pp. 1529-1532, "La jubilación: entre el derecho y la obligación", en AAVV, *Tratado sobre Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa con motivo de su jubilación*, Madrid, Editorial Iustel, 2007, pp. 41-110, "Fisuras de una ley histórica en materia de protección social: el Proyecto de Ley de Dependencia", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm.11, 2006, iustel.com , "La conformación del sistema mixto de pensiones y su evolución", en AAVV, "Cien años de protección social en España. Libro conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión", Madrid, MTAS, 2007, pp. 489-544, "La prejubilación en el proceso de transformación del sistema de protección social" en AAVV, Libro homenaje al prof. Vida Soria, Granada, Comares, 2008, pp.695-718, "Sobre los límites a la reversión de competencias en materia sanitaria", en AAVV, Nuevos retos y escenarios para la sanidad pública en Cantabria", Madrid, Unión General de Trabajadores, 2008, pp. 34-50, Voz "Prejubilación" en AAVV, Enciclopedia Laboral Básica "Alfredo Montoya Melgar", Navarra, Aranzadi-Thomson, 2009, pp. 1052-1057, Voz "Prestaciones de la Seguridad Social" en AAVV, Enciclopedia Laboral Básica "Alfredo Montoya Melgar", Navarra, Aranzadi-Thomson, 2009, pp. 1066-1070, "Discriminación por razón de edad", en AAVV, Los retos de la igualdad y la no discriminación en el trabajo en España, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración-Fundación Largo Caballero, 2009, pp.253-304, "La jubilación como contingencia protegida", en AAVV, "Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos", Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 791-804, "La construcción del Espacio Europeo de Investigación y Formación como factor esencial para el empleo en la renovada Estrategia de Lisboa", en AAVV, "Anuario de conferencias", Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2010, pp. 229-256, "Los derechos del paciente en situación de dependencia: conexiones entre el sistema nacional de salud y el sistema para la autonomía y la atención a la dependencia. Decálogo de un encuentro", Derecho y Salud, núm.19, extraordinario, XVIII Congreso, 2010, pp. 91-110, "El papel de las pensiones mínimas en el proceso de maduración de los Sistemas de Protección Social y en relación con las estrategias de activación para la incorporación al empleo", en AAVV, Presidencia Española del Consejo de la Unión Europea (enero-julio 2010), RMTIN, Derecho social internacional y comunitario, número extraordinario, 2010, pp. 203-258, "Protección social y Comunidades Autónomas", en AAVV, *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías. XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 645-752

tarde por un nuevo texto refundido en el Real Decreto-Legislativo 6/04, 25 oct., BOE, 5 nov. y desarrollado por los reglamentos de planes y fondos de pensiones (RD 304/04, 20 feb., BOE, 21 modificado por RD 1299/09, 31 jul. BOE, 1 ag.) y de ordenación y supervisión del seguro privado y mutualidades de previsión social (RD 248698, 20 nov., BOE, 21 modificado por RD 1298/09, 31 jul., BOE, 1 ag.)). La LOSSP/95 modifica, a través de su DA 11ª, la DA 1ª LPFP/87 con el claro objetivo de introducir un nuevo régimen jurídico aplicable a los que, a partir de ese momento, serán denominados como “*compromisos por pensiones*”⁽⁸⁸⁾. Desconocido con anterioridad, el concepto de “*compromisos por*

(88) Sobre la reforma operada por la LOSSP/95 en la LPFP/87 *vid* MONEREO PÉREZ, J.L., *Público y privado en el sistema de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996; del mismo autor “Los planes de pensiones en el sistema de protección social”, GARCÍA BECEDAS, G., “La externalización de los compromisos por pensiones en la ley de ordenación y supervisión del seguro privado”, *Revista del derecho de los seguros privados*, núm.6, 1996, pp. 37-41, “La externalización de los compromisos por pensiones en la LOSSP (Análisis de la DT 14 de la Ley 30/95)”, *Relaciones Laborales*, t.I, 1997, pp. 262-269, “Planes de empleo y jubilación”, en AAVV, *Tratado sobre Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 2139-2147, CASTRO ARGÜELLES, M.A., “Modificaciones introducidas en la Ley 8/87, de 8 de junio, de regulación de los planes y fondos de pensiones, por la Ley 30/95, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados”, ambos en AAVV, *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de las pensiones complementarias*, Madrid, MTAS, 1997, pp. 18-210 y 375-400, respectivamente. El desarrollo del régimen jurídico de estos compromisos por pensiones en LOPEZ CUMBRE, L., *La prejubilación*, Madrid, Civitas, 1998, p. 494-655, “Concentración empresarial y compromiso por pensiones. Una regulación reglamentaria indirecta del grupo de empresas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, 2000, núms. 209-210, pp. 3-66 y “Prestaciones complementarias: un debate sobre su naturaleza retributiva o de protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.37, 2002, pp. 15-36, VILLA GIL, L.E. de la, “Garantías de las pensiones privadas”, *Revista Jurídica General. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Número monográfico sobre Cuestiones de Seguridad Social y prevención de riesgos laborales*, 2000, núm.15, pp. 7-45, AGUILERA IZQUIERDO, R., *Pensiones privadas: obligaciones de las empresas y garantías de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 2001, VILLA GIL, L.E. de la y LOPEZ CUMBRE, L., “La externalización de los premios de jubilación”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (número en homenaje al prof. Aurelio Menéndez Menéndez), 2003, pp. 99-142, ROMERO BURILLO, A.M., *Los planes de pensiones del sistema de empleo*, Navarra, Aranzadi, 2002, AAVV, *Seguridad Social Complementaria*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2003, AGUILERA IZQUIERDO, R. y SÁNCHEZ-URÁN, Y., “La protección social complementaria en el marco del derecho a la protección social”, en AAVV, *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Madrid, MTAS, 2003, pp. 1071-1113, AGUILERA IZQUIERDO, R., BARRIOS BAUDOR, G. y SÁNCHEZ-URÁN, Y., *Protección social complementaria*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 2003, MONEREO PÉREZ, J.L., “Los planes/fondos de pensiones en España”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (www.iustel.com), núm.3, 2003, pp. 1-16, MORENO GENE, J. y ROMERO BURILLO, A.M., “Los planes y fondos de pensiones ante las nuevas formas de organización de la empresa”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núms.245-246, 2003, pp. 15-74, SUÁREZ CORUJO, B., *Los planes de pensiones del sistema de empleo: principios ordenadores*, Valladolid, Lex Nova, 2003 y “La regulación de la pensión de jubilación complementario en los Convenios Colectivos”, en AAVV, *Tratado sobre Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa con motivo de su jubilación*, Madrid, Editorial Iustel, 2007, pp 2233-2260, MONEREO PÉREZ, J.L., *Las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo: un estudio técnico de la experiencia negociadora*, Granada, Comares, 2004, QUINTERO LIMA, G., “Las expectativas de derechos en la protección social complementaria española”, *Relaciones Laborales*, 2004, t.I, pp. 263-298, RODRIGUEZ

pensiones" es un concepto creado *ad hoc* por la LOSSP/95. En su laxa caracterización como "*prestaciones causadas*" se posibilita la inclusión de cualquier obligación que, con finalidad de previsión social, establezca el empresario en el seno de su empresa siempre que se refiera a las contingencias descritas, a saber, jubilación o situación asimilable, invalidez, muerte y supervivencia, *ex art. 8.6 LPFP/87*. Estos compromisos, incluyendo entre ellos las prestaciones causadas, se corresponden con aquellos que se deriven de "*obligaciones legales o contractuales del empresario por el personal de la empresa y vinculados a las contingencias establecidas en el art. 8.6 LPFP*". Tales pensiones podrán revestir las formas establecidas en el art. 8.5 LPFP y "*comprenderán toda prestación que se destine a la cobertura de tales compromisos cualquiera que sea su denominación*" (DA 1ª LPFP/87 modificada por la DA 11ª LOSSP/95). Caracterización generosamente amplia –obligaciones legales o contractuales, compromisos vinculados a las contingencias, toda prestación que se destine a la cobertura, prestaciones causadas, cualquiera que sea su denominación– dirigida a integrar en un régimen común la mayor parte de esfuerzos complementarios de la empresa en la protección social de los trabajadores.

2. Sin infravalorar reformas anteriores, el punto de inflexión que marca un antes y un después en esta materia es la entrada en vigor de la DA 11ª de la Ley 30/95 –que modifica la DA 1ª de la LPFP/87- y de las DDTT 14ª, 15ª y 16ª de dicha Ley 30/95. A partir de entonces ya no cabe marcha atrás y se impone un proceso de conversión de los fondos internos en fondos externos para garantizar los compromisos por pensiones adquiridos por las empresas, con un principio básico: la intangibilidad de los ya establecidos, esto es, la prohibición de modificar aquellos que ya hubieran sido asumidos por las empresas. Por eso el legislador opta por establecer una norma de equilibrio y concede sucesivos plazos de adaptación para que las empresas puedan ir diversificando en distintos períodos los esfuerzos económicos que la externalización les plantea.

Parecía, a propósito, que esta cadena de prórrogas era infinita y finalizado un plazo comenzaba otro, a veces de mayor dimensión temporal. Pero no. El último plazo concluyó el 16 de noviembre de 2002 (DA 25ª de la Ley 14/00, 29 dic., BOE, 30 de medidas fiscales, administrativas y del orden social). A partir de entonces ya sólo cabe mantener este proceso transitorio de adaptación para los denominados "*premios de*

HURTADO, J., *La voluntariedad en el sistema de protección social: aseguramiento voluntario público y previsión complementaria*, Madrid, CES, 2004, GARCÍA BECEDAS, G., "Planes de pensiones de empleo y jubilación", en AAVV, *Tratado sobre Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa con motivo de su jubilación*, Madrid, Editorial Iustel, 2007, pp. 2139-2147, GARCÍA BLASCO, J. y DE VAL TENA, A., "La externalización de los compromisos por pensiones", en AAVV, *Tratado sobre Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa con motivo de su jubilación*, Madrid, Editorial Iustel, 2007, pp. 2177-2200, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., "Planes individuales y planes asociativos de pensiones", RAMÍREZ MARTINEZ, J.M., "El carácter salarial o extrasalarial de la cotización por jubilación en los planes de pensiones", todos ellos en AAVV, *Tratado sobre Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa con motivo de su jubilación*, Madrid, Editorial Iustel, 2007, pp. 2139-2147, 2177-2200, 2201-2233, 2147-2177, respectivamente, GARCÍA VIÑA, J., *Planes y fondos de pensiones: elementos claves de previsión social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006 y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Los planes de pensiones del sistema de empleo*, Navarra, Aranzadi, 2007.

jubilación” y para unos determinados planes del sistema de empleo, los calificados como de *“promoción conjunta”* (de acuerdo con la DA 15ª de la Ley 44/02, 22 nov., BOE, 23, de reforma del sistema financiero). Con todo, las dificultades observadas en este proceso de externalización, sumadas a las nuevas necesidades que iban surgiendo desde 1987 hasta nuestros días (de índole social, fiscal, mercantil, financiera, procesal, etc) alentaban al legislador a aprobar diferentes normas, actualmente reunidas en la refundición operada en la Ley 6/04.

Ahora bien, con ser la Ley 30/95 la norma de mayor interés entre todas ellas merecen también ser mencionadas el RD 1588/99, 15 oct., BOE, 27 por el que se reglamentaba todo el proceso de instrumentación de los compromisos por pensiones, la Ley 66/97, 30 dic. (art. 119 bis) y la Ley 50/98, 20 dic. (DA 1ª.2), ambas de medidas fiscales, administrativas y del orden social y ambas con modificaciones importantes de la central DA 1ª de la Ley 8/87 así como las reformas introducidas por dos leyes de medidas fiscales, administrativas y del orden social (Ley 14/2000, 29 dic. y la ya mencionada Ley 24/2001) y por la Ley 40/1998, 9 dic., del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas en sus muy diferentes versiones desde 1998. Todas ellas, y otras muchas aprobadas entre la Ley 8/87 y la normativa vigente, han alterado sustancialmente el contenido de las normas sobre planes y fondos de pensiones en nuestro país.

3. Hasta la aprobación de la LOSSP/95, el acuerdo sobre los complementos por pensiones resultaba fácilmente manipulable, diferenciándose, en la terminología creada por la doctrina, el nivel de cobertura (pacto de establecimiento del complemento) del nivel de garantía (definitiva percepción del mismo) ⁽⁸⁹⁾. Por eso, uno de los efectos más inmediatos de esta ley fue el de la intangibilidad de los compromisos ya pactados por las empresas, esto es, la imposibilidad de revocar lo acordado como consecuencia de la entrada en vigor de la norma.

Atendiendo a lo dispuesto por los Tribunales se consideraba que estos complementos, siendo irreversibles unilateralmente, podían ser modificados bilateralmente toda vez que la negociación colectiva permitía su supresión o rebaja en cualquier momento en virtud del principio de modernidad y regresividad del Convenio Colectivo. Incluso aunque el trabajador hubiera contribuido pues su contribución no podía ser considerada ni salario diferido ni aportación de capital. Ante la supresión o alteración de estos complementos ningún trabajador podría alegar la presencia de una condición más beneficiosa para mantener dicho derecho. Hasta el punto de aceptarse la licitud y eficacia de los pactos neutralizadores de derechos consolidados de personas pasivas por entender que a las mismas, y aun cuando ya no pertenezcan a la empresa, les resulta de aplicación el Convenio Colectivo correspondiente. En algunos casos sin disponer siquiera de garantías procesales toda vez que estos *“ex”* trabajadores no pueden ser considerados como *“terceros”* ajenos a la empresa por el motivo apuntado y, por tanto, tampoco podrían ser aceptados como parte en un proceso colectivo, dificultándose considerablemente la elección del cauce procesal adecuado para la defensa de sus intereses.

⁽⁸⁹⁾ VILLA GIL, L.E. de la, “Estudio Preliminar”, en AAVV, *Pensiones privadas. Planes y fondos de pensiones. Seguros de vida. Entidades de previsión socia.*, Madrid, Acarl, 1997, pág. XXXIV.

La LOSSP/95 conseguirá que las mejoras voluntarias pasen a un segundo plano, cediendo todo su protagonismo a estos compromisos por pensiones y, lo que es más importante, a la obligación de externalización de los mismos mediante planes de pensiones o contratos de seguro. El proceso de externalización, largo y tortuoso, concluirá con una realidad hoy ya incuestionable y es que aquellas empresas que quieran completar las pensiones públicas de sus trabajadores habrán de disponer de una serie de recursos que, bien periodificados o capitalizados, deberán ser ingresados en el fondo de pensiones o en un contrato de seguro para garantizar las pensiones privadas comprometidas con sus trabajadores por la empresa. Sin embargo, el régimen de garantías previsto por esta LOSSP/95 se extenderá únicamente a algunas de las mejoras voluntarias –aquellas que operan sobre quienes pudieran ser considerados inactivos definitivos de la empresa –jubilados, inválidos totales, herederos del fallecido y dependientes (en su modalidad severa), *ex art. 8.6 LPFP/87-*, dejando fuera a aquellas otras mejoras dirigidas a quienes, por ser inactivos temporales –incapacitados temporales, beneficiarios de la cobertura de maternidad o riesgo por embarazo, de asistencia sanitaria, etc- no se encuentran protegidos por esta norma. Hasta ese momento había primado un tratamiento homogéneo e igualitario de todas las mejoras voluntarias por igual pero desde entonces la previsión complementaria se diversifica y obtiene una formulación más plural.

4. Con la modificación introducida por la LOSSP/95 en la DA 1ª LPFP/87 se considerarán compromisos por pensiones “*los derivados de las obligaciones legales o contractuales del empresario con el personal de la empresa y vinculados a las contingencias establecidas en el art. 8.6. Tales pensiones podrán revestir las formas establecidas en el art. 8.5 y comprenderán toda prestación que se destine a la cobertura de tales compromisos, cualquiera que sea su denominación*”. Las contingencias previstas en el mencionado art. 8.6 LPFP/87 eran la jubilación “*o situación asimilable*”, la invalidez permanente total, absoluta y gran invalidez la muerte del partícipe o beneficiario [la vigente LPFP alude en este mismo precepto a la jubilación, incapacidad laboral total y permanente o absoluta y permanente, la muerte del partícipe o beneficiario y la dependencia severa o gran dependencia]. En cuanto al art. 8.5 de dicha norma, el precepto hace referencia a las prestaciones en forma de capital con una percepción de pago único, en forma de renta o con prestaciones de carácter mixto. El contenido de la obligación recoge no sólo los “*compromisos por pensiones*” sino también las “*prestaciones ya causadas*” de aquellos compromisos “*vinculados a las contingencias establecidas*” y comprende a toda prestación que se destine a la cobertura de las mismas, “*cualquiera que sea su denominación*” (DA 1ª LPFP/87).

En este sentido, el RD 1588/89, 15 oct. (BOE, 27) por el que se aprueba el reglamento sobre la instrumentación de los compromisos por pensiones servirá para concretar cuál es el concepto de “*empresa*” a los efectos de aplicación de esta norma (art. 5) y cuál el del “*personal afectado*” por dicha normativa (art. 6). En cuanto al primero, tendrán tal consideración tanto las personas jurídicas como las personas físicas, comunidades de bienes y demás entidades que, aun carentes de personalidad jurídica, asuman compromisos por pensiones con sus empleados. La aplicación se extiende no sólo a aquellas empresas con nacionalidad española, domicilio en territorio nacional o cuyo principal establecimiento radique en el mismo sino también a las extranjeras con agencias, sucursales o establecimientos en territorio nacional. En relación al segundo, la obligación se entiende contraída entre la empresa y su “*personal activo*”, siendo éste todo trabajador cuya relación laboral se encuentre sometida a las normas españolas, incluidas las situaciones de excedencia, suspensión de contrato, extinción del mismo si

se mantienen compromisos por pensiones en tal situación, etc. Asimismo “*la instrumentación de los compromisos por pensiones afectará, igualmente, a las obligaciones asumidas por la empresa respecto a jubilados y beneficiarios*” (art. 6.2). No en vano, el alcance de la obligación no abarca únicamente lo comprometido –y por lo tanto la expectativa de derecho-, sino lo causado -esto es, el derecho consolidado-. En cierto modo, los derechos causados de los beneficiarios son derechos ciertos y -aun a riesgo de acrecentar la confusión- “*consolidados*” frente a los derechos “*consolidados*” de los partícipes y derivadamente de los beneficiarios que, con ser derechos actuales, son expectativas de derechos únicamente consolidables cuando se haga efectiva la aportación de capital [art. 20.4 RD 1307/88, 30 sept. (BOE, 2 nov.) por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones (RPF/87), hoy sustituido por el RD 304/04, 20 feb. (BOE, 25) con el vigente Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones].

En la actualidad, el art. 22 del vigente Reglamento (RD 304/04) reconoce que constituyen derechos consolidados de un partícipe los derechos económicos derivados de sus aportaciones y del régimen financiero actuarial de capitalización que aplique el correspondiente plan de pensiones. En este sentido, constituyen derechos consolidados, en las contingencias que operen bajo la modalidad de aportación definida, la cuota parte del fondo de capitalización que corresponde al partícipe, determinada en función de las aportaciones, directas e imputadas, y las rentas generadas por los recursos invertidos, atendiendo, en su caso, a los quebrantos y gastos que se hayan producido. Por su parte, en las contingencias que operen bajo la modalidad de prestación definida, la provisión matemática y el margen de solvencia que corresponda a cada partícipe serán considerados derechos consolidados. Si el plan fuera de modalidad mixta deberá prevé a cuál de las dos fórmulas anteriores se ajusta la determinación de los derechos consolidados.

Como es sabido, los derechos consolidados de los partícipes en los planes de pensiones del sistema de empleo no podrán ser movilizados a otros planes, salvo en el supuesto de extinción de la relación laboral -y sólo si estuviese previsto en las especificaciones del plan- o por terminación del plan de pensiones. Por su parte, los derechos económicos de los beneficiarios en los planes de empleo no podrán moverse salvo por terminación del plan de pensiones. En todo caso, los derechos consolidados del partícipe en un plan de pensiones no podrán ser objeto de embargo, traba judicial o administrativa, hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación o en que se hagan efectivos en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración (art. 8 LPFP).

1.2. La convivencia jurídica de las mejoras voluntarias y los compromisos por pensiones: género y especie

1. La entrada en vigor de la LOSSP produjo numerosos efectos pero uno de los fundamentales fue la modificación del régimen jurídico de las mejoras voluntarias reguladas por el art. 193 LGSS. A partir de este momento, las empresas no podrán ya realizar la mejora de *toda prestación* por sí mismas o a través de la Administración de la Seguridad Social, Fundaciones Laborales, Montepíos y Mutualidades de Previsión Social o Entidades aseguradoras de cualquier clase (art. 193 LGSS) sino que deberán recurrir exclusivamente a planes de pensiones, contratos de seguro o a ambos instrumentos a la vez. Así se deduce de la modificación introducida en la DA 1ª LPFP cuando bajo la denominación de “*compromiso por pensiones*” obliga a las empresas a

proteger "toda prestación que se destine a la cobertura de tales compromisos, cualquiera que sea su denominación" a través de los instrumentos descritos -plan de pensiones, contrato de seguro o ambos, aun cuando en la actualidad la norma se refiere a los contratos de seguros "incluidos los planes de previsión social empresariales, a través de la formalización de un plan de pensiones o varios de estos instrumentos" si bien inmediatamente a continuación preciso que la "obligación y responsabilidad de las empresas por los referidos compromisos por pensiones se circunscribirán exclusivamente a las asumidas en dichos contratos de seguros y planes de pensiones"-.

De hecho, la identidad entre las mejoras directas y las prestaciones aseguradas era tal que se cuestionó la inadecuación de proceder a la reforma mediante la LOSSP y la LPFP cuando hubiera sido más recomendable haber modificado directamente los arts. 191 y ss. LGSS.

La remisión que esta modificación efectúa a las contingencias recogidas en el art. 8.6 LPFP obliga a circunscribirla únicamente a la jubilación, invalidez o muerte del beneficiario, hoy extendida a la dependencia severa. Ahora bien, en tanto la participación de la empresa en relación a estas contingencias y al compromiso que contrae con el trabajador se destina *exclusivamente a mejorar las mismas* -puesto que la cobertura básica de todas ellas se encuentra garantizada por la LGSS-, el contenido de tal compromiso no puede reproducir sino el de una mejora voluntaria, en concreto el de una mejora directa de las prestaciones de Seguridad Social. Pues, si se observa, la identificación del objeto que se regula es plena. Los compromisos por pensiones recogen obligaciones legales o contractuales del empresario destinadas a incrementar las del régimen básico de Seguridad Social; objetivo que, por lo demás, caracteriza de forma igual a las mejoras voluntarias⁽⁹⁰⁾. Bien es cierto que la superposición de ambas regulaciones para una misma finalidad puede conducir a la consideración errónea de anteponer el régimen posterior -el establecido por la LOSSP- entendiendo que el anterior ha sido derogado implícitamente, o a aceptar que el régimen especial anula incluso la aplicación subsidiaria del régimen general -que, en este supuesto, sería el de las mejoras voluntarias-.

2. Sin embargo, la actuación de la LOSSP no ha tenido tanto alcance y se ha mostrado, en verdad, mucho más discreta, sin llegar a alterar el régimen jurídico de las mejoras voluntarias previamente establecido en los arts. 191 a 194 LGSS por entender que esta "*lex specialis*" no puede considerarse derogada por la legislación general de ordenación del seguro privado. Y, como desde los inicios de su regulación, las mejoras voluntarias siguen comportándose como un *género* que abarca numerosas *especies*, tantas como el libre establecimiento empresarial sea capaz de idear. Los únicos rasgos determinantes de las mismas, en su modalidad de mejora directa, permanecen invariables: la finalidad única de mejorar directamente las prestaciones del RGSS, el libre establecimiento de este compromiso por parte de la empresa, el respeto a las normas reguladoras propias para anular o disminuir un derecho previamente establecido

⁽⁹⁰⁾ Definidas las mejoras voluntarias como "incrementos...pactados colectivamente o establecidos con el mismo carácter por decisión unilateral del empresario" (MARTIN VALVERDE, A., *Las mejoras voluntarias de Seguridad Social*, Sevilla, Institución García Oviedo, 1.970, pág. 47) o como "aquellas obligaciones empresariales derivadas de la propia voluntad empresarial o fruto de la negociación colectiva que tienen como objeto complementar la acción protectora otorgada por el sistema de Seguridad Social" (REY, S. del y GALA, C., "Protección social y negociación colectiva", en AAVV, *Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1.996, pág. 252) en poco difieren de la identidad de estos compromisos por pensiones.

y, por último, la gestión a través de los organismos o entidades recogidos por la LGSS. La negación de una identidad común que emerge sobre las peculiaridades de su establecimiento, o sobre el instrumento jurídico en el que se recogen, la fuente de financiación, las técnicas de gestión, las distintas fórmulas de garantizar su percepción, etc, conduciría ineludiblemente a admitir la dejación en las partes interesadas de la determinación de la naturaleza jurídica de un instituto que sólo en su establecimiento y, en su caso, en su gestión y organización, ha sido conferido a la voluntad de las partes.

Por lo demás, la aceptación de un único régimen impuesto a partir de la LOSSP - el de los compromisos por pensiones y no el de las mejoras voluntarias de la LGSS- dejaría sin cobertura a todas aquellas mejoras establecidas unilateral o colectivamente en las empresas que no cumplen los requisitos expresamente exigidos para incorporar a sus beneficiarios a un plan de pensiones o a un contrato de seguro. De ahí que prevalezca el régimen jurídico de las mejoras voluntarias entendido como marco que abarca diferentes categorías, situándose como una de estas últimas la que se deriva de los compromisos por pensiones regulados por la DA 1ª LPFP. Mientras el acto de establecimiento de estas mejoras siga siendo el Convenio Colectivo o una decisión unilateral de la empresa, la base de la misma seguirá siendo la relación laboral y, por tanto, la gestión privada de los recursos que se destinan a su protección se revelará como un mero adjetivo que no condiciona la sustantividad real del objeto al que se refiere. El hecho de que se instrumenten a través, por ejemplo, de un contrato de seguro, no permite obviar su conexión con la relación laboral y la negociación colectiva de la que surgen. Aun cuando, en cierto modo, se produzca una desnaturalización del régimen propio del seguro mercantil en su aproximación a la relación jurídica de la Seguridad Social. Quizá pudiera admitirse que las mejoras directas de las prestaciones deberían ser excluidas de la categoría general de las mejoras voluntarias pero mientras legalmente no sólo formen parte de aquélla sino que además presenten este último como su principal rasgo identificador, seguirán estando incluidas en el ámbito de la Seguridad Social, bien que diferenciadas de las prestaciones del nivel básico y con un tratamiento distinto según se trate de un sistema colectivo o de un sistema individual. Además, sobre ellas seguirán aplicándose los principios y caracteres básicos de las prestaciones de Seguridad Social que permanecerá como el contexto propio del aseguramiento colectivo.

Cualquier representación de esa "mejora directa", como ocurre con los compromisos por pensiones, no podrá sino estar imbuida de los mismos caracteres y de las mismas garantías que las prestaciones de Seguridad Social porque así lo quiso el legislador desde el inicio de la Seguridad Social moderna en nuestro país y porque así lo ha ratificado en el nuevo texto refundido. Y si expresamente se declara que es la Seguridad Social la que no puede ser objeto de contratación colectiva si no es a través de este tipo de mejoras (art. 39.2 LGSS), no cabe más que admitir la aplicación de sus rasgos, elementos, principios y garantías a todas aquellas prestaciones complementarias que compartan esta condición en cuanto "compromiso" que mejora las contingencias de los trabajadores protegidas por el nivel obligatorio.

Conviene subrayar, como se expusiera en el capítulo anterior y como ahora se recuerda, que esta difícil inserción de medidas en que la autonomía individual alcanza un protagonismo preponderante no ha pasado desapercibida para los Tribunales, en especial para el Tribunal Constitucional. En S.TC 206/97 y tras exponer argumentos de sumo interés (FJ 5 y 6 y voto particular) confirma la persistencia del régimen jurídico de las mejoras voluntarias (FJ 5) aunque la gestión se canalice a través de los planes y fondos de pensiones y la necesidad de situar los planes de empleo si no dentro de un

concepto estricto de Seguridad Social, sí en el ámbito de la “*previsión social*” (voto particular) ⁽⁹¹⁾. Como señala dicho pronunciamiento “*la Constitución y más cuando se trata de una materia como la Seguridad Social no pretende imponer un único modelo. Consagra una institución protegiéndola contra alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia pero no cierra posibilidades para la evolución del sistema de Seguridad Social hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se ha querido o podido utilizar*” [S.TC 206/97 (FJ 5)]. Al modo tradicional de la cobertura de Seguridad Social en su modalidad contributiva, sigue siendo la existencia de una relación laboral la que justifica la previsión social fijada, lo que no impide, sin embargo, incluir en esta categoría prestaciones establecidas con carácter independiente de las otorgadas por la Seguridad Social. “*Cuando la voluntad privada resulta determinante sobre los factores aludidos –continúa el citado Tribunal - sin salir del ámbito genérico de la protección social, sí nos hallamos fuera del núcleo institucional de la Seguridad Social*” [S.TC 206/97 (FJ 5)].

2. El alcance actual de los compromisos por pensiones

2.1. El contexto normativo vigente

1. Tras el primigenio texto de 1987, los planes y fondos de pensiones se encuentran regulados en la actualidad, como se anticipara, por el RD-Leg. 1/2002, 29 de noviembre, BOE, 13 de diciembre. Con él se lleva a cabo la derogación íntegra del antiguo texto (Ley 8/87), de las disposiciones transitorias 14^a, 15^a y 16^a de la Ley 30/95 (que supusieron la adaptación al nuevo régimen establecido por la Ley 30/95) y de cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a esta nueva norma. Se excluye únicamente de dicha derogación lo establecido en la DT 1^a de este nuevo texto refundido, precisamente aquella por la que se rigen las situaciones causadas bajo la normativa anterior y cuya vigencia aún se extiende.

El contexto en el que se aprueba el texto originario, Ley 9/87, y el actual son profundamente distintos. Caracterizado aquél por el rechazo unánime de los sindicatos hacia un instrumento de previsión complementaria que podía suponer una reducción progresiva de la protección social pública, hoy son considerados ya como mecanismos que garantizan cualquier protección complementaria, sobre todo si la misma es establecida y financiada preferentemente “por” la empresa y “para” los trabajadores. La crucial distinción, ya apuntada, entre el nivel de cobertura y el nivel de garantía ha servido para demostrar la ineficacia de un sistema complementario constitucionalmente aceptado *ex art. 41 CE* si no existe un instrumento que garantice tal protección. Esa fue la razón que impuso la externalización de los compromisos por pensiones en la Ley 30/95, ese fue el motivo que obligó al Estado español a cumplir con las Directivas comunitarias (principalmente, la Directiva 80/987/CEE) que imponían una garantía para

⁽⁹¹⁾ Vid el comentario a esta Sentencia en EMBID IRUJO, A., “Los planes y fondos de pensiones ante el Tribunal Constitucional (Comentario a las Sentencias del TC 206/97 y 66/98)”, *Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm.4, 1998, pp. 95-114, BARCELÓN COBEDO, S., “Ámbito material de los planes y fondos de pensiones y su dimensión competencial (Comentario a la STC 206/97, de 27 de noviembre)”, *Relaciones Laborales*, t.I, 1998, pp. 698-724 y RODRIGUEZ IZQUIERDO, R., “Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Planes y Fondos de Pensiones (Comentario a la S.TC 206/97, 27 nov.)”, *Tribuna Social*, núm.90, 1998, pp. 25-38.

los derechos adquiridos y en curso de adquisición de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial y ese fue el argumento esgrimido por cientos de trabajadores cuando, extinguida su relación laboral, veían incumplidos los compromisos adoptados por la empresa en materia de protección complementaria cuando se hallaban en situación de activos.

2. La estructura formal de la nueva LPFP/02 es bastante similar a la de 1987, con algunas excepciones puntuales ⁽⁹²⁾. De entre las más importantes, destacan dos. La primera, la diferencia en el contenido del antiguo Capítulo VII y el actual. Referidos en ambos casos al régimen de control administrativo, en la Ley 8/87 se incluía la regulación de la inspección administrativa y el régimen de infracciones y sanciones pasando ahora a normar la ordenación y supervisión administrativa, la contabilidad de los fondos de pensiones y las normas de publicidad y contratación. La segunda, de mayor interés técnico, la incorporación de un nuevo Capítulo IX en el que se contienen las medidas de intervención administrativa, añadido por la DA 11ª de la Ley 30/95.

Precisando las principales novedades del texto actualmente vigente respecto del primer texto existente, cabría agruparlas en cuatro apartados. Por una parte, aquellas que se refieren a la empresa y los planes y fondos de pensiones; en segundo lugar, a la negociación colectiva y su incidencia en esta materia; en tercer término, a los elementos cualitativos de los planes y fondos y, por último, a sus elementos cuantitativos. Entre sus catorce disposiciones (adicionales, finales y transitorias), destacan tres de ellas. La primera se detiene en la regulación de los planes de pensiones y de las mutualidades de previsión (reguladas hoy por RD 1430/02, 27 dic., BOE, 17 en.03) constituidos a favor de las personas con minusvalía (DA 4ª). Las personas minusválidas pueden ser trabajadores y, por tanto, partícipes de un plan de pensiones. No es extraño y sí necesario una regulación de estos planes específicos para quienes, por su propio condicionamiento, requieren normas especiales. La especificidad no sólo radica en la tutela necesaria de estas personas sino en los límites cuantitativos en cuanto aportaciones o prestaciones. La segunda, la alusión que en la DT 5ª se realiza a la exigencia de que la formalización de los planes de pensiones se haga antes del 16 de noviembre de 2002, salvo para los premios de jubilación y los planes de promoción conjunta (DA 15ª Ley 44/02). Y, por último, el recordatorio que la DF 4ª realiza sobre la competencia exclusiva del Estado en esta materia si bien no en relación a todos los preceptos sino respecto de los que recoge dicha disposición.

2.2. Problemas subsistentes en los compromisos por pensiones

2.2.1. La excepción protagonizada por entidades de créditos, entidades aseguradoras y sociedades y agencias de valores: la pervivencia de los fondos internos

⁽⁹²⁾ Así, el art. 7 incorpora la mención no sólo a la comisión del control del plan de pensiones sino a la figura del defensor del partícipe; o cuando se llevan a cabo correcciones técnicas como las de los arts. 9 (que modifica la anterior alusión a la “aprobación y revisión de los planes” añadiendo planes “de pensiones”), 10 (que sustituye la referencia a la integración en “un” fondo de pensiones por la de “en el” fondo de pensiones), añadidos como el del nuevo art. 15 cuando puntualiza que la disolución y liquidación será “de los fondos de pensiones”, o la del art. 26 que además de regular las normas de publicidad pasa a regir no sólo éstas sino también las normas de “contratación”, al margen de la nomenclatura y el contenido, razonablemente diferente, de las disposiciones adicionales, finales y transitorias del nuevo texto refundido.

1. Desde su entrada en vigor el proceso de externalización de los compromisos por pensiones ha estado marcado por una serie de peculiaridades, algunas de las cuales aún persisten. Tal es el caso de la excepción protagonizada por entidades de crédito, entidades aseguradoras y las sociedades y agencias de valores que pueden mantener como mecanismo de cobertura los fondos internos sin necesidad alguna de externalizar dichos compromisos. Una excepción que ha originado conflictos importantes al intentar proyectar los trabajadores de estas empresas los principios y las garantías propias de los fondos de pensiones.

El vigente art. 38 RD 1588/99 que regula el Reglamento de la instrumentación de los compromisos por pensiones, sigue admitiendo que las entidades de crédito, entidades aseguradoras y agencias de valores podrán mantener en fondo interno sus compromisos por pensiones asumidos con anterioridad a 10 de mayo de 1996. Para ello se exigen tres condiciones: a) que se trata de compromisos por pensiones derivados de Convenio Colectivo o disposición equivalente anterior al 10 de mayo de 1996; b) que la entidad tuviera sumido el compromiso a dicha fecha, o lo haya asumido posteriormente por subrogación antes de la entrada en vigor de este Reglamento; c) que a la fecha de entrada en vigor del Reglamento, los citados compromisos se hallen instrumentados por la entidad a través de las correspondientes provisiones o anotaciones contables, correspondiendo la gestión de los recursos para su cobertura a la misma o a otras entidades financieras en virtud de operaciones de seguro o similares, que supongan el mantenimiento por parte de aquella de dichos recursos o el mantenimiento de la obligación y responsabilidad de la empresa de los compromisos correspondientes.

Este régimen excepcional de las entidades de crédito, entidades aseguradoras y sociedades y agencias de valores se fundamenta en que estas entidades ya soportan unos mecanismos cualificados de supervisión, de manera que el riesgo que pueden asumir los compromisos por pensiones, aún permaneciendo dentro de su patrimonio, es mínimo o inexistente, ya que presentan coeficientes de solvencia, se pueden establecer límites máximos a sus inversiones que pueden implicar riesgos elevados, tienen un régimen de contabilidad muy exigente y están sujetas al régimen de supervisión, inspección y sanción de determinados organismos públicos⁽⁹³⁾.

2. La interesante polémica abierta por los trabajadores de La Caixa y resuelta por S.TS 31 ene.01, Ar. 2137 admitiendo el rescate de los fondos internos por los trabajadores, ha devenido en una solución puntual y nada generalizable. Tanto la Sala de lo Social, al no aceptar dicha sentencia como sentencia de contraste en supuestos similares, como la Sala de lo Contencioso-Administrativo, al apuntar en la S.TS – Cont.Adm.- 16 ene.02, Ar. 9947, la necesidad de atender a lo previsto en el pacto en el que se fijan los complementos para derivar del mismo derechos y obligaciones de las partes sin que sirva como referencia ni la LOSSP/95 ni las garantías de la externalización, así lo ponen de manifiesto⁽⁹⁴⁾.

De esta manera y salvo que el acuerdo en el que se establecen los compromisos financiados por fondos internos señale lo contrario, el derecho a la pensión privada en tal caso será adquirido día a día sin que se perfeccionen hasta tanto no se produzca el

⁽⁹³⁾ GARCÍA VIÑA, J., *Los planes y fondos de pensiones. Elementos clave de previsión social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pág. 399

⁽⁹⁴⁾ VILLA GIL, L.E. de la, “Son rescatables o transferibles los fondos internos de pensiones?”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (www.iustel.com)*, 2003, núm.1, pp. 1-15.

hecho causante correspondiente pues no cabe otorgar, en la consideración del Tribunal Supremo, eficacia jurídica a meras expectativas de derecho, lo que impide, por ejemplo, el acceso a las pensiones privadas de los trabajadores que se desvinculan de la empresa con anterioridad a la causación del derecho. Y ello *“aun cuando los trabajadores hubieran sido despedidos de manera improcedente en período inmediatamente anterior, pues a la fecha de extinción de la relación laboral el demandante no era titular de un derecho adquirido o consolidado sino de una mera expectativa que, de actualizarse, hubiese cristalizado en un derecho pleno”* [S.TS 26 feb.07, Ar. 4166 (FJ 3) y con anterioridad SS.TS 5 may.03, Ar. 5205, 10 may.04, Ar. 4155, 31 ene.05, Ar. 2564 ó 20 feb.07, Ar. 2166, entre otras muchas]. Con todo, y desde la reforma operada por la LOSSP/95, parece incuestionable la intangibilidad de estos compromisos adquiridos por la empresa y la obligación de externalizar los mismos desde el momento en que son pactados (S.TS 27 abr.06, Ar. 3028).

2.2.2. Cuantía y fiscalidad de los compromisos por pensiones: promoción o contención de la participación privada como complemento de la Seguridad Social

1. Uno de los principales problemas que surge en torno a estos complementos es el de la limitación o no de su cuantía. Se cuestiona, desde esta perspectiva, la posibilidad de limitar económicamente -como se hace anualmente con las prestaciones públicas concurrentes- el conjunto formado por la prestación más la mejora. Trasladada esta hipótesis al ámbito de los complementos se trata de considerar si ellos, por sí solos, pueden estar sometidos a limitaciones o si únicamente cabe que se limiten las prestaciones públicas o si por el contrario será la prestación causada por la unión de ambos la que se entienda topada.

Si se estima que todo complemento constituye una mejora voluntaria integrada en el sistema de Seguridad Social resultaría coherente aplicarle el límite que el mismo indique para sus prestaciones. Una solución no exenta de polémica. En primer lugar, porque el hecho de que coincidan en la misma estructura y suponga una prestación (la complementaria) un añadido respecto de otra (la básica) no significa que formen una unidad compacta y tengan que compartir el régimen jurídico, como a continuación se comprobará. Por lo demás, nada señala la legislación aplicable sino que, bien al contrario, indica que las limitaciones (de cuantía máxima o de mínimos a percibir) se referirán a las prestaciones o pensiones básicas y no a las complementarias, sostenidas con una financiación estrictamente privadas y, por lo tanto, sin incidencia directa en el presupuesto público. Argumento decisivo para apoyar esta interpretación ha sido la propia evolución normativa. Cuando se ha querido someter a limitaciones concretas los complementos de las pensiones se ha hecho de forma expresa. Del mismo modo, la revalorización prevista exclusivamente para las prestaciones básicas no le será de aplicación a los complementos salvo pacto expreso en este sentido.

2. Íntimamente vinculada a esta consideración se halla la siguiente. Y es que una modificación como la introducida por la LOSSP por la que se les obliga a las empresas a externalizar sus compromisos por pensiones podría ser interpretada como una rémora, como una limitación que indirectamente desincentiva la protección complementaria, al menos, la que surge a iniciativa de la empresa en beneficio de sus empleados.

Para evitar que fuera así, la norma concedió sucesivos plazos transitorios para su aplicación. Este proceso transitorio -largo y nada pacífico- se abriría con la entrada en vigor de la norma y finalizaría inicialmente el 16 nov.02 *ex* DA 25ª Ley 14/00, 29 dic.

(BOE, 30), posteriormente el 31 dic.04, fecha hasta la que podía efectuarse transitoriamente la adaptación de los denominados “*premios de jubilación*” o similares establecidos en Convenios Colectivos sectoriales y supraempresariales a través de unos determinados planes del sistema de empleo de promoción conjunta, *ex DA 15ª Ley 44/02, 22 nov (BOE, 23)* y luego hasta el 31 dic.05, *ex DA 3ª Ley 4/04, 29 dic. (BOE, 30)* pero ampliado con posterioridad por el art. 2 RD-L. 16/05, 30 dic. (BOE, 31) hasta el 31 dic.06.

Superados ya los plazos transitorios de aplicación de la norma, aclarados los supuestos dudosos –por ejemplo, la externalización de los premios por jubilación–, y consolidada la excepción de aplicación de esta obligación a los fondos internos de entidades de crédito, entidades aseguradoras y sociedades y agencias de valores, se trata ahora de hacer un balance no tanto sobre el cumplimiento de lo ya previsto sino en cuanto a las previsiones de futuro sobre la materia ⁽⁹⁵⁾. Los datos ponen de manifiesto que ese temido retroceso no se ha producido, lo que no significa que el comportamiento empresarial no pueda variar en un futuro a corto, medio o largo plazo ⁽⁹⁶⁾.

3. Finalmente, conviene apuntar que un tratamiento fiscal favorable en las aportaciones tanto de empresarios como de trabajadores propiciará que el sistema se mantenga ⁽⁹⁷⁾. También hay que tener en cuenta que la elevación del ahorro a través de estos fondos permite estimular la inversión y una reactivación de la economía.

⁽⁹⁵⁾ LÓPEZ CUMBRE, L., “La jubilación. Entre el derecho y la obligación”, en AAVV, *Tratado sobre Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa con motivo de su jubilación*, Madrid, Editorial Iustel, 2007, pp. 39-106, “Las prejubilaciones”, en AAVV, *El sistema de pensiones en España. 25 Aniversario del Instituto Nacional de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 2003, pp. 137-162 y “La prejubilación en el proceso de transformación del sistema de protección social” en AAVV, *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al prof. José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008., pp.695-718.

⁽⁹⁶⁾ El volumen de aportaciones a planes y fondos de pensiones asciende a 7.567 millones de euros. En total existen en España unos 3.289 planes de pensiones a 31 de dic.06, siendo los planes del sistema de empleo los que representan la mayor proporción (65,126%, un total de 1913) aun cuando los planes individuales muestren un mayor crecimiento constante (aproximadamente unos 1.142 planes). El 70,14% de los planes del sistema de empleo corresponden a aportación definida y el 29,10% a la modalidad mixta, representando la prestación definida un 0,76%. Conviene subrayar que la suscripción en 2004 del plan de pensiones de la Administración General del Estado –al que previsiblemente vayan sumándose el resto de las Administraciones– ha significado un incremento importante de partícipes. En total, en 2005, había 9.4 millones de partícipes aun cuando cabe considerar que una misma persona puede ser partícipe en más de un plan. El 80% de los partícipes suscriben un plan individual (un total de 7.561.610 persona) y casi el 20% restante (1.795.803) pertenecen a un plan del sistema de empleo. El 60% de los derechos consolidados están en los planes individuales mientras que un 38.49% lo están en los del sistema de empleo DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y FONDOS DE PENSIONES, *Informe sobre seguros y fondos de pensiones 2009*, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda, 2009 (www.dgsfp.meh.es).

⁽⁹⁷⁾ Vid en este sentido LOPEZ GARCIA, M.A., *¿Aumenta el ahorro el tratamiento fiscal favorable de las pensiones privadas?*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1996, MARCOS CARDONA, M., *Tributación de los planes y fondos de pensiones*, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2003, MERINO VICENTE, A., “Perspectiva de la Seguridad Social complementaria en el ámbito de las pensiones”, en AAVV, *El sistema de pensiones en España. 25 Aniversario del Instituto Nacional de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 2003, pp. 241-268, CALVO VÉRGEZ, J., *Fiscalidad de los planes de pensiones*, Madrid, La

Desde la aparición de la LPFP se incentiva este tipo de instrumentos de previsión. A través de incentivos fiscales en el IRPF, en el Impuesto de Sociedades, en exenciones en el Impuesto del Patrimonio o la exención del pago de cuotas a la Seguridad Social en tanto las aportaciones a planes de pensiones de empleo no se integrarán en la base de cotización del trabajador (RD 2064/95). En cierto modo, se trata de una inversión poco atractiva para el contribuyente toda vez que se trata de una inversión con alto grado de iliquidez pues sólo puede retirar los fondos en situaciones bien concretas (cumplimiento de la edad de jubilación, de enfermedad grave, invalidez, dependencia y, desde 2009, en el supuesto de situación de desempleo de larga duración). Ahora bien, sin los incentivos fiscales sería muy difícil que los contribuyentes canalizaran el ahorro a través de este instrumento financiero. De hecho, se ha podido constatar que los sectores de población con mayores niveles de renta y riqueza son los que más aportan a los planes de pensiones. Existe, de hecho, una hipótesis que señala que los sistemas de pensiones de capitalización (ya sean privados o públicos) al vincular directamente las aportaciones individuales de los trabajadores a las pensiones futuras por ellos recibidas, incentivaría este tipo de aportaciones, y por lo tanto el ahorro nacional. Se entiende, además, que el ahorro es un factor claramente limitativo de la inversión, y por lo tanto que al aumentar éste aumentará también la inversión, de lo que se derivará un mayor crecimiento económico. Ese crecimiento económico, junto con una mayor productividad también asociada al proceso de profundización del capital que acompaña al aumento de la inversión hará que en el futuro, en el futuro que tendrá más jubilados por ocupado, el PIB sea más alto y por lo tanto también mayores las posibilidades de hacer frente, sin grandes problemas, al pago de una factura de pensiones más alta. La potenciación de los sistemas de pensiones de capitalización contribuiría a un mayor crecimiento al posibilitar una mayor tasa de ahorro. Conclusión matizada al considerar que el aumento de la tasa de ahorro puede no generar de forma automática un aumento de la tasa de inversión, mucho más en un mundo globalizado donde de forma creciente la inversión de un país ha dejado de depender de la tasa de ahorro existente en el mismo debido a la movilidad de capital (⁹⁸).

4. Mas la implicación de la empresa en este tipo de medidas puede conllevar al menos dos consecuencias: una, el incremento de precios como resultado del aumento de costes para las mismas o bien la reducción del valor relativo de los salarios. Ni lo uno ni lo otro tiene por qué ocurrir si en el ámbito de la negociación este tipo de medidas son sustituidas o compensadas por otros beneficios sociales, hoy no perseguidos por los trabajadores. Por el contrario, puede afectar a la movilidad de los trabajadores, al ajuste salarial, a una elevación de precios, etc. O puede significar una vía de fidelización de los trabajadores más cualificados. A su vez, el incremento de estas medidas dependerá de que se facilite su acceso a pymes, a la Administración [en relación a la misma la S.TC 139/05 admite la posibilidad tanto de crear como de contribuir a planes y fondos de pensiones de sus funcionarios (FJ 4) (⁹⁹)], a los autónomos, a todas aquellas relaciones

Ley, 2008 y LÓPEZ DÍEZ, A., *Fiscalidad y previsión social: planes de pensiones y otras operaciones de seguro en la imposición personal sobre la renta*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

(⁹⁸) MUÑOZ DEL BUSTILLO LLORENTE, R., "Evaluación del tercer pilar del sistema de pensiones: determinantes de las aportaciones voluntarias y sus efectos sobre el ahorro de las familias", FIPROS, 2010, pág. 12.

(⁹⁹) *Vid* el comentario a esta Sentencia en SUÁREZ CORUJO, B., "¿Previsión social complementaria en las Administraciones Públicas? Cuestión de inconstitucionalidad respecto de

especiales que quedan fuera de un Convenio Colectivo, a supuestos de economía social no incluidos, a los contratos temporales [en este sentido, la S.TC 104/04 (FJ 7)] considerándose injustificado el diverso tratamiento dado a los trabajadores fijos y a los temporales en esta materia, si bien en relación al caso concreto, etc.

Sí cabría prever, no obstante, una cierta ralentización si se deja de incentivar este producto financiero. En este sentido, la reforma introducida por Ley 35/06, 28 nov. (BOE, 29) en el IRPF creó un nuevo seguro colectivo apto para la externalización de los compromisos por pensiones a través de los denominados “*planes de previsión social empresarial*” y modificó sustancialmente la fiscalidad de las aportaciones y contribuciones a cualquier sistema de previsión social complementaria, afectando tal reforma tanto al límite de la reducción de las mismas como a la forma de percepción de las prestaciones y a los propios instrumentos de previsión que dan derecho a la desgravación. No se llega a la intención de EEUU (convertirlos en un fondo de inversión individual a cargo exclusivo del trabajador sin conexión alguna con la empresa) pero sí se reorientan más hacia un mecanismo de ahorro privado que a un instrumento de protección social. Bien es cierto que el mercado financiero no deja de sorprender ni de innovar, ideando ahora las hipotecas inversas previstas, entre otros, para que los jubilados obtengan una renta periódica complementaria soportada por sus bienes, generalmente inmuebles, y por el importe de la misma en función de los años de vida del jubilado.

III. LOS PLANES DE PENSIONES DEL SISTEMA DE EMPLEO: LA PARTICIPACIÓN PRIVADA DEL EMPLEADOR Y DEL TRABAJADOR EN LA PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA A LA SEGURIDAD SOCIAL

1. Los planes de empleo como referencia de la participación privada complementaria de trabajadores y empresarios en el sistema de protección social español

1.1. Planes de empleo. Configuración. La ampliación de su ámbito de aplicación tanto para promotores como para partícipes en las últimas reformas legislativas

1. Los planes de pensiones del sistema de empleo son aquellos cuyo promotor es cualquier entidad, corporación, sociedad o empresa y cuyos partícipes son los empleados de los mismos. En los planes de este sistema el promotor sólo podrá serlo de uno, al que exclusivamente podrán adherirse como partícipes los empleados de la empresa promotora, incluido el personal con relación laboral de carácter especial independientemente del régimen de la Seguridad Social aplicable. La condición de partícipes también podrá extenderse a los socios trabajadores y de trabajo en los planes de empleo promovidos en el ámbito de las sociedades cooperativas y laborales, en los términos que reglamentariamente se prevean. Asimismo, el empresariado individual que emplea trabajadores en virtud de relación laboral podrá promover un plan de pensiones del sistema de empleo en interés de éstos, en el que también podrá figurar como partícipe. Varias empresas o entidades (de un mismo grupo, pequeñas y medianas empresas o varias empresas que tengan asumidos compromisos por pensiones en virtud

la DF 2ª Ley de Planes y Fondos de Pensiones: la STC 139/05, 26 mayo”, *Aranzadi Social*, 2006, núm.15, pp. 2-8.

de un acuerdo de negociación colectiva de ámbito superior a la empresa) podrán promover conjuntamente un plan de pensiones de empleo en el que podrán instrumentar los compromisos susceptibles de ser cubiertos por el mismo. Por lo demás, y de conformidad con lo establecido en el art. 4.1.a) LPFP, dentro de un mismo plan de pensiones del sistema de empleo será admisible la existencia de subplanos, incluso si éstos son de diferentes modalidades o articulan en cada uno diferentes aportaciones y prestaciones.

Como es sabido, todo plan de pensiones puede ser de aportación definida, de prestación definida o mixtos. En el régimen de aportación definida, la cuantía de las aportaciones y su rentabilidad determinarán las prestaciones cuantificadas en el momento de producirse la jubilación u otra contingencia cubierta. Los compromisos futuros no contemplarán ninguna hipótesis ni de tipo financiero, ni demográfico, ya que no se garantiza ni el tipo de interés técnico ni las prestaciones futuras. En el régimen de prestación definida la cuantía de la prestación determina las cantidades a aportar. Una vez fijadas las prestaciones y aplicando las hipótesis financieras y actuariales correspondientes, se obtendrá la aportación anual. Es decir, las prestaciones actúan como variable independiente, mientras que las aportaciones lo hacen como variable dependiente. Ello no impide que las aportaciones puedan modificarse de un ejercicio a otro si así lo exige la evolución de las variables económicas, demográficas o financieras tenidas en consideración. Esta modalidad incluye, por lo demás, dos métodos de determinación del coste. Uno, el de los beneficios devengados, en el que las prestaciones a que tiene derecho el trabajador en el momento de la jubilación se van acumulando con los años de servicio de la empresa. Cada año se devenga una cuota-parte de la prestación prevista, de manera que la pensión a la hora de la jubilación viene dada por las prestaciones que cada año se acumulan. Otro, el de los beneficios proyectados, en el que se establece o se proyecta una cuantía anual de los beneficios por jubilación. Esto significa que se parte de una prestación total de jubilación para determinar posteriormente la aportación anual, a diferencia del método anterior en el que se definía la prestación que se devengaba o acumulaba cada año para después actualizarla actuarialmente y calcular la aportación anual. Y, por último, el sistema mixto en el que cabe fijar simultánea o separadamente la cuantía de la prestación y la cuantía de la contribución. Caben en este modelo múltiples combinaciones: sistemas con dos colectivos diferenciados, uno de aportación definida y otro de prestación definida; en un mismo sistema y colectivo de trabajadores lo que se define es la aportación y la prestación; en un mismo sistema se combina la aportación definida para alguna contingencia con la prestación definida para una u otra de las contingencias cubiertas, etc. La relación entre aportación y prestación obliga a considerar tanto los componentes demográficos como los financieros, ofreciendo esta modalidad un menor grado de incertidumbre sobre la situación futura de cada partícipe.

2. Con la nueva reforma de 2002, se amplía su ámbito de aplicación tanto en relación a los partícipes (trabajadores) como en relación al promotor (empresa). Por lo que se refiere a los primeros, la reforma incluye a aquellos trabajadores que mantienen una relación laboral de carácter especial con la empresa, independientemente del régimen de Seguridad social aplicable. Una clara alusión, entre otros, a los altos directivos o a los administradores societarios sobre los que recae una jurisprudencia abrumadora en cuanto a la naturaleza laboral o extralaboral de su relación –al menos de estos últimos- y su ubicación en distintos regímenes de la Seguridad Social –especialmente y en ambos casos cuando su alta procede dentro del régimen de

trabajadores autónomos-. Ya nada, salvo la extralaboralidad de la relación, puede impedir que participen en un plan o fondo de pensiones incluso aunque el régimen de Seguridad Social aplicable fuera el de los trabajadores autónomos.

Asimismo podrán considerarse como posibles partícipes los socios trabajadores de sociedades cooperativas y laborales, en una consideración más próxima a su naturaleza laboral que societaria. La vis expansiva o atractiva del trabajo independiente alcanza una nueva manifestación en esta legislación sobre planes y fondos de pensiones en la que se prevé que los planes de empleo lo sean exclusivamente para “*los empleados de la empresa promotora*”. Ciertamente, desde la perspectiva laboral, no cabía duda alguna de que las relaciones especiales o los socios trabajadores son trabajadores dependientes de la empresa. Sin embargo, su inclusión en el ámbito de la Seguridad Social podía generar dudas extrapolables también a la protección complementaria, sirviendo la nueva Ley de 2002 para disipar cualquier duda a este respecto.

3. Por lo que se refiere a la empresa, las modificaciones han sido también de gran envergadura. Por una parte, porque, por primera vez, la pequeña empresa (incluso la microempresa) tiene cabida independiente en esta legislación. Hasta ahora se requería su agrupación con otras empresas para promover un plan de pensiones conjunto. Ahora, el empresario individual que emplee trabajadores en virtud de relación laboral no sólo podrá promover un plan de pensiones del sistema de empleo en interés de éstos sino que incluso él mismo podrá figurar como partícipe. Aun cuando la práctica va a dificultar considerablemente que las pequeñas empresas sean promotoras de planes de pensiones, no es difícil pensar que en un futuro resulte rentable para el empresario individual iniciar la promoción de dicho plan si él mismo (empleador-trabajador autónomo) forma parte de dicho plan como partícipe.

Esto supone una conclusión si cabe incluso más drástica. Con esta nueva redacción, y bien que con referencia al empleador individual (no al societario, lógicamente), la condición de partícipe no la tiene únicamente el trabajador sino también el empleador. Sirva éste como un punto de reconocimiento de coherencia al texto legislativo pues en el art. 3.1.b) del mismo al definir a los partícipes la referencia se hace a las “*personas físicas a cuyo interés se crea el plan*”, quedando plenamente incluido el empresario individual persona física en esta figura. Distinta ha de ser la consideración, sin embargo, en cuanto a la figura del promotor reconocida en el art. 3.1.a) exclusivamente para “*cualquier entidad, corporación, sociedad, empresa, asociación, sindicato o colectivo de cualquier clase que insten a su creación o participen en su desenvolvimiento*”. No tiene cabida el empresario individual, salvo la expresa mención que al mismo se hace en este art. 4.1.a) y que es totalmente válida para legitimarle como promotor y como partícipe. Hubiera sido deseable, con todo, alguna alusión al empresario individual también en el mencionado art. 3.1.a) pues, de algún modo, esta figura se hallaba ya presente en el concepto de empresa definido por el art. 5 del RD 1588/99 al establecer la obligación de instrumentar los compromisos por pensiones.

La segunda referencia en este apartado ha de ser necesariamente a los planes de promoción conjunta. Reconocidos en la Ley 30/95 para permitir que empresas de menos de 250 trabajadores pudieran promover conjuntamente un plan o para que las empresas de un mismo grupo pudieran beneficiarse asimismo de un solo plan, ahora sirven, de

forma genérica, para que varias empresas o entidades instrumenten un único plan de empleo derivando a la regulación reglamentaria la concreción del mismo. Tan sólo se hace una mención expresa a los planes de promoción conjunta constituidos por empresas de un mismo grupo, por pequeñas y medianas empresas y por aquellas que se encuentren dentro de un Convenio Colectivo de ámbito superior a la empresa para reconocer que también deberá ser el reglamento el que establezca el régimen jurídico correspondiente. Desaparece, pues, de la ley tanto la exigencia de que, en estos planes, los métodos de determinación y la garantía de las aportaciones y prestaciones sean iguales para todos los partícipes, sin perjuicio de las revisiones actuariales deban individualizarse por cada empresa (en relación a las de menos de 250 trabajadores) como la obligación de integrar todos los compromisos por pensiones de todas las empresas y la obligación de considerar estos compromisos en todas las operaciones societarias o movimientos de empleados (en los grupos de empresa). La desaparición del texto legal es, sin duda, una puerta abierta a la relajación de requisitos para constituir estos planes de promoción conjunta y, por tanto, un incentivo de los mismos que ya podrán ser constituidos sin cortapisa alguna cuando varias empresas, sin más, decidan promoverlos. Por el contrario, la derivación de las principales reglas de aplicación al reglamento pueden generar inseguridad en un ámbito como el presente en el que el plan de pensiones dispone de un gran campo de aplicación. Es más, en relación a estos planes de promoción conjunta la norma hace una indicación de interés y es que, aun cuando sigue manteniendo la posibilidad de que los planes de empleo y asociados puedan ser de cualquier modalidad y los del sistema individual sólo de aportación definida, remite a un reglamento posterior la determinación de condiciones específicas para la promoción de planes de pensiones de promoción conjunta de modalidades mixtas o de prestación definida (art. 4.3).

Por último, en aquellos que se refiere a la empresa, merece una mención especial la regulación que el nuevo texto refundido realiza en su art. 5.4 sobre la finalización de los planes de pensiones. Además de las causas ya conocidas se incluye la disolución del promotor del plan de pensiones. Con una importante excepción. Y es que, salvo acuerdo en contrario, no será causa de terminación del plan de pensiones la disolución del promotor por fusión o cesión global del patrimonio, subrogándose la entidad resultante o cesionaria en la condición de promotor del plan de pensiones. En caso de disolución de la entidad promotora de un plan de pensiones del sistema individual, la comisión de control del fondo o, en su defecto, la entidad gestora podrá aceptar la sustitución de aquélla por otra entidad. Si como consecuencia de operaciones societarias una misma entidad resultara promotora de varios planes de pensiones del sistema de empleo, se procederá a integrar en un único plan de pensiones a todos los partícipes y sus derechos consolidados, y en su caso a los beneficiarios, en el plazo de doce meses desde la fecha de la operación societaria (art. 5.4).

Se trata de una defensa a ultranza del principio de estabilidad del plan de pensiones que conduce a facilitar su permanencia y la continuidad del mismo, aun cuando se modifique la figura del promotor e incluso aunque este último desaparezca. En cierto modo, es una indicación que sigue la línea aceptada por el legislador laboral cuando, al reformar el art. 44 LET en la Ley 12/01, precisó que el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo no sólo la relación laboral sino los compromisos por pensiones, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior. Este efecto de conservación se extiende no sólo al derecho (compromiso por pensión)

sino a la garantía del mismo (plan, fondo, contrato de seguro) que obligará al nuevo empresario a subrogarse en la posición del anterior. Aun no siendo las únicas figuras de concentración empresarial, centrar la atención en la fusión o en la cesión global del negocio a estos efectos se deba a que se trata de las figuras que con más frecuencia se presentan en la realidad empresarial y en las que se reúnen los requisitos propios de una subrogación. Sin duda, otros negocios jurídicos interempresariales pueden conducir al mismo resultado y, de ser así, la conclusión habría de ser necesariamente similar en esta materia.

1.2. Los planes de empleo en la negociación colectiva. De la adhesión voluntaria a la adhesión obligatoria tras la iniciativa individual privada de promover un plan de pensiones.

1. Los planes del sistema de empleo se encuentran estrechamente vinculados con la negociación colectiva. De hecho, los compromisos por pensiones han sido recogidos normalmente por la negociación colectiva, cualquiera que fuese la dimensión de la misma. Sin embargo, la LPFP/87 no otorgó ningún papel relevante a la negociación colectiva, probablemente por el recelo que desde la perspectiva sindical suscitaba esta nueva legislación. Ahora, la LPFP/02 realiza varios llamamientos a la negociación colectiva hasta el punto de poder afirmar que el Convenio Colectivo adquiere en el texto refundido una importancia hasta el momento desconocida. En primer lugar, se prevé la posibilidad, antes implantable, de que el Convenio Colectivo establezca la incorporación de los trabajadores directamente al plan de pensiones. En tal caso, se entienden adheridos al plan *“salvo que, en el plazo acordado a tal efecto, declaren expresamente por escrito a la comisión promotora o de control del plan que desean no ser incorporados al mismo. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de que, en su caso, el Convenio condicione las obligaciones de la empresa con los trabajadores a la incorporación de éstos al plan de pensiones”* [art. 4.1.a)].

La adhesión al plan deja de ser voluntaria y se convierte en una obligación *ex negotiatione* salvo que el interesado manifieste una voluntad contraria al respecto, expresamente y por escrito. El papel del Convenio Colectivo en la creación e incorporación al plan de pensiones alcanza con la LPFP/02 un nivel hasta el momento desconocido en la protección complementaria, basada exclusivamente en la voluntad individual de los interesados. No en vano, el art. 4.1.a), reconoce que se trata de una excepción a lo dispuesto en el art. 1.2 de la misma en el que se establece que la constitución de los planes de pensiones es estrictamente voluntaria. Quizás, en una interpretación purista, podría reconocerse que no se trata de una regla y de una excepción sino de cuestiones diferentes. Una cosa es que la constitución sea voluntaria – decisión que, por cierto, sólo compete al promotor o promotores- y otra que la adhesión deje de serlo –siendo ésta una cuestión que se refiere exclusivamente a los partícipes-. De hecho, la constitución voluntaria de un plan de pensiones podría tener como efecto, al menos, dos cosas: una, que los trabajadores se adhirieran al mismo de forma individual y libre sin que existan planes de pensiones *erga omnes* (utilizando impropriamente el calificativo propio de la negociación colectiva de eficacia general); y, dos, incluso si se adopta una decisión en un Convenio Colectivo de ámbito superior, las empresas deberían adherirse asimismo de forma individual. Y es que también la adhesión era concebida con anterioridad como voluntaria. Si no por una referencia expresa de la ley, sí por la deducción que permitía hacer el art. 5 RD 1307/88 en el que se aludía al *“ejercicio del derecho de adhesión”* al plan de pensiones. Ciertamente esto

no significa que la adhesión obligatoria se hallara prohibida antes y permitida ahora pero, de ser así, si el Convenio Colectivo puede disponer del derecho de los trabajadores a pertenecer o no a un plan e imponerlo, la alusión al acto de “adhesión” no resulta del todo correcta. Por lo demás, no hay que olvidar que en algunas ocasiones la situación de partícipe no conlleva la obligación de aportar cierta financiación al plan de pensiones pero en otras sí.

2. La negociación colectiva está llamada a convertirse en el centro de referencia de la composición de la comisión promotora hasta el punto de existir un estrecho vínculo entre la comisión negociadora del Convenio Colectivo y la comisión promotora del plan de pensiones. Es cierto que el promotor es quien ha de elaborar el proyecto inicial del plan pero, en el sistema de empleo y una vez elaborado el proyecto, se instará a la constitución de una comisión promotora con representación del promotor o promotores y de los trabajadores o potenciales partícipes, operando de acuerdo a lo previsto para la comisión de control del plan de pensiones. Para los planes de pensiones del sistema de empleo podrán establecerse procedimientos de designación directa de los miembros de la comisión promotora por parte de la comisión negociadora del Convenio, o designación de los representantes de empleados por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa (art. 9). También mediante acuerdo colectivo de ámbito supraempresarial podrá establecerse el proyecto inicial de un plan de pensiones del sistema de empleo de promoción conjunta para las empresas incluidas en su ámbito, pudiendo ser designada la comisión promotora directamente por la comisión negociadora del Convenio o, en su defecto, por la representación de las empresas y de los trabajadores en el referido ámbito supraempresarial. El procedimiento anterior se aparta de lo previsto para los planes del sistema individual y asociados en los que serán las entidades promotoras quienes adopten los acuerdos y ejerzan las funciones asignadas por esta normativa a la comisión promotora de los planes de empleo. A la vista del proyecto del plan de pensiones, el fondo de pensiones o, según corresponda, la entidad gestora de éste, adoptará en su caso el acuerdo de admisión del plan en el fondo por entender, bajo su responsabilidad, que se cumplen los requisitos establecidos en la ley, comunicándolo a la comisión promotora o, en su defecto, al promotor del plan. Efectuada la comunicación anterior, podrá hacerse efectiva la incorporación al plan de partícipes, debiendo la comisión promotora del plan de empleo o el promotor del plan asociado instar la constitución de la pertinente comisión de control del plan en los plazos y condiciones que reglamentariamente se establezcan. En tanto no se constituya la comisión de control, las funciones atribuidas a ésta por la ley corresponderán a la comisión promotora o al promotor del plan asociado en su caso.

En virtud de acuerdo adoptado por la empresa con los representantes de los trabajadores en la misma, la comisión promotora, una vez formalizado el plan de pensiones del sistema de empleo, podrá efectuar directamente la incorporación al mismo de los partícipes y, en su caso, de los beneficiarios, debiendo señalarse un plazo para que los que no deseen incorporarse al plan se lo comuniquen por escrito. También será admisible la suscripción de documentos individuales o colectivos de adhesión al plan del sistema de empleo en virtud de delegación expresa otorgada por los partícipes. Todo ello sin perjuicio de que, en su caso, el convenio colectivo o disposición equivalente que establezca los compromisos por pensiones condiciones la obligación de la empresa a su instrumentación a través de un plan de empleo o de las acciones y derechos que corresponda ejercitar en caso de discrepancia o información inadecuada sobre los procesos de incorporación al plan.

3. Por su parte, la comisión de control del plan estará supeditada a lo establecido en la negociación colectiva y en los planes del sistema de empleo. En relación a la misma, la LPFP/02 modifica toda la regulación primigenia de la comisión de control de forma sustantiva. A diferencia de lo que ocurriera con anterioridad, la comisión de control del plan de pensiones, podrá representar judicial y extrajudicialmente los intereses de los partícipes y beneficiarios en relación con el plan de pensiones (antes sólo se permitía la representación ante la entidad gestora del fondo de pensiones y exclusivamente para los intereses de los partícipes y beneficiarios del plan) [art. 7.1.e)]. Asimismo se permite que formen parte de la comisión de control tanto los representantes del promotor como los representantes de los partícipes y, en su caso, de los beneficiarios. Incluso los representantes de los partícipes podrán ostentar la representación de los beneficiarios del plan de pensiones. Los planes de empleo podrán prever la representación específica de los partícipes y, en su caso, de los beneficiarios de cada uno de los subplanes. En los planes de pensiones de empleo de promoción conjunta podrán establecerse sistemas de representación conjunta o agregada en la comisión de control de los colectivos de promotores, partícipes y beneficiarios, respectivamente. En general, en los planes de empleo podrán establecerse procedimientos de designación directa de los miembros de la comisión de control por parte de la comisión negociadora del Convenio Colectivo y/o designación de los representantes de los partícipes y beneficiarios por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa. En los de promoción conjunta constituidos en virtud de acuerdos de negociación colectiva de ámbito supraempresarial, se podrán prever procedimientos de designación de la comisión de control por parte de la comisión negociadora y/o por parte de la representación de empresas y trabajadores en dicho ámbito.

La designación de los representantes en la comisión de control podrá coincidir con todo o parte de los componentes de la comisión negociadora o representantes de las partes referidas. Las decisiones de la comisión de control del plan se adoptarán de acuerdo con las mayorías estipuladas en las especificaciones del plan, resultando admisible que dichas especificaciones prevean mayorías cualificadas. Reglamentariamente podrán regularse los sistemas para la designación o elección de los miembros de las comisiones de control de los planes de empleo, podrán establecerse las condiciones y porcentajes de representación y las condiciones de funcionamiento de las mismas en desarrollo de lo previsto en la ley. Cuando en el desarrollo de un plan éste quedara sin partícipes, la representación de los mismos corresponderá a los beneficiarios. En los planes de empleo, la representación de los elementos personales en la comisión de control ha de ajustarse a los siguientes criterios: a) con carácter general, la representación de los promotores será paritaria (50%); b) cuando el plan de pensiones sea de aportación definida para la contingencia de jubilación, las decisiones que afecten a la política de inversión del fondo de pensiones incluirán, al menos, el voto favorable de la mitad de los representantes de los partícipes en la comisión de control; y c) en los planes de pensiones de la modalidad de prestación definida o mixtos, las decisiones que afecten al coste económico asumido por la empresa de las prestaciones definidas incluirán, al menos, el voto favorable de la mitad de los representantes del promotor o promotores.

1.3. Contingencias y prestaciones de los planes de pensiones de empleo: de las pensiones a las prestaciones

1. Al establecer las contingencias, el art. 8 LPFP/02 precisa aquellas sobre las que rigen los planes de pensiones, jubilación, incapacidad total y permanente y absoluta y permanente, muerte del partícipe o beneficiario y la dependencia severa o gran dependencia del partícipe (art. 8.6). Estas contingencias constituirán el núcleo de actuación de los compromisos por pensiones. Pero, además, en virtud de este mismo precepto, los compromisos asumidos por las empresas con los trabajadores que extingan su relación laboral con aquellas y pasen a situación legal de desempleo a consecuencia de un ERE y que consistan en el pago de prestaciones con anterioridad a la jubilación, podrán ser objeto de instrumentación, eso sí con carácter voluntario, de acuerdo con el régimen previsto en la DA 1ª LPFP, en cuyo caso se someterán a la normativa financiera y fiscal derivada de ésta.

En cuanto a la jubilación, se incorpora lo que ya la Ley 24/01 había establecido; a saber, que habrá de estarse a lo previsto en el régimen de Seguridad Social correspondiente, que cuando no sea posible el acceso de un partícipe a la jubilación, la contingencia se entenderá producida a partir de la edad ordinaria de jubilación en el RGSS -en el momento en el que el partícipe no ejerza o haya cesado en la actividad laboral o profesional y no se encuentre cotizando para la contingencia de jubilación para ningún régimen de Seguridad Social-, pudiendo anticipar la percepción a partir de los 60 años y que los planes de pensiones podrán prever el pago de la prestación correspondiente a la jubilación en caso de que el partícipe, cualquiera que sea su edad, extinga su relación laboral y pase a situación legal de desempleo a consecuencia de ERE aprobado por la autoridad laboral.

Tres consideraciones que manifiestan un interés del legislador por abordar una regulación de la protección social complementaria paralela a la protección social básica. Y, así, la referencia al régimen de Seguridad Social, la alusión a la anticipación a los 60 años y la referencia a extinción de la relación laboral por ERE independientemente de la edad pero próxima a la jubilación, en clara referencia a todas las situaciones de prejubilación, no hace más que poner de manifiesto que los planes de pensiones quieren convertirse no en un complemento formal de la jubilación tradicional del trabajador, sino en un complemento material de todas las posibles situaciones de cese definitivo del trabajador por edad por las que atravesase en el ocaso de su vida laboral. Ahora bien, a partir del acceso a la jubilación, las aportaciones a planes de pensiones sólo podrán destinarse a la contingencia de fallecimiento. El mismo régimen se aplicará cuando no sea posible el acceso a la jubilación, a las aportaciones que se realicen a partir de la edad ordinaria de jubilación o a partir del cobro anticipado de la prestación correspondiente. En coherencia con lo anterior y puesto que existe en la actualidad un regulación en Seguridad Social básica distinta en materia de jubilación parcial o jubilación progresiva se deriva al interés reglamentario la posibilidad de establecer aquellas condiciones bajo las cuales podrán reanudarse las aportaciones para la jubilación con motivo del alta posterior en un régimen de Seguridad Social por ejercicio o reanudación de actividad. O, lo contrario, los compromisos asumidos por las empresas con los trabajadores que extingan su relación laboral con aquéllas y pasen a situación legal de desempleo a consecuencia de un ERE, que consistan en el pago de prestaciones con anterioridad a la jubilación, podrán ser objeto de instrumentación, con carácter voluntario, de acuerdo con el régimen previsto en la DA 1ª de esta Ley, en cuyo caso se someterán a la

normativa financiera y fiscal derivada de ésta. Estas situaciones de prejubilación ya habían sido asumidas por el legislador de los planes y fondos de pensiones a través de la eufemista alusión a las “situaciones asimiladas a la jubilación”, evitando aquella otra expresión.

2. La LPFP/02 establece asimismo un nuevo régimen jurídico para un aspecto de especial interés, la movilización de los derechos de los partícipes. Por una parte, los partícipes de un plan del sistema de empleo sólo podrán hacer efectivos sus derechos consolidados en los supuestos de desempleo de larga duración o de enfermedad grave. Los derechos consolidados de los partícipes en los planes de pensiones del sistema de empleo no podrán movilizarse a otros planes de pensiones, salvo en el supuesto de extinción de la relación laboral y en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, y sólo si estuviese previsto en las especificaciones del plan o por terminación del mismo. Los derechos económicos de los beneficiarios en los planes de empleo no podrán movilizarse, salvo por terminación del plan de pensiones y con la excepción antes expresada respecto de la fusión o cesión total de empresa. Los derechos consolidados del partícipe en un plan de pensiones no podrán ser objeto de embargo, traba judicial o administrativa, hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación o en que se hagan efectivos en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración. A instancia de los partícipes deberán expedirse certificados de pertenencia a los planes de pensiones que, en ningún caso, serán transmisibles. Las prestaciones de los planes de pensiones deberán ser abonadas al beneficiario o beneficiarios previstos o designados, salvo que mediara embargo, traba judicial o administrativa, en cuyo caso se estará a lo que disponga el mandamiento correspondiente.

Por otro lado, los derechos consolidados en los planes de pensiones del sistema asociado e individual podrán movilizarse a otro plan o planes de pensiones por decisión unilateral del partícipe o por pérdida de la condición de asociado del promotor en un plan de pensiones del sistema asociado o por terminación del plan (art. 55 RD 304/04). Los derechos económicos de los beneficiarios en los planes del sistema individual y asociado también podrán movilizarse a otros planes de pensiones a petición del beneficiario, siempre y cuando las condiciones de garantía y aseguramiento de la prestación así lo permitan y en las condiciones previstas en las especificaciones de los planes correspondientes. Esta movilización no modificará la modalidad y condiciones de cobro de las prestaciones. De nuevo, se suceden las pautas otorgadas por el legislador con carácter pausado, pero firme, para ampliar el ámbito de aplicación de los planes de pensiones, incorporando, en este caso, la movilización y facilitando el cumplimiento del principio antes aludido de la estabilidad de los planes y del mantenimiento de los derechos derivados del mismo.

Con todo, la Ley 2/11 de Economía Sostenible ha modificado lo previsto en el art. 8.8 LPFP a fin de considerar que los partícipes sólo podrán hacer efectivos sus derechos consolidados en los supuestos de desempleo de larga duración o de enfermedad grave. En todo caso, las cantidades percibidas en estas situaciones se sujetarán al régimen fiscal establecido por la Ley para las prestaciones de los planes de pensiones. Los derechos consolidados en los planes de pensiones del sistema asociado e individual podrán movilizarse a otro plan o planes de pensiones por decisión unilateral del partícipe o por pérdida de la condición de asociado del promotor en un plan de pensiones del sistema asociado o por terminación del plan. Por su parte, los derechos

económicos de los beneficiarios en los planes de pensiones del sistema individual y asociado también podrán movilizarse a otros planes de pensiones a petición del beneficiario, siempre y cuando las condiciones de garantía y aseguramiento de la prestación así lo permitan y en las condiciones previstas en las especificaciones de los planes de pensiones correspondiente. Sin embargo, los derechos consolidados de los partícipes en los planes de pensiones del sistema de empleo no podrán movilizarse a otros planes de pensiones, salvo en el supuesto de extinción de la relación laboral y sólo si estuviese previsto en las especificaciones del plan o por terminación del plan de pensiones. Los derechos económicos de los beneficiarios en los planes de empleo no podrán movilizarse, salvo por terminación del plan de pensiones.

En virtud de la nueva redacción de la DA 6ª LPFP operada por la mencionada Ley 2/11 de Economía Sostenible, el tomador de un plan de previsión asegurado podrá movilizar la totalidad o parte de su provisión matemática a otro u otros planes de previsión asegurados de los que sea tomador o a uno o varios planes de pensiones de los que sea partícipe, o a un plan de previsión social empresarial en el que tenga la condición de asegurado, con los requisitos y condiciones que reglamentariamente se establezcan. Una vez producida la contingencia, la movilización será posible siempre y cuando las condiciones de garantía y aseguramiento de la prestación así lo permitan y en las condiciones que se establezcan en el plan de previsión asegurado. Los asegurados de los planes de previsión social empresarial podrán movilizar sus derechos económicos a otros planes de previsión social empresarial, a planes de previsión asegurados o a planes de pensiones en el supuesto de cese de la relación laboral y sólo si estuviese previsto en las condiciones generales, especiales o particulares de la póliza.

3. También ha sido reformado con la entrada en vigor del texto de 2002 el régimen jurídico relativo a las especificaciones del plan. En los planes de empleo la integración de derechos consolidados de los partícipes se hará, en su caso, necesariamente en el plan o planes del sistema de empleo en los que los partícipes puedan ostentar tal condición (art. 5.4). En la versión originaria, sólo se admitía si así preveían las especificaciones o si así fuera acordado por la comisión de control. Tras la reforma, esta predeterminación no se contempla y, por tanto, la integración procederá independientemente de lo que señalen las especificaciones o de la intervención de la comisión de control o, dicho de otra forma, ni las especificaciones del plan ni la comisión de control podrán impedir que la integración de los derechos consolidados de los partícipes se haga necesariamente en el plan o planes del sistema de empleo en los que los partícipes puedan ostentar tal condición. Por otra parte, los planes de pensiones deben especificar, además de los datos ya conocidos, la definición de las prestaciones y normas para determinar su cuantía, con indicación de si las prestaciones son o no revalorizables y, en su caso, la forma de revalorización.

Asimismo se precisarán, en su caso, los criterios y regímenes de diferenciación de aportaciones y prestaciones. Los planes de pensiones que contemplen prestaciones definidas para todas o alguna de las contingencias o prestaciones causadas deberán incorporar, como anexo a las especificaciones, una base técnica elaborada por actuario con el contenido y requisitos que establezca el Ministerio de Economía y Hacienda. También deben incluir los derechos y obligaciones de los partícipes y beneficiarios, contingencias cubiertas además de, en su caso, la edad y circunstancias que generan el derecho a las prestaciones, forma y condiciones de éstas. Las especificaciones deberán

prever, por último, la documentación que debe recibir el partícipe en el momento de la adhesión al plan y la información periódica que recibirá conforme a lo previsto en esta Ley y sus normas de desarrollo (art. 6.1.e y 6.1.f). La concreción de las especificaciones sigue siendo, de esta forma, tan exhaustiva como lo fue en la norma originaria (Ley 8/87), si bien ahora parece más preocupada por el cumplimiento de la obligación económica que por otra cuestión, de ahí tanta insistencia en la adopción de los cálculos correspondientes para afrontar todas las obligaciones derivadas del plan de pensiones. Incluso se alude de forma particular a los requisitos para la modificación de las especificaciones. No obstante, en los planes de pensiones del sistema de empleo las especificaciones podrán prever que la modificación del régimen de prestaciones y aportaciones o cualesquiera otros extremos y, en su caso, la consiguiente adaptación de la base técnica, pueda ser acordada, conforme a lo previsto en esta norma, mediante acuerdo colectivo entre la empresa y la representación de los trabajadores.

4. Finalmente, y en virtud de la nueva redacción del art. 9.5 LPFP operada por la Ley 2/11 de Economía Sostenible, el sistema financiero y actuarial de los planes de empleo de cualquier modalidad y de los planes asociados de prestación definida y mixtos deberá ser revisado al menos cada tres años por actuario independiente designado por la comisión de control, con encomienda expresa y exclusiva de realizar la revisión actuarial. Si, como resultado de la revisión, se planteara la necesidad o conveniencia de introducir variaciones en las aportaciones y contribuciones, en las prestaciones previstas o en otros aspectos con incidencia en el desenvolvimiento financiero-actuarial, se someterá a la comisión de control del plan para que proponga o acuerde lo que estime procedente. Reglamentariamente se determinará el contenido y alcance de la referida revisión actuarial, así como las funciones del actuario al cual se encomiende la revisión y que necesariamente deberá ser persona distinta al actuario o actuarios que, en su caso, intervengan en el desenvolvimiento ordinario del plan de pensiones.

2. Otros planes de pensiones

2.1. Plan de pensiones del sistema asociado

1. A diferencia del plan del sistema de empleo, el plan de pensiones del sistema de empleo corresponde a planes cuyo promotor o promotores son asociaciones o sindicatos, siendo los partícipes sus asociados, miembros o afiliados. Como en el caso anterior, también aquí se contempla la modalidad de prestación definida, aportación definida o mixta.

2. El funcionamiento y ejecución del plan asociado será supervisado por una comisión de control que tendrá las funciones comunes y que estará formada por representantes del promotor o promotores y partícipes y, en su caso, de los beneficiarios del plan. Lógicamente ni en este supuesto ni en el del sistema individual estará presente la negociación colectiva. Ahora bien, en la comisión de control de un plan asociado la mayoría de sus miembros, independientemente de la representación que ostenten, deberá estar compuesta por partícipes asociados o afiliados de la entidad promotora. Las especificaciones de un plan de pensiones asociado deberán prever el sistema de designación o elección de los miembros de la comisión de control, pudiéndose prever la designación por parte de los órganos de gobierno o asamblearios de la entidad

promotora. La designación de los representantes en la comisión de control podrá recaer en miembros integrantes de estos órganos. Reglamentariamente podrán regularse los sistemas para la designación o elección de los miembros de las comisiones de control de los planes asociados, podrán establecerse las condiciones y porcentajes de representación y las condiciones de funcionamiento de las mismas en desarrollo de lo previsto en esta ley.

2.2. Plan de pensiones del sistema individual

1. Se considera como tal al plan cuyo promotor es una o varias entidades de carácter financiero y cuyos partícipes son cualesquiera personas físicas. Y, así como en el caso del plan de pensiones de empleo y asociado se admiten las tras modalidades posibles (prestación definida, aportación definida y mixta) en el plan del sistema individual la norma sólo admite la modalidad definida (art. 4.3 LPFP).

En los planes del sistema individual no se constituirá comisión de control, correspondiendo al promotor las funciones y responsabilidades que a dicha comisión se asignan en esta ley si bien en estos planes deberá designarse al defensor del partícipe que también lo será de los beneficiarios. Las entidades promotoras de estos planes de pensiones bien individualmente, bien agrupadas por pertenecer a un mismo grupo, ámbito territorial o cualquier otro criterio, deberán designar como defensor del partícipe a entidades o expertos independientes de reconocido prestigio, a cuya decisión se someterán las reclamaciones que formulen los partícipes y beneficiarios o sus derechohabientes contra las entidades gestoras o depositarias de los fondos de pensiones en que estén integrados los planes o contra las propias entidades promotoras de los planes individuales. La decisión del defensor del partícipe favorable a la reclamación vinculará a dichas entidades, sin que ello obste a la plenitud de la tutela judicial, al recurso a otros medios de solución de conflictos o arbitraje, ni al ejercicio de las funciones de control y supervisión administrativa. El promotor del plan de pensiones individual, o la entidad gestora del fondo de pensiones en el que se integre, deberán comunicar a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones la designación del defensor del partícipe y su aceptación, así como las normas de procedimiento y plazo establecido para la resolución de las reclamaciones que, en ningún caso, podrá exceder de dos meses desde la presentación de aquéllas. Los gastos en ningún caso serán asumidos por los reclamantes ni por los planes y fondos de pensiones.

3. Los fondos de pensiones

3.1. La regulación de sus comisiones de control

1. Los fondos de pensiones constituyen patrimonios creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a planes de pensiones cuya gestión, custodia y control se realizarán de conformidad con la LPFP. Dichos fondos se constituirán, previa autorización administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, en escritura pública otorgada por las entidades promotora o promotoras, gestora, depositaria y se inscribirán en el Registro Mercantil y en el Registro especial administrativo establecido al efecto. Los fondos de pensiones carecerán de personalidad jurídica y serán administrados y representados conforme a lo dispuesto en la LPFP.

En virtud del nuevo art. 11 LPFP, *ex* Ley 2/11 de Economía Sostenible, los fondos de pensiones se encuadrarán necesariamente en una de las dos categorías siguientes: fondos de pensiones de empleo, cuyo ámbito de actuación se limitará al desarrollo de planes de pensiones del sistema de empleo exclusivamente; o fondos de pensiones personales, cuyo ámbito de actuación se limitará al desarrollo de planes de pensiones del sistema asociado o individual. Podrán constituir fondos de pensiones que instrumenten un único plan de pensiones. En relación con los procesos de inversión desarrollados, los fondos de pensiones podrán encuadrarse dentro de dos tipos: fondo abierto, caracterizado por poder canalizar las inversiones de otros fondos de pensiones; fondo cerrado, que instrumenta exclusivamente las inversiones del plan o planes de pensiones integrados en él. En los fondos de pensiones que integran planes de pensiones de prestación definida y en los fondos de pensiones abiertos podrá requerirse la constitución de un patrimonio inicial mínimo, según niveles fijados reglamentariamente, en razón de las garantías exigidas para su correcto desenvolvimiento financiero.

La reforma de 2002 decidiría, además, intensificar todas las medidas para preservar los datos que, por el control de los mismos, puedan afectar a los elementos personales y materiales de los fondos y, por ende, de los planes de pensiones. En este sentido, los datos, documentos e informaciones que obren en poder del Ministerio de Economía en el ejercicio de sus funciones de ordenación y supervisión de los fondos de pensiones, salvo los contenidos en los registros administrativos de carácter público, tendrán carácter reservado. Todas las personas que ejerzan o hayan ejercido una actividad de ordenación y supervisión en materia de fondos de pensiones, así como aquellas a quienes el Ministerio de Economía haya encomendado funciones respecto de las mismas, están sometidas al deber de secreto profesional en los mismos términos y con las mismas responsabilidades y excepciones establecidas en el art. 75 LOSSP. En la medida en que la estructura y organización del mercado de los planes de pensiones lo permita, la contratación de planes de pensiones podrá realizarse por vía electrónica. Se habilita al Ministro de Economía para que pueda establecer especialidades y limitaciones con respecto a las normas que, con carácter general, regulan la contratación por vía electrónica, atendiendo a las particularidades que pudieren resultar de la contratación de los planes de pensiones y de sus partícipes (art. 24.4).

Se prevé asimismo la posibilidad de que sea el reglamento de desarrollo el que pueda establecer las condiciones y requisitos en los que la comisión de control de un plan de pensiones del sistema de empleo adscrito a un fondo puede canalizar recursos de su cuenta de posición a otros fondos de pensiones o adscribirse a varios, gestionados, en su caso, por diferentes entidades gestoras (art. 10).

2. Existen, por lo demás, particularidades incluidas en la LPFP/02 en relación a la comisión de control del fondo de pensiones que habrá de ser constituido de acuerdo a una serie de condiciones (art. 14). En el caso de los fondos de pensiones que integren planes de pensiones del sistema de empleo sólo podrán integrar planes de esta modalidad. Si un mismo fondo instrumenta varios planes de pensiones de empleo, su comisión de control podrá formarse con representantes de cada uno de los planes o mediante una representación conjunta de los planes de pensiones integrados en el mismo. Si el fondo integra un único plan de pensiones de empleo, la comisión de control del fondo.

En los fondos de pensiones distintos de los contemplados anteriormente, la comisión de control se formará con representantes de cada uno de los planes adscritos al mismo. En el caso de planes de pensiones del sistema asociado dichos representantes serán designados por las respectivas comisiones de control de los planes. Si el fondo integra un único plan del sistema asociado, la comisión de control del plan ejercerá las funciones de comisión de control del fondo. En el caso de los planes del sistema individual dichos representantes serán designados por las respectivas entidades promotoras de los planes. A tal efecto, si entre los planes adscritos al fondo hubiese dos o más planes del sistema individual promovidos por la misma entidad promotora, ésta podrá designar una representación conjunta de dichos planes en la comisión de control del fondo. Si el fondo integra exclusivamente uno o varios planes del sistema individual promovidos por la misma entidad, no será precisa la constitución de una comisión de control del fondo, correspondiendo en tal caso al promotor del plan o planes las funciones y responsabilidades asignadas por esta normativa a dicha comisión (art. 14.1). En el caso de que el fondo integre varios planes de pensiones, se ponderará el voto de los representantes designados por cada plan en atención a su número y a la parte de interés económico que el plan tenga en el fondo o, en su caso, el interés económico del conjunto de planes del sistema individual del mismo promotor si éste hubiera designado una representación conjunta de sus planes.

Se soportarán por el fondo los gastos de funcionamiento de la comisión de control, si bien podrá acordarse su asunción total o parcial por las entidades promotoras. La custodia y depósito de los valores mobiliarios y demás activos financieros integrados en los fondos de pensiones corresponderá a una entidad depositaria establecida en España (art. 21). Podrán ser entidades depositarias de fondos de pensiones las entidades que reúnan los siguientes requisitos: a) ser entidad de crédito conforme a la normativa vigente en materia de entidades de crédito; b) tener en España su domicilio social o sucursal; c) tener como actividad autorizada la recepción de fondos del público en forma de depósito, cuentas corrientes u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución y como depositarios de valores por cuenta de sus titulares representados en forma de títulos o como administradores de valores representados en anotaciones en cuenta; y d) estar inscrita en el registro especial de entidades depositarias de fondos de pensiones que se creará en el Ministerio de Economía. Cada fondo de pensiones tendrá una sola entidad depositaria, sin perjuicio de la contratación de diferentes depósitos de valores o efectiva con otras entidades. La entidad depositaria del fondo de pensiones es responsable de la custodia de los valores o efectivo del fondo de pensiones sin que esta responsabilidad se vea afectada por el hecho de que se confíe a un tercero la gestión, administración o depósito de los mismos.

3.2. Aportaciones del fondo/inversiones del fondo

1. Las aportaciones anuales al fondo de pensiones se encuentran limitadas, incluidas la de los partícipes mayores de cincuenta años y la de mayores de sesenta y cinco años. Estos límites se aplican de forma independiente e individualmente a cada partícipe integrado en la unidad familiar. El conjunto de las contribuciones empresariales realizadas por los promotores a favor de sus empleados e imputadas a los mismos deberán estar dentro del mismo límite anual anterior. Tan sólo los empresarios individuales que realicen contribuciones empresariales a favor de sus trabajadores, como promotores de un plan de pensiones de empleo, podrán realizar aportaciones propias al citado plan hasta el límite máximo establecido para las contribuciones empresariales sin que las mismas puedan ser calificadas como contribuciones

empresariales, salvo a efectos del cómputo de límites. Excepcionalmente, la empresa promotora podrá realizar aportaciones a favor de los beneficiarios de un plan de pensiones de empleo cuando sea preciso para garantizar las prestaciones en curso y se haya puesto de manifiesto, a través de las revisiones actuariales, la existencia de un déficit en el plan de pensiones (art. 5.3).

Igual ocurre con otros aspectos. Por ejemplo, con el activo de los fondos de pensiones que deberá estar invertido de acuerdo con criterios de seguridad, rentabilidad, diversificación y de plazos adecuados a sus finalidades. Reglamentariamente se establecerá el límite mínimo, no inferior al 75% del activo del fondo, que se invertirá en activos financieros contratados en mercados regulados, en depósitos bancarios, en créditos con garantía hipotecaria y en inmuebles (art. 16). O como cuando se señala que podrán ser entidades gestoras de fondos de pensiones las sociedades anónimas que, habiendo obtenido autorización administrativa previa, reúnan una serie de requisitos

2. Conviene añadir dos precisiones adicionales. La primera, una referencia cuantitativa especialmente significativa. Para que un plan de pensiones no sea discriminatorio no cabe exigir una antigüedad superior a dos años para acceder a aquél. Cualquier plan del sistema de empleo podrá prever el acceso con una antigüedad inferior a dos años o desde el ingreso en la plantilla del promotor (art. 5.1.a.1º). La no discriminación en el acceso al plan del sistema de empleo será compatible con la diferenciación de aportaciones del promotor correspondientes a cada partícipe, conforme a criterios derivados de acuerdo colectivo o disposición equivalente o establecidos en las especificaciones del plan (art. 5.1.a.2º).

La segunda, el establecimiento de infracciones y sanciones distintas e incluso más graves de las inicialmente previstas. Entre las infracciones destaca la consideración como infracción leve del cumplimiento de los plazos y condiciones previstos en la normativa relativos a la forma de cobro y reconocimiento del derecho a las prestaciones (apartado d). Y, en cuanto a las sanciones administrativas (art. 35), a las entidades gestoras y depositarias de fondos de pensiones y, en su caso, a las entidades promotoras de planes de pensiones individuales les serán aplicables las sanciones administrativas previstas en las entidades aseguradoras en el art. 41 LOSSP, y si bien las de suspensión de la autorización administrativa efectiva se referirá al ejercicio de actividad como gestora o depositaria de cualquier fondo de pensiones o, en su caso, a la habilitación para ser promotor de planes de pensiones del sistema individual. Los expertos actuarios y sus sociedades, por sus actuaciones en relación con los planes y fondos de pensiones, serán sancionados por la comisión de infracciones leves, graves o muy graves con sanciones de diferente cuantía. Igualmente será de aplicación el régimen del art. 42 LOSSP a los cargos de administración y dirección de las entidades promotoras de planes de pensiones individuales así como a los de las entidades promotoras de planes asociados que asuman las funciones de comisión promotora. En estos supuestos la inhabilitación vendrá referida, según los casos, a ejercer cargos de administración y dirección en entidades promotoras de planes de pensiones individuales para el ejercicio de funciones y facultades relativas a dichos planes. La inobservancia por el beneficiario del plazo máximo previsto en la normativa para la comunicación a la entidad gestora del acaecimiento de la contingencia correspondiente y para la determinación del momento y formas de cobro de las prestaciones del plan de pensiones podrá ser sancionable con una multa que podrá alcanzar hasta el 1% del valor de los derechos económicos en el plan en el momento en que se ponga de manifiesto tal inobservancia (art. 35).

3. Recientemente, la Ley 2/11 de Economía Sostenible ha precisado en esta misma línea y en su art. 30 que las Administraciones competentes deberán velar por la aplicación de una regulación más transparente y eficaz de los mercados de seguros y fondos de pensiones que asegure el cumplimiento de las siguientes finalidades: a) Una mayor transparencia y eficiencia en la gestión de las entidades aseguradoras en los términos establecidos en la LOSSP; la simplificación y agilización de los trámites y procedimientos administrativos de autorización y registro de los fondos de pensiones de acuerdo con la LPFP, la racionalización en la asignación de recursos propios exigibles a las entidades gestoras de fondos de pensiones, mejorando su eficiencia y manteniendo un nivel suficiente y adecuado a su actividad en los términos previstos por la LPFP, la protección de los ahorradores y los tomadores de seguros y los demás usuarios de los servicios prestados por las entidades aseguradoras, así como el reforzamiento de la seguridad jurídica en la comercialización de los planes de pensiones y un mayor desarrollo u transparencia en la mediación de seguros y reaseguros, de conformidad con la Ley 26/06.

Asimismo, y en una nueva redacción del art. 21 LPFP, la Ley 2/11 precisa cómo la custodia y depósito de los valores mobiliarios y demás activos financieros integrados en los fondos de pensiones corresponderá a una entidad depositaria establecida en España. Podrán serlo aquellas que reúnan los siguientes requisitos: a) ser entidad de crédito conforme a la normativa vigente en materia de entidades de crédito; b) tener en España su domicilio social o una sucursal; c) tener como actividad autorizada la recepción de fondos del público en forma de depósito, cuentas corrientes u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución y, como depositarios de valores negociables y otros activos financieros, la custodia y administración por cuenta de sus titulares; d) estar inscrita en el registro especial de Entidades Depositarias de Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía y Hacienda. En todo caso, cada fondo de pensiones tendrá una sola entidad depositaria, sin perjuicio de la posibilidad de que ésta pueda delegar sus funciones en otra entidad en los términos que reglamentariamente se determinen. En ningún caso, la responsabilidad de la entidad depositaria se verá afectada en este supuesto. Por lo demás, las entidades depositarias ejercerán la función de custodia en los términos que reglamentariamente se determinen teniendo en cuenta la naturaleza de los activos del fondo. En especial, para aquellos activos que no sean susceptibles de ser depositados, la entidad depositaria mantendrá los certificados u otros documentos acreditativos, que justifiquen la posición declarada por la gestora. La responsabilidad por la función de custodia se extiende incluso a la garantía de que la titularidad, pleno dominio y libre disposición de los valores mobiliarios y otros activos custodiados corresponde a los fondos de pensiones titulares de los mismos.

Además de la función de custodia, ejercerán la vigilancia de la entidad gestora ante las entidades promotoras, partícipes y beneficiarios, debiendo verificar que las operaciones acordadas por las entidades gestoras se ajusten a las disposiciones legales y reglamentarias. En los términos que reglamentariamente se determine, las entidades depositarias podrán recabar de las entidades gestoras toda la información que precisen para el ejercicio de sus funciones, debiendo comunicar a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones aquellas anomalías de especial relevancia que pudieran ponerse de manifiesto a través de dicho control. Corresponde, en todo caso, y de manera exclusiva a la entidad depositaria, la instrumentación de los cobros y pagos que pudieran derivarse por cualquier concepto del desarrollo de la actividad de planes y

fondos de pensiones. A tal efecto, las entidades depositarias junto a las gestoras deberán establecer los mecanismos y procedimientos adecuados para garantizar que, en ningún caso, la realización de los cobros y pagos se hace sin su consentimiento. Además de su necesaria intervención en la liquidación de las operaciones sobre instrumentos financieros, la entidad depositaria podrá intervenir en la ejecución de las operaciones de compraventa cuando así lo haya acordado con la entidad gestora.

4. La dimensión transfronteriza de las pensiones privadas españolas

4.1. La libre circulación de capital en la Unión Europea

4.1.1. Las restricciones a la libre circulación de capital

1. El mercado interior se concibe como un espacio sin fronteras en el que se garantiza la libre circulación de capitales. La prohibición general contenida en el Tratado impidiendo toda restricción a los pagos y al libre movimiento de capitales alcanza también a la protección complementaria, especialmente a la que realizan las empresas. Cualquier limitación a la transferencia de las prestaciones o a la acumulación de las cotizaciones en los regímenes complementarios sería contraria a este principio. La aplicación, pues, de la Directiva 88/361/CEE que desarrolla esta materia no merece duda alguna incluso para evitar el posible alcance de una vulneración de la libre competencia.

Esta referencia supone que las prestaciones complementarias puedan ser abonadas y, por tanto, percibidas en cualquier lugar de la UE o, lo que es lo mismo, la imposición de un “*pago transfronterizo*” de la pensión complementaria. Una conclusión importante no sólo para quienes en su día trabajaron al servicio de empresarios en diferentes Estados sino también para quienes, tras finalizar su vida activa, se instalan en otro país y siguen percibiendo periódicamente las prestaciones complementarias. Por esta razón y porque, en definitiva, se trata de pensiones privadas con un grado de autonomía muy superior a las pensiones públicas, no tiene sentido la exigencia del requisito de residencia que, por lo demás, obstaculizaría la exportabilidad de estas pensiones.

Para garantizar esta movilidad se crean los organismos de previsión, constituyendo una de las instituciones financieras de mayor envergadura en tanto reúnen a los fondos internos y externos de financiación. Como reconoce la Comisión, los organismos de previsión constituyen “*entidades sui generis, que se cuentan entre las mayores y más importantes entidades financieras de la Comunidad y, a menudo, representan una posibilidad más de proporcionar las mismas prestaciones que facilitan otras entidades financieras que con ellas compiten*”. Razón por la que resulta difícil aceptar que se encuentren sometidos a una legislación distinta a la nacional que, directa o indirectamente, exige que una determinada proporción de fondos de

pensiones sea invertida en el mercado de capital del propio Estado miembro o en categorías determinadas de valores ⁽¹⁰⁰⁾.

2. Algunas medidas han sido aprobadas con el afán de paliar los efectos contraproducentes de una falta de adecuación entre la libre circulación de capitales y la protección complementaria. Por un lado, la Directiva 93/22 ha facilitado la eliminación de algunos obstáculos, en particular, la evaluación de los intereses generados como consecuencia de las inversiones efectuadas en el ámbito comunitario. Por lo demás, se estima que la existencia de una moneda única ha de contribuir a reducir e incluso a eliminar muchos de los obstáculos actuales, así como los costes de transacción y los retrasos en las decisiones de los inversores. Pero también se considera cada vez más necesaria la aproximación comunitaria en esta materia pues los Estados miembro comienzan a propiciar reformas que, aun complementarias, sirvan para otorgar solvencia a los sistemas de pensiones. Así, una de las últimas reformas en Alemania (Ley 1464/03) tuvo como objetivo principal la promoción de fórmulas privadas complementarias a la protección por jubilación ⁽¹⁰¹⁾. La más significativa es la que se ha producido en relación a los planes de pensiones en la empresa. En los últimos años este tipo de previsión había descendido considerablemente. Especialmente en el caso de los trabajadores de las pequeñas empresas en las que resultaba voluntario el establecimiento de un sistema complementario. El trabajador puede exigir unilateralmente que le sea descontado de su salario de cotización al seguro público de pensiones hasta un 4% y destinarlo a la protección complementaria. El empresario también tiene la posibilidad de destinar una cantidad, aunque no tenga obligación alguna. Para el trabajador existen una serie de beneficios fiscales. Las cantidades irán destinadas a los fondos de pensiones que tienen plena libertad de inversión del capital acumulado que el resto de las formas de protección de la vejez. Las condiciones son muy favorables para los trabajadores pues los fondos de pensiones están controlados por los sindicatos y con costes de gestión especialmente bajos.

Dos son, con todo, los riesgos principales que ha de soportar la protección complementaria; a saber, los denominados riesgos de crédito y los riesgos de mercado. En el primer caso, los compromisos adquiridos no se satisfacen por la quiebra de la empresa emisora o por el desentendimiento de los poderes públicos emisores. En el segundo, el valor de los activos sufre un descenso imprevisto que impide respetar los compromisos adquiridos, dejando el emisor sin liquidar una buena parte de su cartera. En este último supuesto, la interacción del mercado de capitales junto al buen quehacer profesional de los inversores podrá paliar su efecto. Dentro de esta dualidad se contemplan las principales manifestaciones: una mala gestión de los recursos y activos que prive a los beneficiarios presentes o potenciales de sus derechos a

⁽¹⁰⁰⁾ Las definiciones adoptadas en esta materia se encuentran incluidas en el Documento sobre *Realización del Mercado Interior de los Fondos de Pensiones*, 1.990 y se realizan, en todo caso, de conformidad con una relación negativa contenida en el Anexo del Reglamento 1408/71 en el que se recogen las instituciones de Seguridad Social.

⁽¹⁰¹⁾ REINHAR, H., "La reforma de las pensiones en Alemania", *Relaciones Laborales*, t.II, 2003, pág. 1102.

prestaciones; el surgimiento de acontecimientos imprevistos que puedan afectar negativamente a los derechos individuales, como la quiebra, insolvencia, liquidación de la empresa patrocinadora, fusión y adquisición de empresas y situaciones análogas; y, por último, el ejercicio de prácticas que rebajen las expectativas de los miembros de una prestación justa, incluyendo el peligro de la inflación.

No parece que resulte muy operativa, por lo demás, la facultad que la Directiva 88/361 concede a los Estados miembros en su art. 4 para que aprueben las medidas oportunas destinadas a evitar la contravención de leyes y reglamentos, entre otras materias en lo que respecta a la supervisión cautelar de entidades financieras. Destaca expresamente la laguna legal que se mantiene en torno a la prevención de posibles déficits de los fondos de pensiones o la total quiebra del sistema, precaución adoptada por otros ordenamientos extraños al ámbito comunitario (sirva, así de ejemplo, la Pension Benefit Warranty Corporation en los EEUU). Como tampoco parecen haber resultado muy efectivas las Directivas 75/129, 88/187 u 80/987 en las que se exige la protección tanto de los trabajadores en activo como jubilados en caso de traspaso de empresas o de insolvencia de las mismas, incluidos los derechos derivados de su protección social complementaria.

3. España intenta posibilitar el cumplimiento de este derecho a la libre circulación de trabajadores y de capital a través de la regulación de la actividad transfronteriza de los fondos de pensiones del sistema de empleo (Capítulo X PFP). A efectos de la misma, se considerará fondo de pensiones de empleo a toda institución autorizada o registrada como tal por una autoridad competente de un Estado miembro al amparo de la Directiva 2003/41 relativa a las actividades de supervisión de fondos de pensiones de empleo. En España, fondos de pensiones de empleo serán los destinados al desarrollo de planes de pensiones de empleo. Por su parte, plan de pensiones, a los efectos aquí referidos, será todo acuerdo que revista la forma de contrato, acto constitutivo o normativa que defina o prevea prestaciones de jubilación y, en su caso, prestaciones complementarias así como las condiciones para su obtención. El Estado miembro de origen será aquel en el que el fondo de pensiones tenga su domicilio social y que coincidirá con su administración principal o bien si no tiene domicilio social, donde tenga su administración principal y que esté autorizado o registrado por la autoridad nacional de dicho Estado miembro. El Estado miembro de acogida será aquel cuya legislación social y laboral sea aplicable a la relación entre la empresa promotora y los trabajadores.

En virtud de esta normativa, los fondos de pensiones de empleo autorizados y registrados en España podrán integrar planes de pensiones para los trabajadores promovidos por empresas establecidas en otros Estados miembros. Asimismo, los fondos de pensiones de empleo autorizados o registrados en otros Estados miembros podrán integrar planes de pensiones promovidos por empresas establecidas en España (art. 38 LPFP). En todo caso, la actividad transfronteriza de los fondos de pensiones

de empleo se llevará a cabo respetando la legislación social y laboral de cada Estado miembro de acogida relativa a la organización de los sistemas de pensiones, incluyendo afiliación obligatoria y las disposiciones resultantes de la negociación colectiva, bajo las cuales deban desarrollarse los planes de pensiones.

4.1.2. Sobre la gestión e inversión de los recursos generados por las pensiones privadas en la Unión Europea

1. La mayor dificultad en la aplicación de la libre circulación de capital aplicado a la protección complementaria viene determinada, en buena medida, por el control de la gestión e inversión de los recursos depositados en sus fondos. El redimensionamiento alcanzado por este tipo de protección obliga a una más adecuada adaptación de los mismos al mercado de capitales ya que, de lo contrario, todas las cantidades depositadas y las posibles inversiones a efectuar se verán imposibilitadas, debilitando la liquidez y la eficacia de estos fondos si sus recursos permanecen dispersos en cada Estado miembro. Parece razonable considerar que las prestaciones puedan ser incrementadas cuando exista un excedente proveniente de las inversiones efectuadas, por lo que la buena gestión y la garantía de un rendimiento alto sobre las mismas interesa sobremanera al beneficiario. Si se garantizan operaciones entre instituciones financieras a nivel comunitario no sólo se prevé una mejora del funcionamiento del mercado europeo de capitales sino que se incrementarán los recursos financieros disponibles por cuanto quedará garantizado un descenso en los costes y una mayor liquidez de los mismos.

En general, debería exigirse que los activos sean invertidos según las modalidades que se adapten a la naturaleza y duración de los compromisos correspondientes al nivel de la provisión alcanzada con ellos, con el requerimiento de cumplir la seguridad, calidad, liquidez y rendimiento de la institución de la jubilación, de acuerdo con intereses económicos a largo plazo. En contrapartida a la libertad de inversión que tienen los gestores, guiados exclusivamente por los criterios comerciales y por las cautelas que mejor consideren, los ahorradores deben estar sometidos al menor riesgo posible y han de beneficiarse de la mayor rentabilidad que pueda obtenerse con los activos invertidos. Se impone, por ello, que dichos activos sean diversificados convenientemente para evitar toda acumulación excesiva de riesgos en el conjunto de su administración. Y, asimismo, se aconseja una consideración global de la inversión, adecuando los objetivos a los resultados y a la capacidad de riesgo de la entidad y no en función de cada inversión individual. Realizar las inversiones sobre la base del valor actual o del valor de mercado supone tener que elegir una tasa de interés lo más acertada posible para evaluar las obligaciones que se generan con las mismas. Para efectuar una prudente evaluación habría que aplicar la regla de fijar un valor bajo a los activos de naturaleza especulativa y permitir que sólo se tengan en cuenta una determinada proporción de activos, con el objetivo de evitar depender

exclusivamente de la colocación en una empresa, propiedad o tipo de inversión en particular.

2. Mas los Estados miembros no puedan obligar a las instituciones de pensiones a realizar inversiones mínimas o máximas, a invertir o abstenerse de hacerlo en categorías específicas de activos, ni a localizar sus activos en un Estado miembro concreto, ni a imponer la congruencia de divisas, que podrían limitar las posibilidades de inversión transfronteriza, salvo por razones cautelares debidamente justificadas. Por regla general, se establece la obligación de que los organismos de previsión posean más del 80% de sus activos en divisas congruentes, una vez considerada la repercusión de cualquier posible instrumento de cobertura frente al riesgo de cambio que posea la entidad. Sin embargo, cuando se trate de organismos de previsión para la jubilación cuyos compromisos no estén fijados en términos monetarios, sino que estén vinculados a futuros niveles salariales, ese porcentaje podrá reducirse al 60% (Directivas 92/96, 89/646 u 85/611). La forma de invertir varía considerablemente y frente a la decisión de algunos países de invertir en acciones (hasta un 80% de su capital) en lugar de hacerlo en obligaciones, otros prefieren la inversión en título de cuantía fija como obligaciones públicas (también entre un 50% y un 80% de su capital) y no en acciones que soporten una menor confianza. Aun cuando, en la actualidad, con una prima de riesgo que roza los 500 puntos es difícil aseverar en este terreno, en general, se suele considerar que, a largo plazo, la inversión en acciones tiende a ser más rentable que la inversión en obligaciones. De hecho, las técnicas más modernas de gestión de riesgo son partidarias de seguir una gestión activos/pasivos basada en un mayor rendimiento de los activos a largo plazo, compensando el incremento del riesgo a través de la diversificación en la colocación de la inversión. Con todo, una concentración excesiva en puntos que pudieran ser considerados como seguros, incrementa innecesariamente el riesgo de la inversión por lo que no debería optarse ni por acciones ni por obligaciones únicamente.

En el supuesto de que se materializara la insolvencia del empleador, deberá garantizarse la prestación de los derechos de pensión que deba prestar la propia empresa empleadora (compromiso directo de pensión) o de los que responda directamente, mediante un seguro de insolvencias o un aval del Estado. Nada impide, a este respecto, que las cuentas anuales de las auditorías o supervisiones efectuadas, se confeccionen de conformidad con los requisitos nacionales y que sean aprobadas en un breve plazo de tiempo tras la finalización del ejercicio. Deberán ser auditadas por un contable colegiado o por cualquier otra persona con las cualificaciones suficientes, siempre que prueben su independencia respecto del organismo promotor.

Resulta, en este sentido, imprescindible que los responsables de la inversión tales como gestores o depositarios de una entidad y sus delegados, esto es, administradores y asesores externos e internos, actúen conjuntamente en beneficio exclusivo de partícipes y beneficiarios. De esta forma, los contratos celebrados entre

una institución de pensiones y los prestadores de servicios deberán incluir disposiciones que obliguen a los mismos a proporcionar a la autoridad responsable de la supervisión de la institución de pensiones la información necesaria para que dicha autoridad llegue a un conocimiento pleno de los activos de la institución o a cumplir la prohibición de libre disposición de estos activos impuesta por dicha autoridad ante la institución de pensiones y cuando dicha información o prohibición sea necesaria para el buen desarrollo de las tareas de supervisión cautelar de la autoridad competente.

3. Los Estados miembros que permitan que las inversiones de los organismos de previsión sean gestionadas por alguien ajeno a la entidad no debieran restringir el derecho que asiste a dichas entidades a elegir gestor de las inversiones ni las someterán a autorización previa alguna. No en vano, la libre prestación de servicios requiere no sólo que los prestadores del mismo puedan ofrecerlo en toda la Comunidad sino también que aquellos que lo requieran puedan libremente seleccionar a un prestador no establecido en su propio Estado miembro, siempre que se halle debidamente autorizado.

Los depositarios deberán ser independientes económica y jurídicamente de las empresas promotoras y habrán de estar autorizados para su ejercicio de acuerdo con la Directiva 89/646. Esta libre elección fomentará la competencia entre compañías de seguros, bancos, sociedades de inversión y, en general, cualquier institución dispuesta a captar clientes, facilitando la integración y liberalización gradual de los mercados financieros europeos. No en vano, el comportamiento de los gestores se encuentra condicionado por factores de muy distinta índole. La oferta de capital depende, básicamente, de elementos de naturaleza nacional. Factores macroeconómicos como el nivel de la deuda pública, el ahorro interior agregado o la tasa de inversión industrial o las tendencias de la inflación, de los tipos de interés y de la rentabilidad de las empresas o el contexto institucional, jurídico y regulador de la inversión, predeterminan cualquier decisión al respecto. Por lo que se refiere a la demanda, su posición es, sin embargo, privilegiada. Las previsiones a largo plazo les permitirán desarrollar estrategias de inversión dentro de las cuales encajar riesgos como el rendimiento o la liquidez de los activos que, de otra forma, deberían ser asumidos como tales.

4. A esta finalidad responde, lo preceptuado en el art. 38.4 LPFP en el que se establece, con carácter general, la aplicación de las normas sobre inversiones de los fondos de pensiones consignadas por el Estado miembro de origen. No obstante, en el caso de que las normas sobre inversiones del Estado miembro de acogida sean similares o más rigurosas que las del Estado del fondo de pensiones, la autoridad del Estado miembro de acogida podrá exigir, mediante comunicación a la autoridad del Estado miembro de origen, que se aplique una serie de requisitos a la parte de activos del fondo de pensiones correspondiente a los planes de pensiones sujetos a la legislación social y laboral del Estado de acogida.

Así, la inversión en acciones, en otros valores asimilables a las acciones o en obligaciones que no puedan negociarse en un mercado regulado no podrá superar el 30% de los activos correspondientes a los referidos planes de pensiones o se invertirá como mínimo el 70% o se invertirá como mínimo el 70% de los activos correspondientes a dichos planes en acciones, otros valores asimilables a las acciones y en obligaciones, que puedan negociarse en mercados regulados. Por su parte, la inversión en acciones y otros valores asimilables a las acciones, en bonos, en obligaciones y en otros instrumentos del mercado monetario y de capitales de una misma empresa no podrá superar el 5% de los activos correspondientes a los referidos planes de pensiones, ni se invertirá más del 10% de éstos en acciones y otros valores asimilables a las acciones, en bonos obligaciones y en otros instrumentos del mercado monetario y de capitales emitidos por empresas pertenecientes a un mismo grupo. Finalmente, la inversión en activos expresados en divisas distintas de aquellas en que estén expresados los pasivos de los referidos planes de pensiones no podrá superar el 30% de los activos correspondientes a aquellos. Para garantizar el cumplimiento de todos estos requisitos, el Estado miembro del fondo de pensiones podrá exigir que los activos queden claramente delimitados.

4.2. Transferibilidad de los derechos adquiridos

1. Constituye éste un elemento de análisis que no se plantea sólo en cuanto a la dimensión transfronteriza sino también en lo que respecta a la movilidad intranacional, no habiendo llegado casi ningún país europeo a resolver esta última cuestión. Cuando el trabajador deja su empleo existen dos posibilidades: puede conservar sus derechos en el sistema de pensión en el que fueron adquiridos, percibiendo su pensión una vez jubilado, o bien puede hacer efectiva la suma capitalizada correspondiente al importe de los derechos adquiridos, recogiendo no sólo las cotizaciones abonadas sino los intereses acumulados a un tipo realista. Esta es una opción sólo viable en los sistemas basados en la capitalización mas, como la mayor parte de los sistemas se financian con fórmulas de reparto, la transferibilidad se torna difícil; en estos supuestos, los trabajadores no pueden sino conservar sus derechos en el antiguo sistema sin que les afecte el incremento de los salarios futuros ni el de los precios, percibiendo únicamente una parte no equitativa y sólo relativa de su fondo de jubilación. En principio, puede afirmarse que los obstáculos para admitir la transferibilidad de los derechos adquiridos a sistemas de países distintos al que inicia la aportación aparentan ser de difícil remoción..

Dos son, con todo, las posibilidades que se han apuntado para facilitar esta transferencia; o bien congelar los derechos ya adquiridos en un régimen nacional y esperar a que se presente la contingencia para causar derecho a la correspondiente prestación o bien, sistema mucho más flexible y fiable, transferir la suma a tanto alzado que importen los derechos ya adquiridos al nuevo sistema en el que se integra el trabajador. Siendo la primera una fórmula más sencilla, la segunda se presenta

como fórmula mucho más deseable. Y así, en los sistemas basados en fórmulas de capitalización esta última modalidad no presenta mayores dificultades puesto que el ahorro producido se transfiere con los costes correspondientes al nuevo sistema. Por contra, es en los sistemas basados en anotaciones contables o en sistemas de reparto en los que la solución se complica, en tanto no existe acumulación de activos financieros que puedan soportar los compromisos adquiridos. De hecho se pretende excluir de la integración a países que, como Francia, se basan en Cajas de Jubilación que no disponen de reservas obligatorias ni de gestión independiente. Pero el rechazo a un solo Estado invalidaría la eficacia de estas medidas, impidiendo la movilidad pretendida para los trabajadores. Una solución a este planteamiento, pasaría por garantizar que el montante de los derechos transferidos fuera objeto de una evaluación actuarial aceptada tanto por el régimen que transfiere como por el régimen que recibe.

La UE pretende garantizar la "conservación total" de los derechos adquiridos de los partícipes, incluyendo a aquellos que dejen de ser partícipes activos antes de producirse la contingencia. En este último supuesto, la diferencia vendrá determinada únicamente por la pertenencia a un plan de prestación definida o de aportación definida. En el primer caso, los derechos conservados se basarán en el salario y los años de servicio hasta la fecha en que se deje de ser partícipe activo y se acumularán de forma equitativa, tomando como principal referencia la acumulación de las prestaciones de un trabajador que haya permanecido toda su vida laboral en el plan en cuestión. En el segundo caso, el importe correspondiente a los derechos conservados se revalorizará de acuerdo con los rendimientos de capital invertidos.

2. Mas el principal problema que plantea la transferibilidad de los derechos adquiridos es el denominado "valor de transferencia" y, en especial, cuando el trabajador ha dejado de pertenecer al plan en cuestión antes de producirse la contingencia correspondiente. No en vano, la forma de calcular las cantidades de transferencia que penaliza a los afiliados que dejan un régimen por cambiar de empleo y la insuficiente protección de los derechos "en espera" constituyen dos de los principales obstáculos a la movilidad de los trabajadores.

En principio, la previsible elevación de precios o del nivel medio de salarios no se traduce en el cálculo de estos valores de transferencia, aun cuando pueda verse afectado por las fluctuaciones monetarias. Por consiguiente, los ex afiliados a un sistema deberían percibir un valor relativo inferior de las rentas depositadas en relación a las que hubieran percibido de haber continuado trabajando en la misma empresa. No obstante, algunos países manifiestan sus dudas y plantean sus reservas en torno a la valoración real y señalan una predisposición negativa a aceptar cualquier tipo de indexación para conseguir dicha valoración o la necesidad de aclarar cómo puede mantenerse el valor real para quien ha dejado de ser miembro en el régimen originario.

3. En España, el art. 45.6 LPFP prevé que un plan de pensiones de empleo sujeto a la legislación española, adscrito a un fondo de pensiones de empleo domiciliado en otro Estado miembro pueda ser movilizadado a otro fondo de pensiones de empleo de cualquier Estado miembro, en la medida que ello no se oponga a la legislación del Estado miembro del fondo de pensiones al que esté adscrito el plan o a las condiciones de adscripción. En el caso de que el fondo de pensiones de destino esté domiciliado en España, la movilización no requerirá el procedimiento de comunicación previsto en la norma.

Conviene tener en cuenta a estos efectos que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 41 LPFP, el régimen de aportaciones, contingencias, prestaciones, movilidad y liquidez de los derechos consolidados y económicos de los planes de pensiones sujetos a la legislación de otros Estados miembros será el establecido en sus especificaciones de acuerdo con lo previsto en su legislación nacional y en los acuerdos entre empresa y trabajadores. De ahí que el plan de pensiones deba ajustarse a sistemas financieros y actuariales de capitalización individual y, en la medida que asuma riesgos biométricos y/o se garantice el resultado de la inversión o un nivel determinado de prestaciones, deberá adecuarse su funcionamiento a unas bases técnicas y constituirse provisiones técnicas suficientes. Las bases técnicas y los cálculos actuariales y, en especial, el cálculo de provisiones técnicas deberán realizarse por el actuario. En todo caso, los métodos actuariales, los tipos de interés, tablas demográficas y otras hipótesis utilizados deberán ser adecuados a los criterios establecidos en la materia por la normativa española sobre planes y fondos de pensiones contenidas en las normas de desarrollo de la LPFP. El uso de las tablas biométricas se hará tomando en consideración las características del grupo de partícipes y del plan de pensiones y los cambios que puedan producirse en los riesgos pertinentes. Por lo demás, las exigencias de margen de solvencia serán aplicables a cada plan de pensiones adscrito al fondo. Cada plan deberá mantener los recursos propios adicionales a las provisiones técnicas, que integran el margen de solvencia, imputables exclusivamente a su cuenta de posición y a sus partícipes y beneficiarios.

4.3. Tratamiento fiscal intracomunitario

1. No se oculta, no obstante, que, para salvar estas y otras reticencias manifestadas por los países europeos, se necesitan, entre otros, importantes incentivos fiscales. Hasta el momento, todos los países de la UE han concedido un tratamiento fiscal privilegiado a los fondos de pensiones o a cualquier otra forma análoga de protección complementaria. Se considera que las pensiones complementarias tienen un valor social en tanto todos los trabajadores aceptan un comportamiento de previsión que evite las dificultades de la vejez y la consiguiente dependencia de la asistencia pública y de la asistencia social, lo que justifica un trato diferencial. Por lo demás, si los trabajadores de rentas de nivel medio y alto no contaran con esta posibilidad

presionarían sobre los Estados para obtener mejores pensiones públicas, lo que incrementaría la tributación y desfavorecería a la población en general.

No son desdeñables, sin embargo, las desventajas. Por motivos de equidad no se considera justa la concesión de privilegios fiscales a un sector de la población trabajadora que suele ser el mejor pagado y que ha de ser costado con un gravamen proporcionalmente mayor por la población de menos recursos. Destáquese cómo las ventajas fiscales por las contribuciones se conceden a estos colectivos normalmente a tipos impositivos marginales mayores que los tipos impositivos aplicables cuando los miembros del plan reciben el pago de sus pensiones a la jubilación ya que generalmente su renta global es menor en esa fase que cuando estaban ocupados. En buena parte de los casos, la desconfianza de los Estados ante estos regímenes conduce a que sólo se concedan las ventajas fiscales a planes cuyos pasivos se han capitalizado siguiendo las pautas y los requisitos previamente establecidos por el mismo. Pero el Tratado de la UE impone no sólo la abolición de toda discriminación fundada en la nacionalidad, sino la supresión de cualquier medida nacional que imponga obstáculos a las libertades garantizadas por el mismo. De ahí que el sometimiento a una imposición de la transferencia de derechos o fiscalidad de las futuras prestaciones represente, de hecho, una dificultad añadida a estas libertades. Así, las *"disposiciones que requieren que el asegurador esté establecido en un Estado miembro para que los asegurados puedan beneficiarse en él de determinadas deducciones fiscales disuaden a los asegurados de dirigirse a los aseguradores establecidos en otro Estado miembro y, por consiguiente, constituyen para éstos un obstáculo a la libre prestación de servicios"* (Sentencia Bachmann y Sentencia Comision). Sólo una armonización en materia fiscal para los regímenes complementarios permitirá salvaguardar realmente los derechos de los trabajadores migrantes.

2. La adaptación de las reglas fiscales a los principios de libre circulación de personas y libre prestación de servicios no está exenta de problemas. Así, por ejemplo, el establecimiento de una póliza de seguros en un país distinto llevará consigo un gravamen fiscal muy superior al de los nacionales del mismo. Si se permite la deducción de las primas abonadas en el extranjero no podrá tenerse garantía alguna en la percepción de las correspondientes cantidades pagadas por los aseguradores. De esta forma, y con carácter general, las exacciones habituales no se aplican a las cantidades transferidas a otros países dado que el estado nacional no tiene legitimación para controlar si las mismas irán destinadas a financiar al trabajador. Se someten las cantidades transferidas a fuertes retenciones fiscales, resultando dicha operación sumamente onerosa para los trabajadores migrantes.

De hecho, la forma más extendida de admitir este intercambio ha sido a través de la firma de convenios bilaterales de doble imposición entre países miembros y con terceros países, en su caso. Casi todos los convenios bilaterales firmados en el seno de la UE tienden únicamente a evitar la doble imposición al obtener la pensión de

jubilación. Sólo algunos países recogen además la exención de una doble imposición para las cotizaciones que un trabajador migrante pueda ingresar en un país distinto al de origen, previendo un reconocimiento mutuo del sistema fiscal vigente en el otro país y permitiendo el beneficio para el trabajador de las prestaciones del país de destino. En cualquier caso, todo Estado miembro debe ser consciente de los efectos que los convenios de doble imposición pueden tener sobre la coherencia fiscal creada a nivel nacional por una medida particular, como pueda ser la que se adopte en materia de protección complementaria.

Conviene destacar, finalmente, la necesidad de establecer una legislación comunitaria sobre la materia. En esta línea, se considera una pretensión excesivamente ambiciosa la plasmación de disposiciones de índole fiscal en el tratamiento general de la protección complementaria, proponiendo no sólo la contemplación en un instrumento distinto de los problemas impositivos, sino subdividir el tratamiento de estos últimos para aislar, por ejemplo, las disposiciones sobre doble imposición.

Con todo, la solución que aparentemente representa mayor avance en este punto es la que dispone un cambio radical que permita la plena deducibilidad fiscal en el país de acogida de cualquier contribución enviada desde otro Estado miembro. De esta forma, el trabajador móvil realizará un pago de impuestos a un tipo favorable, y no simplemente simbólico, sobre cualquier valor de traslado proveniente del país de origen con motivo del cambio de empleo. Todos los países aplicarán, así, el mismo tipo moderado y privilegiado sobre los valores de traslado y derechos análogos. Incluso se plantea, en un estadio más avanzado, que si el trabajador retorna, accede a la jubilación y paga su correspondiente impuesto personal, las autoridades fiscales habrán de proceder a la devolución del "impuesto de salida" abonado al abandonar el país de origen. Planteamiento que hoy no se encuentra en la "agenda política" de la UE dedicada a lograr una unión monetaria y económica solvente para enfrentarse con éxito a la crisis económica.

IV. OTRAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN PRIVADA EN SEGURIDAD SOCIAL

1. La asunción del coste de la cobertura de algunas prestaciones

2. Una cotización adicional complementaria privada dentro del sistema de Seguridad Social

2.1. La cotización como fórmula de financiación del sistema de Seguridad Social

1. La cotización ha sido el sistema más tradicional de repartir las cargas financieras de la previsión social. Desde antiguo, y fijando su aparición en Alemania para el sostenimiento del seguro de enfermedad, se ha considerado justificada la contribución tanto del trabajador como del empresario en el sistema de protección social. En el primer caso, porque, de lo contrario, el trabajador tendría que constituir

para sí cualquier otro sistema de ahorro que le obligaría también a colaborar en su financiación. En el segundo, porque el empresario necesita de un sistema que garantice no sólo la cobertura de los riesgos sociales sino su prevención y si, además, puede compartir el coste de la misma con el trabajador el interés en dicho sistema se sobredimensiona. A todo ello habría que añadir un tercer interesado en que el sistema funcione, el Estado. Cuando el Estado interviene de forma directa o indirecta en la financiación del sistema lo hace porque encuentra una contrapartida clara en el ahorro de gastos que por asistencia social debería pagar de no funcionar aquél.

En su evolución se detectan una serie de claves fijas. En primer lugar, que la carga financiera del sistema de protección social se eleva poco a poco a medida que se consigue garantizar una mejor y mayor cobertura de riesgos sociales. En segundo término, que este crecimiento de la carga financiera no se encuentra equitativamente repartido entre empresarios y trabajadores, tendiendo a su disminución en estos últimos y a su incremento en aquéllos. Y todo ello a pesar de que en el origen de los seguros sociales, la *ratio* era la contraria, contribuyendo en mayor medida los trabajadores, inicialmente únicos obligados. En tercer lugar, que aun cuando el procedimiento de cotización compartida entre trabajador y empresario (o entre empresario y Estado) se impone, no dejan de desarrollarse modelos en los que adquiere una relevancia mayor la cotización única (sólo a cargo del trabajador –autónomos-, sólo a cargo del empresario –accidentes de trabajo-, sólo a cargo del Estado –sanidad o asistencia social-) o la triple fuente de financiación (empleador, trabajador y Estado). La intervención del Estado puede darse a través de diferentes métodos, bien concediendo anticipos al sistema de Seguridad Social ante posibles déficits del mismo que serán reintegrados con futuros excedentes, bien transfiriendo recursos de los presupuestos del Estado, bien a través de la creación de impuestos, tasas, sanciones económicas o cualquier tipo de gravamen y afectándolos directamente a la financiación del sistema, bien reembolsando a este último los gastos que pueda generar la cobertura de sus riesgos o bien, entre otras muchas posibilidades, reembolsando a los sujetos obligados a cotizar, total o parcialmente, el importe de las cotizaciones que hayan debido abonar con antelación.

2. La discusión sobre la forma de cotización se ha centrado tradicionalmente en el establecimiento de una cotización única y no plural y en un régimen uniforme de cotización. Siendo coincidentes los ordenamientos en la unicidad de la cotización para la obtención de prestaciones distintas, la opción entre cotización uniforme o proporcional forma parte de la estructura de la organización total de cada sistema de protección social. En los sistemas de contribución proporcional a las rentas de activo, la diversificación de las cotizaciones en función de la remuneración opera como base mediante una triple relación retribución-cotización-prestación de una diversa acción protectora de modo que las prestaciones tengan un valor indemnizatorio de acuerdo con el principio conmutativo de equivalencia entre rentas de activo y de pasivo. Estos sistemas son los más arraigados en los países europeos, con fuertes dosis de profesionalización (Alemania, Francia, Italia, Bélgica, España, etc). Incluso es habitual clasificar los asegurados en grupos según el volumen de ingresos o por categorías profesionales, abonando cada grupo un porcentaje único de cotización pero pagando cada trabajador una cuota distinta en función de los ingresos que perciba. Es ésta una fórmula coherente en aquellos sistemas que, después, otorgan prestaciones proporcionales a los ingresos del trabajador, en general topadas tanto en la cotización como en la prestación.

Por el contrario, los sistemas de contribución uniforme derivan del modelo británico ideado por Beveridge. En virtud del mismo, la “tasa fija de cotización” implica

que la cotización obligatoria exigida de cada persona asegurada o de su empleador sea una tasa uniforme e independiente de los recursos. El principio de igualdad contributiva es correlativo al principio de igualdad de protección o "tasa fija de beneficio" según el cual el objetivo del seguro nacional es garantizar a toda la población protegida un nivel mínimo y uniforme de subsistencia con abstracción de cuál sea la situación retributiva concreta de cada sujeto protegido. Eso no impide admitir la distribución en grupos de la población activa, considerando las cotizaciones de forma independiente a los salarios percibidos. En cada grupo de cotización, cada asegurado paga la misma cuota. De hecho, el Informe de Beveridge distinguía entre el sistema de tasación –basado en las posibilidades contributivas de los asegurados- y el de cotización–cuyo tipo depende únicamente del valor de las prestaciones-. Ciertamente que este sistema se conecta con la concepción tradicional inglesa de prestaciones uniformes para todos los miembros de un mismo grupo. A pesar de este convencimiento, tanto Reino Unido como los países de influencia asistencial han ido evolucionando también hacia esquemas continentales de contribución proporcional.

En verdad, el sistema de cotización uniforme se halla menos extendido que el de cotización proporcional a los ingresos. En cierto modo por los inconvenientes que le acompañan. De entre todos destacan dos de ellos; por un lado, porque necesariamente las cotizaciones uniformes han de fijarse a un nivel bajo, con el fin de no imponer cargas demasiado pesadas a asegurados que no tienen capacidad de contribuir y cotizaciones tan reducidas imponen el pago de prestaciones modestas, lo que no es un resultado bueno para el sistema de protección social. Por otra parte, la uniformidad de cotizaciones no permite una auténtica redistribución de la renta, gravando desigualmente a los beneficiarios del sistema. Pero tampoco el sistema tradicional de cotización fija con porcentaje proporcional en función del salario percibido por el trabajador está exento de inconvenientes. Cotizaciones proporcionales a los salarios hacen soportar el peso de la Seguridad Social a empresas cuyas necesidades técnicas obligan al empresario a utilizar un mayor número de trabajadores, mientras que la carga por Seguridad Social se reducirá de forma considerable en aquellas empresas que pueden recurrir a la mecanización de sus procesos productivos, favoreciendo o penalizando el desarrollo de la actividad económica en numerosos sectores. Por lo demás, estos mecanismos agilizan la traslación de costes a la producción por lo que se puede afirmar que los trabajadores, en tanto consumidores, realizan una doble contribución al sistema. Por su parte, el sistema de clasificación por grupos de salarios presenta inconvenientes adicionales. Cuantos menos grupos se realicen, un mismo grupo concentrará asegurados con recursos muy diferentes y con un mismo porcentaje de cotización. Si, por el contrario, el número de grupos es elevado, la diferencia de protección puede desbordarse, desincentivando la contribución al sistema. Si, además, se establecen topes, los asegurados mejor remunerados podrán no beneficiarse de una protección suficiente. En caso de subida de salarios y precios constante, la distribución en categorías deberá ser revisada permanentemente para no generar riesgos de infraseguro, etc.

3. En este esquema, más preocupado por la cotización única/proporcional, podría considerarse que no tiene espacio otro tipo de cotización, pero sería un error. Francia, por ejemplo, proyectó a principios de siglo calcular el potencial de la empresa no en su aspecto estático o patrimonial sino en el aspecto dinámico o de instrumento de creación de valor añadido a través de un gravamen sobre las amortizaciones. La fórmula se utilizaba no en sustitución de la cotización sobre salarios sino como complemento de ésta y establecía una escala móvil como mecanismo de fiscalización de las

amortizaciones y como correctivo de ciertas deficiencias fundamentalmente detectadas en el hecho de que contribuían más las empresas con menor posibilidad de mecanización. Mas si el análisis se hace desde el presente y no desde el pasado, tomemos como ejemplo a Reino Unido. En este país, la cotización del empresario se determina por una escala de tipos progresivos por clases aplicables sobre la retribución semanal del trabajador (0%, 3%, 5%, etc) pero, a su vez, esta escala se completa con aportaciones basadas en diferentes porcentajes según el tramo de salario de que se trate.

La posibilidad de modular la cotización responde, con todo, a modelos distintos. Por ejemplo, cabe acordar retornos o devoluciones sobre las cotizaciones a quien cumple escrupulosamente con el sistema o, por el contrario, imponer cuotas suplementarias. O cabe que el tipo de cotización varíe según los riesgos a que la actividad de la empresa expone a su personal, y no sólo en materia de accidentes de trabajo sino en materia de desempleo, vejez, invalidez, etc. Cabe asimismo establecer una cuenta individual por cada empresa en la que se anoten, por el sistema del debe y el haber, las cotizaciones pagadas por éste y las prestaciones pagadas a los trabajadores de la empresa. O cabe establecer una escala móvil en función de la facturación o del valor añadido de la empresa.

Sea como fuere el establecimiento de una cotización móvil plantea también inconvenientes. Dos, principalmente. El primero, la confusión en el ánimo de los obligados a cotizar así como la perturbación de las previsiones económicas de los sujetos obligados que, en cada momento, sufren la incertidumbre de conocer cuál es el *quantum* de su cotización. En definitiva, se trata de un gravamen para la empresa que puede condicionar, en mayor o menor medida, el desarrollo económico de la misma. De ahí que cuando ha habido que modificar algún aspecto en materia de cotización, los sistemas han optado por efectuar una reforma escalonada a fin de no desviar bruscamente a los afectados de la práctica ya establecida. El segundo, la gestión. Un sistema acostumbrado a una gestión sencilla proveniente de la aplicación de un mismo tipo de cotización independientemente de circunstancias diferenciadoras entre empresas tiende a rechazar un sistema de mayor complejidad burocrática como es el que genera la fijación de una escala móvil de cotización.

2.2. La cotización única y proporcional como principal fórmula de financiación de la Seguridad Social

1. La cotización en el sistema español puede ser calificada como única, por oposición a plural, proporcional, por oposición a uniforme y fija, por oposición a móvil. Única, porque desde el momento en que se produce la unificación de los seguros sociales, una misma cotización sirve para obtener distintas prestaciones, no fraccionándose la cotización según la financiación de las distintas situaciones protegidas, tal y como ocurría en nuestro sistema cuando existían los seguros sociales. Proporcional, porque, a diferencia de otros regímenes, no existe una cuota uniforme para todos los obligados sino que cada uno de ellos tendrá que cotizar en mayor o menor medida según la base de cotización que corresponda y, por ende, según el salario que perciba el trabajador. Y fija, porque el porcentaje o tipo de cotización, al menos en contingencias comunes, es idéntico para todas las situaciones, siendo establecido en un 28.3%, el 23.6% a cargo del empresario y un 4.7% a cargo del trabajador, aplicándose el mismo cualquiera que sea la base de cotización.

Incluso el resto de las cotizaciones, por horas extraordinarias o por lo que se denomina de recaudación conjunta responden al mismo modelo. Y si bien es cierto que para la cotización sobre las primeras se establecen criterios diferenciadores en cuanto a la base de cotización o a los efectos de la cotización en el sistema, el porcentaje aplicable es único (14.%, 12% a cargo de empresario y 2% a cargo del trabajador si son horas estructurales y con el mismo régimen que el resto si no lo fueran). Lo mismo ocurre para el FOGASA, con un 0.4% a cargo exclusivo de la empresa o con la formación profesional con un 0.7%, 0.6% a cargo del empresario y un 1.0% a cargo del trabajador. Quizá se aparte de este modelo, sólo relativamente, la cotización por desempleo pues si bien mantiene un único porcentaje general (7.5%, 6% a cargo de la empresa y 1.5% a cargo del trabajador), desde 1999 se ha introducido una pequeña penalización empresarial para las modalidades de duración determinada (en cuyo caso se incrementa hasta un 8.3%, 6.7% a cargo de la empresa y 1.6% a cargo del trabajador) o a un 9.3%, 7.7% a cargo del empresario y 1.6% a cargo del trabajador, cuando se trate de un contrato a tiempo parcial. Mas, incluso en este último supuesto, el tipo aplicable para cada caso es único y no variable en función de una escala. Sea como fuere, esta clasificación no está exenta de matices, sobre todo por lo que se refiere al calificativo de única y quizá por la referencia a la proporcionalidad.

2. En cuanto a la unicidad de la cotización, y en primer lugar, porque pudiera oponerse que, dado que el sistema pivota básicamente sobre la cotización por contingencias comunes y por contingencias profesionales, la cotización no ha de ser calificada como única. La premisa es válida, la conclusión puede no serlo. Que el sistema sea dual y obligue a distinguir un tipo de cotización de otra no significa que cada una de ellas origine una prestación distinta como ocurre cuando se opone un sistema de cotización único a un sistema de cotización plural. La incapacidad temporal o la incapacidad permanente o cualquier otra contingencia conlleva una cotización única, independientemente de que la cuantía de la misma pueda ser mayor o menor según provenga de contingencias comunes o profesionales. En segundo lugar, porque de añadirse las denominadas aportaciones de recaudación conjunta, por desempleo, FOGASA o formación profesional y la cotización por horas extraordinarias quizás hubiera que matizar el calificativo de única. Pero no sería una buena solución toda vez que el elemento nuclear del sistema son las contingencias comunes y las profesionales, siendo estos otros conceptos complementarios a las anteriores. Por lo demás, también si la atención se centrara en dichas aportaciones llegaríamos a la conclusión de que una misma cotización origina distintas prestaciones y del mismo modo deberíamos acudir al resto de calificativos pues de nuevo en estos casos se produce una cotización proporcional y una cotización fija (un porcentaje fijo en cada caso bien sea para empleador, bien para trabajador, según corresponda).

Por lo que se refiere a la proporcionalidad, porque existen en nuestro sistema ejemplos destacados de cotización única mensual que no toma como referencia el salario del trabajador para calcular la cuota correspondiente. Así ocurre, por ejemplo, con los contratos para la formación (una cantidad fija de 36.39 euros mensuales durante el año 2011, de los cuales 30.34 corresponden al empresario y 6.05 al trabajador). La justificación de esta excepción al modelo general de cotización se puede encontrar en diferentes argumentos. Quizá el más destacado sea que, en estos casos, se extrae del ámbito de protección algunas contingencias como el desempleo o se toma como referencia una base de cotización inferior a la que ya es mínima en el sistema general porque se trata de salarios inferiores a los convencionales a fin de abaratar y propiciar este tipo de contratación (art. 11.2 LET y DA 6ª LGSS).

2.3. La cotización obligatoria variable

2.3.1. La evolución histórica de la cotización variable

1. La tendencia, casi generalizada, a identificar cotización al sistema de Seguridad Social con cotización “fija” de un porcentaje establecido para empresarios (23.6%) y para trabajadores (4.7%) en contingencias comunes ha impedido, hasta el momento, observar la existencia de otro tipo de cotización que, por oposición a la anterior, pudiéramos calificar como “móvil” o variable. Pero esta última ha existido siempre, a lo largo de la historia de los seguros sociales, a lo largo de la historia de la Seguridad Social española y, por qué no decirlo, en el presente de esta última. La propia cotización por contingencias profesionales es buen ejemplo de cotización móvil toda vez que cada empleador cotiza por un porcentaje distinto en función del epígrafe de tarifas en el que se sitúe su actividad, si bien dentro de la misma la cotización es idéntica para toda empresa. Se abren ahora nuevas perspectivas y se intenta ampliar e intensificar la presencia de las escalas móviles en la cotización. Es más, son demasiados los ejemplos en el actual sistema de protección social de la pujanza de nuevas fórmulas de cotización basadas en una escala móvil que, a buen seguro, se impondrán en el futuro.

Uno de esos ejemplos es la técnica calificada como “bonus/malus” por los agentes sociales en materia de prevención. Se trata de “premiar/castigar” con una reducción/incremento de la cotización en contingencias profesionales al empleador cumplidor/incumplidor de la normativa de prevención de riesgos laborales. A pesar de que esta medida se halle recogida ya de algún modo por nuestra legislación de Seguridad Social (art. 108.3 LGSS), la inaplicación de la misma y el incesante crecimiento de las cifras espectaculares de siniestralidad laboral obligan a valorar positivamente cualquier intento de incentivar el cumplimiento de la legislación preventiva que deberá llevar aparejada una reducción en los accidentes o enfermedades con o sin resultado de muerte. El interés de esta propuesta se sobredimensiona si para concretar la aplicación de esta escala variable de cotización aporta una serie de criterios y expone un cúmulo de objetivos a cumplir. Será necesario valorar y precisar las ventajas o inconvenientes de esta propuesta y calibrar si la escala móvil ya creada puede ser, definitivamente, aplicada.

2. En la historia de los seguros sociales, dos movimientos permiten explicar la evolución en las modalidades de cotización de los diferentes sistemas (¹⁰²). En primer lugar, el que se refiere a la unidad o pluralidad de cotizaciones. Los sistemas de seguros

(¹⁰²) Reflexiones tomadas de AZNAR, S., “El sistema de reparto o el de capitalización en los seguros sociales”, *Revista Española de Seguridad Social*, 1943, núms. 1 y 2, GONZALEZ-ROTHVOSS, M., CASTAN TOBEÑAS, J., MARTIN-GRANIZO, L., PEREZ BOTIJA, E y MENENDEZ-PIDAL, J., *Leyes Sociales de España*, Biblioteca Media y Marañón, Reus, Madrid, 1951, UCELAY REPOLLES, M., *Previsión y Seguros Sociales*, Gráficas González, Madrid, 1955, VILLA GIL, L.E. de la y DESDENTADO BONETE, A., *Manual de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1977, ALONSO OLEA, M., “Cien años de Seguridad Social”, *Papeles de Economía Española*, núm.12, 1982, DURAND, P., *La política contemporánea de Seguridad Social*, MTSS, Madrid, 1991, DUPEYROUX, J.J., *Droit de la Sécurité Sociale*, Dalloz, París, 1995, LA VILLA GIL, L.E de la, *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares, Granada, 2003.

sociales, y en particular el sistema alemán, imponían el pago de tantas cotizaciones como riesgos diferentes a cubrir hubiera. El origen histórico de los seguros sociales exigía esta solución toda vez que las diferentes ramas de dichos seguros conllevaba un modelo de gestión, de administración, de financiación y, por ende, de cotización diferente. Este sistema de pluralidad de cotizaciones frente a la unidad de las mismas tenía una ventaja inicial: asignaba automáticamente a cada rama de seguro los recursos de que disponía e incitaba a cada entidad gestora a equilibrar los resultados de su gestión. La tendencia de los ordenamientos contemporáneos evolucionó de forma contraria hacia la cotización única. Primero Francia, aplicando este sistema antes de la guerra de 1939, y después el Informe Beveridge, aconsejando la agrupación de todas las cotizaciones en una cotización única que permitiera acceder a todas las prestaciones, propiciarían el avance de esta fórmula en los países desarrollados. El ahorro en gastos de gestión y la simplificación de todo el sistema se manifestaban como las principales ventajas de esta fórmula.

El segundo movimiento repara en la diferencia entre uniformidad o diversidad de cuotas. Se trata de sustituir el principio de diversidad de tipos de cotización por el de cotizaciones uniformes. Al principio, cada Caja aseguradora, cada riesgo asegurado fijaba su propia cotización, su propia tasa. Los asegurados pagaban cuotas diferentes según el lugar de trabajo, según su residencia, según la naturaleza de la actividad profesional desempeñada, etc. Este sistema presentaba un inconveniente básico, el de la diversidad de niveles en las cotizaciones que situaba a cada asegurado en una posición distinta según su propia circunstancia personal y profesional. Surge así la necesidad de establecer una uniformidad en las cuotas al sistema. Y surge básicamente al considerar que no cabe efectuar diferencias entre riesgos “buenos” y “malos”. La política de Seguridad Social no puede aceptar que se impongan cotizaciones más elevadas para los riesgos “malos” y tampoco puede permitir que dichos riesgos desaparezcan del ámbito de cobertura del sistema, precisamente por tratarse de riesgos que dejan en una situación más desfavorable a quienes los padecen. Con excepciones. Destaca, así, la legislación americana que, desde la creación de su seguro de desempleo, optó por establecer un sistema de cotización variable de obligación patronal únicamente, al considerar que, como el accidente de trabajo, el desempleo es más un riesgo industrial que social. Buscando el objetivo de estimular la prevención y repartir la carga de manera que cada empresa pagara en cierta medida su presunta responsabilidad en la destrucción de empleo, la cuantía de las cotizaciones se establecía en virtud del sistema de la *experience rating* a través del cual el tipo de cotización del empresario se hallaba sometido a una constante revisión para ser aumentado o disminuido según la mayor o menor entidad de las indemnizaciones de desempleo obtenidas por sus trabajadores.

Este criterio de la uniformidad ha encontrado siempre una resistencia especial en el supuesto de los accidentes de trabajo, ejemplo típico en el que los diferentes ordenamientos optan por modular la cotización en función de la gravedad y frecuencia de los siniestros o la onerosidad de los mismos. A través de esta fórmula se pretende incitar a las empresas a que eviten la actualización del riesgo y a disuadir, por medio de una cotización superior, a las que soportan una responsabilidad mayor cuando el riesgo se convierte en siniestro. Pero también, como en el supuesto anterior, con destacados ejemplos en contrario. Así, la legislación británica y con base en el principio de solidaridad que recorre todo el sistema, considera que la cotización única ha de imponerse en todo tipo de riesgos, también en el accidente de trabajo. Mas a lo largo de la historia del aseguramiento social, en la práctica y salvo excepciones, se ha demostrado que la variación del tipo de cotización no se ha empleado más que con fines

sociales y normalmente en períodos de transición de un sistema de protección a otro distinto o como consecuencia de una reforma legislativa o, como se comprueba, en la cobertura de las contingencias profesionales.

3. España no ha estado ajena en su evolución histórica a estos movimientos. Aunque el nacimiento de los seguros sociales es anterior, puede afirmarse que la obligación de cotizar surge en nuestro país con el Real Decreto-Ley de 11 de marzo de 1919 por el que se establecieron las bases de un “régimen de intensificación de retiros obreros”. A través del mismo se extendía el seguro obligatorio de vejez a toda la población asalariada comprendida entre los 16 y los 65 años de edad cuyo haber anual no superase, por todos los conceptos, un total de cuatro mil pesetas y fijando una pensión de trescientas sesenta y cinco pesetas a recibir desde los 65 años de edad. La financiación de las pensiones recogidas por esta norma debía basarse en una “contribución del Estado y de la patronal”, estableciéndose reglas para cuantificar la imposición obligatoria patronal en función de la edad del trabajador, para facilitar el cálculo, para evitar situaciones de discriminación pero con una cuota patronal uniforme de diez céntimos diarios por trabajador asegurado menor de cuarenta y cinco años (de ahí el apelativo popular de “seguro de la perra gorda”).

Con posterioridad, se sucederían otros seguros sociales basados en la obligación de cotizar [paro forzoso (1919), maternidad (1929), accidente de trabajo (1932), subsidios familiares (1938), enfermedad (1942), enfermedades profesionales (1947), vejez e invalidez (1947),etc] hasta llegar a la unificación provocada por la Ley de Bases de 1963. Baste apuntar que sería la aprobación del Convenio número 12 de la OIT sobre indemnización de los accidentes de trabajo en la agricultura, ratificado por España a través del Decreto de 9 de mayo de 1931, registrado el 1 de octubre de 1931, la que propiciaría la aceptación en nuestra legislación del criterio de obligatoriedad en el seguro de accidentes de trabajo. Con anterioridad, y debido “al número y la gravedad de las tragedias ocurridas en el mar”, se aprobó el Real Decreto de 15 de octubre de 1919, imponiéndose a través del mismo la obligación de asegurar las dotaciones contra los accidentes del mar. Pero habría que esperar a la Ley de Bases de 4 de julio de 1932 (desarrollada por lo que se convertiría en el Texto Refundido de Accidentes de Trabajo, Decreto de 8 de octubre de 1932), defendida por Largo Caballero (Ministro de Trabajo), para lograr imponer la obligatoriedad del aseguramiento en la industria de las indemnizaciones derivadas de un accidente que originase muerte o incapacidad permanente. Se permitiría, a través del mismo, que los patronos cumplieran con su obligación de aseguramiento mediante un seguro concertado con la Caja Nacional de Accidentes de Trabajo, en una Mutualidad patronal o con una Sociedad de seguros. Para ello, la Caja Nacional debía publicar una tarifa de primas (la primera se fijaría a través de la OM 11 de marzo de 1933), clasificando los riesgos según sus distintas categorías. Los patronos estaban obligados a abonar las primas correspondientes según el riesgo de su actividad, el número de obreros y el importe del salario abonado a los mismos en cada categoría de riesgos, de forma muy similar a la actualmente en vigor. No obstante, la complejidad, farragosidad y el alto grado alcanzado en la dispersión normativa sobre accidentes de trabajo no desaparecería hasta la reglamentación uniforme llevada a cabo por la Ley 22 de diciembre de 1955.

4. Primó a lo largo de la historia la cotización fija, siendo residual el establecimiento de una escala móvil de cotización. Pero la historia española también conoció, como en el salario, ejemplos de cotizaciones variables. En el salario, una de las primeras alusiones normativas a esta técnica se produce en el Real Decreto-Ley de 6 de agosto de 1927, Gaceta de 9 de agosto, relativo a la intervención del Estado en las

explotaciones del carbón mineral, estableciendo un régimen de escala móvil en los salarios, a base de un sumando fijo o jornal mínimo, en relación con el precio de las subsistencias y los jornales medios en la región que se mantendrá en todo tiempo y otro sumando variable con el precio virtual medio del carbón extranjero en España y el promedio del efecto útil por obrero (Base 12).

En materia de protección social se incluiría de forma más sutil. El primer seguro obligatorio, el del retiro obrero, estaba financiado por cotizaciones empresariales uniformes y por aportaciones del Estado también uniformes pero complementadas con aportaciones de escala móvil. Así, y de acuerdo con el art. 15 RD 21 en.21, se fijaba una cuota fija pero si se trataba de asalariados ya asegurados antes de la imposición de este régimen la cuota obligatoria del Estado era incrementada hasta en un 23%. Por su parte, la aportación patronal se fijaba de acuerdo con unas primas variables en función de la edad del obrero en el momento de la afiliación y calculadas de modo que *“supuesto el pago no interrumpido de la misma hasta la edad de retiro”*, produjera una pensión vitalicia de 265 pesetas anuales. Si bien se establecía asimismo que el cobro a las clases patronales de su imposición para el fondo de prima se haría *“por medio de una cuota media, uniforme para cada trabajador, sin consideración a la edad que éste tenga”*. A tal fin se fija como cuota media inicial patronal para constituir la pensión la de 3 pesetas mensuales por cada asalariado menos de cuarenta y cinco años que lo fuera durante todo un mes y de 10 céntimos diarios cuando aquel plazo fuera menor, *“computándose en este caso tantas cuotas cuantos días medien entre el día en que comenzó a trabajar para el patrono y el día en que terminó, ambos inclusive, y sin exceptuar los festivos”* (art. 17 RD 21 en.21). Con el seguro de accidentes comenzaría a propiciarse un sistema de cotización fija pero proporcional en función de los salarios, criterio que sería seguido por posteriores subsidios como el familiar o el de vejez o invalidez o el seguro de enfermedad, incluso incorporando alguno de ellos como el subsidio familiar un gravamen sobre los dividendos de las empresas, pronto sustituido por una aportación estatal, aun cuando la cuantía de todas estas prestaciones fuera uniforme. Con el sistema complementario del Mutualismo Laboral de 1946 surge el problema de la relación entre el salario real-salario de cotización, con prestaciones calculadas sobre salarios reales frente a las prestaciones uniformes de los seguros sociales administrados por el INP. La liberalización relativa de la política de salarios en 1958 llevó consigo una correlativa política desgravatoria en materia de Seguridad Social, excluyendo de cotización (salvo para accidentes de trabajo) determinados conceptos percibidos por los trabajadores en su remuneración.

5. Y es que la pretendida unificación de los seguros sociales no evolucionó paralelamente a la unificación en materia de cotización puesto que junto a las cuotas que había que abonar obligatoriamente a los seguros sociales unificados, se añadían las correspondientes a la organización sindical, a la formación profesional o al Mutualismo Laboral. En relación a este último y, como es sabido, durante la década de los años cuarenta y al amparo de las Reglamentaciones de Trabajo, surgen las Instituciones de Previsión Laboral a las que necesariamente debían incorporarse tanto empresarios como trabajadores y a las que obligatoriamente debían contribuir ambos. La disparidad de obligaciones creadas por cada una de ellas propició la aprobación de un Reglamento General del Mutualismo Laboral por Decreto de 10 de agosto de 1954. A través del mismo las cuotas se asumieron como recursos de las Instituciones de Previsión Laboral además de señalar el carácter obligatorio, el salario base que debía servir para su cálculo, el límite de su cuantía y el procedimiento para la exacción de las cuotas no satisfechas en la forma y tiempo exigidos. Ni siquiera el tránsito de la época antigua de

los seguros sociales a la etapa moderna de la Seguridad Social consigue ya no uniformar esta obligación, sino la forma de materializar la misma. De hecho, el Decreto 56/63, 17 ene. introduciría el sistema de cotización por bases tarifadas (salvo en accidentes de trabajo), defendido por el legislador como solución al impacto negativo que había producido el régimen de libertad en la fijación de salarios. Con este sistema el Gobierno fijaba tarifas de cotización para cada uno de los doce grupos de cotización establecidos y a los que se adscribía toda la población activa protegida de acuerdo con su categoría profesional. La posterior LRSS restableció la cotización sobre salarios reales si bien, para evitar un brusco incremento de coste de la mano de obra, determinaría una aplicación gradual de la norma entre 1972 y 1975 quedando fijados dos tipos de cotización (por bases tarifadas y por bases complementarias individuales) para evolucionar hacia el sistema hoy vigente (¹⁰³).

2.3.2. La cotización variable en algunos ámbitos de la Seguridad Social

1. Como es sabido, el sistema de Seguridad Social español es un sistema dual, diferenciando las cotizaciones por contingencias comunes de la de contingencias profesionales. La primera con la fijación de un porcentaje único distinto para empresario y trabajador. La segunda con la determinación de una cuota variable o móvil en función de la actividad del empresario, si bien dentro de cada epígrafe única para cada empresa que se encuadra en ella. Por tanto, si se toma como referencia la dualidad de nuestro sistema de cotización entre contingencias comunes y profesionales, el sistema de cotización es fijo en las contingencias comunes pero móvil en las contingencias profesionales. De ser así, la idea generalizada de una cotización fija en nuestro sistema ha de ser puesta en cuestión porque, al menos, el “cincuenta por ciento” del mismo se basa en una escala móvil de cotización.

En efecto. El ejemplo más palmario de cotización variable es precisamente el de la cotización por contingencias profesionales establecida sobre una tarifa de primas o sobre unos tipos de cotización en función de una serie de epígrafes distribuidos según la peligrosidad de la actividad en la que se inserta la empresa obligada a cotizar. Con una regulación antigua, no exenta de críticas y pendiente de revisión, el RD 2930/79, 29 dic., fija una serie de tipos aplicables que oscilan entre un 1.1% del personal de oficinas (epígrafe 114) y entre el 15% del personal de vuelo (epígrafe 112). A diferencia de la cotización por contingencias comunes, se fraccionan en dos porcentajes según se destinen para la cobertura de la incapacidad temporal o según vayan destinadas a la cobertura de la invalidez, muerte y supervivencia (así, el epígrafe 114 distribuye la prima o tipo de cotización entre un 0.7% para i.t. y un 0.4% para el resto de contingencias y el epígrafe 112 se distribuye en un 7% i.t. y en un 8% para el resto de contingencias cubiertas).

Obsérvese, por otra parte, que en los últimos tiempos se ha ampliado la tradicional lista de epígrafes a situaciones que, en principio, no están íntimamente vinculadas con la peligrosidad de la actividad sino con la situación contractual (como ocurre, por ejemplo, con el epígrafe 126 referido a la suspensión del contrato por i.t., maternidad o expediente de regulación de empleo) o con la dimensión de trabajo efectuada (primas o tipos diseñados por unidades de superficie cultivada, como ocurre en los epígrafes 29 al 50 del régimen agrario) o con las nuevas previsiones derivadas de

(¹⁰³) DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A., *Manual de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1977, pp. 214 y 215.

nuevas situaciones contractuales (desempleados que realizan trabajos de colaboración) o cuando se llevan a cabo, por último, asimilaciones entre epígrafes con escasos puntos en común (señálese, por ejemplo, la asimilación expresa de colectivos como los deportistas profesionales al epígrafe 121 destinada a los enfermeros y guardias de manicomios), etc.

2. Existen, además, otros supuestos. Las principales “desviaciones” del tipo fijo vienen derivadas o bien de la aplicación de una serie de coeficientes reductores que establece la ley por alguna circunstancia, o bien por bonificaciones sobre las cuotas o bien por penalización en las mismas. Generalmente se produce la aplicación de coeficientes reductores sobre la cuota cuando existe una reducción paralela de las contingencias no protegidas. Así ocurre, por ejemplo, con los coeficientes reductores de aplicación a las empresas excluidas de alguna contingencia y a las empresas colaboradoras.

Por su parte, la bonificación no tiene su razón de ser en una afectación de la obligación de cotizar por reducción de las contingencias protegidas o por colaboración en la gestión por parte del empresario. Constituyen una materialización de la intervención del Estado en su función de estímulo o de fomento, en este caso del empleo, y en concreto del empleo estable, tras el espectacular crecimiento del trabajo temporal en nuestro país. Operan, sin embargo, como los coeficientes reductores o penalizadores, esto es, se aplican con porcentajes de reducción sobre la cuota íntegra resultante. Las normas reguladoras suelen estar ubicadas en las disposiciones relativas a los contratos bonificados y utilizan tanto la denominación de bonificación como la de reducción aun cuando la repercusión de éstas sea distinta ya que, en muchas ocasiones, las reducciones se imputan a los presupuestos de la Seguridad Social mientras que las bonificaciones se asumen por los presupuestos del Servicio de Empleo Estatal o del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Las bonificaciones, destinadas a distintos colectivos y en cuantías bien diversas, permiten incluso al ahorro del 100% de la cotización a los sujetos obligados bien durante todo el tiempo que dure la obligación bien durante un tiempo determinado. Sirva de ejemplo, la bonificación del 100% en las cuotas empresariales por todas las contingencias introducidas por el art. 1 del RD-L. 11/98, 4 sept. para los contratos de interinidad en sustitución de los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento en los términos establecidos en el art. 48.4 LET. Al margen quedan situaciones como el recargo de prestaciones del art. 123 LGSS o de la modulación de las cotizaciones en contingencias profesionales del art. 108 LGSS cuando fallan las medidas de prevención de riesgos que serán objeto de atención especial en otros apartados.

2.3.3. El posible alcance de la cotización variable en la Seguridad Social

a) Considerando la aportación global de empresa y trabajador al sistema de protección social

1. Constituye una queja generalizada del sector empresarial español el gravamen que suponen las cotizaciones sociales. En el ámbito de la OCDE, la media de las cotizaciones del trabajador se sitúa en el 12.7% sobre el salario íntegro, situándose España muy por debajo de este promedio. Holanda es el país europeo que presenta tipos más altos con un 28.9% sobre el salario íntegro. La distancia entre el país con las cotizaciones más elevadas y el que tiene cotizaciones más reducidas es de más de 20 puntos porcentuales. En relación a las cuotas empresariales, el país en el que los empresarios soportan las cargas más elevadas es Francia con un total del 28%, seguido por Bélgica, Italia y Suecia con un 26% y un 25%, respectivamente. Dinamarca, por el

contrario, es el país que aplica tipos más reducidos con tan sólo un 1% sobre los costes salariales. Al margen de que la inquietud empresarial pueda estar o no justificada, lo cierto es que parece factible si no la proposición sí al menos la indagación sobre medidas que relativicen dicha carga sin suponer una merma en la financiación del sistema público y manteniendo el equilibrio económico y financiero del sistema mediante una escala móvil de cotización. Basta con importar algunas pautas de comportamiento al ámbito de la cotización que ya han sido experimentadas en otras instituciones y que bien pudieran desarrollarse también en ésta.

Así, cabría, en primer lugar, considerar la dimensión de la empresa. Esta referencia no es muy común en el ámbito de la Seguridad Social pero no está exenta de referencias. Existe en los textos internacionales, en especial en los Convenios de la OIT referidos al trabajo en el campo o a las gentes del mar (Convenios núms. 55, 70, 71, 141, etc) considerando el tamaño de la explotación o de la embarcación. Existe en normas nacionales también con estas mismas connotaciones (así, en el antiguo régimen especial agrario en el que se alude a las pequeñas explotaciones agrarias o en el régimen especial de trabajadores del mar cuando se hace referencia a armadores de pequeñas embarcaciones) o cuando se establecen bonificaciones sobre la cotización en materia de empleo. Y existe en normas nacionales de menor rango (OM 25 nov.66 de colaboración en la gestión que flexibiliza la obligación para empresas de menos de 10 trabajadores, por ejemplo en el art. 16.2 o cuando permite colaborar a partir de 250 o de 100 trabajadores según los casos, *ex art. 4* de la misma). Con todo, la consideración de la pequeña y mediana empresa en el ámbito de la protección social es obligada. De forma explícita el art. 118.2 del Tratado de la UE y el art. 2.2 del Protocolo relativo a la Política Social indican la necesidad de que las Directivas en materia de protección social eviten establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas.

2. Admitir la dimensión de la empresa como forma de establecimiento de una cotización variable exigiría delimitar los criterios que determinan dicha dimensión. La empresa puede ser valorada no sólo en función del número de trabajadores, sino en función de su volumen de negocios o del valor añadido de su producción. Esta combinación de criterios es la que está sirviendo de base a buena parte de los documentos de trabajo de la Unión Europea. Pero, incluso, aun cuando únicamente se tomara como referencia el número de trabajadores, los datos empleados son bien distintos según el entorno en el que se utilicen. Así, la OCDE distingue entre pequeña empresa (100 trabajadores), mediana empresa (entre 100 y 500) y gran empresa (más de 500). La UE, por su parte, considera excesivo el número de 500 trabajadores y exige diferenciar entre cifras más reducidas (50, 150 y 250 trabajadores). Por su parte, la legislación española utiliza criterios distintos (250 trabajadores si atendemos a la LOLS para establecer la obligatoriedad de la existencia de un delegado sindical o la graduación en empresas de 100, entre 100 y 300 o más de 300 trabajadores, cuando se trata de valorar, como se ha comprobado, los efectos de un despido colectivo). Por lo demás, el número de trabajadores puede tener diferente consideración según se trate de trabajadores a tiempo completo o a tiempo parcial o trabajadores por tiempo indefinido o con un contrato de duración temporal en la empresa (no en vano, éste es el criterio seguido por nuestro ordenamiento en el art. 72 LET para concretar el número de representantes en las elecciones sindicales). Es más, la dimensión de la empresa no es análoga a la dimensión del empresario puesto que, como es sabido, en el ordenamiento laboral español no se exige la presencia de una empresa para la aplicación de su normativa, basta con la existencia de un empleador, sujeto que recibe la prestación de

servicios de un trabajador por cuenta ajena, *ex art. 1.2 LET*, y que no tiene por qué ser empresario, para que la norma laboral se aplique. Por eso, aludir a la dimensión de la empresa es, en verdad, aludir a la dimensión medida numéricamente en función de los trabajadores de la misma.

Y exige, asimismo, plantear una cuestión previa como es la posible objeción constitucional que supondría la introducción de este criterio por vulneración del principio de igualdad y por violación del principio de libertad de empresa. Cuando el TC ha tenido que resolver conflictos originados como consecuencia de un distinto tratamiento de la empresa en función del número de trabajadores de la misma ha optado por rechazar la vulneración de ambos derechos constitucionales. Sirva de ejemplo la S.TC 6/84, referida a la distinta indemnización fijada en materia de despido para las empresas de menos de 25 trabajadores en el antiguo art. 56.4 LET. Pues bien, en dicha Sentencia no dudó el Tribunal en constatar que *“la distinción de un doble régimen legal, según que la empresa tenga más o menos de 25 trabajadores, se hace con la finalidad de proteger a la pequeña y mediana empresa, en conexión con una consideración global de la crisis de empleo y de la forma de salir de ella...finalidades que en sí mismas no pueden calificarse de contrarias a la Constitución en cuanto conectan con la potestad legislativa del Estado para la ordenación de la economía (arts. 38 y 53.1 CE) y para regular distintas relaciones de trabajo con un régimen diverso (art. 35.2) e incluso con las características del Estado social de Derecho (art. 1) en el que pueden incluirse sin violencia los fines a que responde la regulación legal...el que la cuantía sea inferior en la pequeña y mediana empresa supone una desigualdad que se encuentra en relación con la finalidad de protección a la misma en conexión...con sus mayores dificultades económicas...Concebido así el sistema y considerado en su globalidad, no puede llegarse a la conclusión de que la desigualdad sea discriminatoria en cuanto no está desprovista de una justificación objetiva y razonable, teniendo en cuenta las finalidades perseguidas y los medios utilizados, entre los cuales no puede afirmarse que no exista una relación de proporcionalidad”*. Bien es cierto que esta tesis puede ser admitida sin reticencia alguna cuando el tratamiento más favorable de la pequeña y mediana empresa se traduce en un tratamiento más favorable para los trabajadores de la misma. Pero, por regla general y como ha ocurrido tras las últimas reformas operadas en la legislación laboral (1994, 2004, 2010), el trato más favorable para la pequeña y mediana empresa se traduce en un trato más desfavorable para los trabajadores de la misma. Es más, mientras pueda demostrarse que determinados derechos laborales pueden ser peor tratados en las pequeñas empresas por la más estrecha relación y conocimiento entre trabajador y empresario tales como la integridad física, la salud, la intimidad, etc, habría que considerar precisamente lo contrario, un trato específico diferencial para estos trabajadores con mayor protección por parte del legislador. Una cautela que, sin embargo, no parece deba reservarse al supuesto que nos ocupa toda vez que la fijación de una escala móvil de cotización no ha de plantear semejantes problemas al trabajador. Bien al contrario, el beneficio de dicha escala se extiende objetivamente a empresario y a trabajadores.

Establecido el criterio sobre la dimensión de la empresa, la introducción de una escala móvil en la cotización por contingencias comunes permitiría diferenciar el distinto gravamen social de las empresas según el volumen de trabajadores. Y, así, cabría modular uno o varios puntos arriba o uno o varios puntos abajo la cotización fija actual. Lo que implicaría resolver una primera duda. Si conviene o no incrementar la carga actual, aun cuando el tamaño de la empresa sea grande y pueda soportar dicho incremento. Es evidente que, en estos momentos, el esfuerzo absoluto que realizan las

empresas es el mismo puesto que cotizan por el mismo porcentaje. El hecho de que una empresa tenga cinco o tenga quinientos trabajadores no altera esta conclusión salvo en el esfuerzo relativo que probablemente sea superior en la empresa más pequeña aunque la cantidad a ingresar en la Seguridad Social sea mayor en la gran empresa como consecuencia del volumen de su plantilla. Pero también parece evidente que el volumen de negocios y, por tanto, los beneficios se obtienen, en general, proporcionalmente en función de la dimensión de la empresa. La gran empresa genera, salvo excepciones, mayor beneficio que la pequeña por lo que el coste de Seguridad Social puede tener una influencia menor en su balance que para una pequeña empresa. Si bien también es cierto que es la empresa grande la que aporta más recursos al sistema porque es la que más trabajadores tiene con lo que podría resultar paradójico que quien más inversión en empleo realiza, deba efectuar un esfuerzo contributivo proporcionalmente mayor con este tipo de medidas. Es ésta una objeción, no obstante, descartable porque podría ser utilizada también en la actualidad, sin necesidad de proponer reforma alguna al respecto. Mas, al margen de estas consideraciones, incluso cabría mantener esta tesis sin necesidad de incrementar el tipo fijo actual de cotización, reduciendo en unos puntos la cotización para las pequeñas y medianas empresas que con esta medida incentivarían la inversión en creación de empleo con lo que el sistema de Seguridad Social lejos de perder recursos los ganaría pues además de dejar de soportar el coste de la prestación por desempleo, obtendría nuevas cuotas por los nuevos puestos de trabajo creados y ocupados por la población antes desempleada. Por lo demás, el temor a incrementar el importe de la cotización fija actual no debe provocar un rechazo *a priori* de este tipo de propuestas toda vez que los propios agentes sociales están considerando el mismo en algunas materias, tal y como ocurre en la prevención de riesgos laborales.

3. Por lo demás, cada vez existe una convicción más arraigada de que el esfuerzo en materia de protección social que han de hacer trabajador y empresario no reside únicamente en la cotización al sistema de Seguridad Social. Los sistemas complementarios exigen un esfuerzo supletorio para alcanzar el nivel deseado en las prestaciones. Tanto trabajadores como empresarios están haciendo *de facto* y *de iure* un esfuerzo adicional para completar la protección social global que les corresponde en caso de sufrir una contingencia. Y no es que la protección pública sea insuficiente, y por supuesto, no se trata de propiciar un estímulo de la protección complementaria en detrimento de la básica, se trata únicamente de reconocer lo que, en suma, está ocurriendo y es que tanto trabajadores como empresarios están destinando parte de sus ingresos no sólo a cotizar al sistema de Seguridad Social sino también a mantener la financiación de los distintos instrumentos de protección complementaria existentes, especialmente los planes y fondos de pensiones.

Por qué no admitir, siguiendo con esta reflexión, que la carga asumida por el empleador y por el trabajador sea considerada de forma conjunta, estableciendo mecanismos que reconozcan dicha carga y que permitan graduar la aportación conjunta al sistema de protección social, sin que de dicho planteamiento deba derivarse necesariamente una merma para ninguno de ellos, ni para el sistema básico ni para el sistema complementario. Del mismo modo que se diferencia entre las distintas contingencias –comunes y profesionales– y se diseñan dos formas de cotización distintas para cada una de ellas –única y móvil– con diferentes formas de gestionar –con órganos de Seguridad Social o con entidades privadas colaboradoras como las Mutuas–, no debería haber dificultad alguna en disponer de un sistema que conjugara los esfuerzos de cotización y de protección social y pudiera graduar mediante escalas móviles la carga que tanto el empresario como el trabajador soportan en uno u otro. De ser así, la fórmula

más idónea sería la escala variable que permitiría seleccionar en cada situación el esfuerzo contributivo a realizar a cada uno de los subsistemas del modelo integral de protección social. Obsérvese que cuando se alude a los sistemas de protección complementaria en estos momentos tan sólo cubren contingencias comunes (a saber, jubilación, muerte, supervivencia, incapacidad permanente, etc) por lo que la ampliación se haría en beneficio de la integración de la escala móvil en las contingencias comunes, añadiendo o marginando las contingencias profesionales. Se trata, en definitiva, de globalizar la protección social, de estimular la creación de sistemas empresariales de protección que garanticen una pensión sustitutiva del salario a los trabajadores. El inconveniente de la posible privatización del sistema se vería contrastado con la consecución de una mayor, mejor y más segura protección del trabajador y podría ser rechazado si se engarzaran los diferentes instrumentos de previsión, básico y complementario. Ocurrió en el pasado con las mejoras voluntarias, por qué no mantenerlo en el futuro con los compromisos por pensiones.

b) Considerando el beneficio adicional obtenido de la protección social por la empresa

1. Más allá de la concepción genérica de que la protección del sistema beneficia al empresario porque permite derivar la cobertura de sus riesgos como si de un aseguramiento privado se tratara, el sistema traslada al empresario beneficios que difícilmente hubieran sido considerados como tales en sus orígenes. En gran medida estos beneficios son provocados por la perturbación, probablemente lícita, que muchas prestaciones del sistema han sufrido a lo largo de su historia. En otros casos, esos beneficios se derivan inevitablemente de la utilización fraudulenta de sus prestaciones.

Es evidente, por ejemplo, que la jubilación no puede ser considerada hoy, o al menos, no debiera ser considerada hoy exclusivamente como un derecho del trabajador pues ha pasado a convertirse en un beneficio de la empresa. En la actualidad muchas empresas utilizan la jubilación de sus trabajadores, ya se de forma ordinaria o anticipada, para amortizar puestos de trabajo a un coste mucho más reducido que si aquélla no existiera. Un interés que se sobredimensiona si la referencia la hacemos a los procesos de prejubilación de los trabajadores, basados en su mayoría en ayudas o prestaciones públicas que permiten a las empresas redimensionar de forma pacífica su organización productiva⁽¹⁰⁴⁾. No otra puede ser la explicación de reformas recientes destinadas a comprender y encauzar este tipo de comportamientos dentro del ámbito de la Seguridad Social. Obsérvese la reducción de los coeficientes aplicables a la jubilación anticipada, tradicionalmente inmodificables y hoy reducidos si la extinción del contrato no se ha producido “*por causa imputable a la libre voluntad del trabajador*” (art. 161.3 LGSS) o la obligación de contribuir por parte de la empresa a un Convenio Especial cuando se incluyen en expedientes de regulación de empleo a trabajadores mayores de 55 años (art. 51.15 LET) o cuando se prevé la extensión en el percibo del subsidio de prejubilación hasta el cumplimiento no de cualquier edad para acceder a la jubilación sino la edad ordinaria (art. 216.3 LGSS). Ejemplos todos ellos, aun reducidos, de la ingerencia empresarial en esta pensión que surge como derecho del trabajador a un retiro voluntario a partir de los 65 años de edad. Del mismo modo, la prestación por desempleo o los correspondientes subsidios nutren de contenido la cobertura social de los expedientes de regulación de empleo que entre la intervención del FOGASA y la del

⁽¹⁰⁴⁾ Muchos más ampliamente en LOPEZ CUMBRE, L., *La prejubilación*, Civitas-UAM, Madrid, 1998.

INEM resuelven una crisis empresarial. En ocasiones la incapacidad, ya temporal ya permanente, se utiliza, bien que de forma fraudulenta, para salvaguardar con cobertura pública una situación de suspensión contractual o de “paraextinción”, manteniendo al trabajador en plantilla pero sin desear el empresario su reincorporación y pactando las partes el *statu quo* del trabajador hasta llegada una determinada fecha que puede ser, por ejemplo, la de su jubilación.

2. Pues bien, todos estos son ejemplos de que la protección social ha “pervertido” su función en algunos casos y además de actuar sobre sus beneficiarios ha servido para favorecer los intereses de las empresas. De ser así, si se pueden apreciar supuestos como los mencionados y excluyendo aquellos que son utilizados en fraude de ley y cuyo control corresponde a la autoridad laboral o a la autoridad judicial, por qué no considerar el abono de una cotización de escala móvil en las contingencias comunes de aquellas empresas que utilizan estos mecanismos para dimensionar sus plantillas de forma no conflictiva. Del mismo modo que se grava o penaliza a empresas por su comportamiento en el empleo o en materia de prevención o por incumplimientos en las normas de Seguridad Social, cabría añadir un plus (modulable y variable) en la cotización de las empresas que se aprovechan –lícitamente, por lo demás- de la acción protectora de la Seguridad Social pervirtiendo el sentido de la cobertura de la misma. Que el trabajador tenga derecho a una pensión de jubilación tras unos años de cotización tiene sentido; que se convierta en un beneficio neto para la empresa, incluso con el deseo del trabajador de permanecer en su puesto de trabajo y no acceder a tal pensión, probablemente, no. Del mismo modo que cuando se obtiene un beneficio por un servicio público se abona una tasa o un precio público, cuando se obtiene un beneficio mayor del implícitamente admitido por el sistema, no parece exagerado exigir un plus por la satisfacción adicional obtenida.

No constituye novedad alguna la utilización de la penalización (*malus*) a través de un incremento en la cotización del empresario o del trabajador o el estímulo (*bonus*) a través de una rebaja en las mismas cuando se pretenden lograr unos objetivos. A ello responden los recargos o las bonificaciones en las cuotas y que pueden ser fijas, como son habitualmente, o móviles, como disponen las propuestas en materia de prevención que serán analizadas seguidamente. Pero cabría hacer un esfuerzo mayor en este sentido y plantear, por ejemplo, la conveniencia de valorar la trayectoria histórica de una empresa que ha cumplido escrupulosamente con sus obligaciones de Seguridad Social, e incluso con todas sus obligaciones sociales, en un período de tiempo (diez años, por ejemplo) y premiar a la misma con un descenso (de un punto o dos, por ejemplo) en su porcentaje de cotización a fin de estimular con el cumplimiento reglamentario y en plazo de la norma. *Sensu contrario*, el empresario podría ser penalizado si en una recapitulación semestral o anual se tienen en cuenta todas las infracciones en materia de Seguridad Social, o incluso todas las infracciones cometidas en el orden social, gravando con una mayor cotización (también en un punto o dos, por ejemplo) a aquellas que tienen por principio el incumplimiento de la norma laboral considerando eficiente el mismo porque cuantificadas las sanciones pecuniarias parece resultarles rentable la infracción cometida. Se trata de generalizar la técnica del *bonus-malus* y extenderla más allá de la prevención, más allá de las contingencias profesionales y más allá de la propia sanción.

Cabría plantear finalmente si la cotización variable podría adoptarse únicamente por parte del empresario, únicamente por parte del trabajador o por ambos. La segunda hipótesis parece descartada porque se trata de un supuesto inexistente o excepcional en nuestra legislación. La primera parece razonable toda vez que es la empresa la que

aparece como principal destinataria de la medida a adoptar, dirigida fundamentalmente a incentivar la creación o el mantenimiento del empleo a través de una escala móvil de cotización que relativice la carga soportada por el empresario. La última tampoco merece un rechazo inicial puesto que si el empresario se beneficia de dicha escala móvil, por qué no debiera poder utilizarla el trabajador.

De hecho, el trabajador participa directa o indirectamente de los beneficios o perjuicios que una gran o pequeña empresa tengan. Con todo, parece que existe una menor conexión entre la causa por la que se establecería en este supuesto una escala móvil de cotización y el objetivo perseguido por dicha medida, destinado más a motivar al empresario que a beneficiar al trabajador. Pero, asimismo, habría que considerar si se tiene en cuenta únicamente la dimensión de la empresa o se admiten otros factores como el tipo de contratación que se realice, el distinto esfuerzo que le supone a una pequeña empresa contratar indefinidamente respecto de una gran empresa. Sin olvidar otros aspectos, como el volumen de negocio pues no resultan extraños ejemplos en que empresas pequeñas tienen un nivel de facturación elevadísimo y empresas grandes se mantienen con balances en exceso equilibrados.

2.4. Cotización variable voluntaria como complemento a la cotización básica obligatoria dentro del sistema de Seguridad Social

1. La participación privada en el ámbito de la Seguridad Social podría extenderse a una cotización adicional que garantizara un sistema complementario capitalizado dentro del sistema de Seguridad Social. Con esto se conseguiría, como ocurre en Francia, que el régimen complementario fuera destinado a incrementar la pensión del beneficiario al margen del sistema de reparto y en virtud de las previsiones (por aportación definida o por prestación definida) que se hicieran pero siempre con la gestión e inversión propia del sistema público. De esta manera, se conseguiría reforzar los recursos del sistema público y se eliminarían ciertos gastos y riesgos hoy presentes por la intervención de entidades financieras. Para evitar el recelo de estas últimas debiera haber la opción entre la “externalización” o la “interiorización” de estos sistemas de modo tal que, en el mercado competitivo, cada entidad ofreciera las mejores condiciones a sus depositarios que, a su vez, podrían optar por el mantenimiento en el sistema público bien con un nivel individual, complementario, privado fruto de una cotización adicional destinada no al reparto sino a la capitalización.

CAPÍTULO IV. LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA ASISTENCIA SANITARIA ESPAÑOLA

I. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE SANIDAD. 1. El derecho constitucional a la salud. 1.1. Un modelo universal, solidario, público e igualitario. 1.2. De la competencia estatal sobre las bases y la coordinación general de la sanidad a la competencia autonómica sanitaria. 2. La conexión entre Sanidad y Seguridad Social. 2.1. La prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social. 2.2. La propuesta de reversión de competencias al Estado ante la ineficacia en la protección sanitaria. II. EL MODELO DE FINANCIACIÓN SANITARIO. LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA FINANCIACIÓN Y LA GESTIÓN SANITARIA. 1. Autofinanciación mediante cesión de tributos estatales. 2. Gastos sanitarios: la sostenibilidad financiera del sistema sanitario español. 2.1. Sostenibilidad en un contexto de crisis económica. 2.2. Factores que contribuyen al incremento de los gastos en el sistema sanitario. 3. La participación privada en la financiación y gestión del sistema sanitario. 3.1. La gestión directa o indirecta del sistema sanitario. Participación privada en la gestión sanitaria. 3.2. La financiación privada del sistema sanitario. Sobre el copago sanitario. 3.2.1. La financiación privada en el sistema sanitario español y en el sistema sanitario comparado europeo. 3.2.2. El copago sanitario como fórmula de financiación privada de la atención sanitaria

I. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE SANIDAD

1. El derecho constitucional a la salud

1.1. Un modelo universal, solidario, público e igualitario

1. El art. 43 de la CE reconoce el derecho a la protección a la salud. Compete a los poderes públicos “*organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios*”. Será la Ley la que establezca los derechos y deberes que se deriven de esta actuación. Pero el interés de la protección constitucional no se halla tanto en este precepto, aun cuando constituya el mismo el elemento nuclear del modelo constitucional a la salud, sino en la distribución competencial que sobre este derecho ha efectuado el texto constitucional (¹⁰⁵).

La Constitución Española distribuye las competencias de los poderes públicos para hacer efectivo el derecho a la salud entre el Estado y las CCAA. Corresponde al Estado, *ex art. 149.1.16 CE*, la sanidad exterior (Tratados, Convenios, Acuerdos Internacionales en materia de sanidad, control de fronteras y tráficos de mercancías y personas), las bases y coordinación general de la sanidad (lo que supone dictar

(¹⁰⁵) CAVAS MARTÍNEZ, F., y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “La protección a la salud en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.57, 2005, pp. 401-428, VILLA GIL, L.E. de la, “El derecho constitucional a la salud”, en AAVV, *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Libro Homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer*, Madrid, La Ley, 2007, pp. 967-1004, LÓPEZ CUMBRE, L. “Nota Introductoria al Estudio “El modelo constitucional de protección social”, en AAVV, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Cincuenta estudios del prof. Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2006, pp. 1529-1532.

legislación básica y coordinación de la actuación de todas las Administraciones Públicas) y la legislación sobre productos farmacéuticos. Las CCAA poseen, por su parte, competencias en materia de sanidad e higiene, de acuerdo con el art. 148.1.21 CE.

Las competencias del Estado en materia de sanidad (art. 149.1.16 CE) imponen una configuración unitaria de un Sistema Nacional de Salud, derivando el adjetivo “nacional” de la asunción de dichas competencias. Un Sistema para todos –españoles y extranjeros residentes-, universal, financiado por recursos públicos, solidario e igualitario. Un sistema que no se superpone al propio creado por cada CCAA sino que constituye la conjunción de todos ellos. La coordinación, por lo demás, no entraña la sustracción de competencias a las CCAA sino que implica la obligación de colaboración (informes recíprocos, homogeneidad técnica en determinados aspectos y acción conjunta de autoridades estatales y autonómicas). En esta materia se incluyen tanto la legislación sobre seguridad e higiene (con zonas de concurrencia con la legislación laboral), la legislación sobre productos farmacéuticos (básica y complementaria) y –con más reservas- la legislación sobre protección al medio ambiente (art. 149.1.23 CE). A todo ello habrá que añadir aquellas competencias de las CCAA no asumidas por las mismas, las leyes que establezcan disposiciones necesarias para armonizar las competencias de las CCAA, la regulación supletoria a la de las CCAA en materia de seguridad e higiene y todas aquellas disposiciones atribuidas al Estado por las propias CCAA (por ejemplo, la Alta Inspección sanitaria).

2. Pues bien, las amplias competencias sanitarias de las CCAA (art. 148.1.21 CE) conducen a una configuración diversificada en diferentes Sistemas Autonómicos de Salud que, considerados aisladamente, no quedan sujetos a exigencias de igualdad ni solidaridad plenas –contradictorias con la autonomía reconocida a estos Sistemas Autonómicos- para la gestión de sus propios intereses y con la autonomía financiera que le es propia y con las diferencias constitucionalmente admitidas cuando no impliquen privilegios económicos o sociales (art. 138.2 CE),

Pero ésta es una afirmación compatible con el reconocimiento de los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio nacional (art. 139.1 CE), con la garantía de un nivel mínimo de prestaciones de los servicios públicos (art. 158.1 CE) y con la existencia de posibles consensos en la gestión y acuerdos de cooperación entre CCAA (art. 145.2 CE). Conviene no olvidar que se trata de una materia, como otros derechos constitucionales, caracterizada por el binomio igualdad/diversidad. Las posibles fisuras a la igualdad obligan a reconocer el derecho de todo ciudadano, sea cual sea la CCAA en la que resida y a acceder no sólo al Sistema Autonómico de éste sino al de cualquier otra Comunidad, lo que provoca básicamente dificultades financieras más que obligaciones jurídicas. De hecho, se considera que la asunción de competencias por las CCAA constituye un medio para aproximar la gestión de la asistencia sanitaria al ciudadano y facilitarle, así, garantías en cuanto a la equidad, calidad y participación en esta prestación sanitaria (Preámbulo de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003, Ley 16/0328 may., BOE, 29).

Como señala la S.TC 32/83, *“la competencia de coordinación general presupone lógicamente que hay algo que debe ser coordinado, esto es, presupone la existencia de competencias de las Comunidades en materia de sanidad, competencias que el Estado al coordinarlas, debe obviamente respetar, pues nunca ni la fijación de bases ni la coordinación general deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacía de contenido las correspondientes competencias de las Comunidades”* (FJ 2). Con contundencia reconoce asimismo el TC cómo *“la Constitución no sólo atribuye al*

Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio nacional, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado” [S.TC 98/04 (FJ 7)].

1.2. De la competencia estatal sobre las bases y la coordinación general de la sanidad a la competencia autonómica sanitaria

1. Con la Ley General de Sanidad (Ley 14/86, 25 abr., BOE, 29) se establecerá un modelo garante del derecho a la salud, haciéndolo compatible con la nueva distribución territorial. A tal fin, la LGS reconoce el derecho a obtener las prestaciones del sistema sanitario a todos los españoles y a los extranjeros residentes en España, si bien, por razones estrictamente financieras, no dispone la gratuidad en todo caso. Por lo demás, con esta Ley se agrupan en un dispositivo único todos los recursos sanitarios y asistenciales dependientes de la Seguridad Social. Este objetivo se consigue, entre otros mecanismos y como se anticipara, con la creación del Sistema Nacional de Salud (SNS) que permitirá compatibilizar esta exigencia con la distribución territorial del Estado. Dicho Sistema, que gravita sobre las CCAA, impone la coordinación obligada del conjunto de servicios de salud de las distintas CCAA. Por tanto, el eje lo constituyen las CCAA toda vez que se trata de Administraciones convenientemente dotadas y con la perspectiva territorial necesaria para que los beneficios de la autonomía no queden empañados por las necesidades de eficiencia en la gestión ⁽¹⁰⁶⁾.

Como es sabido, el SNS comprende el conjunto de servicios de salud creados por las CCAA con una coordinación ejercida por el Estado (art. 50 LGS). La integración efectiva de los servicios sanitarios se considera “básica” por el legislador y no sólo porque constituya un principio de reforma en cuya aplicación está en juego la efectividad del derecho a la salud constitucionalmente protegido en el art. 43 CE sino porque es necesario igualar las condiciones de vida, la coordinación en las actuaciones públicas, el funcionamiento de los servicios públicos sobre mínimos uniformes y una efectiva planificación sanitaria que mejore tanto los servicios como las prestaciones proporcionadas por los mismos. Se trata de conseguir un único objetivo asistencial, localizando en cada CCAA dicho interés, recuperando la multitud de centros dispersos por todo el territorio nacional y poniendo fin a la disparidad de criterios organizativos, asistenciales y de financiación que pudiera existir. Las CCAA concentran bajo su responsabilidad los servicios sanitarios siendo la dirección y coordinación básicas responsabilidad del Estado. Y para ello los Servicios de Salud cuentan con las Áreas de Salud, clave de bóveda en cada CCAA en tanto servicio integral que ofrece todas las prestaciones propias del sistema sanitario. De hecho, muchos servicios con responsabilidades sanitarias habían estado funcionando de forma no integrada, por lo que se aprovecha el proceso de transferencias para lograr una organización única de todos ellos. Las Áreas, por lo demás, se distribuyen en demarcaciones territoriales, constituyendo factor primordial de organización el elemento poblacional.

2. En lo normativo, el proceso culminará con la Ley de Cohesión y de Calidad del Sistema Nacional de Salud (Ley 16/03, 28 may., BOE, 29) que nacerá años más

⁽¹⁰⁶⁾ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Desarrollo autonómico, competitividad y cohesión social en el sistema sanitario*, Madrid, CES, Informe 1, 2010.

tarde con la vocación de convertirse en el marco legal necesario para desarrollar las acciones de coordinación de las distintas Administraciones Públicas en un sistema como el que se describe, fuertemente descentralizado y que ha de insertarse en un modelo de financiación autonómica, el modelo está siendo hoy cuestionado como modelo idóneo para el desarrollo de la política de salud pretendida.

Pero la aprobación de esta Ley significará algo más. Supondrá la independencia financiera y organizativa de la Sanidad respecto de la Seguridad Social. Se trata de ofrecer una nueva fórmula que permita a los ciudadanos recibir un servicio sanitario público de calidad y en condiciones de igualdad efectiva en el acceso, independientemente del lugar en el que residan. Para ello se refuerza la colaboración Estado-CCAA con un núcleo común de actuación del SNS y los servicios de salud que lo integran. Sin interferir en la diversidad de fórmulas organizativas, de gestión y prestación de servicios consustancial con un Estado descentralizado, se pretende ofrecer una atención al ciudadano con garantías básicas y comunes en todo el territorio nacional. Junto a la Alta Inspección se sitúa el Consejo Interterritorial del SNS como órgano clave de cohesión al que la Ley le dota de mayor agilidad en la adopción y ejecución de decisiones y en los mecanismos para la búsqueda de consensos.

La financiación pública, mediante recursos de las Administraciones Públicas, constituirá, desde sus orígenes, uno de los rasgos caracterizadores del SNS, *ex art. 46.d) LGS*. Esta Ley, en la confianza de que el gasto sanitario debía orientarse a la corrección de las desigualdades sanitarias y a la garantía de la igualdad de acceso a los servicios sanitarios en todo el territorio nacional, apostaría por un modelo de financiación eminentemente público. Pero en el proceso de consolidación del Sistema Nacional de Salud la vertiente contributiva o profesional fue devaluándose y las cotizaciones sociales cedieron ante las transferencias del Estado como principal fuente de financiación. Con la Ley 24/97 se dismantelará por completo el carácter contributivo de la asistencia sanitaria que se convertirá en una prestación no contributiva y, en virtud de la separación de fuentes en el ámbito de la Seguridad Social, pasará a ser financiada vía impuestos. El acceso a la prestación sanitaria será gratuito salvo en la prestación farmacéutica en la que se mantendrá la gratuidad para pensionistas y enfermos crónicos que sólo abonarán el 10% de los medicamentos frente al 40% general.

3. A partir de aquí, adquieren un especial protagonismo los Sistemas Autonómicos de Salud, constituidos en dos grandes etapas, una a iniciativa de las propias CCAA primero (Cataluña, Andalucía, País Vasco, Valencia, Galicia y Navarra) y a iniciativa del Estado en el resto de los supuestos ⁽¹⁰⁷⁾. La norma básica de creación

⁽¹⁰⁷⁾ PEMÁN GAVÍN, J., *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Madrid, Civitas, 1993, REY DEL CASTILLO, J., *Descentralización de los servicios sanitarios. Aspectos generales y análisis del caso español*, Sevilla, Escuela Andaluza de Salud Pública, 1998, RIVERO LAMAS, J., *Protección de la Salud y Estado Social de Derecho*, Zaragoza, Real Academia de Medicina, 2000, HERNÁNDEZ BEJARANO, M., *La ordenación sanitaria en España*, Navarra, Aranzadi, 2004. VAQUER CABALLERÍA, M., “La coordinación y el Consejo interterritorial del Sistema Nacional de Salud”, en AA.VV. *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 111-166, NAVARRO LÓPEZ, V., “La sanidad en España”, en AA.VV. *La situación social de España*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005, pp. 447-466, LÓPEZ CUMBRE, L., “Sanidad y acción social”, en AA.VV. *Derecho Público de Cantabria*, Parlamento de Cantabria, Santander, 2003, pp. 695-749, pp. 695-749, en especial pp. 724 y ss. CANTARERO PRIETO, D., “La Sanidad en España”, en AAVV, *Cien años de protección social en España. Libro conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión*, Madrid, MTAS, 2007, pp. 695-716,

son los respectivos Estatutos de Autonomía en todos los cuales se contempla, como ha podido comprobarse en capítulos anteriores de este Informe, la competencia de sanidad, desarrollada en las correspondientes disposiciones de transferencia amén de las Leyes Autonómicas concretas que crean y regulan cada uno de los Sistemas Autonómicos de Salud y aquellas leyes especiales en materia de sanidad. En todas ellas se establece que las prestaciones sanitarias serán, como mínimo, las garantizadas por el Sistema Nacional de Salud que, como es sabido, recoge un amplio catálogo de servicios sanitarios. Los rasgos definidores de estos Sistemas Autonómicos son, por una parte, la igualdad formal entre los distintos Servicios Autonómicos, vinculada a exigencias constitucionales, al establecimiento de criterios uniformes para su financiación y al derecho a recibir asistencia sanitaria en cualquier de ellos, independientemente del lugar de residencia, etc. Pero, por otro lado, destaca la evidente disparidad real entre los distintos Servicios Autonómicos, manifestada en la organización y funcionamiento de cada uno, en las prestaciones dispensadas, en los recursos disponibles y en el endeudamiento contraído. Existe una organización heterogénea, fruto de la evolución histórica apegada a la Seguridad Social.

La descentralización del sistema presenta numerosas ventajas. Así, se plantean mayores incentivos a la innovación organizativa y de gestión, es posible un desarrollo de enfoques orientados más al paciente y a las necesidades sanitarias locales por lo que se diversificarán las prestaciones en función de las preferencias locales y, en fin, garantiza una atención más próxima y personal a la ciudadanía. Esta descentralización ha permitido desarrollar, de hecho, distintas estrategias en salud y gestión sanitaria que normalmente suelen estar vinculadas a la persistencia de incidencias por factores diferenciales interterritoriales como la oferta de servicios sanitarios o los indicadores de salud. Bien es cierto que, buena parte de estas desigualdades propias del entorno ambiental o social pueden ser prevenidas, al margen de su origen, con políticas sanitarias específicas. Facilidad que no se presenta al resolver algunos otros inconvenientes derivados directa o indirectamente de la descentralización. Así, por ejemplo, la descentralización de la gestión de compras, tecnología, medicamentos y equipamientos limita el poder de los gestores sanitarios para negociar precios. En punto a la equidad y cohesión, la articulación de una política sanitaria diferencial basada en elementos como los expuestos puede suponer un grado de cobertura y acceso distinto en función del territorio en el que se preste la atención sanitaria e, incluso, como se empieza a advertir en algunas CCAA (La Rioja o Galicia) la imposición de trabas a la portabilidad del derecho a la atención sanitaria, observándose la paradójica situación de que la UE garantice dicha asistencia y la colaboración autonómica la dificulte.

QUADRA-SALCEDO JANINI, T.de la, "Igualdad, derechos de los pacientes y cohesión del Sistema Nacional de Salud", en AA.VV. *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp.11-36, en especial pp.32 y 33, RODRÍGUEZ-SANZ, M., BORREL, C. y CHARRIS, S., *Desigualdades en salud*, Informe 2007. Observatorio Social de España, Madrid, 2007, CANTARERO, D., "Desigualdades territoriales y equidad en el sistema sanitario español", en AAVV, *Desigualdad, equidad y eficiencia en salud y en servicios sanitarios*, Madrid, ICE, núm.75, 2008, GONZÁLEZ LÓPEZ-VALCÁRCEL, B. y BARCER PÉREZ, P., *Desigualdades territoriales en el SNS de España*, Madrid, Fundación Alternativas, Documento de Trabajo núm.-90, 2006, REPULLO, J.R. y FREIRE, J.M., "Gobernabilidad del SNS: mejorando el balance entre los beneficios y los costes de la descentralización", en AAVV, *Mejorando la efectividad de las intervenciones públicas sobre la salud*, Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria (SESPAS), Informe, 2008, ANTÓN PÉREZ, J.T., *Ensayos sobre Seguridad Social y desigualdad*, Madrid, CES, 2009, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Subsanar las desigualdades en una generación*, Informe, 2009.

2. La conexión entre Sanidad y Seguridad Social

2.1. La prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social

1. Un elemento de discusión a este respecto, y que afecta especialmente al reparto competencial expuesto, surge de la relación histórica existente entre la Sanidad y la Seguridad Social. No en vano, la LGSS sigue reconociendo entre su acción protectora la asistencia sanitaria (¹⁰⁸).

Si atendemos a los antecedentes históricos de la prestación sanitaria dicha conexión se impone y surgirá cuando el seguro obligatorio de enfermedad (1942) comience a ser gestionado por el Instituto Nacional de Previsión como entidad aseguradora única. Creado para proteger a “*todos los productores económicamente débiles*”, el citado seguro se financiaba con las aportaciones del Estado, las primas abonadas por trabajadores y empresarios, las posibles subvenciones, donativos y legados y las rentas obtenidas de la explotación o gestión de los bienes propios del Seguro. La unificación de todos los seguros sociales, incluida la prestación sanitaria (1948) y la creación del sistema de Seguridad Social (1963) en cuya acción protectora se encuentra la asistencia sanitaria, ratificarían la común unión. Con esa conjunción se producirá la ampliación de su ámbito subjetivo pasando de los trabajadores con menos recursos a toda la población trabajadora lo que obligará a crear una red propia de centros sanitarios aun cuando pronto se revele como insuficiente para garantizar la equidad en la prestación. Deficiencia que se intensificará cuando la Ley General de Sanidad (1986) amplíe la cobertura sanitaria a toda la población, establezca la gratuidad de los servicios, imponga una financiación basada mayoritariamente en impuestos, garantice la prestación a través de centros de titularidad pública y determine como principio rector la calidad de la prestación. Base que motiva a la S.TC. 98/04 a situar la distribución de competencias en materia sanitaria en los arts. 43 y 149.1.16^a y no en los arts. 41 y 149.1.17^a CE.

(¹⁰⁸) MUÑOZ MACHADO, S., *La sanidad pública en España. Evolución histórica y situación actual*. Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1975 y *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Madrid, Alianza, 1995, APARICIO TOVAR, J., *La Seguridad Social y la protección a la salud*, Madrid, Civitas, 1989 y también “El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria”, en AA.VV, *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 1553-1566, PEMÁN GAVÍN, J., “Del seguro obligatorio de enfermedad al SNS. El cambio en la concepción de la asistencia sanitaria pública durante el último cuarto del siglo XX”, en AA.VV. *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al profesor Ramón Martín Mateo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 1019-1052, GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., *Contenido y límites de la prestación de asistencia sanitaria. Adaptado a la Ley 16/2003, de 28 de mayo*, Navarra, Aranzadi, 2003, VIDA FERNÁNDEZ, J., “Las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: catálogo de prestaciones y carteras de servicios”, en AA.VV, *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 99-118, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E.M., *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública*, Granada, Comares, 2007, GALA VALLEJO, C., *La asistencia sanitaria en el marco de la Seguridad Social*, Madrid, MTIN, 2007, LANTARÓN BARQUÍN, D., *Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios, compendio de reflexiones jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, MOLINA NAVARRETE, C., “La protección de la salud en el sistema de Seguridad Social: dos historias inacabadas y confusas de segregación normativa e institucional”, en AAVV, *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al prof. José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008, pp. 1213-1224, BLASCO LAHOZ, J., *Protocolos sobre asistencia sanitaria: guía sobre el régimen jurídico de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, FERNÁNDEZ ORRICO, J., *Las prestaciones de la Seguridad Social: teoría y práctica*, Madrid, MTIN, 2009, pp.95-122. LORA DELTORO, P. de, *El derecho a la asistencia sanitaria: un análisis desde las teorías de la justicia redistributiva*, Madrid, Iustel, 2009

2. La práctica totalidad de los textos normativos internacionales garantizan la protección a la salud pero será el Convenio 102 de la OIT (1952, ratificado por España en 1988) sobre norma mínima en materia de Seguridad Social el que reconozca el derecho no sólo a los asalariados sino a todas las personas residentes. Asimismo en la constitución de la Organización Mundial de la Salud (1946) se afirma que el goce del grado máximo de salud que se puede lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano. De ahí que la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Carta Social Europea, el Código Europeo de la Seguridad Social, la Carta Comunitaria de Derechos Sociales de los Trabajadores, la Carta de Derechos Fundamentales, la nonnata Constitución Europea o el Tratado de Lisboa contemplen el derecho a la salud como epicentro del desarrollo humano.

Y es en esa línea en la que se expresa nuestra Constitución en cuyo art. 43 CE reconoce el derecho a la protección a la salud así como la tutela y garantía públicas de este derecho a través de medidas preventivas, prestaciones y servicios necesarios, debiendo establecer la ley los derechos y obligaciones de todos para la eficacia de dicha protección. Un reconocimiento constitucional de naturaleza dual (como derecho personal y como obligación de los poderes públicos frente a la comunidad) que impide dudar sobre el alcance del art. 43 CE.

Pues bien, la vinculación entre la Sanidad y la Seguridad Social y el hecho de que se configure aún la asistencia sanitaria como una prestación de la acción protectora de la Seguridad Social, *ex art. 38.1 LGSS*, ha dado lugar a la exclusión de ciertos colectivos del sistema sanitario público, fracturando el carácter universal del mismo. Y, así, mientras la competencia para dispensar y gestionar la prestación corresponde a las CCAA, el reconocimiento del derecho es competencia del INSS por lo que el acceso se produce o bien mediante la afiliación y el alta a la Seguridad Social o bien, en su defecto, por la vía de la demostración de la carencia de recursos amén de la vigencia de regulaciones diferenciadas para algunos colectivos, como la de los afiliados a algunas mutualidades como MUFACE que pueden optar entre la sanidad pública o la privada y otras entidades con convenios y regímenes especiales.

2.2. La propuesta de reversión de competencias al Estado ante la ineficacia en la protección sanitaria

1. La asunción competencial por parte de las CCAA de la sanidad e higiene, *ex art. 148.1.21 CE*, no ha impedido mantener vivo el debate sobre si la asistencia sanitaria en tanto prestación de la Seguridad Social sigue siendo competencia del Estado o, por el contrario, su inserción como elemento determinante de la “sanidad” implica plena capacidad competencial por parte de las CCAA. Aun admitiendo que el entramado sanitario es ya competencia de las CCAA y que la existencia de diecisiete servicios de salud autonómicos distintos empaña cualquier consideración centralizadora de la sanidad, permítase introducir algunos elementos de reflexión, consciente de las dificultades para seguir manteniendo cualquier tesis que defienda la asunción competencial del Estado en esta materia.

El sistema sanitario se basa en la equidad, esto es, en la superación de la disparidad territorial pese a la diversidad de servicios y a la existencia de diferentes Servicios Autonómicos de Salud. En el punto de partida de estos últimos ya se apreciaban notables diferencias en cuanto a equipamiento sanitario, red hospitalaria y

efectivos médicos y auxiliares. Variables en la cantidad y, sobre todo, en la calidad de las prestaciones son notorias entre los distintos Servicios Autonómicos, lo que se traduce en una situación de desigualdad del derecho a la salud. Con un resultado decepcionante y es que la magnitud media del gasto *per cápita* en España es la penúltima de la UE y un punto menos de la media de la OCDE. Es variable asimismo el endeudamiento de los distintos Servicios Autonómicos por el crecimiento progresivo del gasto sanitario debido a factores diversos (demográficos, precios, prestaciones reales medias, etc). Todo ello incompatible con el propósito constitucional de garantizar igualdad y equidad o con la garantía de un sistema universal.

2. Pues bien, si no se cumple el objetivo de la prestación, cabría plantear la posibilidad –remota- sobre la reversión de competencias al Estado en aquellas CCAA en las que no se consiga garantizar los mínimos ⁽¹⁰⁹⁾. En este sentido cabría defender, en primer lugar, la vinculación del art. 43 CE al art. 41 CE. Aun con todo el complejo entramado de transferencias en la gestión y la creación de sistemas autonómicos propios analizado, sigue encuadrándose entre las prestaciones de la Seguridad Social y, aunque con mayor presencia autonómica y más retracción estatal, la prestación sigue siendo competencia exclusiva del Estado. Por lo demás, es el Estado el que ha de garantizar el derecho a la igual prestación en todo el territorio, al margen de la diversidad organizativa en cada CCAA. El art. 41 CE impone que sean los poderes públicos los que mantengan un régimen público que garantice para todos los ciudadanos la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante una situación de necesidad. Todo el desarrollo precedente vincula a la asistencia sanitaria a la Seguridad Social. Incluso la propia Ley de Cohesión (Ley 16/03) reconoce en su preámbulo esa relación entre los arts. 41 y 43 CE y parte de un presupuesto básico y es que el art. 38.1.a) LGSS incluye dentro de la acción protectora del ámbito de la Seguridad Social a la asistencia sanitaria. No parece, por otra parte, que haya obstáculo constitucional alguno toda vez que la S.TC 126/94 admite que la Constitución opta por un modelo abierto que acepta cualquier interpretación al respecto. Y, aunque existe una tendencia mayoritaria ⁽¹¹⁰⁾ que fundamenta en el art. 43 CE la redefinición y refundación de todas las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud al margen de la Seguridad Social, puede defenderse que prima su condición de prestación integrada en la acción protectora de la Seguridad Social para exigir al Estado que garantice el acceso en condiciones de igualdad.

Antes de su creación se reunían gestión de salud, Seguridad Social y empleo. Con la creación del Sistema Nacional de Salud en 1986 y con la aparición de los

⁽¹⁰⁹⁾ LÓPEZ CUMBRE, L., “*Protección social y Comunidades Autónomas*”, en AAVV, *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías. XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 645-752 .

⁽¹¹⁰⁾ Representada por maestros como ALONSO OLEA, M. en *Las prestaciones sanitarias de la seguridad social*. Madrid, Civitas, 1994, desde 1995, así lo incorpora a las *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 1995 y así lo mantiene en *Las prestaciones del sistema nacional de salud*, Madrid, Civitas, 1999 o VILLA GIL, L.E. de la, expuesta principalmente en “El modelo constitucional de protección social”, en AAVV, *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Madrid, MTAS, 2003, pp. 67-78 y “El derecho constitucional a la salud” en AAVV, *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Libro Homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer*, Madrid, La Ley , 2007 , pp.967-1004.

Servicios Autonómicos de Salud se impone una cierta independencia entre Sanidad y Seguridad Social. Tal y como se ha expuesto, será el Fondo de Cohesión creado por la Ley de Cohesión y Calidad de 2003 el que deba garantizar la igualdad efectiva en la prestación sanitaria a toda la población. Pero comoquiera que dicha igualdad no se ha conseguido, el Sistema constituye una misión inacaba que no tiene resuelto su principal problema, el de la financiación. Tampoco ha resuelto las dudas que alberga sobre su vinculación constitucional (arts. 43-149.1.16 o arts. 41-149.1.17). Sus límites son inciertos y quizá polémicos pues se permite una amplitud en cuanto que a los dispositivos de salud colectiva e individual tradicionales se añaden los que guardan relación con el derecho a la vida y a la integridad física, incluidos el accidente de trabajo y la enfermedad profesional, la protección al medio ambiente, la tutela a la salud de los consumidores, la atención a los discapacitados, ancianos, dependientes, etc.

De ahí que su inestabilidad obligue a mantener una cierta conexión entre Sanidad y Seguridad Social aun cuando en la actualidad el territorio INGESA haya quedado reducido a Ceuta y Melilla. Los vínculos con la Seguridad Social y la supervivencia del mutualismo administrativo (MUFACE, MUGEJU, ISFAS, etc) que convive con el nuevo modelo son incuestionables y, de hecho, pueden estar en el transfondo de los problemas de financiación. Y sólo así se explican lagunas a la universalidad de la protección tales como la necesidad de exhibir no el DNI sino un documento específico como es la tarjeta sanitaria cuya expedición requiere un vínculo previo generalmente con la Seguridad Social. La exigencia de afiliación a uno de sus regímenes en el art. 100 LGSS/74, aún vigente en materia de prestación sanitaria, pone de manifiesto que todavía se exige la pertenencia al sistema de Seguridad Social para obtener prestación sanitaria ⁽¹¹¹⁾. Amén de una serie de vínculos admitidos sin complejos por el sistema sanitario como el pago del personal mediante el déficit sanitario o la compensación de los gastos por medicamentos de los pensionistas que las CCAA solicitan al Estado, entre otros.

3. La falta de garantía de una prestación que pertenece al sistema de Seguridad Social -aunque la infraestructura para que la misma sea garantizada esté inserta en el modelo sanitario del Sistema Nacional de Salud y los respectivos Servicios Autonómicos-, permite plantear como hipótesis –ciertamente remota- que el Estado se reserve la facultad de revertir una competencia que ha sido transferida a las CCAA.

Como es sabido, el Estado puede transferir o delegar a las CCAA mediante Ley Orgánica facultades correspondientes a su titularidad estatal. Son las leyes marco de transferencia las que deberán establecer la modalidad de control de las Cortes Generales sobre la legislación autonómica de desarrollo, *ex art. 150.1 CE* ⁽¹¹²⁾. De hecho, el art.

⁽¹¹¹⁾ PALOMAR OLMEDA, A. “Servicio de información y tarjeta sanitaria en el marco de la nueva regulación de las relaciones interadministrativas en materia de sanidad”, en AA.VV, *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 167-214.

⁽¹¹²⁾ CRUZ VILLALÓN, P., “La protección extraordinaria del Estado”, en AA.VV, *La Constitución española de 1978. Estudios sistemático*, Madrid, Civitas, 1981, GARCÍA TORRES, J., “El art. 155 de la Constitución y el principio constitucional de autonomía”, en AA.VV, *Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas)*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1984, pp. 1189-1303, MONTILLA MARTOS, J.A., *Las leyes orgánicas de transferencia y delegación. Configuración constitucional y práctica política*, Madrid, Tecnos, 1993 y CALAFELL FERRÁ, V.J., “La compulsión o coerción federal

150.2 CE distingue entre transferencia y delegación. La transferencia supone atribución a una CCAA de la titularidad de una competencia mientras que la delegación implica una mera cesión de atribuciones concretas y, por tanto, el ejercicio de la competencia pero conservando el cedente su titularidad. Si se trata de competencias transferidas, serán actos imputables a las CCAA, siendo competente para resolver cualquier conflicto en este sentido el orden contencioso-administrativo mientras que si se trata de una mera delegación, entonces constituirá la Administración del Estado el principal centro de imputación de responsabilidades. El correcto ejercicio de atribuciones transmitidas mediante ley de delegación podrá ser directamente controlada por el Gobierno a través del Dictamen del Consejo de Estado pero las competencias transferidas serán fiscalizadas normalmente por la jurisdicción contencioso-administrativa o por el Tribunal Constitucional. Eso sí, no son transferibles aquellas competencias que por propia naturaleza son competencia del Estado. Mas, haciendo una valoración general del modelo autonómico actual, no cabe afirmar que exista una indefinición en cuanto al modelo territorial pero sí probablemente en torno a los límites en el poder entre el Estado y las CCAA. De lo contrario, no se entenderían los problemas competenciales con los que ha nacido la Ley de Dependencia (Ley 39/06, 14 dic., BOE, 15, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia) o estos mismos sobre la asistencia sanitaria.

4. Por su parte, el art. 155 CE establece un mecanismo de control excepcional (no ordinario) ante supuestos imprevisibles. En atención al mismo, si una CCAA no cumpliera las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impusieren o actuare de forma que atentara gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la CCAA y, en caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general. La previsión de control parlamentario de la legislación autonómica de desarrollo es un requisito *sine qua non* de validez de la ley marco de transferencias en la medida en que, de no contener nada en este sentido, quebraría el sistema de garantías del Estado que ha de acompañar a las cesiones competenciales a favor de las CCAA. Se trata, con todo, de una reacción coercitiva –y extraña- que no es previsible que se produzca. Sólo podrá recurrirse a este mecanismo cuando los medios ordinarios de control no sean suficientes para lograr que las CCAA se atengan a sus obligaciones por respeto al derecho de autogobierno de las regiones, pilar básico de la Constitución.

Se trata, con todo, de un mecanismo excepcional que no puede ser empleado en una situación que carezca de tal naturaleza. Supone el requerimiento a las CCAA para que cumplan sus obligaciones con respeto al derecho de autogobierno. No es una función del Estado porque no se trata de un control genérico que implique dependencia jerárquica; esa es la razón de que el destinatario de la medida sea la autoridad de la CCAA y no sus ciudadanos. Debe existir un incumplimiento de las obligaciones o un grave atentado al interés general, imputable a la CCAA. Si bien puede consistir en una acción o en una inactividad, no siempre delictiva aun cuando el incumplimiento sí deberá estar vinculado a un auténtico deber jurídico de la CCAA y de cierta relevancia. Y no se trata de impugnar actos de la Asamblea, acción que no prosperaría a través de este procedimiento, admitido por el TC únicamente cuando no exista otro más

respetuoso con la propia autonomía de la Comunidad. Razón por la cual no será atendible cualquier incumplimiento en que incurra la CCAA pues resultaría desproporcionado por el coste político que dicha medida supone. Sólo aquellos actos que, por su reiteración y gravedad, evidencien una actitud de los poderes públicos de sustraerse a sus obligaciones podrán legitimar la utilización de este mecanismo, extraño al juego del reparto competencial.

Para ello, y en primer lugar, procede, como se expusiera, un requerimiento al Parlamento de la CCAA correspondiente motivado y razonado con las medidas propias para que cese la actuación. Si el Parlamento lo acepta, podrá proponer medidas alternativas o admitir y ejecutar la propuesta del Estado. Si, por el contrario, no aceptara, el Estado podrá subrogarse en los actos de la CCAA, suspender la ejecutividad de sus acuerdos, adoptar medidas económicas de presión y, en definitiva, suspender o rescindir acuerdos con la CCAA. Se requiere asimismo la autorización del Senado en tanto Cámara de representación territorial y las medidas propuestas habrán de estar presididas por el principio de gradualidad, proporcionalidad, temporalidad y menor intervención posible en el ejercicio de la autonomía de cada CCAA. Bien es cierto que la intervención del Senado servirá para autorizar pero no convalida o ratifica la decisión anterior. En la hipótesis de que el Gobierno rebasara la autorización, no cabría otra solución que acudir a un conflicto de competencias debiendo decidir un pronunciamiento judicial sobre la titularidad controvertida (art. 66 LOTC). Y es que no puede proponer el Gobierno ni aceptar el Senado una fórmula más grave de intervención cuando quepa obtener los mismos resultados con medidas menos restrictivas del ejercicio de la autonomía. Por lo demás, el Gobierno no está obligado a utilizar todas las medidas autorizadas sino tan sólo las que resulten necesarias. De hecho, la aprobación del Senado podrá ser modificada o revocada y deberá serlo si cesa la situación que dio lugar a la misma.

Las posibilidades de que tal procedimiento se active son, sin embargo, bien escasas. De hecho, sólo se podría instar o por propia iniciativa de la CCAA o a petición del Estado (en ambos casos con acuerdo entre el Estado y la CCAA pues nunca podría el Estado privar de competencia a una CCAA –salvo en los supuestos excepcionales expuestos- ni la CCAA proceder a la devolución de las suyas). Y si, excepcionalmente, se acudiera al procedimiento de reversión del art. 155 CE, la privación deberá afectar, se entiende, a una competencia concreta del mismo modo que cabe la dotación excepcional de una competencia concreta atribuida al Estado. Como señala la Ley de Cohesión y Calidad de 2003, Ley 26/03, el reconocimiento de un derecho tiene el valor que le concede su garantía. De ahí que se exija la intervención del Estado requiriendo a las CCAA el cumplimiento efectivo de un servicio público y de un derecho constitucionalmente protegido, como es el derecho a la salud.

II. EL MODELO DE FINANCIACIÓN SANITARIO. LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA FINANCIACIÓN Y LA GESTIÓN SANITARIA.

1. Autofinanciación mediante cesión de tributos estatales

1. La garantía del derecho a la salud exige, además, un modelo de financiación viable. El modelo actual se basa en un elevado grado de descentralización, una financiación finalista, esto es, condicionada por objetivos, con participación del

presupuesto del antiguo INSALUD y al margen del modelo de financiación de las CCAA (¹¹³). La insuficiencia de recursos del antiguo INSALUD marcó, sin duda, este proceso de transferencias. En 1.998, de hecho, se modifican los criterios hasta entonces utilizados, creando un fondo general en función de la población protegida y otro destinado a compensar la pérdida de población, los colectivos desplazados, el coste por docencia, etc, incluyéndose programas específicos de ahorro y racionalización del gasto. Será en 2001 cuando se transfieran todas las competencias y en 2002 cuando se inicie un nuevo modelo de financiación, integrando en la financiación de competencias comunes aquellas derivadas tanto de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social como la de los servicios sociales de la Seguridad Social.

A partir de entonces su financiación pasa a formar parte del modelo de financiación de las CCAA, creándose un Fondo General que dependerá de factores como la población, la superficie de cada CCAA, la dispersión poblacional y, en su caso, la insularidad, siendo el Fondo de Cohesión Sanitaria (recientemente reformado por el RD 207/10, 26 feb., BOE, 16 marz.) el que intente corregir las disparidades territoriales.

2. La financiación se hace con cargo a recursos privados (cuotas o aportaciones similares), con cargo a recursos públicos (impuestos y otras exacciones obligatorias) o con cargo a recursos mixtos. En la etapa preconstitucional, el derecho a la salud se protegía en su dimensión individual con recursos privados y en su dimensión colectiva

(¹¹³) AAVV, *Bases para un sistema estable de financiación autonómica*. Madrid, Tecnos, 2001, CABIEDES MIRAGAYA, L., “Financiación sanitaria ¿quién teme a la equidad?”, *Revista de Administración Sanitaria*, núm.18, 2001, pp. 13-28, CABRA DE LUNA, M.A., “La regulación y el funcionamiento de las fundaciones. Las fundaciones de titularidad pública. Especial referencia a las fundaciones públicas sanitarias”, *Revista española de control externo*, núm.8, 2001, pp. 29-94, LANTARÓN BARQUÍN, D., “La Fundación y sus recientes proyecciones en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (Especial atención a las Fundaciones Sanitarias)”, *Relaciones Laborales*, t.I, 2001, pp. 169-196, PIÑAR MAÑAS, J.L., “Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm.1, 2001, pp. 73-100, TAMAYO LORENZO, P.A., *Descentralización y financiación de la asistencia sanitaria pública en España*, Madrid, CES, 2001, REY DEL CASTILLO, J. “El acuerdo sobre la financiación sanitaria ¿crónica de una muerte anunciada o todavía queda algo que hacer por defender un sistema sanitario equitativo y universal?”. *Revista de Administración Sanitaria*, núm.21, 2002, pp. 69-80, LÓPEZ CASANOVAS, G. *Reflexiones acerca de la nueva financiación autonómica de la sanidad*. Barcelona, Mimeo, 2003, RUIZ ALMENDRAL, V. *Impuestos cedidos y corresponsabilidad fiscal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp.30-52, ZORNOZA PÉREZ, J.J., “La financiación del Sistema Nacional de Salud”, en AA.VV, *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales...op.cit.*, pp. 253-284, VILLA GIL, L.E. de la, “El derecho constitucional a la salud”, en AAVV, *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer...op.cit* CABASÉS, J.M., *Análisis y valoración del impacto del nuevo modelo de financiación autonómica en el subsistema sanitario*, Bilbao, Fundación BBVA, 2005 y *La financiación del gasto sanitario desde la perspectiva comparada*, Madrid, Fundación BBVA, 2006, LÓPEZ CASANOVAS, G. y MOSTERÍN HÖPPING, A., “El gasto sanitario en el contexto del gasto social. Un análisis generacional de las tendencias en España en un contexto de envejecimiento demográfico”, en AAVV, *Mejorando la efectividad de las intervenciones públicas sobre la salud*, Informe de la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria (SESPAS) 2008, LÓPEZ CUMBRE, L., “Sobre los límites a la reversión de competencias en materia sanitaria”, en AAVV, *Nuevos retos y escenarios para la sanidad pública en Cantabria*, Madrid, Unión General de Trabajadores, 2008, pp. 34-50, MENÉNDEZ REXACH, A., “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad”, *Revista de Administración Sanitaria*, núm.2, 2008, pp. 269-296, CABASÉS, J.M., *La financiación de la sanidad pública*, 2009, en ww.ajs.es.

con recursos públicos. Con la Constitución se modifica el modelo de financiación por la nueva configuración del sistema y por la distribución territorial del Estado. Las cuotas abonadas a la Seguridad Social dejan de destinarse a estas prestaciones, adquiriendo el Estado el compromiso de financiar la sanidad con recursos públicos en dos períodos 1981-2001 y 2001-2008.

De 1981 a 1994 se produce la transferencia del antiguo INSALUD con heterogeneidad de criterios en la asignación territorial de recursos, insuficiencia, endeudamiento progresivo y acuerdos políticos. De 1994 a 1997 se establece un nuevo modelo de financiación plasmado en el Acuerdo de Financiación Sanitaria con la característica principal de optar por una referencia poblacional única sobre el censo, deduciendo los colectivos cubiertos por el mutualismo y vinculando el crecimiento de los recursos a la tasa de variación del PIB nominal. De 1997 a 2001, el sistema se basa en la financiación de la sanidad según el crecimiento de la economía en su conjunto con un fondo de modulación para garantizar que las pérdidas de población repercuten amortiguando la financiación territorial. A partir de 2001, se produce el resto de transferencias, las CCAA asumen el 89.9% del gasto financiero frente al 8.9% del Estado y la Seguridad Social y el 1.7% de las entidades locales. Con este modelo, sanidad y servicios sociales se integran en el mecanismo más general de la financiación de las CCAA de régimen común, atribuyéndoles el Estado los recursos necesarios para que presten sus servicios en condiciones equivalentes con independencia de su capacidad para obtener recursos tributarios. Esta labor la realiza el Fondo de Suficiencia en el que se plasma la diferencia entre necesidades de gasto y capacidad fiscal.

Con todo, la verdadera conversión financiera comenzará con las transferencias a la Comunidad Autónoma de Cataluña. Un proceso caracterizado por la heterogeneidad en los criterios de distribución de recursos, expresión de la falta de experiencia propia del primer momento de transferencia. Además, desde el principio el proceso estuvo condicionado por la falta de recursos pues las insuficiencias del INSALUD fueron transferidas asimismo a las CCAA. No se partía de presupuestos cerrados y realistas y, puesto que las transferencias se desarrollaron inicialmente en función del coeficiente de gasto que el INSALUD realizaba en el territorio, también se consolidaron posibles déficits de partida.

La segunda fase se desarrollaría a partir de 2001 de manera más homogénea. Hasta 2002, la gestión de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social se financiaba anualmente mediante aportaciones financieras del Estado a las CCAA que tenían transferidos dichos servicios. Pero, a partir de entonces, se inaugura un nuevo modelo que integra a los tres existentes, a saber, el modelo de financiación de competencias comunes, el de financiación de servicios de asistencia sanitaria de Seguridad Social y el de financiación de los servicios sociales de la Seguridad Social. La sanidad ya no tiene condicionada su financiación sino que se integra en la financiación general de cada CCAA. Hasta ese momento, la LGS había dispuesto que la financiación se basara en cotizaciones sociales, transferencias del Estado (contribución al sostenimiento de la Seguridad Social, compensación por extensión de la asistencia a personas sin recursos y compensación por integración de hospitales de las corporaciones locales al SNS), aportaciones de las CCAA, aportaciones de las corporaciones locales y tasas por la prestación de servicios. Lo que justificaba que fuera la Seguridad Social la que apareciera como la principal fuente financiadora. Pero en 2002 se establece un nuevo modelo de financiación integrada en el de las CCAA con un Fondo General del

Estado que depende de la población, superficie, dispersión, insularidad, al que se añade, como se expusiera, un Fondo de Cohesión Sanitaria que permite corregir las disparidades territoriales a través de un Fondo de Compensación.

3. En la práctica, este programa de transferencias y cohesión debería servir para garantizar la equidad y eficacia del derecho constitucional que se analiza. Mas, aunque el art. 156.1 CE dispone que las CCAA gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación de la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles, el proceso no ha logrado plenamente sus objetivos.

Paralelamente a su creación, las CCAA han ido asumiendo competencias de forma gradual y cuantas más competencias asumían, más se elevaba su nivel de gastos en un sistema en el que los ingresos no evolucionaban al mismo ritmo. Por esta razón, la cesión de tributos hubo de ser completada con la cesión de otro tipo de impuestos que estaban ligados directa o indirectamente a la asunción de competencias en materia sanitaria (iva, tabaco, bebida, etc). De todo ello se deduce que los recursos con los que cuentan las CCAA para financiar la sanidad responden a una muy distinta naturaleza ya que pueden ser, por un lado, impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado, recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado; por otra parte, pueden utilizar a tal fin sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales; asimismo cabe acudir a las transferencias de un Fondo de Compensación Interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado; del mismo modo, conviene tener en cuenta los rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de derecho privado; y, por último, habrá de ser considerado el producto de las operaciones de crédito. Y todo ello con un objetivo, el de reducir competencias del Estado y permitir que las CCAA puedan decidir libremente sobre el nivel de la prestación sanitaria así como su forma de financiación. Aquella financiación inicial prevista en la LGS y basada en las cotizaciones sociales se nutre ahora de la transferencia que aporta el Estado (compensaciones por extensión a toda la población, compensación por la integración de los hospitales), la aportación de las CCAA, las corporaciones locales, las tasas por la prestación de servicios, etc. El Fondo de Suficiencia se convierte, así y desde el inicio del proceso de transferencias competenciales, en el eje fundamental sobre el que ha de girar la financiación autonómica. De hecho, su protagonismo ha ido creciendo con el tiempo. A su vez, los Fondos de Compensación Interterritorial, con un desarrollo menor, surgen para compensar los gastos en inversión.

Y, sin embargo, existe una opinión generalizada sobre cómo el nuevo modelo de financiación no ha conseguido resolver el gran problema que acecha al sistema desde su creación y es que ninguna CCAA puede sostener su Servicio Autonómico de Salud exclusivamente con los tributos cedidos por el Estado, resultando notorias las desigualdades en la capacidad de autofinanciación. El Fondo de "Suficiencia", paradójicamente, manifiesta una declarada "insuficiencia" por los propios límites de la financiación autonómica y sobre todo por la inadecuada recaudación del impuesto estatal no cedido. Es evidente que a partir de la creación de los diecisiete Servicios Autonómicos de Salud se ha producido un gasto creciente debido a un aumento poblacional, al precio de los servicios sanitarios y a la mejora prestacional. No obstante, conviene anotar que todas las CCAA han crecido en sus ingresos desde la recepción de

competencias, salvedad hecha de los últimos tres años en los que, la agudeza de la crisis, les ha conducido a una situación de déficit.

Es difícil, en este contexto, garantizar el objetivo pretendido de la equidad e igualdad por más que sea por todos conocido el hecho de que la autonomía signifique necesariamente diversidad y la gestión y financiación autónoma de sus propios servicios siempre que no implique privilegios. O como, ya desde sus inicios señalara la S.TC 76/83, que el régimen autonómico se caracteriza por un equilibrio entre la homogeneidad y la diversidad del status jurídico público de las entidades territoriales que lo integran. Sin la primera no habrá unidad ni integración en el conjunto estatal; sin la segunda no existiría pluralidad ni capacidad de autogobierno, notas que caracterizan el Estado de las autonomías. Sólo así se entiende que existan CCAA que atiendan unas prestaciones distintas a otras (por ejemplo, Andalucía y su protección en la cobertura sanitaria del cambio de sexo) o que algunas CCAA reclamen una compensación mayor como consecuencia de los efectos que en las mismas produce la inmigración (por ejemplo, Canarias).

4. La Ley 22/09, 18 dic. por la que se regula el sistema de financiación de las CCAA introduce algunas variables en el modelo de financiación conocido hasta ahora. Además de incorporar una ponderación más objetiva de las necesidades relativas de las CCAA a partir de los factores determinantes del gasto, se articula un mecanismo de actualización anual del reparto de la financiación en función no sólo de la población sino de la evolución de las necesidades relativas y la capacidad fiscal de cada CCAA, lo que permite un mejor desarrollo de las reglas de evolución de los recursos de las CCAA. El hecho de que, desde 2002, no exista un bloque de financiación diferenciado para sanidad, dentro de las transferencias a la CCAA, condiciona considerablemente un destino finalista de los ingresos. El sistema se limita, hasta el momento, a autorizar financiación suficiente para que las CCAA puedan prestar los servicios de sanidad, educación y servicios sociales de los que son competentes en condiciones similares. Lo que no garantiza el sistema es, como es sabido, el destino final de dichos recursos, cuya gestión decidirá libremente cada CCAA. Este sistema de financiación sanitario no finalista sino integrado en los presupuestos autonómicos y basado en la autonomía tributaria creciente de las CCAA permite a estas últimas realizar trasvases de recursos intersectoriales, esto es, entre distintas políticas públicas y articular la política tributaria de modo que se consigan mayores recursos.

No sin dificultad. Pues, en cierta medida, esta descripción sólo pone de manifiesto el limitado papel que la práctica le ha deparado al Fondo de Cohesión Sanitaria toda vez que, pese a su denominación y a las funciones normativas consignadas, la dotación residual con que se le nutre sólo sirve para compensar a las CCAA por el coste de atención de los pacientes desplazados, básicamente.

Esta estructura de financiación ha de ser observada, finalmente, bajo el prisma de la crisis económica actual. No se descubre nada nuevo si se afirma que una de las principales consecuencias de la misma ha sido el desarrollo de unos presupuestos en el último ejercicio tanto en la Administración General como en las CCAA mucho más austeros. En este contexto, el Consejo Interterritorial del SNS adoptó un acuerdo en Marzo de 2010 que recoge un conjunto de acciones y medidas, convertidas en disposiciones normativas, tendentes a garantizar la calidad y la sostenibilidad con objetivos a corto y medio plazo, entre los que destacan los orientados a la contención

del gasto en farmacia. La población cubierta por el SNS se ha incrementado de forma notable en la pasada década; partiendo de 38.300.000 en el año 2000, en 2008 se sobrepasaron los 44 millones y en 2010, casi se alcanzaron los 45 millones de personas. En 2008, último sobre el que se dispone información, el gasto sanitario realizado por las administraciones autonómicas, que implica el 90% del gasto sanitario total, ascendió a 60.629.616.000 euros, lo que supone un 11% más que en el año anterior (¹¹⁴).

2. Gastos sanitarios: la sostenibilidad financiera del sistema sanitario español

2.1. Sostenibilidad en un contexto de crisis económica

1. El esfuerzo en la atención a la salud en España es cuantitativamente inferior que en el resto de los países europeos. Así, supone el 6.4 PIB frente al 7.4 PIB de la UE-27. El aumento constante de la distancia en el gasto social entre España y Europa es lo que se denomina "desconvergencia social" de España. En el gasto de protección social, aproximadamente un 40% se destina a pensiones y un 30% a proteger la asistencia sanitaria. Eso hace que el resto de contenidos dedicados a la protección social como discapacidad, familia, vivienda o exclusión social no obtengan una gran cobertura (¹¹⁵). El promedio de financiación pública de los países de la OCDE supera el 73% y en España se encuentra en el 71%. siendo las CCAA responsables del 91% del gasto sanitario, también las familias aportan al mismo, aproximadamente un % de la renta bruta de los hogares. De ahí que se insista en la necesidad de referir el gasto sanitario al esperable según el nivel de renta de un determinado país dado que se trata de un gasto muy sensible al grado de desarrollo económico. Pues bien, en España el gasto sanitario público *per cápita* representa el 87% del que cabría esperar para un país con nuestro nivel de renta (¹¹⁶).

En nuestro país, la atención sanitaria se divide en primaria y hospitalaria. La atención primaria es aquella atención a la salud que se caracteriza por cubrir el primer nivel de atención y que funciona paralelamente a las urgencias. La atención primaria debe ocuparse de todos aquellos casos médicos no urgentes, ofrece visita y tratamiento para ellos o bien decide la derivación hacia el segundo nivel, el hospitalario. Atendiendo al número de profesionales existente en la actualidad, existen unos 1.500 pacientes por cada médico en España y unos 1.700 por cada auxiliar técnico sanitario. A los hospitales se derivan los casos graves que bien en urgencias o bien en atención primaria se considera que necesitan tratamiento específico. Los servicios hospitalarios y especializados reciben más del 50% de la financiación, realidad que va en detrimento de otros niveles de atención como serían los servicios primarios de salud y, sobre todo, los servicios de salud pública. En España apenas hay dos hospitales por cada 100.000 habitantes con una capacidad media de 210 personas por hospital. Por cada mil

(¹¹⁴) CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Economía, trabajo y sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2010 (resumen)*, Madrid, CES, 2010, pág. 81.

(¹¹⁵) MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL, *Oferta y necesidad de especialistas médicos en España (2000-2025)*, CISNS, *Atención primaria en el siglo XXI: estrategias de mejora*, 2006. NAVARRO, V. y FREIXANET, M., *Atención sanitaria, Informe 2007*. Observatorio Social de España, Madrid, 2007.

(¹¹⁶) URBANOS GARRIDO, R., "El gasto sanitario y su financiación: evolución, tendencias y reflexiones para el futuro", *Revista Asturiana de Economía*, núm.35, 2006 (www.revistaasturianadeeconomia.org).

habitantes existen cuatro camas en continuo funcionamiento y la estancia media es de ocho días. España es uno de los países con mayor actividad quirúrgica, 93 actos quirúrgicos anuales por cada mil habitantes. Esta actividad se debe a la prioridad que se concede al tratamiento de enfermedades agudas (vinculadas al tratamiento hospitalario) en detrimento de las enfermedades crónicas. La apuesta por la atención hospitalaria capitaliza más de la mitad del gasto público en salud a costa del refuerzo del papel de la atención primaria, las especialidades médicas, la salud pública y otros ámbitos como la salud laboral. El mayor gasto en salud es el farmacéutico, con más del 20% del total con más de 800 millones de recetas al año.

2. Sin embargo, nuestro sistema sanitario, caracterizado por una cobertura universal y por amplias prestaciones, ha experimentado un incremento considerable en sus gastos en la misma proporción que el desarrollo social y económico del país. Por una parte, porque se han incrementado los costes de provisión para la asistencia sanitaria, por la incorporación de profesionales de mayor cualificación o por la constante innovación tecnológica, preventiva y terapéutica. Por otro lado, la demanda de la población se intensifica. Envejecimiento de la población, cronificación de las enfermedades en pacientes longevos, la escasamente resuelta ejecución de los servicios sociosanitarios, tal y como se comprobará al analizar la dependencia, el aumento en el consumo de medicamentos por parte de la población, el coste farmacéutico, la ampliación en la cobertura del sistema para atender más y mejor necesidades antes excluidas (pacientes crónicos, salud mental, odontología, prótesis, etc) ⁽¹¹⁷⁾. Constituyendo un elemento determinante en el incremento del gasto sanitario el envejecimiento poblacional, lo cierto es que influyen más otros factores de naturaleza endógena, ligados a la gestión de los servicios (precio de los medicamentos, coste tecnológico, recursos por cada acto médico, etc).

El incremento del gasto sanitario sirve para responder al crecimiento demográfico general y, en particular, al aumento progresivo del envejecimiento población que genera no sólo la necesidad de disponer de más recursos sino la necesidad de generar nuevos recursos para nuevas necesidades poblacionales. Satisface asimismo necesidades tanto actuales como emergentes toda vez que la población tiene más información y eso genera una mayor expectativa en cuanto a su bienestar y cuidado tanto en atención médica como farmacéutica. Así, se exigen tiempos de espera reducidos, tratamientos específicos garantizados, seguridad en las intervenciones quirúrgicas, capacidad de elección, mejoras y mayores medios de atención, utilización de las últimas novedades tecnológicas aplicadas a la medicina, descenso en la incertidumbre de supervivencia, cierta exclusividad, profesionales cualificados, horarios de atención más amplios, compromiso de calidad, renovación de las infraestructuras con habitaciones menos compartidas e incluso individuales y edificios de nueva construcción, reinversión de hospitales para pacientes crónicos, no agudos, mayor implicación de los profesionales sanitarios, atención individualizada, reducción del tiempo de recuperación, etc.

De ahí que exista un consenso generalizado sobre cuáles son las medidas a adoptar para garantizar un sistema sanitario público, universal, gratuito y de calidad. Será necesario aumentar la eficiencia y la eficacia del sistema de provisión sanitaria, priorizar el gasto sanitario en relación a otras políticas públicas e incrementar los ingresos impositivos destinados a este fin. La mejora de todos estos aspectos supone, en

⁽¹¹⁷⁾ PUIG-NOY, J., "Tensiones actuales y futuras sobre el bienestar sanitario. A la búsqueda del necesario equilibrio entre lo deseable y lo sostenible", *Papers de la Fundació Rafael Campalans*, núm. 148, 2008.

estos momentos, lograr el difícil equilibrio entre el ahorro de costes y el mantenimiento de la calidad del servicio. Profesionales, expertos y gestores sanitarios coinciden en manifestar que este ahorro se producirá cuando se perfeccione el sistema de compras a fin de influir en la fijación de precios de los insumos sanitarios (tecnología, medicamentos, equipamientos y material sanitario). A ello deberán sumarse algunas medidas que ya han sido adoptadas y que deberán mantenerse y afianzarse tales como el uso racional de medicamentos tanto en la oferta como en la demanda, el desarrollo de sistemas de evaluación de tecnologías sanitarias para decidir su incorporación al sistema sobre una base científica sólida de su eficacia, el impulso de las políticas de salud preventivas para garantizar estilos de vida saludables y prevenir enfermedades, el refuerzo de los medios y la capacidad resolutoria de la atención primaria y su conexión con los servicios sociosanitarios, en especial en la atención a personas dependientes o el desarrollo de un sistema de información que garantice un conocimiento pleno de los recursos, precios, población protegida, resultados, etc. España, que hasta el momento utilizaba el criterio *per capita* simple en el reparto de los fondos de las CCAA (población protegida sin ajustar por riesgo) ha optado por introducir en el nuevo modelo de financiación la población mayor de 65 años, que se utiliza para repartir el 24.5% de los recursos iniciales. Asimismo, se reparte el 0.5% de los fondos totales en función de la variable de insularidad, mientras el 75% restante continúa distribuyéndose en función de la población protegida.

3. En esta línea de actuación, el Consejo Interterritorial aprueba en 2009 un documento de consenso sobre “*Acciones y medidas para promover la calidad, la equidad, la cohesión y la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud*”. Situándose en un escenario de crisis económica como el actual y con el ensayo de una menor disponibilidad de recursos, el Informe enjuicia una serie de actuaciones encaminadas a mantener la sostenibilidad y calidad del sistema, la innovación en infraestructuras, tecnologías, respuesta al envejecimiento de la población, aparición de nuevas necesidades sanitarias. Se trata únicamente de garantizar que los recursos disponibles se ejecuten de una manera más racional y eficiente. Para ello se requieren dos tipos de medidas, según se trate de medidas de aplicación inmediata (calidad, equidad, cohesión, eficiencia y control del gasto) o bien medidas a medio plazo que deberán aplicarse de forma progresiva en los próximos cinco años. De alguna manera, el RD-L. 8/10, 20 may. por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público responde a este empeño. Asimismo, desde 2008, el diálogo social incorpora una Mesa dedicada a la sanidad entre sus deliberaciones.

Y esto es así porque, en cierta medida, la indicación contenida en el art. 81 LGS (“*la generalización del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria que implica la homologación de las atenciones y prestaciones del sistema sanitario público se efectuará mediante una asignación de recursos financieros que tengan en cuenta tanto la población a atender en cada comunidad autónoma como las inversiones sanitarias a realizar para corregir las desigualdades territoriales sanitarias*”), no ha podido ser cumplida. El gasto sanitario en sí mismo considerado no constituye un indicador apropiado para evaluar la equidad interterritorial ni un mayor gasto implica necesariamente un mejor servicio. La equidad en el sistema sanitario supone equidad en el acceso al mismo, equidad en los recursos, equidad financiera, equidad tecnológica y la eficiencia en la gestión. Con una traducción inmediata: la satisfacción del beneficiario de la prestación de asistencia sanitaria.

Conviene advertir, para finalizar con este apartado, que no constituye éste un problema que afecte únicamente a España. La mayor parte de los países de la UE ha optado por mantener un equilibrio entre la autonomía y la responsabilidad regional, por una parte, y, por otra, lograr la supervisión y la coordinación central, articulando mecanismos niveladores que permitan conseguir una protección mínima común ⁽¹¹⁸⁾. En este sentido, se señala cómo los métodos retrospectivos han cedido ante modelos de carácter prospectivo basados en fórmulas ajustadas al riesgo o a la necesidad. Por eso se introducen incentivos a la contención de los gastos, porque es la mejor manera de lograr una equidad horizontal entre los diferentes territorios. Ahora bien, la pregunta que resulta hoy generalizada es si el gasto se realiza de forma óptima o se podrían obtener ganancias significativas si se efectuara una evaluación más sistemática y uniforme de la práctica clínica, con métodos organizativos y de gestión controlados. A fin, lógicamente, no sólo de garantizar sino de mejorar la calidad de la prestación sanitaria.

2.2. Factores que contribuyen al incremento de los gastos en el sistema sanitario

1. El principal factor que incluye en la actualidad en el incremento de los gastos en el sistema sanitario, aunque no sea el único, es el incremento de la calidad de vida del tiempo vivido dada la longevidad de la población española y, en general, europea. La esperanza de vida en Europa se fija en unos 75 años para el hombre y 80 para la mujer. La esperanza de vida libre de incapacidad, es un indicador que puede aportar información acerca de esta calidad de vida, al estimar en qué medida las personas mayores vivirán con menor o mayor discapacidad debido a que la discapacidad y las enfermedades crónicas prevalecen más en este grupo de población. Numerosos estudios, nacionales e internacionales, demuestran que existen desigualdades en la salud entre grupos según características sociales y económicas, encontrando que, en la mayoría de indicadores analizados, existen desigualdades de edad, género, clase social y área geográfica de residencia.

El trabajo, el medio ambiente y la cobertura sanitaria son algunos de los principales determinantes de la salud poblacional. Las desiguales condiciones de vida y de trabajo de los diversos grupos sociales sitúan las políticas en salud laboral, medioambiental y salud pública entre los procedimientos institucionales de las sociedades contemporáneas generadoras de equidad. Las lesiones por accidente de trabajo y las enfermedades profesionales poseen, en tanto que daños a la salud, implicaciones muy diferentes a cualquier otra causa de morbilidad o muerte. Pero los daños derivados del trabajo son, en cierto modo, una responsabilidad pública, asumida así por los países desarrollados si se observan las normas e instituciones que regulan la prevención de riesgos laborales. Desde principios del siglo XX, la protección social integra la protección del accidente de trabajo. Existe, sin embargo, una distribución desigual de los riesgos y de las lesiones por accidentes de trabajo en el mapa de España. En gran medida, esta desigualdad es fruto de las características sectoriales de cada territorio con una exposición diferente a los riesgos en el trabajo según el entorno social del trabajador. Asimismo, la diferente asignación de puestos de trabajo, los distintos modelos de contratación y la diversa protección negocial de los trabajadores intensifican un cumplimiento heterogéneo de la normativa preventiva en la empresa. En España fallecen tres trabajadores cada día como consecuencia de las lesiones provocadas por un

⁽¹¹⁸⁾ URBANOS GARRIDO, R., "Tendencias internacionales en la financiación del gasto sanitario", *Papeles de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm.19, 2004, pág. 23.

accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el veinticinco por ciento de la población trabajadores se expone a un riesgo cancerígeno y uno de cada ocho sufre anualmente una lesión como consecuencia de su actividad laboral (¹¹⁹).

2. El mapa epidemiológico español presenta algunos rasgos de marcadas diferencias regionales. Siguiendo la encuesta europea de salud para el 2010, las CCAA de Murcia, Galicia y Extremadura, con prevalencia superior a la media nacional en un buen número de trastornos y problemas como la hipertensión, problemas respiratorios, depresión, dolores lumbares y cervicales, entre otros, exhiben rasgos menos favorables que otras como las CCAA del norte, entre las que Aragón continúa mostrando el perfil más saludable, con prevalencia inferior a la media. Entre los factores que explican esta distribución pueden citarse las distintas tasas de envejecimiento regionales, pero también los niveles de renta, que constituyen un determinante de la salud de primer orden (¹²⁰).

La representación de estas desigualdades es necesaria y, además, es útil porque, a través de las mismas, se pueden determinar las políticas sociales y sanitarias que mejorarán el nivel de salud y bienestar de la población y que estén dirigidas a reducir las desigualdades sociales en salud. De hecho, se aconseja que la disminución de desigualdades en salud se convierta en uno de los temas prioritarios de la agenda política, excepción hecha de la pertinaz crisis económica. Es necesaria una planificación y gestión de recursos en los programas de salud, en las acciones preventivas y en la promoción de la mejora de la misma basados en determinantes sociales y económicos, ya sean éstos individuales o fruto del entorno. El estudio de las desigualdades en salud permitirá conocer su impacto poblacional y plantear una planificación sociosanitaria equitativa basada en el conocimiento empírico.

Ahora bien, las desigualdades en salud pueden tener su origen asimismo en variaciones en la calidad de los servicios sanitarios, el acceso a dichos servicios o la forma en que los individuos producen salud. Cuando el resultado debido a las diferencias en las funciones de producción de salud se considera inaceptable ha de plantearse un cambio en el mecanismo de asignación tal que los recursos se reasignen hacia los individuos con peor esperanza de vida o niveles de salud más reducidos. Una vez identificados los grupos desfavorecidos y sus áreas de residencia, la asignación de los recursos deberá responder a la composición por grupos en cada área. Sólo así se garantiza una distribución más equitativa, eficiente y justa de los recursos destinados a la atención sanitaria (¹²¹).

3. La participación privada en la financiación y gestión del sistema sanitario

3.1. La gestión directa o indirecta del sistema sanitario. Participación privada en la gestión sanitaria.

(¹¹⁹) AMABLE, M., BENACH, J y CHARRIS, S., *Salud laboral, ambiental y pública*, Informe 2007, Madrid, Observatorio Social de España,

(¹²⁰) CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Economía, trabajo y sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2010 (resumen)*, Madrid, CES, 2010, pág. 81.

(¹²¹) URBANOS, R., "La financiación sanitaria de los países de nuestro entorno", *Revista de Administración Sanitaria*, vl.V, 2001, pág. 101.

1. La LGS consagró el principio de libertad de empresa en esta parcela, permitiendo la concurrencia de la gestión privada con la gestión pública directa. Las Administraciones públicas sanitarias están capacitadas para establecer conciertos con el objeto de prestar servicios sanitarios con medios ajenos a ellas (art. 90.1 LGS), conservando las funciones de control e inspección sobre los mismos. Ha sido frecuente encontrar, desde entonces, propuestas de modelos de gestión híbridos que combinan los incentivos administrativos con los criterios propios del mercado, atendiendo a la eficiencia en la prestación de servicios o a la competencia empresarial en la misma como los que rigen en las fundaciones públicas sanitarias. La mercantilización de un servicio público y la diversidad organizativa fuera de control han sido algunos de los reproches al ensayo de estas nuevas fórmulas gestoras.

2. Como es sabido, en la gestión sanitaria existen dos formas de actuación, una directa y otra indirecta. En la gestión directa la producción y provisión del servicio se mantiene en manos de los centros sanitarios del servicio público de salud a los que se les atribuye personalidad jurídica mediante fórmulas diversas: entes de derecho público, fundaciones públicas, consorcios, etc. Cada CCAA elige la forma concreta en la que desea dispensar su gestión. Así, por ejemplo, el País Vasco es la primera CCAA que ha optado por crear un organismo autónomo de carácter administrativo. Cataluña emplea profusamente la fórmula de los consorcios, circunstancia a la que coadyuba la titularidad local de muchos centros sanitarios. Las fundaciones fueron inicialmente empleadas por Galicia tanto en los hospitales comarcales de nueva creación como en otro tipo de centros con actividades sanitarias. Fórmula que se extendería considerablemente en otras CCAA como Madrid, Baleares o La Rioja durante los años noventa para ralentizar su utilización con posterioridad.

Por lo que se refiere a la gestión indirecta, la provisión del servicio se mantiene en el servicio de salud pero su producción se contrata al sector privado mediante contratos de externalización con o sin finalidad lucrativa. Normalmente se emplea la vía de los conciertos regulados en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en forma de concesión, gestión interesada, concierto con persona natural o jurídica y sociedad de economía mixta), concierto para la prestación de servicios sanitarios, tal y como recoge la LGS o convenios singulares de vinculación previstos en el art. 67 LGS. Ésta ha sido una fórmula sumamente empleada. De hecho, en los centros sanitarios siempre ha estado presente la concertación de algunos servicios generales tales como limpieza, seguridad, lavandería, mantenimiento o catering en contraposición a la producción propia. Teóricamente existen dos fórmulas concesionales: los modelos PFI (private finance iniciativa) y las concesiones de gestión de servicio público. Asociaciones todas ellas entre el sector público y privado que permiten a los servicios de salud atraer capital privado para acometer inversiones en centros sanitarios sin tener que desembolsar liquidez inicial ni recurrir al endeudamiento público. A cambio de esta prestación se aseguran la concesión de la adjudicación de la provisión de servicios como parte adjudicataria privada durante un largo período de tiempo con arreglo a un sistema de pago y facturación respecto de unos estándares de calidad definidos en el contrato de adjudicación. Así, a este modelo de gestión indirecta pertenecen las entidades de base asociativa catalanas. Estas entidades comenzaron su andadura en 1991 a través de la contratación de servicios de atención primaria con dos entidades ajenas al Instituto Catalán de Salud para determinadas áreas básicas. Sus miembros son todos médicos que se agrupan en la entidad bajo diferentes fórmulas jurídicas (sociedad anónima, de

responsabilidad limitada, laboral o cooperativa) y a ellos pertenece el 51% del capital social de las mismas. Tras la constitución de la entidad se realiza el diseño de un proyecto de gestión de servicios, el sometimiento a un concurso público para la adjudicación de los mismos y el sometimiento a mecanismos de control y auditoría externos.

Queda constatado que las nuevas fórmulas de gestión suelen aplicarse a centros hospitalarios de nueva creación y de un tamaño mediano o pequeño, nunca en grandes hospitales que son los que probablemente requerirían de una mayor innovación en la gestión y una mejor adaptación organizativa, teniendo en cuenta que el diseño de los mismos respondía al enfermo agudo cuando en la actualidad el patrón responde a la cronicidad en la enfermedad. Por el momento, no se puede afirmar de forma contundente que la gestión directa sea más eficiente que la indirecta ni la afirmación inversa. Pero si aprecian algunos que, en general, las ventajas de la gestión directa quedan desfiguradas por la falta de separación efectiva entre el financiador y el proveedor así como por la disminución de la autonomía de gestión a largo plazo.

3.2. La financiación privada del sistema sanitario. Sobre el copago sanitario

3.2.1. La financiación privada en el sistema sanitario español y en el sistema sanitario comparado europeo

1. Por regla general, el sistema sanitario público español está muy bien valorado por sus beneficiarios (que no usuarios), alcanzando una puntuación media de 6.3 sobre 10, con algunas variaciones nada significativas entre las CCAA. De hecho, cuando se realizan valoraciones del sistema sanitario destacan algunas consideraciones. Así, existe una alta valoración sobre la contribución del sistema sanitario en clave de efecto sobre la cohesión social del país; se produce, sin embargo, una valoración negativa en cuanto a la contribución neta al bienestar colectivo del aseguramiento privado; se aprecia asimismo una elevada valoración de la descentralización sanitaria autonómica en su aportación a la mejora del sistema de salud; por lo demás, se considera que los recursos totales que nuestro país gasta en salud no están en consonancia con nuestro nivel de desarrollo; y, finalmente, se aprecia la necesidad de ignorar la existencia del sector sanitario privado a efectos de planificación pública ⁽¹²²⁾. Existe, no obstante, una percepción generalizada de una serie de problemas no resueltos que propician la necesidad de impulsar reformas para lograr que el funcionamiento del sistema sea óptimo.

Cada vez adquiere más relevancia, y así se ha manifestado en la última contienda política de las elecciones de 2011, la necesidad de plantear un incremento de la financiación privada en el sistema. Ya en los años noventa, el Informe del ex ministro Abril Martorell sugeriría la necesidad de obligar a los beneficiarios a participar en el coste de los servicios sanitarios, siquiera de forma simbólica. Ocurre, sin embargo, que, siendo el gasto sanitario de naturaleza eminentemente pública, en casi una cuarta parte del mismo está siendo financiado en la actualidad directamente por los beneficiarios del mismo bien por el creciente mercado alcanzado por los seguros privados en este ámbito bien por la necesidad de cubrir necesidades no incluidas en el sistema (copago de las medicinas, atención bucodental, prótesis, óptica, etc).

⁽¹²²⁾ LÓPEZ CASANOVAS, G., "Una valoración de opciones para la política sanitaria española en un contexto descentralizado", *Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales*, núm.49, 2005, pág.23.

Como se advirtiera, la aportación pública al gasto sanitario proviene en un 94% de los tributos ordinarios quedando el resto a cargo de aseguramientos obligatorios a mutuas y mutualidades de la función pública (¹²³). En España existe, además, una presión fiscal alta (37.8% sobre el salario que se eleva al 47% si se incluyen impuestos sobre el consumo como el iva). A partir del modelo de financiación autonómica de 2001 se ha producido una deriva hacia los impuestos indirectos que establecen una financiación menos equitativa por lo que, en verdad, el copago en sanidad ya está siendo efectuado bien por esta vía impositiva bien por otro tipo de aportaciones adicionales a las obligatorias como la que recaudan la mutuas o las mutualidades profesionales e incluso mediante la satisfacción directa de necesidades no cubiertas por el sistema público y que exigen o el pago directo de las servicios que las cubren o el pago periódico a seguros privados que las garanticen.

2. En principio, existen tres sistemas básicos de costes compartidos en materia de salud. En primer lugar, los deducibles que establecen un nivel de gasto inicial del paciente a partir del cual empieza a actuar la cobertura aseguradora; la conducta que provoca es de contención inicial de la utilización, inhibiendo el uso en problemas menos graves, estudios iniciales de enfermedades y visitas periódicas preventivas. En segundo término, los copagos, que cargan una cantidad por ítem de servicio utilizado pero no por su coste; busca una conducta de moderación en el volumen de servicios demandados o utilizados, considerando tácitamente que el coste de los servicios prescritos o indicados cae más bajo la responsabilidad de quien los provee (sistema sanitario y profesionales de la medicina) que de quien los consume (pacientes). Y, finalmente, los coseguros, que suponen pagar un porcentaje del coste de los servicios utilizados y por ello se hallan más influidos por la preocupación del gasto del asegurador; en este modelo, según se consumen más servicios, más caros o ambos, la carga financiera que recae en el paciente se vuelve mucho más gravosa (¹²⁴).

Existen, además, unos mecanismos de modulación que acompañan a los costes compartidos, tanto para conseguir efectos más específicos en la eficiencia como para garantizar la protección de efectos adversos sobre la equidad. Así, nos encontramos con los sistemas de reembolso o reintegro de gastos, relativos a pagos que adelanta el paciente y solicita su devolución. Por ejemplo, en Francia el paciente paga el 100% de la consulta médica y luego solicita a la Seguridad social el reintegro del 70%, el resto corresponde al ticket moderador pero el hecho de que tenga que adelantar su dinero supone también una carga financiera y una monetarización de la transacción que busca desincentivar la demanda.

Los copagos selectivos, de baja intensidad y evitables son los sistema de modulación más habituales para condicionar el comportamiento de los pacientes. Forman parte de este sistema de modulación los copagos de muy baja cuantía o de carácter simbólico, los copagos evitables, adscritos a servicios no esenciales, o el gravamen de algunos servicios cuando existe una cierta capacidad de sustitución mutua (especialista/generalista). Las exenciones son los mecanismos moduladores básicos para preservar la equidad al instaurar la participación en el coste de los pacientes; pueden ser

(¹²³) SESPAS, *Análisis del sistema sanitario 2010*, www.sespas.es.

(¹²⁴) REPULLO LABRADOR, J.M., *Copago sí, copago no: revisando modalidades y efectos de los costes compartidos en el contexto sanitario europeo* (ww.scribd.com).

de muchos tipos: edad (niños, jóvenes, ancianos), condición biológica (embarazo), condición funcional (discapacidad), patologías con externalidades sociales (infecciones, vacunación, enfermedad psiquiátrica grave), riesgo que originó el daño (gratuidad en ATEP), patologías crónicas (vía medicamentos específicos), grupos de enfermos (síndrome tóxico), condición socioeconómica (pobreza, etnia, exclusión social), etc.

Finalmente un mecanismo modulador protector de rentas de carácter general es el desembolso directo máximo, límite (anual) superior de costes compartidos a partir del cual es el asegurador el que asume todos los gastos, protegiendo las rentas de quienes tienen la mala fortuna de tener enfermedades económicamente catastróficas.

3. Este tipo participación privada no extraña en otros países. En el grupo de países de la OCDE cabe distinguir tres tipos de modelos sanitarios: el modelo estadounidense, de naturaleza básicamente privada, a pesar del peso de los programas públicos Medicare, Medicaid y el programa de asistencia a los Veteranos; y los modelos de Seguridad Social y los modelos de Sistemas Nacionales de Salud. Pues bien, a pesar de que estos dos últimos modelos se articulan sobre la base de una intervención pública mayoritaria, cada vez se incrementa más la aportación privada sobre el gasto total. En EEUU, representa el 55.1% de los recursos sanitarios totales y procede de pagos directos o de seguros privados que contratan los empresarios para sus trabajadores o directamente contratados por los individuos. En los sistemas Nacional de Salud, España es, junto con Portugal, el Estado con mayor porcentaje de gasto sanitario privada (28.6%). Los componentes básicos de la financiación privada corresponden, en este caso y como se expusiera, a la participación directa en el coste por sus beneficiarios o al pago de seguros privados. Francia, Países Bajo o Alemania son los Estados con pagos directos de menor relevancia (10%, aproximadamente). En el gasto por seguros privados, Italia presenta el nivel menor (0.9%) siendo en España aproximadamente el 4% del gasto sanitario total.

Los ajustes por riesgos están generalizados en todos los países, si bien las fórmulas de reparto concretas y las variables utilizadas en su cálculo difieren mucho entre ellos, entre otros motivos por las diferencias en la calidad y cantidad de información disponible en cada país. A pesar de la amplia cobertura pública que ofrecen la mayor parte de los países de nuestro entorno en el ámbito de las prestaciones sanitarias, los porcentajes que la financiación privada aporta al conjunto de la sanidad, ya sea a través de distintas fórmulas de copago o a través de la contratación de seguros privados no resultan desdeñables. Aproximadamente la mitad de los Estados han establecido pagos directos a los beneficiarios por el consumo de la atención primaria y especializada y la práctica totalidad los aplica en el consumo de medicamentos. Al margen de que pueda discutirse la eficacia potencial de los copagos en un mercado caracterizado por la información asimétrica entre médico y paciente es importante profundizar en las consecuencias distributivas de su implantación, especialmente si no se establecen en función de la renta de los individuos. El grado de equidad vertical en los esquemas de financiación sanitaria (medida como la relación entre la contribución de cada individuo a la financiación total y su capacidad de pago) depende de cuál sea la composición de los fondos que se destinan a la sanidad. Por el momento, se ha demostrado que los pagos directos tienden a aumentar la regresividad del sistema (junto con las cotizaciones sociales y los impuestos indirectos), regresividad que tiende a reducirse a medida que aumenta la proporción de gasto financiada a través de impuestos directos.

En principio, la preocupación por garantizar la equidad (considerada como igualdad de acceso a la atención sanitaria) limita el papel de las distintas fórmulas de participación directa en el coste por parte de los beneficiarios en la mayor parte de los países (ya adopten la forma de una cantidad fija por servicio o producto -copago en sentido estricto-, ya de un porcentaje del precio total -coseguro o ticket moderador- ya deducibles -equivalentes a una franquicia-). Ciertamente, la fórmula del copago se utiliza en un sentido más amplio y engloba dicho concepto las distintas fórmulas de participación de los pacientes o asegurados en el coste de la prestación sanitaria. Una de las tendencias más relevantes de los últimos años ha consistido en aumentar la parte de los costes que soportan directamente los pacientes o asegurados en línea con otras medidas dirigidas al mismo objetivo, el de contener el crecimiento del gasto sanitario. Así, en Alemania una de las últimas reformas ha convertido el modelo de libre acceso a cualquier especialista a introducir un pago de diez euros en la primera visita ambulatoria de cada trimestre. Además de incrementar el importe de los copagos ya existentes, especialmente en el consumo de medicamentos, endureciendo las condiciones de exención. Por su parte, Francia decidió establecer el pago de un euro por cada acto médico. De hecho, aproximadamente la mitad de los Estados miembros de la UE establecen algún tipo de participación en el coste para los beneficiarios ya sea en forma de pago fijo por consulta o prueba diagnóstica o bien con un porcentaje en el coste total. También resulta frecuente establecer exenciones para colectivos (niños, pensionistas, individuos de baja renta, etc). En la atención hospitalaria, algunos Estados incluyen la posibilidad de obtener una mejora de la calidad hotelera mediante pago. Otros establecen un coste por cada día de hospitalización, con limitación si se trata de una atención de larga duración, incluso con un canon de admisión. Finalmente, todos los países establecen participación en el coste del gasto farmacéutico bien a través de una cantidad por fármaco prescrito bien en un porcentaje del precio de los medicamentos.

Algunos países como Francia o Alemania iniciaron, de hecho, a principios de esta década una reforma importante en materia sanitaria. La mayor parte de los Estados comparten una preocupación común: cómo garantizar unos sistemas sanitarios de amplia cobertura y elevados niveles de calidad y equidad que sean viables desde el punto de vista financiero. Reto importante en un contexto caracterizado por el cambio de los patrones demográficos, por el avance de la innovación en medios de diagnósticos clínicos y farmacológicos y por la incorporación al sector de las TIC. Para lograrlo, muchos de ellos han optado por una sustitución de métodos de financiación retrospectivos por métodos prospectivos, cambios introducidos en el copago o los procesos de reforma de financiación territorial tras la progresiva descentralización. Así, de la misma manera que en España las competencias sanitarias corresponden a las CCAA, el resto de los países delegan en los gobiernos subcentrales una parte de la responsabilidad sobre la atención sanitaria: Suecia en los condados, Italia en las regiones, Australia en los Estados, Canadá en las provincias. En los países nórdicos, los gobiernos locales financian la atención sanitaria a través de impuestos municipales. Las medidas de reforma han venido dadas o bien por la limitación de las tasas de cotización en los sistemas de seguro o bien por la introducción de controles más directos en los sistemas nacionales de salud. España, como otros países, pretende la descentralización a fin de aumentar la eficiencia en la gestión de la asistencia sanitaria.

En Alemania, considerado como el primer sistema de protección social del mundo, existen tres mil fondos de enfermedad obligatorios (fondos generales regionales, fondos sustitutivos, fondos de empresa, etc). Las competencias se reparten entre el gobierno federal y los länder con la peculiaridad de que el proceso de descentralización se ha producido de abajo a arriba, esto es, desde los länder hacia el gobierno federal y no al contrario. El Estado central se encarga de establecer el marco general para garantizar la equidad, financiación y la cobertura completa. Los länder aseguran la infraestructura hospitalaria, inversiones, la formación médica y se encargan de la salud pública. Por su parte, los fondos de seguro se financian con las cotizaciones sociales de la población en una cuota a partes iguales entre trabajador y empresario aunque se prevé que el importe íntegro recaiga en los asalariados. Pero, dado que las poblaciones cubiertas por los fondos son heterogéneas, existen mecanismos de compensación financiera entre los fondos, para evitar un desequilibrio entre un déficit crónico y los superávits estructurales de otros. Así, el Fondo de Compensación de Riesgos permite ajustar por las diferencias en niveles de renta o intensidad en el consumo a la poblaciones cubiertas por los distintos fondos de seguro, garantizando cierta homogeneidad entre ellos. Por lo demás, existen transferencias inversamente proporcionales a la capacidad fiscal de los länder, de manera que los territorios con mayor capacidad fiscal transfieren recursos a los gobiernos regionales menos desarrollados ⁽¹²⁵⁾. Así, se completan dos mecanismos, el del fondo de compensación de riesgos y las transferencias de nivelación que tratan de garantizar unos mínimos de financiación similares. La pretensión futura pasa por extender el seguro a toda la población, eliminando la posibilidad actual de que los individuos de mayor nivel de ingresos escapen al seguro obligatorio. Esta propuesta incluye una nueva fórmula para calcular las contribuciones para financiar el seguro de manera que tengan como base los ingresos totales de los contribuyentes y no sólo los salariales. De este modo, se conseguiría ampliar la base financiera del sistema, manteniendo al mismo tiempo su componente redistributivo. Una segunda alternativa de reforma consistiría en establecer una prima única por asegurado, independiente de su nivel de ingresos, complementada con subvenciones a las personas de menos recursos pero manteniendo la opción de seguro voluntario a los más ricos. Por su parte, los empleadores quedarían exentos de su contribución al sistema lo que supondría que el seguro sanitario perdiese su componente de redistribución de renta.

En Italia, el modelo italiano, incluido también en el bloque de Sistemas Nacionales de Salud, reparte sus competencias entre el gobierno central, las regiones y las unidades sanitarias locales. El gobierno central es el encargado de la regulación básica, de determinar el catálogo de prestaciones comunes a todo el país y de ciertas funciones de planificación. Asume asimismo una labor importante en la financiación de los servicios sanitarios. Por su parte, las regiones son las encargadas de gestionar los servicios sanitarios y de distribuir los recursos entre las unidades sanitarias locales, de las que depende directamente la prestación de la asistencia. El sistema italiano ha ido transformándose desde un sistema de salud financiado desde el gobierno central, a través de impuestos nacionales, hacia un sistema basado en impuestos regionales. Las regiones cuentan con un impuesto regional sobre el valor añadido de las actividades productivas, y tienen capacidad para incrementar los tipos impositivos hasta un máximo de un punto porcentual. Por otro lado, el gobierno central redujo la tarifa del IRPF

⁽¹²⁵⁾ VELASCO, M. y BUSSE, R., "Alemania: calidad y financiación de la asistencia en crisis", *Ars Medica. Revista de Humanidades*, t.I, 2004, pág. 66. CABIEDES, L., "Financiación sanitaria ¿Quién teme a la equidad?", *Revista de Administración Sanitaria*, v.18, 2001, pág. 22.

liberando espacio fiscal a favor de las regiones que, desde el año 2000, pueden establecer su propio tipo impositivo entre el 0.5% y el 1% y disponen asimismo de una parte del impuesto sobre hidrocarburos. Además, se ha introducido una suerte de seguro social complementario que las regiones pueden utilizar para ampliar el catálogo de prestaciones común financiado públicamente. Actualmente, un 70% de los presupuestos sanitarios se financian con impuestos regionales, de los cuales las tres cuartas partes proceden el impuesto de sociedades. Dadas las notables diferencias regionales en capacidad para generar recursos propios, en el año 2000 se crea un mecanismo de nivelación, en un intento de reducir las importantes desigualdades que se producen en el gasto *per capita*. Finalmente, desde el 2001, se destina una cantidad fija de la recaudación del iva para financiar un Fondo Nacional de Solidaridad que permita redistribuir fondos entre las regiones (¹²⁶).

3.2.2. El copago sanitario como fórmula de financiación privada de la atención sanitaria

1. A la hora de calibrar la eficacia de los mecanismos de participación directa en el coste por parte de los beneficiarios, hay que considerar cuál es el motivo principal que mueve a las autoridades a establecerlos o aumentarlos. Existen básicamente dos razones para implantarlo: reducir o eliminar la demanda innecesaria y la necesidad de aumentar los ingresos públicos. En relación con la primera de estas razones, y según indica la práctica, los copagos en sentido amplio no sólo tienden a reducir la demanda innecesaria sino también la necesaria. En un mercado caracterizado por la asimetría informativa entre paciente y profesional sanitario parece razonable que los mecanismos de racionalización del consumo sanitario recaigan básicamente sobre el lado de la oferta, sin perjuicio de que estos mecanismos puedan complementarse con otras medidas. En cuanto a la implantación de copagos como instrumento de recaudación de ingresos públicos, es preciso advertir de que su eficacia recaudatoria puede verse seriamente afectada por los costes de administración asociados a su diseño (¹²⁷).

Valorando la utilización del servicio y la necesidad de desincentivar el mismo cabría apuntar que, en los análisis efectuados, se observa que España es el país con mayor número de visitas médicas por habitante y año en la UE, con unas 2.3 visitas más que la media. Sin embargo, las estancias hospitalarias son sensiblemente inferiores a la media, ocupando el antepenúltimo lugar en la UE (¹²⁸). Se considera que muchas de estas consultas son de carácter burocrático y claramente evitables (seguimiento de bajas laborales, recogida de recetas en tratamiento de larga duración, certificados, etc) que podrían ahorrar y, de hecho, se avanza en sistemas informáticos propios. Además, el papel de la enfermería en atención primaria no está racionalmente utilizado de manera que muchos problemas que utilizan una consulta médica podrían ser resueltos en las consultas de estos profesionales. Sin embargo, cabe señalar que las únicas consultas que deciden los ciudadanos son las que se producen a demanda de un problema agudo y a partir de esa primera decisión son los profesionales los que ordenan el tratamiento en

(¹²⁶) EUROPEAN OBSERVATORY ON HEALTH CARE SYSTEMS, *Health Care Systems in Transition*, Italy, 2001.

(¹²⁷) URBANOS GARRIDO, R., “Tendencias internacionales en la financiación del gasto sanitario, *Papeles de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm.19, 2004, pág. 21.

(¹²⁸) OCDE, *Health Data*, 2010.

cuestión (revisiones, controles, derivaciones a especialistas, etc) ⁽¹²⁹⁾. Por lo demás, cabría subrayar el enorme peso de la atención especializada en nuestro país que absorbe más de la mitad del gasto total frente a la decreciente importancia de la atención primaria ⁽¹³⁰⁾. La atención primaria supone un gasto aproximado de 200 euros por habitante y año con enormes diferencias entre CCAA, que llegan a representar hasta un 70%.

2. El “copayment” (copago) o ticket moderador constituye una medida de participación en los costes en el momento del consumo. Estas medidas consisten en que el usuario abone una parte del coste de cada servicio consumido. La parte financiada puede suponer un importe fijo por cada unidad o servicio o bien una proporción del coste total; asimismo se puede establecer una aportación máxima o un conjunto de exenciones de la aportación en función de distintos criterios. Desde muchos sectores se insiste en la necesidad de responsabilizar a los beneficiarios a través de la introducción de copagos en atención primaria y urgencia y la revisión del actual modelo de copago farmacéutico que se ha ido desactualizando con el paso del tiempo. Estas medidas no deberán tener una finalidad recaudadora exclusivamente, sino que perseguirán la mejora de la calidad de la atención primaria induciendo a un mejor uso de la misma y con más tiempo de atención al paciente por parte del médico. En particular, se considera necesaria la introducción de un pago fijo por visita en atención primaria y en urgencias para filtrar la entrada no necesaria de pacientes en el sistema ⁽¹³¹⁾.

Si la atención se centra en el copago, habría que precisar que éste se encuentra más desarrollado en el terreno farmacéutico que en la atención médica y varía en función de un conjunto de factores: utilidad terapéutica de los fármacos, gravedad o cronicidad de la enfermedad, edad o capacidad económica de los individuos. En el control del gasto farmacéutico también prima la reducción de las listas de medicamentos autorizados, los precios de referencia y el fomento de la utilización de genéricos. El gasto farmacéutico tiene por objeto tanto la reducción del coste soportado por el sector público, transfiriendo este coste a las familias (financiación pública versus financiación privada) como la moderación del consumo propiamente dicho. Influyen asimismo sobre el grado de equidad social que producen estas políticas. Los mecanismos de participación en el pago, aunque se pretende que sirvan para frenar la sobreutilización de los fármacos, pueden afectar de forma directa a la demanda de la población con niveles de renta bajos que a los de rentas altas. Suele tratarse de una población con niveles de salud (por escasa prevención) más bajos, lo cual determina una mayor necesidad de utilización de fármacos y una menor capacidad para adquirirlos ⁽¹³²⁾.

En España, el gasto farmacéutico *per capita* extrahospitalario alcanza una gran variabilidad (media 268.73 euros, máximo 313,.40, mínimo 197.05 euros). La diferencia entre la CCAA con mayor gasto (Canarias) y la de menor (Baleares) es del 63%. Una parte de estas diferencias tienen que ver con el envejecimiento de la población (una población más envejecida supone una mayor necesidad de utilización de fármacos) pero

⁽¹²⁹⁾ SÁNCHEZ BAYLE, M., "Copagos Impuestos sobre la enfermedad", *Revista de Estudios. Fundación 1º de Mayo.*, núm.19, 2010 (www.1mayo.ccooes).

⁽¹³⁰⁾ GONZÁLEZ MEDEL, J., *La situación de la atención primaria de la salud en España*, Observatorio de Políticas de Salud, Madrid, Fundación 1º de Mayo, 2010 (www.1mayo.ccoo.es).

⁽¹³¹⁾ FEDEA, *La Ley de Economía Sostenible y las reformas estructurales, 25 propuestas*, Madrid, 2010.

⁽¹³²⁾ RODRIGUEZ, M., *Desigualdades en salud*, Fundación 1º de Mayo (www.1mayo.ccoo.es).

también con otras cuestiones como la implantación de genéricos ya que existe una correlación negativa entre gasto *per capita* y porcentaje de genéricos empleados ⁽¹³³⁾. En nuestro país, la prestación farmacéutica fue la pionera en establecer un servicio de protección social sujeto a participación del usuario en el coste desde 1967. Ahora lo comparte con la dependencia. En la evolución del gasto farmacéutico en España se observa cómo el incremento del gasto público ha venido derivado no tanto del incremento en el consumo, aun cuando la gratuidad del producto para los pensionistas sí incide en el mismo, sino por el aumento en el precio del medicamento ⁽¹³⁴⁾.

3. Cualquier decisión en este sentido implica reflexionar sobre una idea base y es que el copago fractura la cohesión social ⁽¹³⁵⁾. Se impone, así, una consideración, ya publicitada por la OMS y es que cualquier tasa por pequeña que sea tiene un efecto negativo sobre la salud de los sectores socialmente más desfavorecidos. En España, en 2010, existían 8.644.000 de pensionistas con un importe medio de 776.4 euros. Más del 80% tiene una o varias enfermedades crónicas y el consumo de fármaco es alto por prescripción médica y en su mayoría con polimedicación. Además, 4.612.720 personas se hallan en paro y 1.298.3000 hogares tienen a todos sus miembros en paro y el 57% de personas en situación de empleo cobran menos de 1.000 euros al mes. De todo ello se deduce que la mayoría de la población, muy especialmente quienes más utilizan los servicios sanitarios públicos, que son las personas mayores de 65 años, que suelen coincidir con quienes están percibiendo prestaciones por jubilación, tienen unos recursos muy limitados a lo que se suma la población desempleada que es previsible no se reduzca a corto plazo ⁽¹³⁶⁾.

Por lo demás, del análisis de la experiencia ya existente en estas fórmulas de cofinanciación, se derivan algunas consideraciones. En primer lugar, los estudios realizados sobre los efectos del copago concluyen en que la eficacia en la contención del gasto sanitario es mínima o irrelevante, las cuotas de participación son un impedimento de importancia en el acceso a los servicios para las personas pobres y ancianas que viven con bajos ingresos, que retrasan o impiden el uso de servicios sanitarios necesarios y que no se ha demostrado su capacidad para contener la demanda que, incluso, en algunos casos se incrementa. En segundo término, el copago puede tener costes indirectos no considerados inicialmente. Al restringir las visitas necesarias se produjo un empeoramiento de las enfermedades que acabaron produciendo gastos que podían haber sido evitados. Por eso se explica, quizá, en España la alta tasa de visitas en atención primaria y el escaso número de estancias hospitalarias por habitante. Por lo demás, el rendimiento real de los copagos en términos económico financiero es muy bajo, si se cuenta con el coste de la recaudación, el de la protección a rentas bajas o exenciones y el de la protección a beneficiarios o techos anuales de aportación. Las cifras que se obtienen se pueden alcanzar con simples mejoras tributarias o incluso con

⁽¹³³⁾ FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES EN DEFENSA DE LA SANIDAD PÚBLICA (FADSP), *Gasto farmacéutico 2008. Una evolución preocupante* (www.fadsp.org).

⁽¹³⁴⁾ PUIG JUNOY, J., "Gasto farmacéutico en España: efectos de la participación del usuario en el coste", *Investigaciones Económicas*, núm.1, 1988, pág. 57.

⁽¹³⁵⁾ BENACH, J. y AMABLE, M., *Las clases sociales y la pobreza*, Cátedra de Análisis de Políticas Sanitarias, UAH (www2.uah.es/catedra_aps).

⁽¹³⁶⁾ FUNDACIÓN PRIMERO DE MAYO, *Copago sanitario: un impuesto sobre la enfermedad*, Informes de la Fundación, núm.25, 2010, pág. 23.

la lucha contra el fraude ⁽¹³⁷⁾. Además, el usuario de servicios sanitarios no puede ser considerado como un cliente o comprador típico informado que escoge qué y cuánto comprar sino que es el médico el que decide la demanda de sus servicios como profesional que diagnostica y prescribe el tratamiento del paciente ⁽¹³⁸⁾. Por otra parte, la reducción en el consumo es progresiva a medida que aumenta el porcentaje de participación a cargo del usuario con una ligera excepción en el caso de la hospitalización. Por lo demás, al aumentar el precio, el consumo se reduce más en la población con menos recursos que en la que dispone de más recursos, siendo el impacto negativo mayor en los niños que en los adultos. Finalmente, y sin ánimo exhaustivo, el aumento del copago sobre medicamentos produciría una disminución del consumo de medicamentos esenciales, unido al incremento de la presencia de efectos adverso graves y un aumento de las visitas a los departamentos de urgencias;

De ahí que, como conclusión, se requiera la necesidad de diseñar unos sistemas de participación en el coste de los servicios que resulten selectivos, de forma que, al reducir el mal uso de los servicios se mejore la eficiencia general del sistema y permita ahorrar los recursos derrochados para su derivación a las necesidades sanitarias o sociales más primarias. Ahora bien, si el ánimo que se impone en la introducción de la participación privada es meramente recaudatorio, se orientará la misma hacia los recargos en servicios poco sensibles al cambio de los precios dada la escasa elasticidad de la demanda a fin de que no se reduzca el uso y con ello la recaudación. Pero si lo que se pretende es la reducción en el uso y abuso del servicio en cuestión, será precisamente la reacción de la demanda a la barrera de los precios lo que conducirá a anular el uso inapropiado del servicio en cuestión. Se persigue mejorar la conciencia de los pacientes sobre los costes, indicarles el esfuerzo que realiza la sociedad para su sostenimiento, realizar una concienciación sobre el individuo y el sistema e inducir a un comportamiento más exigente del beneficiario con el sistema y consigo mismo. Se valora lo que se paga y, en definitiva, se adopta el precio como referente indicador de la calidad, monetizando en exceso las relaciones y transacciones en derechos esenciales como la salud ⁽¹³⁹⁾.

⁽¹³⁷⁾ REPULLO LABRADOR, J.M., *Copago sí, copago no: revisando modalidades y efectos de los costes compartidos en el contexto sanitario europeo* (ww.scribd.com).

⁽¹³⁸⁾ RDORIGUEZ, M., *Los copagos en atención médica y su impacto sobre la utilización, el gasto y la equidad* (www.fundaciocampanals.com).

⁽¹³⁹⁾ REPULLO LABRADOR, J.M., *Copago sí, copago no: revisando modalidades y efectos de los costes compartidos en el contexto sanitario europeo* (ww.scribd.com).

CAPÍTULO V.

LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN MATERIA DE ASISTENCIA SOCIAL

I. LA EXCLUSIÓN SOCIAL COMO FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DE LA ASISTENCIA SOCIAL. 1. Exclusión social y pobreza. 1.1. Identificación de la pobreza y de la exclusión social. 1.2. Factores que determinan la existencia de la pobreza y la exclusión social. 1.3. La precariedad laboral como factor de exclusión social. II. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE ASISTENCIA SOCIAL. 1. El amplio alcance y el difuso contenido de la protección asistencial. 2. La incuestionable competencia de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social. 3. El nivel asistencial del sistema de protección social: la delimitación entre la Asistencia Social y la Seguridad Social no contributiva. 3.1. Las pensiones no contributivas y su cuestionada naturaleza jurídica. 3.2. El “complemento” a las pensiones no contributivas. III. LOS MÁRGENES DE LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN EL ÁMBITO DE LA ASISTENCIA SOCIAL. 1. La participación pública para propiciar la inclusión social. 1.1. Las políticas activas de inserción frente a las políticas pasivas. 1.2. Las rentas mínimas de inserción autonómicas y la renta activa de inserción estatal. 2. Participación privada: el apoyo a los emprendedores y al empleo como principal ámbito de actuación. 2.1. El déficit de la participación pública y el ámbito de actuación de la participación privada. 2.2. La contribución al empleo como mecanismo de participación privada en materia de exclusión social

I. LA EXCLUSIÓN SOCIAL COMO FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN DE LA ASISTENCIA SOCIAL

1. Exclusión social y pobreza

1.1. Identificación de la pobreza y de la exclusión social

1. El año 2010 fue el Año Europeo de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social, constituyendo la exclusión social uno de los ejes de la Agenda Social Europea de los próximos años. El 16% de la población europea vive en riesgo de pobreza, una persona de cada cinco habita una vivienda inadecuada y el porcentaje de jóvenes que abandona prematuramente la escuela supera el 15%. ⁽¹⁴⁰⁾.

⁽¹⁴⁰⁾ TEZANOS TORTAJADA, J., “Desigualdad y exclusión social en las sociedades tecnológicas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 35, 2002, pp. 20-40, LA PARRA, D. y TORTOSA, J.M., “Procesos de exclusión social: redes que dan protección e inclusiones desiguales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.35, 2002, pp. 46-67, MARTÍNEZ TORRES, M., “Las rentas mínimas autonómicas desde una perspectiva comparada”, *Cuaderno de Relaciones Laborales*, núm.2, 2005, pp. 147-162, SACHS, J., *El fin de la pobreza. Cómo conseguirlo en nuestro tiempo*, Barcelona, Debate, 2005, pp. 495-502, PAUGAM, S., ¿Bajo qué formas aparece hoy la pobreza en las sociedades europeas?, *Revista Española del Tercer Sector*, núm.5, 2007, pp. 155-162, NÚÑEZ VELÁZQUEZ, J.J., “Estado actual y nuevas aproximaciones a la medición de la pobreza”, *Estudios de Economía Aplicada*, núm.2, 2009, pp. 322-259, MARCO FABRE, M., “Consideraciones en torno al concepto de exclusión social”, *Acciones e investigaciones sociales*, núm.11, 2000, pp.10-22, AAVV,

Será el Consejo de Europa el que, en 1989 (Resolución de 29 de Septiembre), utilice por primera vez el concepto de exclusión social para diferenciarlo de una noción más restrictiva como es la de la pobreza. Se consideran en situación de pobreza, “*aquellos individuos, familias y grupos que no disponen de los recursos suficientes para lograr una dieta adecuada, para participar en las actividades y para tener las condiciones y los servicios a los que está acostumbrada una sociedad o que, al menos, son ampliamente reconocidos y apoyados de manera general por la sociedad a la que pertenecen. Es decir, están en situación de pobreza aquellos cuyos recursos se encuentran radicalmente por debajo de la exigencia del individuo o familia media, por consiguiente, se encuentran excluidos de las actividades, tradiciones y estilo de vida comunes*” ⁽¹⁴¹⁾. La pobreza describe la insatisfacción de las necesidades humanas básicas. El reto para la consecución de un mayor nivel de igualdad consiste en incrementar la capacidad de los individuos y las sociedades para reducir la vulnerabilidad ante la pobreza y promover la autonomía de las personas.

En 1968, el Social Science Research Council aportó una definición más enriquecedora sobre la pobreza al establecer que “*los individuos son pobres porque no tienen las oportunidades, comodidades y dignidad que se consideran normales en la comunidad a la que pertenecen. Por tanto, son las normas medias continuamente cambiantes de esa comunidad las que constituyen los puntos de partida para el cálculo de la pobreza; los pobres son aquellos que se encuentran lo suficientemente por debajo de esos niveles medios*”. En 1975, el Consejo de Europa definió la pobreza considerando como pobres a “*aquellos individuos o familias cuyos bajos recursos los excluyen del estilo de vida mínimo en el estado miembro en el que residen*”, definiendo los recursos como “*bienes, ingresos económicos además de los servicios de origen público y privado*”. Se consideran en situación de pobreza, “*aquellos individuos, familias y grupos que no disponen de los recursos suficientes para lograr una dieta adecuada, para participar en las actividades y para tener las condiciones y los servicios a los que está acostumbrada una sociedad o que, al menos, son ampliamente reconocidos y apoyados de manera general por la sociedad a la que pertenecen. Es decir, están en situación de pobreza aquellos cuyos recursos se encuentran radicalmente por debajo de la exigencia del individuo o familia media, por consiguiente, se encuentran excluidos de las actividades, tradiciones y estilo de vida comunes*” ⁽¹⁴²⁾.

Por su parte, la exclusión social engloba las causas y los efectos de la pobreza y es un concepto más amplio que se refiere no sólo a la precariedad económica sino al insuficiente nivel de vida. De hecho, la exclusión implica fractura del tejido social, la ruptura de ciertas coordenadas básicas de integración y, por tanto, la aparición de una nueva escisión, de un nuevo organigrama de colectivos excluidos. Y constituye más un proceso o un conjunto de procesos que una situación estable, afecta de forma cambiante a personas y colectivos a partir de situaciones de vulnerabilidad. Por exclusión social se entiende el conjunto de procesos estructurales, pautas ideológicas y culturales, tendencias sociales y mecanismos que producen el empobrecimiento personal o

Número monográfico sobre “Exclusión social”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm.18, 2001.

⁽¹⁴¹⁾ CONSEJO DE EUROPA, *Estudio del Milenio sobre Pobreza y Exclusión Social*, Estrasburgo, 1999.

⁽¹⁴²⁾ CONSEJO DE EUROPA, *Estudio del Milenio sobre Pobreza y Exclusión Social*, Estrasburgo, 1999

colectivo. De ahí que la noción de exclusión social se caracterice por la multidimensionalidad de los mecanismos mediante los cuales las personas o grupos se ven excluidos de la participación en los intercambios, prácticas y derechos sociales.

2. Existe una cierta coincidencia al considerar que el de la pobreza es un concepto mucho más restringido que el de la exclusión social. La situación de exclusión incluye la de ser pobre, pero pobre extremo puesto que la pobreza relativa podría no ser considerada como situación de exclusión social. Teniendo en cuenta que, desde 1960 hasta finales del siglo XX, la población mundial se había multiplicado por dos pasando de tres mil millones a seis mil millones de personas, el riesgo de exclusión e incluso de pobreza, sea ésta extrema o relativa, se acentúa. Existen dos datos elocuentes en relación a la medición de la pobreza y es que, si bien la riqueza se habría multiplicado por nueve durante la segunda mitad del siglo XX, sin embargo, los índices de evolución del PIB en los países más ricos contrastan con los índices de desarrollo humano de la ONU (PNUD) o los datos sobre pobreza del Banco Mundial. En los países de la OCDE, más de 130 millones de personas padecen pobreza de ingresos, 34 millones se encuentran desempleados y la tasa media de analfabetismo funcional en los adultos alcanza el 15%. Con estos datos, puede anticiparse una conclusión inicial y es que la globalización de la economía provoca asimismo la globalización de la pobreza aunque, por el momento, no ha conseguido establecer soluciones globales, tal vez, porque como indican algunos autores, cada vez más el poder y la riqueza se concentran en menos manos ⁽¹⁴³⁾.

Se identifican tres elementos como factores explicativos de la representación social y convencional de la pobreza: el grado de desarrollo económico y del mercado de trabajo, la forma e intensidad de los vínculos sociales y la naturaleza del sistema de protección social y de acción social. Pero, en todo caso, se entiende que el concepto de pobreza supone la carencia de ingresos materiales suficientes para vivir dignamente, aludiendo a factores materiales cuantificables que suponen acotar una situación objetiva y objetivable. Surge la duda, eso sí, sobre si ha de ser considerada la pobreza de forma relativa (determinada social e históricamente y establecida a partir de la consideración de la situación general de la comunidad analizada) o de forma absoluta (esto es, con criterios universalizadores y sin tener en cuenta el contexto social concreto).

El principal problema al medir la pobreza de forma relativa es que parte de una decisión arbitraria como es la fijación de un porcentaje respecto a la media colectiva bajo el cual una persona se considera pobre y, por otro lado, que en realidad no informa sobre carencias sino sobre desigualdades y eso no permite comparar colectividades entre sí. Por otra parte, la dificultad de establecer un conjunto de necesidades básicas universales conlleva dificultades graves, tales como la arbitrariedad o el relativismo cultural. En la práctica, frente a una determinación objetiva se suele acudir a una valoración subjetiva, señalando umbrales relativos de pobreza, lo que significa que un hogar o un individuo son pobres sólo en relación con la sociedad en la que vive, de manera que es el nivel de vida de la población con la que convive es el que determina que efectivamente puedan considerarse pobres y, por tanto, pobres en una sociedad concreta podrían dejar de serlo en otra con un nivel de vida inferior.

⁽¹⁴³⁾ AYALA, L., “La monitorización de la desigualdad y la exclusión social: hacia un sistema integrado de indicadores”, en AAVV, *V Informe FUEM de políticas sociales*, Madrid, FUEM, 2006, pág. 50.

1.2. Factores que determinan la existencia de la pobreza y la exclusión social

1. Como ponen de manifiesto los estudios más especializados, la sociedad se identifica hoy en torno a una estructura compleja y fragmentada. Existen tres planos: a) la diversificación étnica derivada de emigraciones de los países más pobres a los desarrollados; b) la alteración de la pirámide de edad con un incremento de la tasa de dependencia demográfica, generalmente ligada a una dependencia física, psíquica o sensorial; y c) la pluralidad de formas de convivencia familiar con el incremento de la monoparentalidad.

En este tipo de sociedad se ha ido consolidando, por una parte, fracturas de ciudadanía a partir del diseño poco inclusivo y en ocasiones del fracaso de las principales políticas clásicas de bienestar, así, la exclusión de la Seguridad Social de grupos con insuficiente vinculación al ámbito contributivo o la exclusión social de sectores vulnerables al fracaso escolar. Ciertos colectivos de inmigrantes no sólo ocupan las posiciones más marginales en la división étnica del trabajo sino que padecen también obstáculos de acceso a los sistemas de protección social y son más vulnerables a la discriminación en el acceso a la vivienda. Sectores de población dependiente, de edad avanzada, quedan excluidos de unos servicios sociales con tasas muy bajas de cobertura. Por lo demás, constituye una realidad constatable que determinadas comunidades que habitan en barrios periféricos segregados sufren con mayor intensidad un desempleo de larga duración o una inserción laboral precaria.

2. Los factores que potencian la exclusión social responden a una distinta naturaleza: el riesgo de ruptura familiar en un contexto de cambio en las relaciones de género, el riesgo de descualificación en un proceso tecnológico acelerado o el riesgo de precariedad y de infrasalarización en un contexto de permanente cambio en la naturaleza del vínculo laboral. No en vano, la precariedad laboral se ha convertido en una fuente de exclusión social que afecta a aquellos colectivos que no se adaptan a los estándares medios de vida por inseguridad, por una situación de vulnerabilidad o de riesgo, los bajos salarios, el difícil acceso a las pensiones de Seguridad Social, las dificultades de acceder a una vivienda digna, etc. Se considera “trabajadores con bajo salario” (menos del 60% del salario medio) a quienes teniendo un empleo remunerado, se encuentran, sin embargo, en una situación de vulnerabilidad social ya que con el salario que perciben no pueden salir de un entorno de exclusión o pobreza. Se trata de empleos con los que no es posible integrarse socialmente y acceder a un nivel de vida digno, influidos como están por la desregulación, la depreciación del s.m.i., los nuevos perfiles profesionales exigidos, la sobrecualificación, etc (¹⁴⁴)

Sin olvidar el papel que la educación desempeña en este ámbito. La educación, como es sabido, otorga competencias para facilitar la adaptación a la vida profesional y garantiza el desarrollo personal y social que facilite la cohesión y la lucha contra las

(¹⁴⁴) MUÑOZ DEL BUSTILLO LLORENTE, R., “Mercado de trabajo y exclusión social”, *Acciones e Investigaciones Sociales*, núm.16, 2002, pp.93-102, FERNÁNDEZ, M., MEIXIDE, A., SIMÓN, H., “El trabajo de bajos salarios en España,” *Estudios de Economía Española*, núm.152, 2003, pp.36-52 y LÓPEZ PELÁEZ, A., “Excluidos pero trabajadores: el círculo vicioso de los trabajadores con bajo salario en España”, *Cuaderno de Relaciones Laborales*, núm.23, 2005, pp. 161-182.

desigualdades. Existen, por una parte, personas que están excluidas del propio sistema educativo y, por otra, personas susceptibles de ser excluidas socialmente por causa de su relación con el sistema y con los recursos educativos. La ausencia de escolarización representa, por un lado, una exclusión respecto del propio sistema educativo y, por otro, constituye un elemento clave para la futura exclusión del individuo respecto de otros ámbitos sociales y, en especial, de la esfera laboral. De hecho, la tasa de desescolarización es más alta cuanto más grave se hace la pobreza. En el espacio del capital formativo es donde se fijan aquellos factores que pueden contribuir a la exclusión social, presente y/o futura, de los individuos y que se derivan de sus resultados formativos; el analfabetismo absoluto y funcional, los niveles formativos bajos, el fracaso escolar, el abandono del sistema educativo y la barrera lingüística todo ello agudiza inevitablemente *“las diferencias sociales y la exclusión social que el niño va a sufrir en sus propias carnes a lo largo de toda su vida, marcando sus futuras relaciones, su trabajo, su compañía, su ubicación social, su ocio e incluso su propia forma de comportarse”* ⁽¹⁴⁵⁾.

Otra dimensión de la exclusión social que cobra una importancia cada vez mayor y que se encuentra estrechamente relacionada con la educación es la falta de acceso a las tecnologías de la información. En concreto, el 44% de los europeos no tienen conocimientos informáticos ni aptitudes en lo que respecta al uso de internet. Llegar hasta aquellos que están en los márgenes de la sociedad y del mercado de trabajo constituye una prioridad económica y un imperativo social. No existe, de hecho, contradicción alguna entre una economía dinámica y eficaz y una economía que prima la justicia social; al contrario, son estrechamente interdependientes. Si, por un lado, el desarrollo económico es indispensable para sustentar la prestación de ayuda social, por otro, la reincorporación al trabajo de las personas más alejadas del mercado laboral y el apoyo a su integración social se focaliza como un objetivo clave para reducir el número de personas excluidas socialmente ⁽¹⁴⁶⁾.

Por lo demás, la exclusión social relacionada con la vivienda y el espacio urbano tiene su origen en un factor generador clave: el carácter socialmente selectivo y especialmente segregador de los mercados de suelo y vivienda, de estructura oligopólica y tendencialmente especulativa, con una presencia pública generalmente débil o residual y con poca atención a los aspectos medioambientales. Asimismo la familia y los vínculos comunitarios ejercen de soporte para hacer frente a la situación de riesgo y/o vulnerabilidad, constituyendo un apoyo emocional y práctico para contrarrestar la encarnación de las desigualdades sociales. Por el contrario, la ausencia y/o la precariedad de las redes de solidaridad y sociabilidad tanto familiares como sociales pueden conducir al desamparo de las personas marginadas y/o excluidas, agravando su situación. Factores como la extranjería o los efectos sociales que supone la limitación en el ejercicio de derechos por la falta de nacionalidad o permiso de trabajo o residencia representan, en fin, elementos potenciadores de la situación de exclusión social.

⁽¹⁴⁵⁾ ÁLVAREZ SOUSA, A., “Fracaso escolar y exclusión social”, en AAVV, *Tendencias en desigualdad y exclusión social*, Madrid, Sistema, 1999, pág. 546.

⁽¹⁴⁶⁾ COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA, *Modernizar la protección social en aras de una mayor justicia social y una cohesión económica reforzada: promover la inclusión activa de las personas más alejadas del mercado laboral*, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas 17.10.2007, COM (2007) 620 final.

3. Esta heterogeneidad en las causas, impide identificar al colectivo marginado o excluido como un sujeto homogéneo y articulado de cambio histórico o visible y protagoniza, por el contrario, un proceso muchos más complicado en su identificación. De hecho, en la actualidad y en países desarrollados, se observa una dualidad social, un modelo de doble ciudadanía en el que existe una posición diferenciada de quienes están razonablemente integrados en la sociedad y poseen vivienda, relaciones familiares y sociales estables e ingresos regulares respecto de quienes, por ser intercambiables o prescindibles, no disponen de un trabajo digno, carecen de recursos seguros, malviven en condiciones por debajo de los mínimos y se hallan en una pendiente de vulnerabilidad social que les sitúa en la frontera de la exclusión social (¹⁴⁷).

1.3. La precariedad laboral como factor de exclusión social

1. A medida que crece el desempleo, tiende a relacionarse con los conceptos de exclusión o de pobreza el de precariedad. Con él se produce una remisión a condiciones de vida del individuo o grupos que señalarían una relativa inadecuación respecto a los estándares medios de vida, por una cierta inseguridad, por una situación de vulnerabilidad o de riesgo, la inseguridad en el trabajo, los bajos salarios, el difícil acceso a las pensiones de Seguridad Social, las dificultades de acceder a una vivienda digna, etc (¹⁴⁸). A la existencia de trabajadores con bajo salario contribuye considerablemente la ingente variedad salarial que existe en el seno interno de cada país como consecuencia, entre otros factores, de la regulación en la negociación colectiva, del fenómeno desregulatorio, de la depreciación del s.m.i., de la modificación del perfil profesional del trabajador -más cualificado pero con mayor oferta dentro de la misma cualificación-, de la tendencia a incrementar el empleo en el sector servicios en detrimento del sector industrial con una presencia de trabajos de menor productividad y más bajos salarios o los efectos de la globalización que golpean a la capacidad negociadora sobre la fijación del salario, etc (¹⁴⁹).

No es de extrañar que el incremento de los empleos con muy bajos salarios, el crecimiento de las desigualdades y la precarización laboral condujeran a la OIT a establecer como objetivo el “trabajo decente” (2003). Según la OIT, el principal riesgo contra el que luchar es que se cree un círculo vicioso entre el desempleo, el empleo con bajo salario y de nuevo el desempleo, probablemente sin prestación. Una trampa de la que resulta ciertamente difícil escapar. Por esta razón, la OCDE apunta que el empleo con bajo salario tiene un carácter “crónico”. Se llega a plantear incluso un retroceso en materia de dignificación laboral a principios del siglo XX. Por lo demás, la precariedad del empleo en estos momentos es estructural en la medida en que se trata de un proceso que afecta de un modo u otro al conjunto de la estructura del empleo. Se produce, así,

(¹⁴⁷) TEZANOS TORTAJADA, J.F., *La sociedad dividida*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2001, pág. 46.

(¹⁴⁸) MARCO FABRE, M., “Consideraciones en torno al concepto de exclusión social”, *Acciones e investigaciones sociales*, núm.11, 2000, pág. 17.

(¹⁴⁹) MUÑOZ DEL BUSTILLO LLORENTE, R., “Mercado de trabajo y exclusión social”, *Acciones e Investigaciones Sociales*, núm.16, 2002, pp. 93-102, LÓPEZ PELÁEZ, A., “Trabajadores con bajos salarios”, en AAVV, *Tendencias en desigualdad y exclusión social*, Madrid, Sistema, 1999, pp. 22-46, CASTEL, R., *La metamorfosis de la cuestión social: una crónica del asalariado*, Barcelona Paidós, 1999, pp. 12-36.

una desestabilización de los estables, introduciéndose elementos de inseguridad en los estratos intermedios de la sociedad. Por otro lado, se produce una instalación en la precariedad que genera una nueva forma de vida: una cultura de la precariedad consistente en una manera de habitar el mundo, una subjetividad construida a partir de estrategias de supervivencia en el presente.

En todo caso, la crisis de empleo de las sociedades capitalistas actuales, agravada en los años noventa, se expresa desde dos perspectivas: la irrupción de un desempleo severo que afecta a un sector importante de la población, a veces más del 20% de la población activa y, por otra, una crisis de la calidad del nuevo empleo con altas tasas de temporalidad y condiciones laborales que muestran un complejo mapa de precariedad con intensidades diversas. La carencia de empleo constituye un factor esencial en los procesos de exclusión social, relegando en muchas ocasiones otros factores con mayor peso específico en las situaciones de pobreza. De esta forma, mientras hace unos años el factor de exclusión en el ámbito laboral venía dado por el acceso al mercado de trabajo, ahora el hecho de disponer de un empleo no es garantía de suficiencia de ingresos para la subsistencia.

2. Sin embargo, en Europa, la combinación entre desempleo y pobreza no resulta homogénea (Informe OCDE 2010). Existen países que tienen a la vez una alta tasa de desempleo y una alta tasa de pobreza (España, Italia e Irlanda), países con un menor desempleo pero con una mayor tasa de pobreza (Portugal, Grecia o Reino Unido), países que obtienen buenos resultados en ambas variables (Luxemburgo, Dinamarca, Alemania, Países Bajos) y, por último, países como Francia que con una alta tasa de desempleo desarrolla, sin embargo, una menor tasa de pobreza. Sorprende que la relación entre pobreza y desempleo no siempre sea directa pues existe un volumen cada vez más alto de trabajadores ocupados que se encuentran dentro de la definición de pobreza, integrando la categoría de trabajadores pobres que, en algunos países, sobrepasa el 50% de los hogares calificados como pobres. De ahí que se observe como una característica de los últimos diez años que los hogares pobres lo son por tener salarios bajos o empleo precario más que por el hecho de estar excluidos permanentemente del mercado de trabajo. En todo caso, parece que es común la afirmación sobre el nuevo perfil de pobreza, tanto en España como en Europa. Aparecen necesidades poco cubiertas como las que se derivan de un cambio en la biografía laboral de las mujeres o en el crecimiento de los inactivos a edades muy inferiores a la jubilación o el retraso en la entrada del mercado de trabajo o, sobresaliendo por encima de estas necesidades, la situación de titulados con cualificación pero subempleados⁽¹⁵⁰⁾. Por eso, la solución no siempre pasa por un incremento del empleo sin calificativos sino por un incremento del empleo de calidad pues una mayor creación de empleo de baja productividad conllevará salarios bajos y el incremento del riesgo de quedar atrapado en las redes de la pobreza⁽¹⁵¹⁾.

También constituye fuente de pobreza la duración de la jornada, puesto que el trabajo a tiempo parcial o la simultaneidad de trabajo y desempleo generan recursos insuficientes que posicionan al trabajador en situación de pobreza. Pero, especialmente,

⁽¹⁵⁰⁾ AYALA CAÑÓN, L., "Pobreza y protección social: las reformas necesarias", en AAVV, *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Madrid, Civitas-Escuela Libre Editorial, 2002, pág. 261.

⁽¹⁵¹⁾ MUÑOZ DEL BUSTILLO LLORENTE, R., "Mercado de trabajo y exclusión social", *Acciones e Investigaciones Sociales*, núm.16, 2002, pág. 112.

es la descualificación del trabajador la que genera una situación de círculo vicioso entre empleo y pobreza. Por una parte, los procesos de reestructuración económica y tecnificación conducen a una permanente formación y reciclaje de los trabajadores. Ello puede contribuir a dos tipos de exclusión social: la que se deriva de la pérdida de validez de la cualificación del trabajador que intenta acceder al mercado de trabajo después de haber sido situado fuera de él durante un período de tiempo o que intenta insertarse por primera vez y la originada por la expulsión de los trabajadores que no se recualifican y resultan obsoletos para el sistema. Estos procesos se relacionan con los cambios en las necesidades formativas exigidas por el mercado y el desplazamiento de algunos colectivos hacia nuevos tipos de analfabetismos: el digital y el tecnológico.

II. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE ASISTENCIA SOCIAL

1. El amplio alcance y el difuso contenido de la protección asistencial

1. En un alcance amplio de la protección asistencial de nuestro sistema, cabría considerar como sus principales componentes a todas aquellas prestaciones que garantizan unos mínimos a la ciudadanía. Así, se incluirían tanto las prestaciones contributivas (pensiones con complementos para mínimos) como las pensiones no contributivas de la Seguridad Social, las prestaciones asistenciales para desempleados (tanto subsidios como la renta activa de inserción), las pensiones asistenciales del sistema, al subsidio de garantía de mínimos para discapacitados o a las prestaciones familiares de la Seguridad Social junto con las rentas mínimas autonómicas subsistentes. Dentro de este esquema, los mayores de 65 años o discapacitados acudirán a las pensiones no contributivas de la Seguridad Social, que ofrecen mayor intensidad protectora y un acceso menos condicionado y con menor grado de discrecionalidad. Por su parte, las rentas mínimas de inserción serán destinadas a personas potencialmente activas, ofrecen una protección de intensidad inferior, condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos y marcada por la discrecionalidad en su aplicación. A ello habría que añadir otro tipo de prestaciones destinadas a esta misma finalidad: el subsidio de trabajadores eventuales agrarios, los becarios/as en enseñanzas no universitarias sobre el total de alumnado en enseñanzas no universitarias (becas no universitarias), personas perceptoras de ayudas económicas de servicios sociales sobre el total de la población (ayudas económicas), porcentaje de personas y hogares beneficiarios de ayudas no económicas de la protección social (ayudas no monetarias), personas en paro que no perciben ningún tipo de prestación, sobre el total de personas en paro o paro registrado (tasa de desprotección de las prestaciones por desempleo)

Se denomina “última red” a la visión conjunta de una serie de dispositivos que se caracterizan por ofrecer unos recursos mínimos a los que se accede mediante la demostración de una insuficiencia de recursos probada (means-tested). Desde una concepción amplia, puede considerarse que todo el conjunto de políticas de protección social tiene como objeto la lucha contra la pobreza, pero son los programas de garantía asistencial de mínimos o asistencia social los que se pueden identificar como elementos centrales en la lucha contra la pobreza, al estar orientados hacia colectivos en situación de pobreza. En las últimas décadas, las transformaciones de la sociedad europea y la constatación de que la pobreza persiste a pesar del fuerte desarrollo de los sistemas de protección social han obligado a centrar la atención sobre los sistemas de asistencia social y la lucha contra la pobreza en el foco del debate sobre el Estado de bienestar

social ⁽¹⁵²⁾. El incremento del desempleo y las transformaciones en las estructuras familiares han alterado, de hecho, los tradicionales mecanismos de acceso a la protección social.

2. Conviene analizar en este punto la capacidad que las prestaciones de asistencia social tienen o pueden tener en la integración social de estos colectivos ⁽¹⁵³⁾. Los especialistas ponen de manifiesto la primera dificultad fáctica al constatar los datos disponibles para efectuar este análisis ⁽¹⁵⁴⁾. En general, los datos del Panel de Hogares de la UE indican que la protección asistencial tiene una capacidad limitada para reducir sustancialmente la tasa de pobreza, siendo la pensión de jubilación la que más y mejor contribuye a ello. La razón es que esta última constituye la fuente principal de ingresos para la mayoría de los hogares que las reciben, si bien como sólo afecta a una parte de la población, su efecto suele ser limitado. Paradójicamente el instrumento de referencia para reducir la pobreza son las pensiones, ubicadas más en el ámbito contributivo que en el asistencial, pues las rentas mínimas, creadas con tal fin, suelen resultar insuficientes para conseguirlo. En España, si se deja fuera el gasto que suponen los complementos para mínimos, la inversión en ayudas asistenciales no llega a un punto del PIB, siendo la protección asistencial de desempleo la que recoge un tercio del total. Desde 1990 se observa una pérdida en la intensidad protectora, incluso respecto de ayudas anteriores (por ejemplo, las derivadas del Fondo de Asistencia Social) y en un período reciente han supuesto una moderada reducción de la capacidad adquisitiva de estas prestaciones que, desafortunadamente, se muestran insuficientes para elevar las rentas de los beneficiarios por encima del umbral de pobreza. Las rentas mínimas o las no contributivas apenas suponen el 50% del s.m.i (o IPREM) y se sitúan por debajo del umbral del 50% de la renta por adulto equivalente, significando aproximadamente una cuarta parte del PIB *per cápita*. En definitiva, si se están abonando prestaciones por debajo del umbral de las necesidades familiares eso significa dos cosas, o bien que el sistema no tiene capacidad para eliminar la pobreza o bien que aún existe margen para intensificar su actuación.

Los resultados han sido, por lo demás, escasos tanto en las rentas mínimas autonómicas como en la renta activa de inserción estatal. Incluso se observan numerosas lagunas de desprotección que afectan a trabajadores discontinuos, parados que han agotado las prestaciones por desempleo o no han cotizado suficientemente para acceder a ellas, personas sin recursos propios que no han cumplido los 65 años o personas con minusvalías importantes, jóvenes sin acceso al mercado de trabajo. La forma de medir

⁽¹⁵²⁾ LAPARRA, M., “La travesía del desierto de las rentas mínimas en España”, *Documentación Social*, núm.135, 2004, pág. 62.

⁽¹⁵³⁾ AYALA CAÑÓN, L., *La descentralización territorial de las prestaciones asistenciales: efectos sobre la igualdad*, Madrid, Mimeo, 2000, LAPARRA, D. y TORTOSA, J.M., “Procesos de exclusión social: redes que dan protección e inclusiones desiguales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.35, 2002, pp. 43-62, AGUILAR, M., LAPARRA, M. y PÉREZ, B., *La exclusión multidimensional en el espacio urbano: investigaciones de base para la elaboración del plan de lucha contra la exclusión social en la comunidad de Madrid*, Madrid, UPN-CM, 2002,

⁽¹⁵⁴⁾ AYALA CAÑÓN, L., “La monitorización de la desigualdad y la exclusión social: hacia un sistema integrado de indicadores”, en AAVV, *V Informe FUHEM de políticas sociales*, Madrid, FUHEM, 2006, PÉREZ MAYO, J., y FAJARDO, M.A., “Un método alternativo para identificar los hogares en situación de pobreza”, *Estadística Española*, núm.45, 2003, pp.110-134.

estos resultados se revela sencilla pues consiste en valorar qué hogares pueden ser posibles demandantes de rentas mínimas de inserción y cuáles de ellos son beneficiarios, quedando desprotegidos el resto. De esta manera, cabe aceptar una deducción inicial y es que el hecho de estar desprotegido no se refiere a percibir o no ayudas sociales sino en cualquier caso a la insuficiencia de los ingresos para subsistir. Se trata, pues, de una población que puede estar percibiendo pensiones o ingresos regulares pero que, aún así, se encuentra con un nivel de ingresos por debajo del que las propias rentas mínimas de inserción proporcionan y excluida de este sistema de protección. Al menos en nuestro país, el efecto reductor de la pobreza que ejercen las prestaciones sociales es inferior al del resto de los países europeos. Todo ello depende, en primer lugar, del gasto realizado, inferior en España, y, en segundo término, del grado de dependencia de cada grupo a la correspondiente prestación. En España las rentas mínimas ofrecen una protección más reducida cuantitativamente que las pensiones de jubilación o el subsidio por desempleo.

2. La incuestionable competencia de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social

1. Con todo, uno de los aspectos que atraen mayor interés cuando se trata de definir el contorno de la protección social en su dimensión asistencial es el del reparto competencial entre los distintos poderes públicos, esto es, estatal, autonómico y local. En general, los Estados no suelen establecer este tipo de medidas y, sin embargo, la intervención de las instituciones locales garantiza una mayor implicación ciudadana. En concreto, en España, y más allá del establecimiento de las pensiones no contributivas dentro del sistema de Seguridad Social, el desarrollo de las rentas mínimas se ha hecho en el ámbito de las Comunidades Autónomas conviviendo pacíficamente con las pensiones no contributivas estatales. Un modelo que, no obstante, ha servido para poner de manifiesto la existencia de desigualdades territoriales relevantes en la cobertura de situaciones caracterizadas por la insuficiencia de recursos.

La protección general de los hogares más pobres en España es competencia de las CCAA mientras que la cobertura de necesidades específicas como la vejez o la invalidez corresponde a la Administración central. Este diseño no posee fórmulas intermedias en las que los costes se compartan y las cuantías se muestren como el producto coordinado del interés del gobierno central, autonómico e incluso local. Se trata, por lo demás, de un diseño distinto a la mayoría de los países de la UE en los que suele centralizarse la lucha contra la pobreza, careciendo España, como es sabido, de una ley estatal de rentas mínimas. En la mayor parte de estos países, incluso aquellos en los que los gobiernos territoriales no participan en el diseño de la estrategia pública, poseen fórmulas de financiación compartida para garantizar el éxito del proyecto. De lo contrario, la existencia de capacidades presupuestarias muy diferentes puede dar lugar a intensidades presupuestarias y cuantías bien distintas. En la medida en que la dispersión de los baremos de estos programas sea mayor a la que pudiera derivarse de niveles de vida distintos en cada región, podría haber problemas de inequidad horizontal. Es cierto que la homogeneidad de las prestaciones pretende evitar las diferencias territoriales pero, teniendo en cuenta que, en términos de equidad, las diferencias en los precios y en los niveles de vida de cada región suponen que la igualdad de cuantía pueda provocar una forma concreta de desigualdad, dicha equiparación se hace difícil. De hecho, la capacidad adquisitiva que proporciona la prestación a los beneficiarios forzosamente será inferior en aquellas regiones en las que el nivel de precios es superior a la media

nacional garantizando una cobertura mayor a los hogares más pobres de las regiones con menor renta. Pese a todo, se entiende que se trata de una desigualdad justificada toda vez que la ausencia de criterios comunes y la debilidad presupuestaria de las regiones con menores recursos económicos explicaría las importantes diferencias territoriales en las cuantías y en la protección facilitada. No obstante, los programas de rentas mínimas se han consolidado como uno de los principales instrumentos de actuación pública contra la pobreza. Quizá una regla a seguir debiera ser la de ajustar las cuantías pagadas a cada tipo de hogar en las respectivas regiones por su correspondiente paridad de poder adquisitivo, admitiendo que el fin que se persigue es que la insuficiencia de rentas que se produce cuando concurren determinados riesgos debe ser compensada con el mismo nivel absoluto de renta, al margen de la zona geográfica en que resida el beneficiario ⁽¹⁵⁵⁾.

2. De la existencia de este variado panel de prestaciones asistenciales conviene extraer tres consideraciones previas: una, que estas ayudas implican un reconocimiento por parte de los poderes públicos de la existencia de un problema de exclusión social como es el de la inexistencia de recursos suficientes para la subsistencia; dos, que la dependencia de la protección social sitúa a sus beneficiarios en una posición de gran vulnerabilidad ante posibles recortes o restricciones en el Estado de bienestar; y, tres, que la implicación de prestaciones de distinta naturaleza con una misma finalidad (cubrir la subsistencia de la ciudadanía) genera problemas competenciales entre Estado y CCAA.

En efecto. Las CCAA se reservan competencia exclusiva para intervenir en materia de asistencia social, de acuerdo con el art. 148.1.20 CE. De hecho, y como se ha expuesto, todos los Estatutos de Autonomía reconocen dicha competencia de manera unánime, reforzando su identidad en el terreno de la asistencia social y en una comprensión amplia de la misma integradora de los servicios sociales. Incluso puede afirmarse que los sistemas autonómicos han superado y perfeccionado las iniciativas estatales en materia de asistencia social.

Pero, pese a la incuestionable competencia exclusiva en materia de asistencia social, el TC considera que no existe, sin embargo, una exclusión de la competencia normativa del Estado. Por un lado, porque el art. 139.1. CE garantiza que *“todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado”*; por otra parte, porque el Estado dispone de una competencia exclusiva para *“la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”*, ex art. 149.1.1 CE. No se trata, a juicio del citado Tribunal, de un título competencial residual sino con contenido propio (S.TC 61/97) que sintetiza lo que son las condiciones básicas en cuanto al contenido primario del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales del mismo (facultades elementales, límites esenciales, etc.) (S.TC 154/88) y que permite asegurar una uniformidad *“en aras de intereses generales superiores a los de cada CCAA, un común denominador normativo a partir del cual cada CCAA en defensa de su propio interés podrá establecer las peculiaridades que desee”* [S.TC 1/1982 (FJ 2)]. Es el mínimo de protección social garantizado sin acepción territorial el que justifica la intervención del Estado en este

⁽¹⁵⁵⁾ AYALA CAÑÓN, L., *La descentralización territorial de las prestaciones asistenciales: efectos sobre la igualdad*, Madrid, Mimeo, 2000, y AYALA CAÑÓN, L., *Las rentas mínimas en la reestructuración de los Estados del bienestar*, Madrid, CES, 2000.

ámbito, aunque las CCAA tengan ciertamente competencia exclusiva, *ex art. 148.1.20 CE*.

Considera el TC que, en una *“materia compleja, como la acción y protección social, tan central además en un Estado social...las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión de actuación...por parte del Estado, respecto de aquellos problemas específicos que requieran para su adecuado estudio y tratamiento un ámbito más amplio que el de la Comunidad Autónoma y que presupongan en su concepción e incluso en su gestión un ámbito supracomunitario, que puede corresponder al Estado”* [S.TC, 146/86 (FJ 5)]. Se garantiza, así, la igualdad aun cuando se trate de una igualdad en la prestación básica pues las CCAA podrán mejorar esta última, configurándose un mapa de prestaciones distinto según el lugar de residencia. De ahí que *“el art. 149.1.1 CE en conexión con el art. 50 CE, habiliten al Estado para establecer normativamente los principios básicos que garanticen la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales de los españoles asegurando, con carácter general, una pensión asistencial mínima e idéntica para todos lo que se justifica, además, por las propias limitaciones económicas que harían inviable, desde la consideración misma del principio de solidaridad, una configuración diversificada de las condiciones de edad de los beneficiarios y de la cuantía de tales pensiones asistenciales en el territorio nacional...Cosa distinta será el modo en que hayan de ejecutarse y gestionarse los fondos presupuestarios destinados a tales ayudas”* [S.TC 13/92 (FJ 14)].

Por lo demás, y como ha señalado en diferentes ocasiones el TC, *“acoger el estado o situación de necesidad como objeto y fundamento de la protección implica una tendencia a garantizar a los ciudadanos un mínimo de rentas, estableciendo una línea por debajo de la cual comienza a actuar la protección. El hecho es, sin embargo, que esta tendencia no aparece plasmada en nuestra normativa legal, que no se basa en la protección frente a la pobreza, sino en la compensación frente a un daño, como es un exceso de gastos o de un defecto de ingresos originado por la actualización de una determinada contingencia”* [S.TC 103/83 (FJ 4)]. El TC reconoce en S.TC 76/86 que la *“noción de asistencia social no está precisada en el texto constitucional, por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general, que no han dejado de ser tenidos en cuenta por el constituyente...(se deduce) la existencia de una asistencia social externa al sistema de seguridad social, y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el art. 148.1.20 CE y, por tanto, competencia posible de las CCAA...Esta asistencia social aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la seguridad social...(siendo) característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios”* (FJ 6). Para su consecución la Comunidad dispondrá de la autonomía financiera que le permite seleccionar libremente *“los objetivos políticos, administrativos, sociales y económicos”* [S.TC 13/92 (FJ 7)].

3. No se oculta que la principal dificultad en este punto no radica, a diferencia de otros capítulos de este Informe, en señalar si la competencia es del Estado o de las Comunidades. Aquí el problema se centra en precisar el contenido y definición de lo

que se considere “asistencia social” ⁽¹⁵⁶⁾. Ni siquiera la jurisprudencia del TC ha conseguido satisfacer el empeño de precisar una definición para este concepto. Aceptando, pues, que se trata de un concepto jurídico indeterminado y que como tal lleva consigo la necesidad de deslindar una zona de certeza positiva -esto es, lo que la asistencia social ha de ser-, una zona de certeza negativa -es decir, lo que la asistencia social no puede ser- y una zona de incertidumbre o halo del concepto -en este caso, lo que la asistencia social puede ser o no ser-, su delimitación deberá enmarcar todas las posibles materias que se reconozcan con tal carácter, se requiere establecer una aproximación al mismo. En opinión de la doctrina, positivamente, la asistencia social exige siempre la protección a quien necesita prestación económica o sanitaria no disponible. Negativamente, la asistencia social no admite nunca la equivalencia entre protección y contribución, aunque sea compatible aquella con el pago de alguna tasa para el acceso a beneficios concretos. En cuanto al halo de indeterminación del concepto de asistencia social, sólo cabe optar por la exclusión, debiendo aceptarse como contenido razonable de la asistencia social todo derecho social establecido o que pudiera establecerse para la protección de los ciudadanos y que no estuviera ya satisfecho o debidamente satisfecho por el sistema de Seguridad Social o de sanidad ⁽¹⁵⁷⁾.

Se adopte ésta u otra definición –aceptada la anterior como la más completa- lo cierto es que los caracteres que representan a la asistencia social en España son básicamente la complementariedad –protege aquello que no es protegido por el resto de parcelas de la protección social-, la universalidad –no responde a ninguna contribución previa- y la generalidad –se extiende a toda persona necesitada-. Incluso pudiera llegar a devenir inútil la otrora clásica diversificación entre asistencia social interna y externa si se concentran ambas en el elemento de subsidiariedad que adquieren al solventar los posibles déficits prestacionales del resto de ámbitos de la protección social, esto es, de la Seguridad Social y de la sanidad ⁽¹⁵⁸⁾. Entre todos ellos existe una relación directa por cuanto a medida que se amplíe el ámbito contributivo, no contributivo o asistencial de la Seguridad Social irán reduciéndose las posibilidades de actuación de la asistencia social de las CCAA y, viceversa, de resultar más restrictiva la protección contributiva o no

⁽¹⁵⁶⁾ MORENO REBATO, T., *Régimen jurídico de la asistencia social*, Madrid, MTAS, 2002, VICENTE PACHÉS, F.de, *Asistencia social y servicios sociales*, Madrid, Publicaciones del Senado, 2003, VILLA GIL, L.E. de la, “El contenido constitucional de la asistencia social”, en AAVV, *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al prof. Alonso Olea*, MTAS-Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2003, pp. 587-612, AYALA, L., MARTÍNEZ, R., y RUIZ-HUERTA, J., “La descentralización de las prestaciones asistenciales: efectos sobre la igualdad”, en AAVV, *Políticas públicas y distribución de la renta*, Bilbao, Fundación BBVA, 2005, pp. 235-312, MARTÍN VALVERDE, A., “La asistencia social: Propuesta de reconstrucción de un concepto constitucional”, en AAVV, *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al prof. José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008, pp. 1119-1152.

⁽¹⁵⁷⁾ VILLA GIL, L.E. de la, “El principio de adecuación social y los conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho del Trabajo”, en AAVV, *Los principios del derecho del trabajo*, Madrid, CEF, 2003, pág. 407 y “El contenido constitucional de la asistencia social”, AAVV, *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al prof. Alonso Olea*, MTAS-Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2003, pág. 607.

⁽¹⁵⁸⁾ OJEDA AVILÉS, A., “Sobre el concepto de asistencia social y el principio de caja única en la distribución de competencias en materia de protección social”, *Foro de Seguridad Social*, núms 8-9, 2003, pp. 52-61.

contributiva o asistencial de la Seguridad Social, mayores serán las posibilidades de actuación en materia de asistencia social autonómica.

2. El nivel asistencial del sistema de protección social: la delimitación entre la Asistencia Social y la Seguridad Social no contributiva.

2.1. Las pensiones no contributivas y su cuestionada naturaleza jurídica

1. Junto a las pensiones o prestaciones de naturaleza contributiva, la LGSS conoció en 1974 y mantuvo en 1994 otro tipo de ayudas, prestaciones, subsidios o subvenciones denominadas con carácter general como “ayudas sociales”. Pero en 1990 se aprueba una ley que va a introducir una modificación sustancial en la estructura del sistema español de Seguridad Social, la LPNC, Ley 26/90 ya citada, desarrollada en su inicio por el RD 357/91, 15 mar., BOE, 21 aún vigente y creadora de las pensiones no contributivas (¹⁵⁹). Con el fin de superar los límites de estas ayudas asistenciales anteriores, cuya concesión es discrecional y dependiente de la disponibilidad presupuestaria de quien resuelve sobre las mismas, se permite acceder por primera vez en nuestro país a una serie de prestaciones que surgen como derechos subjetivos para quienes cumplan los requisitos legales exigidos. Un derecho subjetivo perfecto que convierte a sus beneficiarios en pensionistas de la Seguridad Social recibiendo no sólo una renta económica sino la asistencia médico-farmacéutica y los servicios sociales a fin de cubrir íntegramente el estado de necesidad. La LPNC se considera a sí misma (Exposición de Motivos) desarrollo de uno de los principios rectores contenidos en el art. 41 CE que establece la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social “*para todos los ciudadanos*” consolidando un avance histórico sin precedentes en el sistema de Seguridad Social.

Constituye éste el mejor complemento a las prestaciones contributivas, garantizando a todos los ciudadanos que se encuentren en situación de necesidad una prestación del sistema al universalizar la cobertura en las pensiones que admiten esta modalidad, a saber, incapacidad permanente, jubilación y prestación por hijo a cargo. Lejos de considerar que se trata de una prestación que obtienen quienes de propósito buscan una situación de insuficiencia económica, se estima más acertado entender que este tipo de pensión responde al intento de lograr el alivio para determinadas personas. Quienes sólo aprecian en la introducción de este nuevo nivel de protección en la Seguridad Social una forma paulatina de ir disminuyendo el número de pensionistas contributivos incorporando cada vez reglas más rígidas de acceso a las pensiones

(¹⁵⁹) AAVV, *Los derechos de información en la empresa y las prestaciones no contributivas*, X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1992, BLASCO LAHOZ, J.F., *La protección asistencial en la Seguridad Social: la Ley de Prestaciones no Contributivas (Ley 26/90, 20 de diciembre)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, SEMPERE NAVARRO, A.V. y BARRIOS BAUDOR, G.L., *Las pensiones no contributivas*, Navarra, Aranzadi, 2002, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, Madrid, CES, 2002 y “La modalidad asistencial básica de la Seguridad Social desarrollada en España: las pensiones no contributivas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Seguridad Social*, 2002, núm.34, pp. 97-128., FARGAS FERNÁNDEZ, J., *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Navarra, Aranzadi, 2002, LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F., “La jubilación no contributiva”, en AAVV, *Tratado sobre Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa con motivo de su jubilación*, Madrid, Editorial Iustel, 2007, pp. 881-894.

contributivas, manifiestan una visión quizá excesivamente simplista de la realidad. Sin perjuicio de la evolución futura de las pensiones contributivas, el avance social que significó la introducción de estas pensiones no contributivas no tiene parangón en la historia más reciente de la protección social a reserva de la protección por dependencia [Ley 39/06, 14 dic. (BOE, 15) de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia].

2. Siguiendo el mandato constitucional, los sujetos protegidos ya no serán los trabajadores encuadrados en el sistema sino “*todos los españoles residentes en el territorio nacional*”. La condición de trabajador se sustituye por la de ciudadano español y el requisito de cotización por el de la residencia. Si bien se trata de una sustitución de carácter subsidiario en tanto las pensiones no contributivas sólo actúan cuando las contributivas no pueden hacerlo. Pero esta LPNC va más allá de su pretensión aparente. Con las pensiones no contributivas no sólo se proporciona una pensión a quienes no han cotizado nunca al sistema o lo han hecho insuficientemente, sino que se hace algo más importante, trascendente y decisivo: dignificar el papel de la mujer, que hasta el momento había estado sometida a las rentas del marido al no haber podido incorporarse o al haber tenido que abandonar el mercado de trabajo para permanecer en el seno del hogar familiar y a su cuidado. Esas pensiones no contributivas de 1990 protegen –especialmente, aunque no exclusivamente- a mujeres nacidas a partir de los años treinta, que han sobrellevado en su infancia, adolescencia, juventud y madurez la carga de una guerra civil, de una postguerra y de una dictadura y que en democracia tan sólo han obtenido las ayudas discrecionales del poder local o autonómico o, en su caso, de la familia. Consiguen, por primera vez, un derecho subjetivo a la protección social; en escasa cuantía, con requisitos exagerados, con dificultades de acceso, pero un derecho subjetivo. La necesidad de una reforma de esta modalidad no permite infravalorar su funcionalidad para el sistema, más allá de su significación económica. Y responden a una función bien distinta a la de las pensiones contributivas pues si bien en éstas las rentas cumplen una función de sustitución de los ingresos de carácter profesional, las no contributivas constituirán rentas compensatorias ante la carencia de un ingreso mínimo de subsistencia.

De las dos posibles manifestaciones de la protección no contributiva, a saber, una prestación uniforme en relación con una contingencia concreta –por ejemplo, la vejez- para todo ciudadano sin requisito adicional alguno o una prestación uniforme o gradual condicionada a una situación real de insuficiencia de recursos, la ley española opta, como es sabido, por la segunda. Se considera beneficiario a cualquier ciudadano español residente en territorio nacional, lo que significa que la regulación va destinada no sólo a quienes no han accedido al sistema de Seguridad Social, principales destinatarios, sino a quienes han accedido al mismo en cualquier régimen, esto es, tanto en el Régimen General como en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social pero no pueden obtener una pensión contributiva. En todo caso, la financiación de estas prestaciones se realizará mediante aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social, reforzando la naturaleza solidaria que las mismas tienen.

2.2. El “complemento” a las pensiones no contributivas

1. El TC avala la posibilidad de que las CCAA establezcan ayudas asistenciales de apariencia similar a la de las prestaciones no contributivas, incluso formulándose como complemento de las mismas. Éste es el argumento central de la S.TC 239/02, 11 dic., BOE, 12 en un conflicto de competencias planteado por el Estado en relación a

unas ayudas establecidas por la Junta de Andalucía ⁽¹⁶⁰⁾. Supone este pronunciamiento un punto de inflexión en esta materia al incidir sobre la naturaleza jurídica (asistencial o de Seguridad Social) y, por ende, en el reparto de competencias (entre CCAA y Estado) en relación a estas pensiones.

Cuando la LPNC fue aprobada la duda se originó en los mismos términos si bien fue zanjada por el legislador. Lo hizo en su Exposición de Motivos en la que claramente definía dichas prestaciones como un nivel no contributivo de la Seguridad Social, describiendo cómo estas situaciones de necesidad no habían sido “suficientemente cubiertas por los mecanismos asistenciales existentes” y configurando un nuevo

(160) MALDONADO MOLINA, J.A., “La descentralización territorial y las pensiones no contributivas. A propósito del Decreto 284/98, 29 de diciembre del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía”, *Actualidad Laboral*, 1999, núm.2, pp. 521-531, GARCÍA-NÚÑEZ SERRANO, F., “Los complementos autonómicos: ¿Seguridad Social o Asistencia Social?”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Seguridad Social*, 2002, núm.34, pp. 129-168, LOPEZ CUMBRE, L., “Sanidad y Acción Social en Cantabria”, en AAVV, *Derecho Público de Cantabria*, Santander, Parlamento de Cantabria, 2003, pp. 695-749, MOLINA NAVARRETE, C., “El Estado social autonómico y la garantía constitucional de suficiencia de las pensiones”, *Temas Laborales*, 2003, núm.69, pp. 9-33, “Polvos y lodos: complementos autonómicos a pensiones no contributivas ¿fraude constitucional o justicia social? (Reflexiones a propósito del nuevo art. 38.4 LGSS)”, *Relaciones Laborales*, 2004, t.I, pp. 429-458, “Del mal e inútil uso del poder legislativo en materia de Seguridad Social: la Ley 4/05 sobre efectos en las pensiones no contributivas de los complementos autonómicos”, *Aranzadi Social*, 2005, núm.12, pp. 2-10 y “Contrarreformas socio-laborales y seguridad jurídica: leyes 4/05 sobre suplementos autonómicos de pensiones no contributivas y 14/05 sobre cláusulas de jubilación forzosa”, *La Ley*, 2005, núm.5, pp. 1362-1374, NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Comentario a la S.TC 239/02, 11 dic.; el mito de Pandora y la asistencia social del siglo XXI”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (www.iustel.com) 2003, núm.1, pp. 1-6, RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., “Incremento de pensiones no contributivas por las comunidades autónomas (Comentario a la S.TC 239/02)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2003, núm.117, pp. 467-488, VICENTE PACHÉS, F. de, “Los complementos autonómicos a las pensiones no contributivas del sistema de Seguridad Social: ¿Seguridad Social o Asistencia Social? El conflicto competencial Estado versus Comunidades Autónomas”, *Tribuna Social*, 2003, núm. 156, pp. 51-71, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “El complejo reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social, a propósito de las pensiones no contributivas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Seguridad Social*, 2004, núm.54, pp. 81-126, “Novedad en el procedimiento de cálculo de las pensiones no contributivas: la modificación del art. 145.2 LGSS por la Ley 4/05, de 22 de abril”, *Información Laboral*, 2005, núm.17, pp. 2-9 y “Tras la Ley 4/05 de 22 de abril, de nuevo se reforma el procedimiento de las pensiones no contributivas por la Ley 8/05, 6 de junio”, *Información Laboral*, 2005, núm.21, pp. 2-11 y VICENTE PACHÉS, F. de, “Breves consideraciones acerca de la Ley 4/05 de 22 de abril sobre efectos en las pensiones no contributivas de los complementos otorgados por las Comunidades Autónomas”, *Tribuna Social*, 2005, núms.176-177, pp. 9-12 y LÓPEZ CUMBRE, L., “Nota introductoria al estudio “El modelo constitucional de protección social” del prof. Luis Enrique de la Villa Gil, en AAVV, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Cincuenta estudios del prof. Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 2006, pp. 1529-1532 y “Protección social y Comunidades Autónomas”, en AAVV, *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías. XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 645-752.

derecho subjetivo perfecto a favor de los beneficiarios, quienes “*como pensionistas de la Seguridad Social*” recibirían una renta económica así como la asistencia médico-farmacéutica y los servicios sociales necesarios. Y lo hizo asimismo en el propio texto de la Ley en cuyo art. 1 establecía la “*ampliación del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social y la extensión de su ámbito de acción protectora*” modificando, entre otros, los arts. 1, 2, 7 y 20 LGSS y facultando al Gobierno para el desarrollo de la misma en su DA 2ª.

Pero, desde su aprobación, algunas CCAA han venido dispensando ayudas con cargo a sus presupuestos que complementan estas pensiones no contributivas, incrementando, *de facto*, la cuantía de estas últimas. El Gobierno, reclamando para sí la competencia única sobre estas prestaciones, ha acudido en diferentes ocasiones al amparo del Tribunal Constitucional dictando, entre otros, pronunciamientos como el de la S.TC 239/02, poco pacífico, por cierto, a juzgar por la presencia de votos particulares. El Tribunal utiliza en esta sentencia tres argumentos relevantes. Uno, que para el deslinde competencial carece de entidad el hecho de que el perceptor de las ayudas lo sea ya y esté incluido en el ámbito protector de la Seguridad Social, del mismo modo que ocurre con las prestaciones complementarias provenientes del mutualismo o de los planes y fondos de pensiones (FJ 6 y 7). Otro, que para decidir si existe o no una extralimitación competencial es necesario analizar las técnicas empleadas en la configuración y aplicación de las ayudas en cuestión. Y, el tercero, la posible afección del derecho a disfrutar de unas condiciones básicas de protección social en igualdad para todos los españoles. En cuanto a lo primero el Tribunal concluye que en un Estado Social de Derecho como el instaurado por la Constitución ha de garantizarse a quienes no tienen sus necesidades cubiertas por la modalidad no contributiva de la Seguridad Social ayudas de naturaleza distinta, incluso por la vía asistencial, competencia de las CCAA, siempre que la actividad prestacional de éstas “*no interfiera ni en el régimen jurídico básico de la Seguridad Social ni en la de su régimen económico*” (FJ 7). En relación a lo segundo, el Tribunal Constitucional se decanta por considerar que se trata de ayudas asistenciales por los caracteres con que se establecen las mismas [carácter complementario de las pensiones no contributivas del sistema de Seguridad Social; carácter extraordinario en el tiempo limitado de su percepción; inexistencia de módulos de actualización; y su abono a cargo de los presupuestos de la Comunidad correspondiente]. En cuanto al tercer y último de los argumentos esgrimidos, el Tribunal reproduce un planteamiento ya manifestado con anterioridad [S.TC 61/97] en el que subraya cómo el art. 149.1.1 CE permite al Estado una regulación limitada a las condiciones básicas pero no establece el diseño completo y acabado de su régimen jurídico y todo ello significa que el título competencial “*no deba ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica*” [S.TC 61/97 (FJ 10)].

2. Sobre la S.TC 239/02 se formulan dos votos particulares (más la adhesión final a ambos de un magistrado). En el primero, una de las conclusiones más destacadas es que el título competencial que permite a las CCAA completar la Seguridad Social a través de la Asistencia Social no puede permitir una suplementación al alza de las prestaciones de la Seguridad Social de modo que “*en vez de una Seguridad Social única, visible como tal por sus beneficiarios, en la unidad de sus prestaciones en toda España, y concebida desde su nacimiento como un instrumento de solidaridad nacional, pueda ser vista por aquéllos como más o menos generosa en las distintas Comunidades Autónomas*” (FJ 1). En el segundo se subraya, entre otros argumentos, que lo que caracteriza a la asistencia social es la “*prueba de necesidad*”, como lo era la de beneficencia a la que sucede. En estas ayudas, la comprobación de tal estado no existe

en ningún caso pues se otorgan indiscriminadamente y mediante una cantidad idéntica en todos los supuestos, a todos los perceptores de pensiones no contributivas que residan en la Comunidad Autónoma de referencia. Todo ello no constituye más que “*un incremento lineal de las pensiones no contributivas*”, difícilmente incompatible con el concepto de asistencia social (FJ 4).

Mas, aun cuando la solución puede resultar criticable, entre otras razones por la presencia de los votos particulares expuestos, lo cierto es que el TC permite que las CCAA creen ayudas, dentro de sus competencias en materia de asistencia social, sin que considere que las mismas sean pensiones no contributivas, insertas en el ámbito de la Seguridad Social y, por ende, competencia del Estado. De hecho, así lo recogió el legislador al modificar el art. 38.4 LGSS a través de la Ley 4/05, 22 abr., BOE, 23 sobre los efectos en las pensiones no contributivas de los complementos otorgados por las Comunidades Autónomas. Y así lo pone de manifiesto la nueva redacción del citado precepto [“Cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, forma parte del sistema de Seguridad Social y está sujeto a los principios regulados en el art. 2 de esta Ley. *Lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las Comunidades Autónoma en beneficio de los pensionistas residentes en ellas*”]. De esta forma, las Comunidades –dentro de sus competencias- podrán establecer “ayudas” complementarias. Esta medida conllevó asimismo la reforma del art. 145.2 LGSS en el sentido de establecer cómo las cuantías resultantes, calculadas en cómputo anual, se considerarán compatibles con las rentas o ingresos anuales del beneficiario siempre que los mismos no excedan del 25% del importe, en cómputo anual, de la pensión no contributiva. “*En caso contrario, se deducirá del importe de la pensión no contributiva la cuantía de las rentas o ingresos que excedan de dicho porcentaje*” (art. 145.2 LGSS).

3. Una opción como la dispuesta puede llegar a interferir en los rasgos definidores de la Seguridad Social. En definitiva, completar la cuantía de las pensiones no contributivas del sistema supone establecer diferencias –directa o indirectamente- sobre una misma realidad en el ámbito de la Seguridad Social, no permitidas por el modelo constitucional vigente. Cosa distinta es que las CCAA fijen, con sus presupuestos y dentro de sus competencias, ayudas que sirvan para completar aquellos huecos a los que la Seguridad Social no llega por limitaciones en su ámbito objetivo o subjetivo. Si la CE distingue entre Seguridad Social, Asistencia Social y Sanidad y en cada caso fija contenidos y competencias distintos es porque, en principio, cada una de ellas responde a objetivos diferentes. Valorar la Asistencia Social como un complemento económico de la Seguridad Social simplifica el sentido que la primera tiene y condiciona sobremanera el papel de la segunda. Incluso puede llegar a interceder negativamente en esta última toda vez que la cuantía económica de aquéllas pueda hacer desaparecer el derecho a éstas –obsérvese si no el límite de rentas o ingresos tan estrecho establecido para las pensiones no contributivas en el sistema de Seguridad Social que puede hacer peligrar su percepción si las CCAA incrementan con una ayuda adicional su cuantía-. Asistencia Social y Seguridad Social no pueden coincidir, sin perjuicio de que el óptimo sea que necesidades o contingencias cubiertas por la Asistencia Social vayan siendo asumidas con mayor garantía por la Seguridad Social.

Con todo, lo expuesto sirve para defender la posibilidad de establecer un complemento a la pensión no contributiva. En este caso, el TC avala que dicho complemento tenga naturaleza pública, por cuanto se trata de que las CCAA puedan

ofrecer ayudas complementarias al derecho otorgado por el Estado. Pero si admitimos, como señala la Ley y como acepta el TC, que las pensiones o prestaciones no contributivas entran dentro del ámbito de la Seguridad Social, también les será de aplicación todo lo expuesto en cuanto a la participación privada en materia de Seguridad Social con la única salvedad de lo que dicho complemento pueda significar en la obtención de rentas del beneficiario y la posible pérdida, en su caso, de la prestación pública. Ahora bien, del mismo modo que la CCAA puede complementar, la aportación privada deberá poder hacerlo en el mismo sentido, con la misma denominación, naturaleza y finalidad.

Y también para extraer una conclusión adicional. Resulta evidente que se está produciendo un fenómeno de “asistencialización” de la protección social a pesar del “evasivo” concepto de asistencia social. No existen elementos de aceptación general de dicha expresión sino una conformación aluvional y desmembrada del contenido de la misma. De alguna manera, el Estado ha reaccionado ampliando sus competencias en los servicios sociales integrados en su ámbito de competencia en perjuicio de las competencias autonómicas en el ámbito de la asistencia social. Con todo, se produce un proceso paradójico pues si bien es cierto que la rigidez de los requisitos para acceder a las prestaciones contributivas expulsan a muchos potenciales beneficiarios a las prestaciones no contributivas, la exigencia impuesta en éstas termina por reenviarles a las ayudas de asistencia social, constituyendo éste un mal endémico de nuestro sistema de protección social. No hay demasiados beneficiarios de las prestaciones no contributivas porque los requisitos establecidos son de difícil cumplimiento y es la red de asistencia social la que termina protegiendo a estas personas excluidas del ámbito de la Seguridad Social.

Por otra parte, la dificultad para precisar la diferencia entre la asistencia social, sobre la que tienen competencia exclusiva las CCAA, y los servicios sociales, que siguen formando parte del contenido de la Seguridad Social y respecto de los que han sido transferidas competencias sobre gestión únicamente, provocan asimismo alteraciones insoslayables en esta materia. Quizá el débil papel jugado por el Estado en materia de servicios sociales tanto en relación a la ayuda a domicilio, ayuda intermedia o ayuda residencial, haya potenciado el avance de las CCAA en esta materia, generando una cierta discrepancia en el trato de esta necesidad según el territorio en el que se habita. Las limitaciones en la oferta de ayuda domiciliaria, el descuido por una oferta intermedia como pueden ser las estancias temporales o diurnas en establecimientos destinados al cuidado de los dependientes y la insuficiente red de servicios de carácter residencial, diseñan una panorama poco halagüeño para la cobertura eficaz de este riesgo. Bien es cierto que con la reforma del art. 38.4 LGSS ya no cabe plantearse la competencia estatal en la materia pues, de acuerdo con su nueva dicción, *“cualquier prestación de carácter público que tenga por finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones económicas de la Seguridad Social, tanto en sus modalidades contributivas como no contributivas, forma parte del sistema de la Seguridad Social y está sujeta a los principios regulados en el art. 2 de esta Ley”*.

III. LOS MÁRGENES DE LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN EL ÁMBITO DE LA ASISTENCIA SOCIAL

1. La participación pública para propiciar la inclusión social

1.1. Las políticas activas de inserción frente a las políticas pasivas

1. Según establece el Consejo de la Unión Europea “*la activación consiste en pasar de la ayuda financiera pasiva a una ayuda activa que permita a sus beneficiarios alcanzar un cierto nivel de autonomía. Aunque ningún Estado miembro aboga por una reducción de los niveles de asistencia social como medida global para incitar a las personas a trabajar, sí se observa un gran interés por reducir la dependencia de larga duración siempre que sea posible y promover la activación de los beneficiarios de la ayuda social para que ésta sea un trampolín hacia el empleo*” (Informe conjunto sobre integración social del Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 2001). Quizá por esta razón el Informe conjunto sobre protección social e inclusión social de 2010 (Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 2010) considera imprescindible reforzar aún más la interacción mutua positiva con las medidas a favor del crecimiento y del empleo, en particular velando para que los sistemas de protección social cumplan plenamente su papel de estabilizadores automáticos. Entre otros muchos objetivos, la UE pretende aplicar estrategias globales de inclusión activa que combinen medidas equilibradas orientadas a los mercados de trabajo inclusivos, el acceso a servicios de calidad y unos ingresos mínimos adecuados, siendo la mejor protección para evitar la pobreza la dotación de un empleo de calidad. La inclusión activa gira, en fin, en torno a tres ejes de acción que se definirán siguiendo grandes líneas de actuación, a saber, la garantía de una renta suficiente, la vinculación al mercado laboral y la vinculación con un mejor acceso a los servicios de calidad ¹⁶¹.

Estas políticas de inclusión han dado lugar a una concepción distinta del Estado del bienestar. Frente al “welfare state” se plantea ahora el “workfare state”, esto es, la introducción en las prestaciones de distintos grados de condición o participación en alguna forma de empleo. Estos programas propios del workfare han tenido seguimiento en Dinamarca, Países Bajos y Reino Unido, principalmente. Se trata de reformas que han ido acompañadas por la transformación de las ideas y discursos sobre el papel de estos sistemas de asistencia social en la protección social. En ellos, la cuestión central ya no es tanto la desigualdad o la pobreza sino el desincentivo y la dependencia que generan las políticas y programas de prestaciones. De ahí que el centro de referencia deje de ser la pobreza para trasladarse al de la inclusión social (¹⁶²). No en vano, la estrategia del modelo workfare está orientada a disminuir la intervención estatal en materia de pobreza reduciendo la asistencia únicamente a la protección de colectivos más necesitados considerados “no válidos” como mayores, niños y discapacitados. Esta

(¹⁶¹) COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA, *Modernizar la protección social en aras de una mayor justicia social y una cohesión económica reforzada: promover la inclusión activa de las personas más alejadas del mercado laboral*. (Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas 17.10.2007, COM (2007) 620 final.

(¹⁶²) MOLINA NAVARRETE, C., “Las metamorfosis de la cuestión social: ¿Del “welfare state” al “workfare” state? Dos concepciones de la idea de contrapartida en las prestaciones sociales”, en AAVV, *Pensiones Sociales. Problemas y Alternativas. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 1999, pp. 55-74, PUMAR BELTRÁN, N., *Política activa de empleo y Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, LÓPEZ-ARANGUREN, L., “Perspectivas para la formación y empleo para las personas en situación de exclusión”, *Documentación Social*, núm.135, 2004, PP. 27-52, ARRIBA GONZÁLEZ DE DURANA, A. y PÉREZ ERASMUS, B., “La última red de protección social en España: prestaciones asistenciales y su activación”, *Política y Sociedad*, núm.2, 2007, PP. 112-126.

tesis tuvo su origen en EEUU que, a través de su reforma “from welfare to workfare” de 1994, perseguía conseguir la vuelta al mercado de trabajo de todas aquellas personas que se encontraban dependiendo de la asistencia social para reducir así el gasto social. Un modelo basado en una clara visión individualista de la pobreza que asume que la responsabilidad para incorporarse al empleo es fruto de una decisión individual –guiada por el cálculo económico- y puede ser sometida a cierta presión que asegure la opción por el trabajo. Pero esta nueva filosofía sobre el workfare tiene su apoyo en medidas específicas de programación de la activación. Dos de ellas destacan especialmente; por un lado, aquellos mecanismos destinados a disuadir la entrada en la asistencia mediante la oferta de trabajo en el momento de la solicitud (work-test); y, por otro, los mecanismos de premio-castigo relacionados con el acceso al empleo normalizado.

2. Ciertamente, una integración duradera requiere dotar a las personas desfavorecidas de recursos suficientes, con acceso a servicios sociales y de empleo personalizados al objeto de potenciar su participación social y su empleabilidad. La consecución del empleo no es, con todo, el objetivo final de este tipo de ayudas sino el mantenimiento del mismo, evitando el llamado efecto “puerta giratoria”, esto es, que los afectados se vean obligados a abandonar su puesto de trabajo por la falta de competencias adecuadas o por la existencia de obstáculos personales o sociales que no han sido abordados apropiadamente o, en fin, por salarios bajos que les obliguen a perdurar en situación de exclusión. Con medidas de este tipo se conseguirá apoyar la integración de los ciudadanos en el mercado de trabajo, potenciar su capacidad de obtener ingresos y reducir su dependencia de las prestaciones sociales y el riesgo de transmisión intergeneracional de la pobreza. Sin embargo, a veces los resultados no son tales y se trata de procesos de inserción que derivan en una alta inestabilidad ya que buena parte de las personas que salen de la asistencia, ocupan trabajos que no permiten superar el nivel de pobreza puesto que se encuentran en situación de desprotección, relacionados con actividades irregulares, con una peor posición a la que disfrutaban percibiendo la prestación asistencial por lo que sus beneficiarios acaban volviendo a la asistencia, convirtiéndose en una verdadera “trampa” imposible de superar..

1.2. Las rentas mínimas de inserción autonómicas y la renta activa de inserción estatal

1. España ha realizado diferentes apuestas pero una de las más importantes se residencia en el ámbito de la protección social a través de las rentas mínimas de inserción creadas y financiadas por las CCAA (¹⁶³). Hasta la aparición de la renta activa

(¹⁶³) Un estudio monográfico en ROJO TORRECILLA, E., “La renta mínima garantizada: aproximación jurídico-social a las primeras experiencias”, *Temas Laborales*, núm.17, 1990, pp. 26-40 y, en relación a Cataluña, “La articulación competencial de la renta mínima de inserción: estudio de la normativa autonómica de Cataluña”, en AAVV, *El Estado de las Autonomías*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 165-172, *vid* también AGUILAR, M., GAVIRIA, M. y LAPARRA, M., *La caña y el pez. El salario social en las Comunidades Autónomas 1989-1994*, Madrid, Fundación Foessa, 1995, PÉREZ ERANSUS, B., *Políticas de activación y rentas mínimas*, Madrid, Fundación Foessa, 2005, pp.32-50, MARTÍNEZ TORRES, M., “Las rentas mínimas autonómicas desde una perspectiva comparada”, *Cuaderno de Relaciones Laborales*, núm.2, 2005, pp. 143-176, AYALA CAÑÓN, L. y RODRÍGUEZ COMA, M., “Las nuevas estrategias de empleo en los programas de garantía de rentas”, *Revista Española del Tercer Sector*, núm.5, 2007, pp. 60-82.

de inserción estatal (RD 1369/06, 24 nov., BOE, 5 dic.), ubicada en la acción protectora por desempleo y, por ende, de competencia estatal, ha sido la experiencia autonómica la que ha liderado esta deseada combinación entre protección social y mercado de trabajo.

La evolución de la protección de las rentas mínimas en nuestro país ha permitido configurar, a lo largo de la historia de las mismas, tres modelos patrón ⁽¹⁶⁴⁾; el primero, en el que las rentas mínimas de inserción se conciben como derecho subjetivo, comprensivos de una ayuda económica y acciones de apoyo y acompañamiento social para la inserción (País Vasco, Cataluña y Madrid); el segundo, basado en programas de empleo social que proporcionan un empleo temporal de utilidad social con los derechos derivados de una relación laboral por cuenta ajena (Asturias o Andalucía); y, por último, aquellos programas fundados en prestaciones económicas de los servicios sociales que incluyen acciones simbólicas de inserción (Aragón y Murcia). Con una serie de requisitos comunes tales como la referencia a la unidad familiar o de convivencia, la necesidad de disponer de unos ingresos inferiores a la cuantía de la prestación que se les dispensa, la concesión por un período de tiempo determinado aunque en muchos casos puede ser prorrogable, una edad que oscila entre 25 y 65 años, por regla general, garantizan aproximadamente un 75% s.m.i. durante unos seis meses, con carácter general. En todo caso, para las familias beneficiarias, las rentas mínimas de inserción constituyen generalmente el único ingreso, no siendo suficiente para salir de la situación de pobreza. Quizá el hecho de que en cada CCAA se exijan diferentes requisitos, amén de los comunes apuntados, pueda resultar beneficioso para la migración interterritorial ya sea ésta individual o familiar. Una conclusión empañada por dos razones, básicamente ⁽¹⁶⁵⁾; la primera, la irrelevancia probada de las cuantías de estas ayudas en los hogares españoles pese al margen que cada Comunidad Autónoma tiene para adaptar su política de asistencia social a las necesidades de quienes residen en ella y, la segunda, sin duda más importante, la nula correspondencia que por el momento existe entre el gasto invertido y la creación a largo plazo de puestos de trabajo, lo que desincentiva cualquier tipo de emigración intercomunitaria, especialmente a los individuos en exclusión social que necesitan de otras redes como la familia o las organizaciones no gubernamentales para sobrevivir.

2. La renta mínima de inserción, deudora de su antecesora francesa, posee una doble vertiente como derecho, el derecho a unos ingresos mínimos y el derecho a la inserción laboral. De una forma simple, se define como el derecho de todo ciudadano o unidad familiar a poderse integrar en el mercado de trabajo y en la vida social y a disponer de los recursos económicos suficientes para satisfacer sus necesidades básicas durante el proceso de inserción ⁽¹⁶⁶⁾. Las rentas mínimas se convierten así en el último

⁽¹⁶⁴⁾ Por todos, ESTÉVEZ GONZÁLEZ, C., *Las rentas mínimas autonómicas*, Madrid, CES, 1998.

⁽¹⁶⁵⁾ MARTÍNEZ TORRES, M., “Efecto de los sistemas de rentas mínimas autonómicas sobre la migración interregional”, *Papeles de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm.32, 2003, pág. 28.

⁽¹⁶⁶⁾ ROJO TORRECILLA, E., “Protección social y rentas mínimas de inserción”, en AAVV, *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 93-138, ESTEBAN LEGARRETA, R., “Comentarios a algunos aspectos conflictivos de la renta mínima de inserción”, en AAVV, *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 142-153, MONEREO PÉREZ, J.L., *El derecho a la renta de inserción: estudio de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 1999, AYALA CAÑÓN, L., *Las rentas mínimas en la*

recurso de los sistemas de protección social. Son prestaciones económicas del sistema de mantenimiento de rentas o garantía de ingresos. Estos programas suelen comprender asimismo rentas periódicas de subsistencia y ayudas de emergencia concretas para responder a situaciones específicas de emergencia social. Las características generales de toda renta mínima es que se trata de una prestación asistencial, de cuantía mínima y general caracterizada por su subsidiariedad, por su universalidad y por la suficiencia de su cobertura. Es una prestación subsidiaria y diferencial respecto de las demás prestaciones sociales porque sus destinatarios son aquellas personas que no pueden acceder a las prestaciones de Seguridad Social existentes o perciben prestaciones insuficientes. La subsidiariedad supone que sus solicitantes acudirán a ellas después de agotar todas las demás posibilidades de protección que ofrece el sistema y el carácter diferencial viene referido al complemento que supone respecto de los ingresos de los beneficiarios hasta llegar a los topes establecidos. Asimismo estas rentas responden al principio de universalidad y suficiencia. La universalidad alude a que toda persona con las condiciones previamente establecidas que delimitan la situación de pobreza tendrá derecho a exigirla sin que quepa alegar insuficiencia presupuestaria para restringir la prestación. La suficiencia es la capacidad de los programas de rentas mínimas para elevar las rentas de los posibles demandantes por encima de los umbrales de pobreza. Por lo demás, la prestación es periódica pero no indefinida pues se concede por un plazo determinado, transcurrido el cual se debe valorar la situación del beneficiario para proceder a su renovación.

A todo ello hay que añadir un factor adicional de interés. Se trata de las ayudas económicas dispuestas por las corporaciones locales y que constituyen otro elemento clave de protección. A través de ellas se responde a criterios de emergencia y a pagos puntuales de alquiler, servicios básicos como luz, agua o gas, mantenimiento de la vivienda en caso de insalubridad, etc. Estas ayudas provienen de los servicios sociales locales por lo que se tiende a valorar la situación global de la familia o de la persona, siendo éste un buen elemento de medición de la exclusión. Se trata de rentas que conllevan la obligación de firmar un contrato de inserción por lo que, en su propia esencia, son limitativas toda vez que el sistema dispone este tipo de ayudas únicamente para activos capacitados para el trabajo, segmentando la población y dificultando salir de la pobreza a quienes no tienen tal capacidad ⁽¹⁶⁷⁾. El trabajo –que no la condición de ciudadanía– predeterminan el acceso a la prestación, si bien la falta de empleo vendrá derivada de las carencias sociales de sus beneficiarios que podrán ser considerados con una cierta incapacidad para trabajar.

3. Sin embargo, la incursión del Estado en esta materia ha modificado el papel de estas rentas permitiendo obtener un derecho subjetivo dentro de la acción protectora del desempleo a través de la renta activa de inserción. Una ampliación de la protección en la Seguridad Social que, en cierta medida, puede alterar el significado que estas

reestructuración de los Estados del bienestar social, Madrid, CES, 2000, MORENO DOMÍNGUEZ, M.M., *La eficacia jurídica de las rentas mínimas autonómicas: el esfuerzo financiero*, Málaga, Universidad de Málaga, 2003, LAPARRA, M., “La travesía del desierto de las rentas mínimas en España”, *Documentación Social*, núm. 135, 2004, pp.50-74, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., “Rentas de inserción, seguridad social y competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas”, en AAVV, *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, MTAS, 2004, pp. 499-528,

⁽¹⁶⁷⁾ STANDING, G., “El camino hacia el subsidio activo”, *Revista Internacional del Trabajo*, núm.4, 1990, pág. 10.

rentas mínimas habían adquirido en la protección social autonómica (¹⁶⁸). En efecto, como es sabido y a diferencia de los programas de duración anual que el Estado mantenía con esta misma finalidad de potenciar la inserción social de los desempleados, con el RD 1369/06 se apuesta por la “garantía de continuidad” en un derecho previsto, como en las CCAA, para mayores de 45 años, demandantes de empleo, sin derecho a prestación o subsidio por desempleo y con rentas por debajo del 75% del s.m.i. Con una cuantía del 80% del IPREM y una duración de once meses o su prórroga mientras el trabajador continúe en el programa, prevalece en su regulación la acción y no la actuación pasiva del beneficiario; así, el recurso al compromiso de actividad, a las ayudas para incentivar el trabajo o las acciones de inserción laboral serán una constante para determinar la admisión, baja o reincorporación al correspondiente programa. Esta renta activa proporciona, *ex DF.5.4 LGSS*, una renta de subsistencia a los desempleados con especiales dificultades necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo a cambio de participar en acciones de inserción laboral. La obligación de cotizar por parte del Servicio Público de Empleo Estatal durante la percepción de esta renta –como ocurre con la prestación o el subsidio- distancian y diferencian a ésta de sus homólogas autonómicas. Su ubicación en la acción protectora del desempleo descarta legítima, por lo demás, la intervención estatal.

En esta misma línea de incursión estatal en la protección asistencial (aunque sin afán de permanencia indefinida en el ordenamiento) ha de ser destacada la Ley 14/09, 11 nov., BOE, 12 que reguló el programa temporal por desempleo e inserción (prorrogado por el RD 133/10, 12 feb., BOE, 16), destinada –bien que “*dentro de un ámbito temporal limitada y a través del programa de referencia*”- a ampliar la protección por desempleo a los trabajadores que han agotado las prestaciones y subsidios previos y se encuentran en situación de necesidad por carecer de otras rentas. No se trata únicamente de potenciar la ayuda económica de quienes carecen de medios suficientes como consecuencia de la crisis sino que persigue una finalidad muy similar a la renta activa de inserción por cuanto insiste en el fomento de la capacidad de “*inserción laboral de los colectivos afectados, mediante su participación en un itinerario activo de inserción para el empleo, de forma que se vinculen y alcancen objetivos no sólo de protección social sino de reinserción laboral*” (Exposición de Motivos). A diferencia del anterior, esta normativa no introduce una protección permanente sino temporal y dependiente de la coyuntura económica.

Con actuaciones del Estado como las apuntadas, en particular con la inclusión de la renta activa de inserción, se consigue la ansiada homogeneidad en el tratamiento de

(¹⁶⁸) Aportaciones doctrinales monográficas sobre el surgimiento de este nuevo derecho subjetivo y entre otros, CRISTÓBAL RONCERO, M.R., “El programa de renta activa de inserción”, en AAVV, *Empleo, despido y desempleo tras las reformas de 2002*, Navarra, Aranzadi, 2003, pp. 277-292, GARCÍA VIÑA, J., “Estudio de la renta activa de inserción en la Ley 45/02”, *Tribuna Social*, núm.150, 2003, pp. 72-79, MOLINA NAVARRETE, C., “Las rentas activas de inserción: un viaje inacabado desde la marginalidad a la centralidad del sistema”, *Relaciones Laborales*, t.I, 2003, pp. 439-460, ESTEBAN LEGARRETA, R., *La renta activa de inserción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, VADILLO GÁMEZ, M.R. y MOLINA NAVARRETE, C., “El régimen de estabilidad de la renta activa de inserción como subsidio no contributivo de la Seguridad Social ¿realidad o pretensión? Impacto jurídico-social del RD 1369/09”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm.286, 2007, pp. 107-160 y MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M., *El nuevo régimen jurídico de la renta activa de inserción*, Navarra, Aranzadi, 2007.

estas rentas que, sin embargo, no tiene por qué derivar necesariamente en la desaparición de las rentas mínimas autonómicas cuando éstas sigan cubriendo situaciones de necesidad a las que el Estado no preste respuesta ⁽¹⁶⁹⁾. Es previsible que esta regulación estatal -que amplía el ámbito de protección del desempleo y, por extensión, de la Seguridad Social- determine la merma -cuando no la desaparición- de las citadas rentas mínimas, aunque no necesariamente. Pero, en definitiva, la asistencia social es eso, el campo residual al que la Seguridad Social no llega y que, cuando la alcanza, aquélla pierde su razón de ser.

3. En un análisis comparativo de los avances alcanzados por los países de la UE en materia de inclusión social, cabría apuntar una serie de conclusiones. Así, en casi todos los países que han implementado estas estrategias activas de empleo, los efectos han sido positivos aunque de limitada magnitud. Esta tímida creación de empleo convive con resultados menos positivos como son la ausencia de correspondencia entre los recursos presupuestarios invertidos y la creación de puestos de trabajo o la generalización de procesos de preselección de aquellos beneficiarios con mayores posibilidades de inserción laboral, incrementándose así la diferenciación de los programas.

Existe, por otro lado, una gran dificultad para discernir cuál de las grandes estrategias de empleo incorporadas a los programas, la mejora de la formación o el empleo directo, produce mejores resultados. Si bien los resultados de algunas evaluaciones cuestionan la idea generalizada de que en el largo plazo las políticas orientadas a aumentar la dotación de capital humano funcionan mejor que las medidas directas de empleo, la consideración de períodos de observación más prolongados respalda la mayor efectividad de las medidas de formación intensiva. Por lo demás, las nuevas estrategias de empleo incorporadas a los programas de garantía de rentas, no siempre dan lugar a mejoras en el bienestar de los hogares beneficiarios. El empleo en muchos casos no significa evitar el riesgo de pobreza sino que el desempeño de determinados trabajos puede hacer que los beneficiarios gocen de la posición peor que la que disfrutaban cobrando la prestación ⁽¹⁷⁰⁾. Por lo tanto, puede deducirse que los resultados no han sido todo lo optimistas que cabría esperar quizá porque aún no haya sido interiorizada en el ámbito político interno la necesidad de reconvertir políticas sociales de protección pasivas en políticas de inclusión activa.

⁽¹⁶⁹⁾ Por todos, MOLINA NAVARRETE, C., “Bromas y veras en las nuevas medidas de protección por desempleo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, núm.319, 2009, pp. 49-78 quien, ante la incertidumbre del legislador en las respuestas coyunturales al desempleo durante la crisis, afirma que “*si se trata de adoptar medidas excepcionales de carácter asistencial, se podría haber llamado a la implicación de las comunidades autónomas, a través de la ampliación de otro instrumento, el de las rentas mínimas de inserción. En última instancia, y en un Estado Social de las Autonomías, recientemente relanzado tanto en el plano normativo-institucional (Nuevos Estatutos) cuanto en el financiero (nuevo modelo de financiación autonómica recientemente acordado), el problema de la protección social de las personas sin recursos, por carecer de empleo o de prestaciones de desempleo, es de todos*”, pp. 51 y 52.

⁽¹⁷⁰⁾ AYALA CAÑÓN, L. y RODRÍGUEZ COMA, M., “Las nuevas estrategias de empleo en los programas de garantía de rentas”, *Revista Española del Tercer Sector*, núm.5, 2007, pág. 79.

2. Participación privada: el apoyo a los emprendedores y al empleo como principal ámbito de actuación

2.1. El déficit de la participación pública y el ámbito de actuación de la participación privada

1. Además de facilitar una renta suficiente para evitar la exclusión social, se trata asimismo de propiciar la vinculación al mercado de trabajo para impulsar la inclusión y evitar que el sujeto caiga, de nuevo, en la trampa de la pobreza, de la que resulta difícil escapar. De ahí que la UE subraye la necesidad de suprimir los obstáculos al acceso al mercado laboral mediante medidas activas y preventivas, incluida la identificación temprana de las necesidades, la ayuda en la búsqueda de empleo y la orientación y formación de planes de acción personalizados. Para garantizar que trabajar resulta rentable para las personas que buscan empleo, es preciso seguir revisando los factores incentivadores y desincentivadores que se derivan de los sistemas fiscales y de las prestaciones, incluidas la gestión y las condiciones exigidas a las prestaciones, asegurando niveles de protección social adecuados. A fin de respaldar la inclusión de las personas desfavorecidas, las políticas pertinentes que inciden en la demanda de mano de obra incluyen la expansión de la economía social, el desarrollo de nuevas fuentes de empleo en respuesta a necesidades colectivas, incentivos financieros para la contratación por parte de los empresarios, legislación en materia de lucha contra la discriminación y legislación laboral ⁽¹⁷¹⁾

En cierto modo, la participación pública, a la vista del incremento de las cifras sobre exclusión social y pobreza en España, no ha logrado todo el éxito pretendido. Quizá porque buena parte de las acciones utilizadas para conseguir la inclusión mediante el empleo resultan de carácter generalista, escasamente adaptadas al individuo. Algunas iniciativas asiladas en el ámbito local orientadas a dar empleo a los desempleados en situación de exclusión mediante la organización de actividades laborales de finalidad social o comunitaria han conseguido mejores resultados. Sin embargo, en el ámbito autonómico destaca la ausencia de acciones de formación y empleo específicamente diseñadas para personas en situación de exclusión desde los servicios de empleo. De toda la financiación europea, tan sólo una parte muy reducida se orienta a colectivos en dificultad. Existe una falta de adaptación de estas acciones a las necesidades y características específicas de la población en dificultad. No cabe infravalorar que exista una imposibilidad de las personas con problemas sociales para participar en acciones a las que concurre toda la población por falta de disponibilidad, por la dificultad que supone seguir el ritmo o el nivel de cursos de adaptación, la falta de hábitos para la formación, etc.

2. Para evitarlo se aconsejan programas individualizados de inserción, con el seguimiento de la trayectoria del beneficiario no siempre materializada por los

⁽¹⁷¹⁾ COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA, *Modernizar la protección social en aras de una mayor justicia social y una cohesión económica reforzada: promover la inclusión activa de las personas más alejadas del mercado laboral* (Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas 17.10.2007, COM (2007) 620 final.

organismos responsables de las prestaciones (¹⁷²). La escasa dedicación a los colectivos excluidos, a sus necesidades vitales y formativas para garantizar su inclusión social más allá de la mera inclusión laboral y a la realización efectiva de un seguimiento en su trayectoria inclusiva constituye un déficit importante de estas nuevas prestaciones asistenciales. En la actualidad, basta con abonar una ayuda y comprobar que se produce la inserción en un puesto de trabajo previamente seleccionado para admitir que se reduce el número de potenciales beneficiarios, identificando cada uno de ellos como un éxito de la política de inclusión. Y, sin embargo, esto sólo sirve para seguir retroalimentando el sistema puesto que su vuelta a la exclusión habrá supuesto demorar el problema, no resolverlo. Es cierto que la identificación de los colectivos necesitados de inserción o reinserción a través de medidas asistenciales o contributivas compatibles con el trabajo no resulta sencilla. Jóvenes con sobrada preparación se incluyen hoy en la categoría de “trabajadores pobres”, mayores con una dilatada experiencia laboral acceden a las prestaciones más bajas del sistema, mujeres con carreras interrumpidas se encuentran abocadas, aunque mantengan su cotización, a obtener pensiones no contributivas o asistenciales.

Pues bien, sólo a través de la fiscalización del subempleo, de la solución a trayectorias interrumpidas mucho antes de alcanzar la edad de jubilación o la disponibilidad de una infraestructura social que garantice la plena incorporación de la mujer al mercado de trabajo, podrán paliarse estos problemas logrando, en su caso, que el número de excluidos se reduzca. Seguirán existiendo otros, los que se derivan de la falta de formación o escolarización, analfabetos tradicionales o de nueva creación por la imposibilidad de acceder a las TIC, los marginados por enfermedad, vivienda, raza, etnia, religión o aquellos cuya descualificación les impide competir con quienes, con más alta formación, ocupan puestos de trabajo previstos para ellos. Como en los supuestos anteriores, se impone también aquí un programa individualizado que identifique las carencias, solvante las necesidades e inserte debidamente al sujeto en el ámbito laboral correspondiente. De ahí que, como viene apuntándose desde antiguo, la solución pase por plantear la urgente necesidad de mejorar la calidad del empleo o, lo que es lo mismo, superar la precariedad laboral, tan perjudicial para la productividad y competitividad de cualquier país, también de España. Condiciones de trabajo depauperadas, incumplidas, no sancionadas o simplemente inaplicadas están deteriorando no sólo el mercado de trabajo sino el sistema de protección social que no obtiene recursos en el nivel contributivo pero tiene que disponer de los mismos en el ámbito asistencial (¹⁷³). Supone una paradoja obtener una pensión asistencial de mayor

(¹⁷²) SUBIRATS i HUMET, J., *Análisis de los factores de exclusión social*, Bilbao, Fundación BBVA, 2000, AGUILAR, M., LAPARRA, M. y PÉREZ, B., *La exclusión multidimensional en el espacio urbano: investigaciones de base para la elaboración del plan de lucha contra la exclusión social en la comunidad de Madrid*, Madrid, UPN-CM, 2002, SERRANO PASCUAL, A., “Del desempleo como riesgo al desempleo como trampa: ¿Qué distribución de las responsabilidades plantea el paradigma de la activación propuesto por las instituciones europeas?”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm.2, 2005, pp. 232-256 y NÚÑEZ VELÁZQUEZ, J.J., “Estado actual y nuevas aproximaciones a la medición de la pobreza”, *Estudios de Economía Aplicada*, núm.2, 2009, pp. 322-343.

(¹⁷³) LÓPEZ CUMBRE, L., “El papel de las pensiones mínimas en el proceso de maduración de los Sistemas de Protección Social y en relación con las estrategias de activación para la incorporación al empleo”, en AAVV, Presidencia Española del

cuantía que el más bajo de los salarios por lo que se impone una solución tanto en el ámbito laboral como en el de protección social.

2.2. La contribución al empleo como mecanismo de participación privada en materia de exclusión social

1. En España, además, las características del mercado laboral condicionan los resultados pues no en vano se basa en una alta tasa de precariedad y en una alta disponibilidad de empleos de baja cualificación. Los empleos disponibles en hostelería, agricultura, servicio doméstico y construcción hacen especialmente fácil la inserción laboral de los colectivos sin cualificación. Esta elevada presencia de empleo precario hace más necesaria la formación que permita obtener una cualificación para optar a otro tipo de empleos de mayor calidad ya que muchos de los programas de activación desarrollados por la iniciativa social y los programas de empleo público protegido se asemejan en sus características a los puestos disponibles con bajo salario y escasa capacidad de cualificación, siendo objeto estos trabajadores de lo que se denomina, como se expusiera, “la trampa del desempleo”. Se trata de una disyuntiva en la que los trabajadores menos cualificados que optan por prolongar su dependencia de los subsidios observan un deterioro irreversible en su cualificación, ya inferior a la media, a sabiendas de que la opción por incorporarse al mercado de trabajo resulta menos atractiva por cuanto la remuneración es más baja que la propia prestación. La trampa del desempleo consiste en la probabilidad de que un valor alto de la prestación asistencial respecto al salario potencial para los individuos fuera del mercado de trabajo pueda conducir a preferir permanecer en esta situación ⁽¹⁷⁴⁾. Para evitarlo pueden plantearse programas individualizados de inserción, con el seguimiento de la trayectoria del beneficiario.

Quizá por eso sea necesario replantear el debate y ya no baste con señalar la necesidad de estas medidas sino que convendría atender a su eficacia o la eficacia de este tipo de ayudas contra la pobreza en relación a su naturaleza universal o selectiva. Las políticas que tratan de identificar a los colectivos más pobres de una sociedad para concentrar en ellos el gasto pueden servir como instrumento redistributivo y pueden constituir una amplia red de seguridad en las economías de mercado pero surge un riesgo, el que estos programas articulen toda la iniciativa pública de lucha contra la pobreza, resultando ineficientes por cuanto habrán de tener una fuerte dependencia de las estrategias selectivas. Criterios de selección pueden ser la edad de los miembros de la unidad familiar, el tamaño de la misma, la relación con la actividad laboral del cabeza de familia, la verificación del estado de necesidad, la compatibilidad con otras ayudas públicas, la consideración o no como renta del valor de la vivienda, etc. Sin embargo, los resultados de una política selectiva no han sido siempre los pretendidos puesto que, en algunos países de la UE, la sustitución de programas universales por otros más

Consejo de la Unión Europea (enero-julio 2010), RMTIN, Derecho social internacional y comunitario, número extraordinario, 2010, pp. 203-258.

⁽¹⁷⁴⁾ AYALA, L., *La descentralización territorial de las prestaciones asistenciales: efectos sobre la igualdad*, Madrid, Mimeo, 2000, SERRANO PASCUAL, A., “Del desempleo como riesgo al desempleo como trampa: ¿Qué distribución de las responsabilidades plantea el paradigma de la activación propuesto por las instituciones europeas?”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm.2, 2005, pp. 232-256,

selectivos ha reducido la eficacia de las políticas contra la pobreza sin que se haya podido comprobar que unos recursos más restrictivos hayan conseguido que los colectivos a los que se dirigen superen el umbral de la pobreza con carácter definitivo y no coyuntural. De ahí que se planteen otras soluciones tales como la conversión de las ayudas en subvenciones para la contratación, esto es, en ayudas directas a la empresa y no al excluido o la discriminación positiva en los concursos públicos de la Administración para aquellas empresas que se caracterizaran por incluir colectivos en riesgo de pobreza, entre otras. Y, lo que es más importante, el incentivo para la participación privada en este ámbito.

2. Resulta una obviedad que la nueva organización del trabajo con avances tecnológicos y con variables económicas de interés perfilan una sociedad laboral distinta. A partir de ahora la carrera profesional y de cotización de los trabajadores no será homogénea como ha venido siendo hasta el momento. La alternancia entre períodos de trabajo, de formación, de tiempo parcial, de desempleo, de descanso es real y desplaza irreversiblemente al empleo permanente clásico. Las carreras se acortan y difícilmente consiguen superar los treinta años de actividad, las perspectivas de proseguir una carrera profesional declinan cada vez más pronto, la seguridad en el empleo cede ante fenómenos como la temporalidad o la precariedad, la necesidad de optar por empleos parciales por las necesidades vitales o familiares se imponen, etc. El desequilibrio entre un aumento en la oferta de mano de obra, por razones demográficas con la incorporación de la inmigración, y una disminución de la demanda de trabajo, por razones económicas, parece ya incuestionable en el diseño del mercado de trabajo futuro. Los estudios efectuados en el ámbito de la UE ponen de manifiesto cómo la biografía laboral basada en contratos asalariados a tiempo completo indefinidos y estandarizados basados en un alto nivel de subordinación y en el poder disciplinario del empleador con un alto nivel de estabilidad y de compensaciones mediante prestaciones o garantías para el trabajador ha llegado a su fin ⁽¹⁷⁵⁾. Se impone un mundo laboral con un trabajador mejor formado y competente, con autonomía profesional, con independencia para buscar formas más autónomas, parasubordinadas o variables de prestación de servicios. La externalización, la subcontratación, la intermediación son las formas futuras de prestación de servicios, desfigurando los rasgos tradicionales del Derecho del Trabajo. Se produce cada vez más con menos empleos lo que potencia otro tipo de actividad de ocio, de economía social, de solidaridad, de colaboración social, de trabajo cívico o asociativo, etc.

Para ello la Unión Europea propone que los empresarios asuman una mayor responsabilidad en materia de formación y que aumenten sus inversiones en capital humano; que se mejore la calidad de las condiciones de trabajo y su organización a fin de atraer al mantenimiento en activo tanto de la mujer como de los trabajadores de mayor edad; que se supere la idea de que la jubilación anticipada como solución aceptable para los problemas relacionados con la racionalización de las actividades y la reestructuración; o, en fin, que se adopten códigos de buenas prácticas para evitar la discriminación.

⁽¹⁷⁵⁾ SUPIOT, A. y otros, *Trabajo y empleo: transformaciones del trabajo, futuro del Derecho del Trabajo*. Informe para la Comisión Europea, Bruselas, 1999.

Con una especial significación de la participación, cada vez más amplia, en este ámbito del denominado tercer sector ⁽¹⁷⁶⁾. Las entidades que conforman este sector parten de su flexibilidad y cercanía, de su multisectorialidad, al abarcar un amplio espectro de colectivos excluidos, con particular incidencia en la inmigración o la atención a la dependencia. Todas ellas destinan sus objetivos a cuatro ejes de actuación: la integración sociolaboral, la gestión de proyectos sociales, la sensibilización/reivindicación y la investigación sobre la exclusión social.

⁽¹⁷⁶⁾ Por todos, *vid* PÉREZ-DÍAZ, V. y LÓPEZ NOVO, J., *El tercer sector social en España*, Madrid, MTAS, 2003.

CAPÍTULO VI.

LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA PROTECCIÓN DE LA DEPENDENCIA. LA PRETENSIÓN DE UNA PROTECCIÓN INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL, SANIDAD Y ASISTENCIA SOCIAL

I. LA COBERTURA DE LA DEPENDENCIA EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL ESPAÑOL. 1. La prestación por dependencia como protección integradora de Asistencia Social, Sanidad o Seguridad Social. 2. El Sistema “no nacional” de atención a la Autonomía Personal y a la Dependencia. 3. La prestación por dependencia: un avance en la protección social. 3.1. La definición de un nuevo riesgo. 3.2. La cobertura de un nuevo riesgo. 3.2.1. Antecedentes de la cobertura de la dependencia en el sistema de protección social español. 3.2.2. La familia como soporte principal del riesgo de dependencia. 3.2.3. Prestación de servicios como norma en la ley y como excepción en la práctica; prestación económica como excepción en la ley y como norma en la práctica. 4. Efectividad y calidad del derecho a la prestación por dependencia. 4.1. Efectividad del derecho: la atención sociosanitaria como asignatura pendiente de esta regulación. 4.2. Calidad del derecho: la función del Consejo Interterritorial. III. LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA PROTECCIÓN A LA DEPENDENCIA. 1. Financiación compartida entre el Estado, las Comunidades Autónomas y los beneficiarios. 1.1. El soporte público: Estado y Comunidades Autónomas. 1.2. Los diferentes modelos europeos de financiación de la protección a la dependencia. 2. La dimensión futura de la protección por dependencia. 2.1. Sobre la viabilidad de la protección por dependencia. 2.2. Sobre la participación privada en la financiación de la dependencia: el copago del beneficiario.

I. LA COBERTURA DE LA DEPENDENCIA EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL ESPAÑOL

1. La prestación por dependencia como protección integradora de Asistencia Social, Sanidad o Seguridad Social

1. La Ley de autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (Ley 39/2006, 14 dic., BOE, 15) supone un punto de inflexión y de reflexión de sumo interés en el modelo constitucional de protección social, especialmente en lo que al reparto competencial en esta materia se refiere ⁽¹⁷⁷⁾. Se concibe como una normativa básica estatal de mínimos garantizados a toda la población al margen del lugar de residencia y, de hecho, la intervención del Estado está presente

⁽¹⁷⁷⁾ Un completo comentario de la misma en AAVV, *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudios sistemático de la Ley 39/06, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Granada, Comares, 2007. Asimismo SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F., *Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006 sobre promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Navarra, Aranzadi, 2007 y AAVV, *Comentario sistemático a la Ley de Dependencia*, Navarra, Aranzadi, 2008.

en muchos de los aspectos de la ley (así, la definición del catálogo de servicios, el cuadro de infracciones y sanciones, los criterios básicos de calidad, los principios básicos comunes aplicativos de la ley, etc).

Desde la aprobación de la norma, han sido numerosas las CCAA que han mostrado serias reticencias a colaborar con el Estado en su aplicación. De ahí que se plantee como una incógnita qué ocurrirá con esta prestación a partir de 2015, fecha en la que se estima que el período progresivo de ejecución de la norma culminará. No en vano, se cuestiona si una aplicación progresiva de este derecho como la que en estos momentos se efectúa (entre 2007 y 2015 comenzando por los grados más severos de dependencia y finalizando por los más leves) garantizará la estabilidad del mismo y la cuantía de sus prestaciones. Mas, a partir de 2015, el Estado se compromete a aportar el coste de la prestación básica pero, cuál sea la prestación básica, qué se garantiza como derecho básico, cuáles son los servicios que conforman el mismo, cuáles de entre el catálogo de servicios sociales y, en principio, cuáles dentro de la Sistema Nacional de Salud y, sobre todo, qué criterios de identidad existe entre las diferentes CCAA para que sus prestaciones sean homologables en el nivel mínimo, son aspectos que aún permanecen indeterminados.

A esta incertidumbre se añade una de mayor envergadura y es que el legislador ha obviado deliberadamente la asignación de la protección por dependencia dispensada por la Ley 39/06 al art. 149 CE ó al art. 148 CE admitiendo que se dicta *“al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al art. 149.1.1 CE”*. Y, aunque aparentemente se trate de una prestación de asistencia social por el protagonismo que sobre las mismas adquieren las CCAA y la determinación que sobre ella tienen los servicios sociales, lo cierto es que se sigue reclamando su inserción en el ámbito del art. 149.1.17 CE, principalmente por dos motivos. El primero, por considerarla parte de la Seguridad Social en su nivel asistencial, dentro de un proceso de renovación permanente y acorde con lo que ya han hecho otros países europeos. El segundo, porque, lejos de lo que cabría intuir, la incardinación de la protección de la dependencia en el art. 149.1.17 CE no conduciría en sí a la rigidez operativa ni tendría que suponer una privación de competencias a las CCAA que hayan asumido o vayan a asumir competencias propias en esta materia ya que, como es sabido, en dicha disposición constitucional lo que se pretende es la reserva competencial al Estado sobre una legislación básica homogeneizadora y racionalizadora del tratamiento de las materias propias de la Seguridad Social en todo el Estado español (¹⁷⁸).

2. Buena parte de estas dudas provienen de un defecto de técnica jurídica por cuanto no se ha querido precisar la naturaleza de esta prestación. Su inclusión en el sistema de Seguridad Social se resiente si se tiene en cuenta que no encaja claramente ni en el nivel contributivo –no se ha establecido con la fórmula de cotización a cargo de empleador y trabajador ni es un riesgo derivado directamente de la actividad laboral- ni en el nivel no contributivo (jubilación, incapacidad, hijo a cargo) o asistencial (desempleo) –por cuanto no se prevé para personas con insuficiencia de recursos sino con carácter universal para todo ciudadano-. Tampoco se trata de una prestación del

(¹⁷⁸) MONEREO PERÉZ, J.L. y DÍAZ AZNARTE, M.T., *El Estado Social Autonomico. Estudio especial del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Albacete, Bomarzo, 2008, pág. 61.

Sistema Nacional de Salud destinada a la protección de la salud y a la atención sanitaria pues, aun cuando esta atención se considere necesaria, en el dependiente se valora el grado y nivel de dependencia respecto de otros para realizar las actividades diarias cotidianas, al margen de los requerimientos sanitarios. No tiene, en fin, tampoco los rasgos característicos de la asistencia social prevista en el art. 55 LGSS para las personas que carecen de los recursos indispensables para hacer frente a las situaciones de riesgo –pues la cobertura es universal- ni se centra exclusivamente en los servicios sociales que, con carácter complementario a las prestaciones básicas de la Seguridad Social, recoge el art. 53 LGSS.

Deliberadamente la Ley 39/06 señala en su art. 1 que se trata de un derecho subjetivo de ciudadanía. Es cierto que, descartada su pertenencia al nivel contributivo de la Seguridad Social y alejada del sentido de las prestaciones sanitarias, el engarce mejor se encuentra o en la modalidad no contributiva de la Seguridad Social o entre las prestaciones de asistencia social. Mas la experiencia ha demostrado que para responder a las exigencias constitucionales competenciales del TC, el legislador ha tenido que marcar expresamente la integración de la modalidad no contributiva dentro del sistema de Seguridad Social como lo hiciera en la Ley 26/90. Sin embargo, la Ley 39/06 no contempla como no contributiva esta prestación sino, bien al contrario, exige la participación en su financiación de los beneficiarios según su capacidad económica. Podría considerarse, no obstante, que como las pensiones no contributivas de nuestro sistema se establecieron para quienes no hubieran cotizado nunca al mismo o lo hubieran hecho insuficientemente, estos últimos sí habrían contribuido económicamente al sostenimiento de la prestación, de algún modo y de forma similar a la que ahora se prevé en la prestación por dependencia. Pero las diferencias son contundentes. Quienes han cotizado al sistema pero lo han hecho insuficientemente se han estado beneficiando del mismo respecto de otro tipo de prestaciones cuando se hallaban en activo. Ahora, la protección por dependencia prevé una financiación *a posteriori*, no *a priori*, cuando el gasto ya ha sido efectuado y en función del mismo.

Por lo demás, el hecho de que el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (en adelante, SAAD) prevea prestaciones en especie y prestaciones económicas hace que estas últimas se integren en el Registro de Prestaciones Sociales Públicas (DA 5 Ley 39/06) establecido por el sistema de Seguridad Social, gestionado por el INSS y destinado a la inscripción de las prestaciones sociales de contenido económico, por lo que en el subconsciente del legislador está presente una prestación próxima a la Seguridad Social. De hecho, ésta debiera haber sido su más idónea ubicación -bien que en su nivel no contributivo- si se perseguía el rasgo de universalidad de la misma, tras haber descartado el legislador una prestación del nivel contributivo y ante la grave indefinición e imprecisión de la que en la actualidad se resiente en nuestro país la asistencia social. Tan sólo el elemento del copago contrastaría en dicho nivel si no fuera porque el nivel no contributivo del sistema de Seguridad Social español se caracteriza por no exigir cotizaciones previas para acceder a la prestación, a diferencia de la dependencia en la que, surgido el gasto del servicio correspondiente, el beneficiario deberá abonar parte del mismo en función de sus rentas. Y, además, cabría diferenciar, a fin de reafirmar la inserción de esta protección en el sistema de nuestra Seguridad Social no contributiva, que junto a la prestación de servicios –quizá más propia de la asistencia social- se contemplan prestaciones económicas de carácter no contributivo ya que para acceder a las mismas no se exige cotización previa alguna.

Pese a las razones expuestas, prevalece un criterio mayoritario a favor de considerar esta protección como parte de la asistencia social. No en vano, toda la red, la gestión e incluso parte de la financiación está pensada utilizando la infraestructura ya creada con anterioridad y mantenida en la actualidad por las CCAA (¹⁷⁹). Este engarce es fruto, no obstante, de la simplicidad y no evita ciertos aspectos polémicos de la protección. Especialmente en lo que se refiere al título competencial y a la distribución de la competencia normativa entre Estado y CCAA. Se ha apuntado que, de la misma manera que en sanidad el Estado establece unas prestaciones básicas a través del establecimiento conjunto y uniforme del Sistema Nacional de Salud -norma de competencia estatal, aunque la gestión haya sido descentralizada a las CCAA-, en materia de dependencia el esquema es idéntico y las prestaciones básicas serán establecidas por el Estado en el SAAD, sin perjuicio de la potestad que las CCAA tienen para ampliar o mejorar las mismas. Como en la sanidad, la norma subraya la universalidad de la prestación y su origen público, en este caso con independencia de la forma de financiación o de las medidas de gestión que se adopten. Dicha universalidad implica la inexistencia de requisito alguno en cuanto afiliación o cotización, siendo los condicionantes de acceso otros distintos (edad, residencia y grado o nivel de dependencia). Su similitud con la sanidad se defiende por entender que la protección se dispensa no por la condición de trabajador del beneficiario sino por su condición de ciudadano, igual que en la cobertura sanitaria. De ahí que las CCAA adquieran en materia de dependencia un protagonismo semejante al que tienen en el ámbito sanitario por lo que quizá fuera éste –si se pretendía residenciar las competencias en las CCAA y alejarlas del Estado- mejor espacio para su desarrollo que el de la asistencia social.

2. El Sistema “no nacional” de atención a la Autonomía Personal y a la Dependencia

1. Constituyendo la anterior una conclusión válida, convendría efectuar en este Informe una valoración integradora de la Ley 39/2006 considerando que en ella se encuentran reflejados, sin una clara delimitación competencial, los tres ámbitos propios de la protección social española como son la Seguridad Social, la Sanidad y la Asistencia Social. La Ley 39/06 no pretende tanto definir la naturaleza jurídica de la protección -quizá por las dificultades competenciales apuntadas- como garantizar la misma.

(¹⁷⁹) AAVV, *Protección social de la dependencia en España*, Madrid, Fundación Alternativas, 2004, MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Libro Blanco de la Dependencia*, Madrid, MTAS, 2004, BLÁZQUEZ AGUDO, E. y MUÑOZ RUÍZ, A.B., “La protección de la dependencia en las Comunidades Autónomas: un panorama disperso”, *Relaciones Laborales*, t.I, 2004, pp. 225-256, LANTARÓN BARQUÍN, D., “articulación del sistema para la autonomía y atención a la dependencia: estructura administrativa”, *Temas Laborales*, núm.89, 2007, pp. 271-296, MERCADER UGUINA, J.R., “Jubilación y dependencia: el reconocimiento de la cuarta edad”, en AAVV, *Tratado sobre Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa con motivo de su jubilación*, Madrid, Editorial Iustel, 2007, pp. 1767-1794, GARCÍA NINET, I., VICENTE PACHÉS, F.de y GARRIGUES, A., “Configuración técnica de los servicios sociales y régimen jurídico”, AAVV, *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al prof. José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008, 1157-1184 y AAVV, *Análisis de los desarrollos normativos del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD)*, Madrid, CERMI-CINCA, 2009 Un completo análisis de esta colaboración en AAVV, *La situación de dependencia. Régimen jurídico aplicable tras el desarrollo estatal y autonómico de la Ley de Dependencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

Para ello dispone una cobertura dirigida a toda persona que por razón de edad, discapacidad o enfermedad sufre una alteración en su autonomía física, psíquica, mental, intelectual, sensorial, precisando la ayuda de un tercero para realizar las actividades básicas de la vida diaria. Establece la misma un derecho subjetivo, universal, de carácter público, con una atención integral e integrada que abarca medidas de prevención, rehabilitación, estímulo, requiriendo el desarrollo en el entorno habitual de vida del dependiente, garantizando la calidad, sostenibilidad y accesibilidad de los servicios con la colaboración de servicios sociales, sanitarios y, especialmente, con la participación de la familia o del entorno en tal misión, con una financiación pública pero con participación privada y con el apoyo decisivo y determinante de las CCAA.

2. Esa valoración integral se encuentra reforzada en la necesidad de conseguir una gestión asimismo basada en la colaboración de las distintas Administraciones. El SAAD exige la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y garantiza una participación básica de la Administración General del Estado. Dicho Sistema deberá responder a una acción coordinada y cooperativa de la Administración General del Estado y de las CCAA, contemplando medidas en todas las áreas que afectan a las personas en situación de dependencia. La cooperación y coordinación entre el Estado y las CCAA resulta clave en el éxito de esta nueva protección admitiéndose, en su caso y por la experiencia ya demostrada, la de las entidades locales.

A través de este Sistema de Dependencia se garantizan las condiciones básicas y el contenido común de la ley, se encauza la colaboración y participación de las distintas Administraciones Públicas y se optimizan los recursos públicos y privados disponibles. Un Sistema que, en definitiva, constituye una red de utilización pública integrada por centros y servicios tanto públicos como privados que no alteran, en principio, su régimen jurídico de titularidad, administración o gestión como consecuencia de tal integración. Para su articulación se crea el denominado Consejo Territorial como instrumento de cooperación integrado por el representante de aquel Ministerio que tenga las competencias en la materia, un representante de cada una de las CCAA y un número de representantes de los distintos Departamentos Ministeriales. En todo caso, la composición será tal que obtengan mayoría los representantes de las CCAA. Fijará dicho Consejo el marco de cooperación interadministrativa y lo hará mediante Convenios entre la Administración General del Estado y cada una de las CCAA ⁽¹⁸⁰⁾.

3. La prestación por dependencia: un avance en la protección social

3.1. La definición de un nuevo riesgo

⁽¹⁸⁰⁾ En cumplimiento del mismo y a título de ejemplo, el más reciente de la Comunidad Autónoma de Cantabria es el contenido en la Resolución de 7 ene.10, BOE, 8 feb. de la Secretaría General de Política Social y Consumo del Ministerio de Sanidad y Política Social que establece el Convenio por el que se desarrolla el Marco de Cooperación Interadministrativa aprobado el 15 abr.09 y recogido en la Resolución de 21 may.09, BOE, 5 jun.. Aun cuando la organización y supervisión de las actividades de este Convenio sean competencia de la Comunidad de Cantabria, ésta deberá informar a la Comisión de Seguimiento creada entre el Ministerio y la CCAA. A nivel nacional, cabe destacar el acuerdo alcanzado por el Consejo Territorial sobre los “*objetivos y contenidos comunes*” en cuanto a la información de la que dispone el SAAD para su tratamiento con la debida protección (Resolución de 4 nov.09, BOE, 27).

1. La dependencia se define como “*el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria*”. En su reverso se halla el concepto de autonomía entendida como “*la capacidad percibida de controlar, afrontar y tomar decisiones personales acerca de cómo vivir al día de acuerdo con las normas y preferencias propias*”. Pero es este último el que parece tener prioridad para el legislador si se observan dos detalles. El primero, que en el propio título de la norma se antepone la promoción de la autonomía a la protección de la dependencia; el segundo, que en la delimitación del objeto de la ley se establece, primero, el derecho a la promoción de la autonomía personal y, después, la atención a las personas en situación de dependencia. Tiene sentido que la Ley intente antes potenciar la autonomía para evitar la dependencia y, sólo en caso de que aquel objetivo no se consiga, sea la dependencia objeto de protección.

Conviene tener en cuenta una serie de datos a título informativo. Un tercio de los años de vida se desarrollarán a partir de los 65 años de edad y, por tanto, como dependientes (16 años en los hombres, 20 años en las mujeres); el coste anual por persona dependiente suele ser de 10.000 euros, lo que supone 160.000 euros en los hombres y 200.000 euros en las mujeres; aproximadamente el 1% del PIB es el esfuerzo macroeconómico que requiere esta prestación; sólo un 3% de los cuidados necesarios son proporcionados hoy por los servicios sociales, el resto los dispensa la Seguridad Social y la Sanidad; 1.5 millones de personas se encuentran en dependencia severa (3 veces más de lo previsto en los informes que acompañaron la tramitación de la Ley 39/06).

2. Desde la aprobación de la Ley 39/06 y, aun cuando esta necesidad era ya conocida e incluso, de algún modo, protegida por nuestro ordenamiento, el riesgo de la dependencia tiende a “independizarse” y se presenta como un riesgo social propio, autónomo, único que requiere de un tratamiento homogéneo y distinto al hasta ahora dispensado. Se trata de un nuevo riesgo social propio de las sociedades modernas que demanda un espacio de protección diferenciado (¹⁸¹). Así, por ejemplo, en contra de lo que ocurre en la invalidez, aquí lo relevante no es tanto la incapacidad para el trabajo como la incapacidad para la supervivencia por lo que no va destinado a los trabajadores sino a los ciudadanos; por lo demás, el riesgo puede surgir en todo momento y no antes de los 65 años como ocurre con la invalidez; y, por otra parte, en esta última el cálculo de la pensión se efectúa sobre un porcentaje derivado del grado de incapacidad y no sobre las necesidades reales del dependiente como hace la Ley 36/90.

(¹⁸¹) Vid LOPEZ CUMBRE, L., “Fisuras de una ley histórica en materia de protección social: el Proyecto de Ley de Dependencia”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (www.iustel.com), núm.11, 2006, pp. 1-18 y SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y LOPEZ CUMBRE, L., “Políticas de dependencia en el marco de la Seguridad Social. Familia y Dependencia”, AAVV, *Familia y dependencia: nuevas necesidades y nuevas propuestas*. Fundación Acción Familiar, Madrid, Cinca, 2005, pp. 49-96 MERCADER UGUINA, J.R., “Concepto y concepciones de la dependencia”, en AAVV, *Protección social de las personas dependientes*, Madrid, La Ley, 2004, pp. 63-94, VALDÉS DAL-RÉ, F., “Del modelo asistencial al modelo social de la discapacidad”, *Relaciones Laborales*, t.I, 2005, pp. 137-150, BARCELÓN COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, M.G., “Las situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el sistema de protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.60, 2006, pp. 13-34 y CRUZ VILLALÓN, J., “La protección social de la dependencia”, *Temas Laborales*, núm.89, 2007, pp. 9-26.

Y es que, ciertamente, la descripción de la situación objetiva de cobertura no constituye novedad alguna para nuestro sistema de protección social. España ratifica en 1928 el Convenio núm. 17 de la OIT en el que se establece, entre las indemnizaciones por accidentes de trabajo, “una indemnización suplementaria a las víctimas de accidentes que queden incapacitadas y necesiten la asistencia constante de otra persona” (art. 7). A partir de aquel momento (Ley 4 de julio de 1932, Gaceta, 7, Decreto de 8 de octubre de 1932, Gaceta, 12 y Reglamento de 31 de enero de 1933, Gaceta, 2 de febrero), las normas sobre accidentes de trabajo recogerían esta ayuda destinada a las personas dependientes o la sustitución de la misma por el internamiento del sujeto dependiente en un establecimiento sanitario (OM 17 de octubre de 1945, BOE, 21). Sirva este recordatorio histórico para afirmar que la necesidad de una ayuda en personas dependientes no es nueva. Así, ha variado su dimensión, debido especialmente al envejecimiento poblacional, se ha transformado su importancia social, dejando de ser un problema exclusivamente de la familia para ser aceptado como un problema de la sociedad y se ha modificado su naturaleza; por cuanto comienza a ser considerado como un riesgo susceptible de protección por el Estado de bienestar social.

3. Conviene precisar, por lo demás, que ambos conceptos –promoción de la autonomía y dependencia- constituyen nuevos riesgos a partir de la entrada en vigor de la ley y que no basta con proteger la dependencia una vez generada sino que la norma establece un auténtico “derecho subjetivo” a la promoción de la autonomía personal. Objetivo difícil de cumplir si se consideran únicamente como titulares del derecho a los españoles que “se encuentren en una situación de dependencia” en alguno de los grados que establece la Ley, amén de cumplir otros requisitos ligados a la edad (tres o más años, salvo que presenten una discapacidad grave en cuyo caso no se tendrá en cuenta la edad) y a la residencia en territorio español (cinco años, dos inmediatamente anteriores a la solicitud de la prestación, salvo lógicamente para los beneficiarios de tres años que no habrán tenido tiempo de cumplir dicho requisito, trasladando la Ley dicha exigencia a quienes ejerzan su guarda y custodia). O si se tiene en cuenta que cuando se establece la regulación de las prestaciones siempre se alude a las “prestaciones de dependencia”, no diferenciando entre la promoción de la autonomía personal y la dependencia. Tan sólo al describir el catálogo de servicios se señala la diferencia entre “servicios para la promoción de la autonomía personal” (prevención y teleasistencia) y “servicios de atención y cuidado” (ayuda a domicilio, centros de día y de noche y asistencia residencial).

Con todo, existe un momento en que autonomía y dependencia se vinculan. El grado de autonomía servirá para valorar el grado de dependencia del beneficiario. Y, así, la norma contempla tres grados de dependencia: moderada –la persona dependiente necesita ayuda una vez al día para realizar actividades básicas-, severa –necesita ayuda dos o tres veces al día- o gran dependencia –necesita la presencia indispensable y continua de otra persona-. Cada grado se calificará en dos niveles en función de la autonomía de las personas y de la intensidad del cuidado que requiere. De hecho, para la determinación del grado y del nivel de dependencia se establece un baremo que tendrá en cuenta los criterios objetivos de valoración del grado de autonomía de la persona, de su capacidad para realizar las distintas actividades de la vida diaria, los intervalos de puntuación para cada uno de los grados y niveles de dependencia así como el protocolo con los procedimientos y técnicas a seguir para la valoración de las aptitudes observadas, en su caso. Esta valoración será efectuada por las CCAA que deberán crear órganos específicos para llevar a cabo tal función, teniendo en cuenta que la acreditación de la dependencia tendrá efecto en la declaración de discapacidad en un

grado igual o superior al 75%. En el dictamen que emitan las CCAA deberán precisar los cuidados requeridos por los beneficiarios teniendo en cuenta las ayudas prescritas y el entorno en que vive el dependiente.

Un sistema público y común de valoración en todo el territorio nacional que, no obstante, será gestionado por las CCAA, con la experiencia ya demostrada por éstas en prestaciones como las no contributivas. La función de las CCAA no se limitará, con ser ésta importante, a baremar sino que serán ellas quienes tengan la exclusiva competencia de reconocer el derecho por dependencia atendiendo a la residencia del solicitante de la prestación y, eso sí, con validez en todo el territorio nacional. No es de extrañar que tal atribución competencial resulte cuestionable a la luz de, por ahora, esa ambigua naturaleza de esta protección, prestándose, en principio, su concesión a diferencias de gestión y de orientación administrativa de las diferentes CCAA.

3.2. La cobertura de un nuevo riesgo

3.2.1. Antecedentes de la cobertura de la dependencia en el sistema de protección social español

1. Nuestro país lleva dispensando medidas de protección a la dependencia desde la aprobación de la LGSS/74. No en vano, el modelo español de protección de la dependencia constituye un híbrido en el que se mezcla la cobertura de la Seguridad Social contributiva, la protección no contributiva en determinadas prestaciones, la cobertura universal en los servicios sociosanitarios, la protección a través de los servicios sociales y las bonificaciones fiscales por atención a dependientes. En general, destacan las prestaciones o pensiones de Seguridad Social y entre las más sobresalientes cabe distinguir el complemento en la gran invalidez tanto en su modalidad contributiva como no contributiva, las prestaciones familiares en una modalidad y en otra, las pensiones a favor de familiares o el incremento de los complementos para mínimos cuando se tiene cónyuge a cargo, entre otras.

Uno de los principales antecedentes normativos de la dependencia puede encontrarse en el Real Decreto 383/1994, de 1 de febrero, por el que se regula el sistema de prestaciones económicas y sociales previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), que define el subsidio por ayuda de tercera persona como *“prestación económica destinada a aquellas personas afectadas por una minusvalía que, a consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesiten, a juicio del equipo multiprofesional, la asistencia de otra persona para realizar actos esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”*. También se regula en la Ley 13/1982 el subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte con el fin de *“atender los gastos originados por desplazamientos fuera de su domicilio habitual de aquellos minusválidos que, por razón de su disminución, tengan graves dificultades para utilizar transportes colectivos”*.

Pero ha sido principalmente el ámbito de la Seguridad Social el que ha dado cobertura a la invalidez o incapacidad permanente (arts. 136 y ss LGSS), prevista para aquellas situaciones en las que el trabajador no puede continuar con su actividad habitual como consecuencia de unas lesiones invalidantes susceptibles de determinación objetiva con un reconocimiento oficial mediante el procedimiento legalmente establecido. Se trata de lesiones previsiblemente definitivas que suponen reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva que disminuyen o anulan su capacidad laboral y que, en su grado de gran invalidez,

requieren de la concurrencia de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida por lo que se prevé un 50% más de pensión. Entiende el Tribunal Supremo por acto esencial *“el que se dirige a satisfacer una necesidad primaria e ineludible para poder subsistir fisiológicamente o para ejecutar los actos indispensables a la dignidad, higiene y decoro que corresponde a la convivencia humana”*; debe tratarse *“de una imposibilidad –y no solo de una mera dificultad- de realizar los actos esenciales”*; la ayuda, además, *“ha de ser continuada no esporádica o transitoria, sino que ha de prestarse con cierta habitualidad; el incremento de la pensión va destinado a neutralizar el exceso del gasto que implica la ayuda de un tercero y no puede confundirse con la pensión de incapacidad”* [SS.TS 16 en.01, Ar. 2508, FJ 3]. Es, con todo, la prestación económica destinada al gran inválido una de las manifestaciones más claras de dedicación del sistema de Seguridad Social al régimen de la dependencia. El art. 139.4 LGSS establece un incremento del 50% para que el inválido pueda remunerar *“a la persona que le atienda”*. Es en este ámbito, a diferencia del resto de las prestaciones a las que a continuación se alude, en el que la familia (hijos, otros familiares, etc) ha quedado sustituida por el recurso a *“cualquier otra persona que atienda”*, sin que para ello se exija vínculo familiar alguno.

A diferencia de la protección anterior cuando de se trata de proteger la invalidez en su modalidad no contributiva el recurso a los vínculos familiares deviene imprescindible. Al igual que en la modalidad contributiva, también el art. 145.6 LGSS señala que las personas afectadas por una minusvalía o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 75% y *“que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesiten el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos, tendrán derecho a un complemento equivalente al 50% del importe de la pensión”*. En este último caso, se exige una edad mínima de 18 años para acceder a la prestación -lo que se entiende justificado por el hecho de que los menores ya están cubiertos por la vía de las prestaciones familiares- y una edad máxima de 65 años -pues, a partir de la misma y si se cumplen los requisitos- procederá acceder a la jubilación, no así a la invalidez. Pero, además, y de acuerdo con el art. 144 LGSS, la pensión procederá cuando el beneficiario carezca de rentas o ingresos suficientes. Si convive con otras personas en una misma unidad económica, este requisito se entenderá cumplido cuando la suma de todos los integrantes de aquella sea inferior a un límite establecido por la ley. Existirá unidad económica en todos los casos de convivencia de un beneficiario con otras personas, sean o no beneficiarias, unidas con aquél por matrimonio o por lazos de parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado. Incluso si la relación fuera entre ascendientes o descendientes en primer grado, el límite de recursos sería distinto ⁽¹⁸²⁾.

2. La familia se convierte también en el referente de otro tipo de prestaciones dispensadas en el ámbito de la Seguridad Social y también relacionadas con la protección por dependencia. Y es que la atención a los dependientes recae en el sistema de Seguridad Social básicamente sobre las prestaciones familiares o el incremento de la pensión de gran invalidez por cuidado de tercera persona. La LGSS destina el Capítulo

⁽¹⁸²⁾ Vid, ALVAREZ DE LA ROSA, M, *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 1982, ALONSO GARCIA, B., *El régimen jurídico de la protección del minusválido*, Madrid, Civitas, 1997, MARTÍN PUEBLA, E., *La protección de la incapacidad permanente para el trabajo*, Granada, Comares, 2000, ROQUETA BUJ, R., *La incapacidad permanente*, Madrid, CES, 2000, BARBA, A, *Incapacidad permanente y Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2001.

IX de su Título II a las prestaciones familiares ⁽¹⁸³⁾. Y la dicción es correcta pues, a diferencia de lo que ocurría en épocas pasadas, ya no se trata de prestaciones “*por hijo a cargo*” sino de “*prestaciones familiares*” en una consideración mucho más acorde con dos instituciones íntimamente vinculadas, la dependencia y la conciliación de la vida laboral y de la vida familiar o personal. Por eso la protección se desarrolla en torno a dos sujetos de la familia, los hijos y “*otros familiares*”.

En su modalidad contributiva, estas prestaciones familiares recogen una prestación no económica. La protección, reconocida por el art. 180 LGSS, se deriva directamente de las medidas laborales que tanto el art. 46 LET como el art. 29 LFP dispensan en caso de suspensión del contrato (excedencia) por cuidado de hijos o de otros familiares, siguiendo así el modelo de otros países europeos y abandonando la exclusiva consideración de los hijos como familiar, tal y como ocurría con anterioridad. Sin embargo, la protección no contributiva sí contempla prestaciones económicas de dos tipos (art. 181 LGSS). Una, basada exclusivamente en el hecho de la maternidad, establece un pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de tercer o sucesivos hijos o un pago único a tanto alzado por parto o adopción múltiple (arts. 185 y ss LGSS). La otra, sin duda de mayor interés para este Informe, consiste en una asignación económica por cada hijo menor de 18 años o cuando, siendo mayor, esté afectado por una minusvalía en un grado igual o superior al 66% a cargo del beneficiario cualquiera que sea la naturaleza legal de la fijación de aquéllos, así como por los menores acogidos, en acogimiento familiar permanente o preadoptivo (arts. 182 y ss LGSS). Estas asignaciones por hijo a cargo serán distintas (art. 182.bis) según que el hijo o menor acogido a cargo sea menor de 18 años y esté afectado por una minusvalía igual o superior al 33%; cuando el hijo a cargo sea mayor de 18 años y está afectado por una minusvalía en un grado igual o superior al 65%; o cuando el hijo a cargo sea mayor de 18 años, está afectado por una minusvalía en un grado igual o superior al 75% y como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales necesita el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos. En todo caso, el causante no perderá la condición de hijo o menor acogido a cargo por el mero hecho de realizar un trabajo lucrativo, siempre que continúe conviviendo con el beneficiario de la prestación y que los ingresos anuales del causante no superen el 75% del s.m.i.

Esta bifurcación entre la prestación no económica (incluida en el nivel contributivo) y las prestaciones económicas (ubicadas todas ellas en el nivel no contributivo) ha sido considerada como la culminación de una tendencia progresivamente universalista de las prestaciones familiares. Señálese asimismo la paradoja de incluir en la modalidad contributiva prestaciones no económicas y en la no contributiva prestaciones que sí lo son, aun advirtiendo que en el primer caso ha de

⁽¹⁸³⁾ PEREZ DEL RIO, T., “El concepto de familia y su protección en la reforma de la Seguridad Social”, AAVV, *II Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo*, Madrid, MTSS. 1985, CASTRO ARGÜELLES, A, *Prestaciones de seguridad Social a favor de familiares*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1998, SÁNCHEZ-RODAS, C., *El régimen jurídico de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 1998, LOPEZ CUMBRE, L., “Comentario al art. 176 de la Ley General de Seguridad Social”, en AAVV, *Ley General de Seguridad Social. Comentarios, jurisprudencia, concordancias y doctrin*, Madrid, Colex, pp. 580-705 y VALDEOLIVAS GARCIA, Y., “Comentario al art. 181 de la Ley General de Seguridad Social”, en AAVV, *Ley General de Seguridad Social. Comentarios, jurisprudencia, concordancias y doctrina*. Madrid, Colex. 2004, pp. 712-732

tratarse de sujetos que se hallen dentro del sistema como consecuencia del hecho del que se deriva la prestación: la suspensión contractual.

Por lo demás, el hecho familiar se halla presente en todas aquellas prestaciones, como ocurre con las prestaciones no contributivas, en las que se tienen en cuenta los recursos de la unidad familiar para otorgar la misma [*“si convive con otras personas en una misma unidad económica, únicamente se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas o ingresos suficientes cuando la suma de los de todos los integrantes de aquélla sea inferior al límite de acumulación de recursos obtenido de forma individual”*, art. 144.1.d) LGSS para la invalidez no contributiva; art. 167.2 LGSS para la jubilación no contributiva] o las responsabilidades familiares, como sucede en el nivel asistencial del desempleo [*“se entenderá por responsabilidades familiares tener a cargo al cónyuge, hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados o menores acogidos, cuando la renta del conjunto de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75% del s.m.i., excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias; no se considerará a cargo el cónyuge, hijos o menores acogidos, con rentas de cualquier naturaleza superiores al 75% del s.m.i., excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias”*, art. 215.2 LGSS].

3. Recoge el ordenamiento otras prestaciones a favor de familiares pero se trata de supuestos en los que el dato determinante es la muerte del causante y la supervivencia del beneficiario por lo que, salvo en el hecho de que se plantean para los familiares de aquél, difícilmente pueden ir destinadas a quienes tienen a su cargo a personas dependientes. Y es que, además de las pensiones por viudedad u orfandad, el art. 176 LGSS se refiere a las prestaciones a favor de familiares del art. 176 LGSS previstas para *“aquellos otros familiares o asimilados”* que demuestren dependencia económica del causante fallecido. Se reconoce asimismo derecho a pensión a los hijos o hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación o invalidez siempre que hayan convivido con el causante y a su cargo; sean mayores de 45 años, solteros, divorciados o viudos, acrediten dedicación prolongada al cuidado del causante y carezcan de medios propios de vida. Quienes se encuentren en situación legal de desempleo tendrán, respecto de sus ascendientes o descendientes, los mismos derechos que los que les corresponderían de estar disuelto el matrimonio. Se trata de una prestación *“en compensación para quien, después de haber dedicado su vida a la atención de otra persona, se encuentra, al fallecer ésta, en el desamparo económico más absoluto...recibiéndose la protección en función de las necesidades derivadas del defecto de ingresos producido como consecuencia de la muerte del causante”* (S.TC 3/93, FJ 4). Por su parte, el art. 177 LGSS establece una indemnización a tanto alzado en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional para el cónyuge superviviente y los huérfanos. Cuando no existieran otros familiares con derecho a pensión por muerte y supervivencia, el padre o la madre que vivieran a expensas del trabajador fallecido, siempre que no tengan, con motivo de la muerte de éste, derecho a las prestaciones anteriores recibirán esta indemnización.

Dos datos vinculan esta prestación con la dependencia, a saber, la dependencia económica y la dependencia funcional. La prestación surge para familiares que convivieran con el causante y a su cargo. Pues bien, la indeterminación de este rasgo ha hecho que los Tribunales tiendan a valorarlo de forma análoga al nivel asistencial de desempleo con el mismo umbral de pobreza requerido para este último y teniendo en cuenta no sólo las rentas individuales del beneficiario sino las de la unidad familiar o la de todos aquellos parientes sobre los que exista obligación de alimentos. Por lo demás,

se requiere la acreditación de una dedicación prolongada al cuidado del causante. Resquicio del pasado, este requisito pone de manifiesto la auténtica naturaleza de esta prestación. Basada antaño en la necesidad de que las hijas o hermanas del causante se dedicaran a su cuidado, renunciando a cualquier expectativa profesional – en caso de tenerla- y prevista esta prestación precisamente para sustentar la necesidad económica surgida como consecuencia del fallecimiento del causante, hoy se trata de una exigencia difícilmente admisible tanto para el varón como para la mujer pero sobre todo para aquél, quien, por su actividad profesional, mal podrá cumplir con esta dedicación prolongada al cuidado del causante.

4. No puede olvidarse en este breve repaso a todas aquellas prestaciones sociales que han contribuido a que la dependencia se convierta hoy en una contingencia autónoma con protección propia al contenido y evolución de los servicios sociales, de la asistencia social y de la sanidad en el ámbito de las CCAA. Sin duda, el esfuerzo realizado en el ámbito de la asistencia social y de los servicios sociales desarrollados por las CCAA se ha manifestado como el más próximo, sin precisar que así se tratara, a una protección integral para la dependencia. Ayudas, asistencia, establecimientos, residencias, cuidadores, etc, han sido suministrados por redes locales o autonómicas como ponen de manifiesto las distintas leyes autonómicas en la materia. La mención que el art. 55.1 LGSS realiza a la asistencia social cuando establece que la Seguridad Social, con cargo a los fondos que a tal efecto se determinen, podrá dispensar a las personas incluidas en su campo de aplicación y a los familiares o asimilados que de ellas dependan los servicios y auxilios económicos que, en atención a estados y situaciones de necesidad, se consideren precisos, previa demostración, salvo en casos de urgencia, de que el interesado carece de los recursos indispensables para hacer frente a tales estados o situaciones, sirve de base jurídica a esta práctica.

Sin olvidar la importancia que para la dependencia supuso la universalización de la cobertura de asistencia sanitaria por la Ley 14/86 General de Sanidad, el hecho de que el RD 63/95 de ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud reconozca, entre la atención primaria, la *“atención a los problemas específicos de salud, durante la tercera edad, conforme a lo previsto en el art. 50 CE”*, siendo importante destacar cómo el art. 14.2 Ley 16/03 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, además de la asistencia sanitaria prevista para todos los ciudadanos contempla una atención socio-sanitaria específica para el *“cuidado destinado a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones y sufrimientos y facilitar su inserción social”*. Las prestaciones incluirán, tanto los cuidados sanitarios de larga duración como la atención sanitaria de convalecencia o la rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable, dentro de lo que se denomina atención sociosanitaria y que será llevada a cabo por las CCAA.

3.2.2. La familia como soporte principal del riesgo de dependencia

1. De acuerdo con el art. 39 CE *“los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”*. Habría que considerar, en primer lugar, si la CE concibe la familia como un todo, o piensa en cada uno de sus miembros o prevé que la protección se haga directamente sobre el ciudadano con independencia de su forma de inserción social, individual o familiar. Y es que no puede obviarse que la propia CE exige una protección específica para determinados miembros de la familia: las madres

[art. 39.3 CE], los niños [art. 39.4 CE], los jóvenes [art. 48], los minusválidos [art. 49] o las personas de la tercera edad [art. 50 CE].

No existe un concepto unívoco de familia a efectos de protección social, como tampoco existe en el ámbito laboral, aun cuando haya sido este último el que más esfuerzos ha hecho para dotarse de una definición de la misma ⁽¹⁸⁴⁾. El art. 1.3 LET define a la familia, a efectos de delimitar los trabajos familiares, como la convivencia con el empresario del cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad, adopción o afinidad, hasta el segundo grado inclusive. Una definición tan clara ha precisado, no obstante, de algún matiz interpretativo por parte de la jurisprudencia. Así, cuando se trata de delimitar el alcance personal de la relación o vínculo de afinidad considerando si en esta relación se comprenden solamente los hermanos del cónyuge o se comprenden también los cónyuges de los hermanos, el TS recurre a la costumbre como criterio interpretativo y considera que en nuestro país es de uso generalizado la condición de cuñados también para los cónyuges de los hermanos por lo que no se justifica su exclusión. Se trata de personas, en todo caso, que no serán consideradas como trabajadores por cuenta ajena a los efectos de su inclusión en el RGSS, cuando convivan en el hogar familiar y estén a su cargo. Y que responde coherentemente al concepto multívoco y amplio que el sistema de protección social ha dado a la familia en función de las diferentes prestaciones contenidas en el mismo. [S.TS 18 feb.98, Ar. 2209, FJ 2].

Y es que, en el ámbito de la protección social, la concepción de la familia se plantea exclusivamente en términos de interayuda económica, considerando la protección social más como un alivio al quebranto económico de la misma que como una medida eficiente a su funcionamiento. De manera, por lo demás, poco uniforme pues, como ha podido comprobarse, en unos casos se utiliza el concepto de familia nuclear, compuesta por matrimonio e hijos, y en otros abarca a otros miembros (ascendientes, descendientes, asimilados, otras personas). Probablemente la justificación de esta consideración tan amplia se halle no tanto en el art. 39 CE como en el art. 50 CE.

2. Es un hecho constatable e incuestionable que la familia tradicional se modifica. La sociedad moderna ha supuesto el fin de la familia tradicional compleja, fuertemente enraizada en el lugar de arraigo cultural y social, para ser sustituida por una familia nuclear, producto de las prácticas propias de un nuevo contexto protagonizado por el mercado de trabajo, la ciudad industrial, el individualismo, etc.

Un nuevo modelo familiar de menor tamaño y con un debilitamiento ostensible de la relación con la familia de origen se impone, concentrando la relación únicamente en la conyugalidad y en la filiación. Antes era una familia extensa, hoy es reducida pues el ínfimo número de nacimientos reduce el número de miembros del núcleo familiar; antes era estable, hoy es inestable con el aumento de separaciones, divorcios, nuevos matrimonios, uniones de hecho, familias monoparentales –fuertemente feminizadas

⁽¹⁸⁴⁾ ARGÜELLES BLANCO, A.R., *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, IGLESIAS DE USSEL, J, *La familia y el cambio político en España*, Madrid, Tecnos, 1998, ALBERDI, I, *La nueva familia española*, Madrid, Tecnos, 1999, Madrid, BARAÑANO CID, M. y DE LA PAZ, J, “Pluralización y modernidad de los hogares y las formas familiares: hacia la familia postradicional”, AAVV, *Seguridad Social y Familia*, La Ley. Madrid, 1999, pp. 8-22 y BAZO ROYO, T. y ANCIZU, I, “El papel de la familia y los servicios en el mantenimiento de la autonomía de las personas mayores”, *Revista española de investigaciones sociológicas*, núm. 105, 2004, pp. 43-78.

pues suelen ser las madres y no los padres quienes conviven con los hijos- u hogares unipersonales, y todo tipo de vínculo convivencial; antes era fija, hoy es móvil, con el alejamiento de los familiares más directos y la destrucción de las redes de solidaridad familiar; antes era matriarcal, hoy es profesional, con una madre que trabaja fuera de casa y que sólo puede dedicarle al hogar unas horas más los fines de semana, etc.

Con todo, el modelo español sigue caracterizado por una segregación de género dentro de la familia que difícilmente ha podido ser neutralizada por las medidas legales adoptadas para evitarlo y la familia española sigue siendo la “red social” por excelencia o el “entorno de confianza” del Estado para la solución de los problemas sociales. Sigue siendo el matrimonio la forma de convivencia más común y preferida por los españoles aun cuando procesos sociales tales como la prolongación de la etapa formativa, el retraso en la transición a la vida adulta o las dificultades de acceso a un empleo o a una vivienda retrasen la edad a la que se celebra el matrimonio o la convivencia en pareja; ello unido a la desaparición de la antigua indisolubilidad del mismo y al ascenso de las separaciones o divorcios que propician segundas y terceras familias –cierto que no al mismo nivel que el resto de los países de la UE- o la plasmación de hogares unipersonales o familias monoparentales permite, no obstante, afirmar que, pese a basarse en un modelo tradicional, el cambio de morfología que ha experimentado la familia española a partir de los años ochenta ha sido extraordinario, aun cuando no se halle al nivel de otros países de la UE.

Una transformación que se percibe, a su vez, a través del hecho paradójico de que se produzca la expansión en el número total de hogares sin que se genere un incremento vegetativo de la población o en la reducción del tamaño medio de los hogares, media fuertemente influida por el ascenso de los hogares unipersonales (separados, divorciados, solteros, emparejados, casados incluso que tienen por razones laborales residencias separadas, mayores que pierden a su cónyuge y deciden seguir viviendo solos, etc) y por el descenso irrefrenable de la natalidad. Y es que un factor esencial en el cambio de fisonomía de la familia española ha sido precisamente éste, el del crecimiento de los hogares unipersonales. Pero respecto de ello conviene precisar que buena parte de los mismos no están integrados por quienes desean desarrollar su personalidad solo y no en pareja, sino también quienes como consecuencia de la prolongación de la esperanza de vida y por la dificultad de integrarse en un esquema familiar cada vez más reducido y desestructurado desarrollan el final de su ciclo vital en este tipo de hogares. Al incremento del número de ancianos con una larga expectativa de vida se añade el incremento de la cobertura económica de las pensiones de jubilación junto con el cambio socioeconómico y cultural de nuestro país en estas últimas dos décadas lo que ha propiciado que exista una proliferación en la tendencia al mantenimiento de residencia propia independiente de la de los hijos, al menos en un primer tramo de la vejez. Gran parte de estos hogares están sustentados (hasta en un 40%) por viudas mayores de 70 años. Tan sólo la presencia de inmigrantes permite valorar el repunte de nuevo de los hogares múltiples de quienes, por necesidades económicas o por arraigo cultural y solidaridad de la nacionalidad, deciden compartir hogar con un número elevado de miembros, con o sin lazos familiares. Quizás se imponga, pues, una distinción entre familia y hogar puesto que no siempre este último está conformado por la familia.

3. Pues bien, en relación a la dependencia, sigue siendo la familia el entorno propio y preferido por la persona dependiente. Pero si bien la preferencia por la atención de la familia al dependiente no se cuestiona, su permanencia sí. Estos vertiginosos cambios de la estructura familiar junto con la incorporación de la mujer al mercado de

trabajo transforman radicalmente la fisonomía de la familia como núcleo de atenciones a sus miembros y, en especial, a los dependientes. Cada vez la familia es más inestable, más reducida en número de miembros y con más movilidad. Y, sin embargo, las medidas de conciliación de la vida familiar con la profesional no crecen al mismo ritmo, aun cuando se plasmen en leyes que, como la Ley 39/99, después, no son fáciles de aplicar. Por eso, y dada la incapacidad de la familia moderna de poder prestar la atención adecuada al miembro dependiente, se impone una política que consiga combinar la asistencia o ayuda al dependiente dentro del entorno familiar, incrementando una oferta adecuada de servicios profesionales complementarios a los no profesionales de los familiares. Se trataría, así, no sólo de conseguir mayor calidad para el miembro dependiente, sino también mayor calidad de vida para el resto de la familia.

La ayuda intergeneracional cambia de registro y aun cuando siguen siendo las mujeres de entre 40 y 60 años el principal soporte de la dependencia, también recae sobre la franja de edad que supera los 60 años. Existe, no obstante, una condicionante y es que la mujer de generación intermedia, además de ser mujer trabajadora, se convierte en mujer calificada como “sándwich” por cuanto ha de cuidar de los hijos y de los padres tanto propios como del cónyuge o de la pareja con una disponibilidad que supera su capacidad física y psíquica. Coincide además que normalmente los años en que ha de dedicarse al cuidado del dependiente, sobre todo cuando son ancianos, son los últimos años de proyección profesional de la mujer. Y aparecen nuevos síndromes como el de la “mala hija” en el que se plantea el posible incumplimiento de una obligación filial como una obligación moral o el de la “abuela esclava” siempre disponible para la atención de los nietos aun arriesgando su propia salud.

3.2.3. Prestación de servicios como norma en la ley y como excepción en la práctica; prestación económica como excepción en la ley y como norma en la práctica

1. La Ley opta por anteponer una prestación en especie –o de servicios- a una prestación económica –que tendrá carácter excepcional-. Asimismo se contemplan ayudas para financiar necesidades específicas destinadas o bien a la promoción de la autonomía personal o bien a la atención de las necesidades del dependiente.

La prioridad por los servicios se deduce no sólo del texto de la norma (“*el beneficiario podrá, excepcionalmente, recibir una prestación económica*”) sino del Catálogo que la misma recoge precisando la naturaleza y la finalidad de cada uno de ellos así como el carácter “prioritario” de los mismos. Son servicios destinados o bien a la promoción de la autonomía personal (teleasistencia, ayuda técnica para la autonomía personal, ayuda para la adaptación y accesibilidad de la vivienda y asistencia personalizada) o bien a la protección de la dependencia (ayuda a domicilio, atención a través de centros de día o de noche y atención permanente a través de residencias especializadas).

Existirá una oferta pública del Sistema mediante centros y servicios públicos o privados concertados. Esta Red estará integrada por los centros y servicios públicos de las CCAA y entidades locales, los centros de referencia estatal para la promoción de la autonomía personal y la protección de dependientes así como los centros privados concertados. Las condiciones de actuación de estos últimos serán precisadas por cada CCAA. Por su parte, los centros y servicios privados no concertados deberán disponer asimismo de la debida acreditación de la CCAA correspondiente.

La prestación económica, exenta de tributación, será excepcional y sólo se percibirá en algunos supuestos (imposibilidad de atención por servicios públicos o concertados o cuando las condiciones de convivencia y habitabilidad de la vivienda permitan la atención del dependiente a través de cuidadores). También con carácter excepcional las personas con gran dependencia podrán recibir una prestación económica de asistencia personalizada. En todo caso, cualquier prestación económica personal estará vinculada a la adquisición de un servicio, siendo responsabilidad de los poderes públicos la supervisión del destino y la utilización de estas prestaciones al cumplimiento de la finalidad para la que le fueron concedidas. Por su parte, la prestación económica destinada a cuidadores no profesionales se somete al desarrollo reglamentario en el que se prevén las condiciones de acceso y el respeto a las normas sobre afiliación, alta y cotización en Seguridad Social de esta nueva actividad. Por último, la prestación personalizada para personas con gran dependencia se destina a la contratación de una asistencia personalizada, durante un número de horas que facilite al beneficiario una vida más autónoma, el acceso a la educación y al trabajo y el ejercicio de sus actividades básicas en la vida diaria.

La cuantía de las prestaciones económicas deberá aprobarlas el Gobierno mediante Real Decreto. De su cuantía se deducirá cualquier otra que perciba el beneficiario de análoga naturaleza o finalidad (complemento de gran invalidez, necesidad de un tercero en la invalidez no contributiva, complemento por hijo a cargo mayor de 18 años con minusvalía, subsidio de ayuda a tercera persona de la LISMI, etc). Todas estas prestaciones económicas quedarán integradas en el Registro de Prestaciones Sociales Públicas de manera tal que todos los organismos o entidades que se ocupen de su gestión deberán suministrar los datos correspondientes a las mismas.

2. La prioridad en el acceso a los servicios y la cuantía de las prestaciones se valorará en función del grado y nivel de dependencia y, a identidad de grado y nivel, de la capacidad económica del solicitante teniendo en cuenta la renta y patrimonio de este último así como la edad del beneficio y el tipo de servicio que se presta. El Gobierno deberá garantizar, en todo caso, el nivel mínimo de protección para los beneficiarios del sistema según grado y nivel como condición básica de garantía del derecho a la promoción de la autonomía personal y a la protección de la dependencia, siendo necesario que establezca, asimismo, el grado de compatibilidad e incompatibilidad entre los distintos servicios. Serán los servicios sociales de cada CCAA los que determinen, con la participación mediante la consulta y opinión del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le representen, un Programa Individual de Atención que habrá de contemplar las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas establecidas en la Ley teniendo en cuenta el grado y nivel de dependencia reconocido en la valoración efectuada por los servicios de la CCAA.

La Ley prevé sistemas de calidad y vigilancia en el cumplimiento de los servicios y en la utilización finalista de las prestaciones. El Consejo Territorial será el encargado de fijar criterios de calidad y seguridad para centros y servicios, la elaboración de indicadores de calidad para la evaluación y mejora continua de los mismos, el establecimiento de buenas prácticas, la redacción de una carta de servicios adaptada a las condiciones de las personas dependientes, etc. Existirá un estándar esencial de calidad que permitirá acreditar o no a los centros que colaboran en la protección de esta contingencia. A tal efecto, los centros residenciales deberán disponer de un reglamento de régimen interior que contenga un sistema de gestión de calidad, con particular atención a la calidad en el empleo. Refuerza esta vigilancia el régimen de

infracciones y sanciones que contiene la norma y que prevé infracciones leves, graves y muy graves con sanciones pecuniarias que oscilan entre los dos mil euros (leve en grado mínimo) hasta el millón de euros (muy grave en grado máximo). Además se prevé la pérdida de subvenciones, ayudas, prestaciones, el cese temporal o definitivo de la actividad e incluso el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas.

Como es sabido, la Ley ha optado por una prestación de servicios, convirtiendo en excepcional la prestación económica. Sin embargo, la práctica, la crisis, la necesidad de que operen empleos informales para reducir la economía sumergida ha invertido esta tendencia, constituyendo hoy norma la concesión de una prestación económica y siendo la excepción la prestación de servicios. Ciertamente la Ley puede generar empleo inducido (mas residencias, centros de día o de noche, atención domiciliaria) y empleo indirecto (empresas suministradores de alimentación especial, material vinculado a la rehabilitación, a la salud, al acondicionamiento de los hogares, rampas, sillas, etc) y puede contribuir a la desaparición de la economía sumergida (trabajo doméstico en el hogar, sin contrato, en su mayor parte efectuado por población inmigrante), incorporando al mercado de trabajo a quienes hasta ahora tenían a su cargo a una persona dependiente, de empleo especializado y, sobre todo, del reconocimiento legal del cuidador no profesional quien, con esta Ley, obtendrá un estatus que le permita adquirir información, formación, retribución y una cotización al sistema de Seguridad Social.

Contribuye así la norma a incrementar el bienestar social. La mejor calidad de vida de casi un millón y medio de personas (el 77% de las personas dependientes requieren de una atención permanente y el 45% de las personas mayores se dedican, a su vez, al cuidado de los muy mayores). A partir de ahora deberemos acostumbrarnos a hogares compuestos por no familiares, en donde el dependiente convive con su cuidador, o a residencias configuradas como apartamentos independientes tutelados, con atención permanente y personalizada a sus ocupantes dependientes, o viviendas “domóticas”, esto es, hogares inteligentes en donde existe toda una red de intercomunicación, con terminales telefónicos especiales, radiofrecuencia con llamada de alarma, videotelefonía, para facilitar y garantizar la atención permanente de la persona dependiente. Desaparecerá la paradoja de una oferta residencial pública insuficiente y con largas listas de espera frente a una oferta privada abundante, cara y con numerosas plazas vacantes.

4. Efectividad y calidad del derecho a la prestación por dependencia

4.1. Efectividad del derecho: la atención sociosanitaria como asignatura pendiente de esta regulación

1. Garantizar la efectividad del derecho a la prestación por dependencia que dispensa la Ley 39/06 supone disponer de un Sistema o Servicio Nacional que compendie todas las necesidades derivadas de este derecho ⁽¹⁸⁵⁾. Y si bien esa efectividad está garantizada en el ámbito sanitario aún no ha adquirido tanta eficacia en el ámbito sociosanitario.

⁽¹⁸⁵⁾ LÓPEZ CUMBRE, L., “Los derechos del paciente en situación de dependencia: conexiones entre el Sistema Nacional de Salud y el Sistema para la autonomía y la atención a la dependencia. Decálogo de un encuentro”, en AAVV, *XVIII Congreso de Derecho y Salud*, Santander, Noviembre, 2009 publicado en *Derecho y Salud*, vol. 19, extraordinario XVIII Congreso, pp. 91-110.

Como es sabido, el Servicio Nacional de Salud dispone de una cartera de servicios que implica una obligación de dar y de hacer. Mas esa cartera de servicios, en cierto modo y en relación a la dependencia, se encuentra condicionada no tanto por la red sanitaria de cada CCAA sino por la red de servicios sociales a los que deberá adaptarse la prestación sanitaria –o viceversa-. La intervención finalista de la protección sanitaria destinada a la dependencia debería entrar dentro de los cánones de financiación del Sistema de Dependencia y no del Sistema Nacional de Salud, dejando al margen esos recursos para otras necesidades del sistema sanitario. Pues bien, siendo así que las CCAA tienen competencias tanto en sanidad como en asistencia social, lo que debiera ser considerado una ventaja en la gestión de la prestación por la concurrencia de ambos ámbitos en la protección por dependencia, no ha dado buenos resultados por el momento sino que, bien al contrario, han demostrado no tener una buena combinación⁽¹⁸⁶⁾. La primera universal, financiada básicamente por impuestos y establecida como un derecho subjetivo; la segunda, discrecional, configurada como una expectativa de derechos y financiada en función de las disponibilidades presupuestarias autonómicas o locales.

Ahora, la Ley 39/06 les obliga a reunir esfuerzos y a generar una protección integral, creando un derecho subjetivo y optando por una doble prestación, económica y de servicios. El catálogo dispuesto por la Ley en su art. 15 es un catálogo de servicios sociales (teleasistencia, ayuda a domicilio, atención en el hogar, cuidados personales, servicios en centros de día y de noche, atención residencial, etc). Una fórmula que permite aprovechar la estructura de la red de servicios sociales existente en cada CCAA. Sin embargo, dicha red no puede funcionar si no es mediante la atención sanitaria pues si el dependiente es básicamente la persona anciana, enferma o discapacitada la prestación sanitaria deviene imprescindible. Comoquiera que la misma se halla universalizada y, por tanto, garantizada parece que no es necesario tenerla en cuenta como una prestación propia sino partir de su previa existencia. Mas, en la práctica, se trata de una atención especializada que se superpone a estos otros servicios sociales generando una disfunción, cuando no una duplicación de recursos, no bien gestionados.

2. Por todo ello, merece una atención especial en este Informe el contenido de la cobertura sociosanitaria de la protección por dependencia, imprescindible en la eficacia del derecho garantizado y carente hoy de un tratamiento idóneo. Y es que, de hecho, en esa comprensión integradora de la norma a la que se viene aludiendo en este apartado destaca la obligación por parte de las CCAA de establecer los procedimientos de coordinación sociosanitaria y su responsabilidad en la creación de los órganos de coordinación que procedan para garantizar una atención efectiva para el dependiente, *ex art. 11.1.c) de la Ley 39/06*.

Sin duda, el esfuerzo que han venido realizando las CCAA y las corporaciones locales con anterioridad a la vigencia de la Ley 39/06 en el ámbito de la asistencia social y de los servicios sociales se revela como el más próximo a una protección integral para

⁽¹⁸⁶⁾ Información sobre la misma en AAVV, *Informe sobre la dependencia en España*, Madrid, Fundación Sagardoy-Fundación Cajanavarrá (inédito), 2006. Por todos, CASADO MARÍN, D. y LÓPEZ i CASANOVAS, G., *Vejez, dependencia y cuidados de larga duración. Situación actual y perspectivas de futuro*, Barcelona, Fundación La Caixa, 2001 y AGUADO, A.L., CARPINTERO, A. y RODRÍGUEZ, P., *Discapacidad y envejecimiento*, Madrid, Escuela Libre Editorial Fundación ONCE, 2002, RODRÍGUEZ CABRERO, G. y MONTSERRAT CODORNIU, J., *Modelos de atención sociosanitaria. Una aproximación a los costes de dependencia*, Madrid, MTAS, 2002 y AAVV, *Los servicios sociales de atención primaria ante el cambio social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007

la dependencia. Ayudas, asistencia, establecimientos, residencias, cuidadores, etc, han sido suministrados por redes locales o autonómicas como ponen de manifiesto las distintas leyes autonómicas en la materia ⁽¹⁸⁷⁾. La integración de toda esa dedicación se materializa en la obligación que tienen las CCAA de establecer procedimientos de coordinación sociosanitaria y su responsabilidad en la creación de los órganos de coordinación que procedan para garantizar una atención efectiva para el dependiente, *ex art. 11.1.c) de la Ley 39/06*. A diferencia de las CCAA, la regulación estatal no ha sido tan clara en relación a este tipo de prestación en la que se combinan recursos sanitarios y de asistencia social. La mención que el art. 55.1 LGSS realiza a la asistencia social cuando establece que *“la Seguridad Social, con cargo a los fondos que a tal efecto se*

⁽¹⁸⁷⁾ Por utilizar el ejemplo de Cantabria, ésta disponía de un Plan de Atención Sociosanitaria (hoy, adaptado a las exigencias de la Ley 39/06), eje de la aplicación de la Ley 6/01, 20 nov., BOC, 28 de atención y protección a las personas en situación de dependencia en Cantabria -hoy completada por la Ley 2/07, 27 marz. de Derechos y Servicios Sociales de Cantabria, BOC, 3 abr. y por la Ley 3/09, 27 nov., BOC, 23 dic. por la que se crea el Instituto Cántabro de Servicios Sociales- antecedente básico en la aplicación de la Ley 39/06. La Ley 6/01 de Cantabria considera prestaciones sociosanitarias las *“atenciones recibidas por una persona dependiente en los diferentes niveles con carácter preventivo, rehabilitador, ocupacional, educativo y sociocultural”* siempre que no estén comprendidas en el catálogo del Sistema Nacional de Salud (art. 5). Constituyendo el anterior un ejemplo más de lo que las diferentes Comunidades Autónomas han venido efectuando con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/06, la regulación estatal no ha sido tan clara en relación a este tipo de prestación en la que se combinan recursos sanitarios y de asistencia social. La mención que el art. 55.1 LGSS realiza a la asistencia social sirve de base jurídica a esta práctica. Como sirve asimismo la universalizada cobertura de la asistencia sanitaria introducida por la LGS de 1986 por cuanto el RD 63/95, 20 ene., BOE, 10 febr. de ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud primero y el RD 1030/06, 15 sept., BOE, 16 por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización en los que se reconocen, entre la cartera de servicios comunes de atención primaria, las *“atenciones y servicios específicos relativos...a la tercera edad”* (Anexo II.6), desarrollando en el apartado 6.5. todas las actividades que requieren la atención en personas mayores así como la *“atención a la salud mental en coordinación con los servicios de atención especializada”* (Anexo II.8) siendo importante destacar cómo el art. 14.2 Ley 16/03, 28 may., BOE, 29 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, además de la asistencia sanitaria prevista para todos los ciudadanos contempla una atención socio-sanitaria específica para el *“cuidado destinado a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones y sufrimientos y facilitar su inserción social”*. Las prestaciones incluirán, tanto los cuidados sanitarios de larga duración como la atención sanitaria de convalecencia o la rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable, dentro de lo que se denomina atención sociosanitaria y que será llevada a cabo por las CCAA. Conviene advertir que, aunque el RD 65/95 ha sido derogado por el RD 1030/06, este último mantiene la vigencia de la DA 4ª de aquél (*“la atención a los problemas o situaciones sociales o asistenciales no sanitarias que concurren en las situaciones de enfermedad o pérdida de la salud tendrán la consideración de atenciones sociales, garantizándose en todo caso la continuidad del servicio a través de la adecuada coordinación por las Administraciones públicas correspondientes de los servicios sanitarios y sociales”*) en tanto se desarrolla *“el contenido de la cartera de servicios de atención sociosanitaria”* (Disposición Derogatoria Única del RD 1030/06). Esto significa que recayendo sobre la CCAA la competencia en materia de sanidad y de servicios sociales, la coordinación sobre este tipo de prestación debiera ser más sencilla que si se exigiera una integración con otros servicios del Estado.

determinen, podrá dispensar a las personas incluidas en su campo de aplicación y a los familiares o asimilados que de ellas dependan los servicios y auxilios económicos que, en atención a estados y situaciones de necesidad, se consideren precisos, previa demostración, salvo en casos de urgencia, de que el interesado carece de los recursos indispensables para hacer frente a tales estados o situaciones”, sirve de base jurídica a esta práctica.

Como sirve asimismo la universalizada cobertura de la asistencia sanitaria introducida por la Ley 14/86 General de Sanidad por cuanto el RD 63/95 de ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud primero y el RD 1030/06 por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización en los que se reconocen, entre la cartera de servicios comunes de atención primaria, las *“atenciones y servicios específicos relativos...a la tercera edad”* (Anexo II.6), desarrollando en el apartado 6.5. todas las actividades que requieren la atención en personas mayores así como la *“atención a la salud mental en coordinación con los servicios de atención especializada”* (Anexo II.8) siendo importante destacar cómo el art. 14.2 Ley 16/03 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, además de la asistencia sanitaria prevista para todos los ciudadanos contempla una atención socio-sanitaria específica para el *“cuidado destinado a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones y sufrimientos y facilitar su inserción social”*. Las prestaciones incluirán, tanto los cuidados sanitarios de larga duración como la atención sanitaria de convalecencia o la rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable, dentro de lo que se denomina atención sociosanitaria y que será llevada a cabo por las CCAA. Conviene advertir que, aunque el RD 65/95 ha sido derogado por el RD 1030/06, este último mantiene la vigencia de la DA 4ª de aquél (*“la atención a los problemas o situaciones sociales o asistenciales no sanitarias que concurren en las situaciones de enfermedad o pérdida de la salud tendrán la consideración de atenciones sociales, garantizándose en todo caso la continuidad del servicio a través de la adecuada coordinación por las Administraciones públicas correspondientes de los servicios sanitarios y sociales”*) en tanto se desarrolla *“el contenido de la cartera de servicios de atención sociosanitaria”* (Disposición Derogatoria Única del RD 1030/06). Esto significa que recayendo sobre la CCAA la competencia en materia de sanidad y de servicios sociales, la coordinación sobre este tipo de prestación debiera ser más sencilla que si se exigiera una integración con otros servicios del Estado.

En definitiva, la efectividad del derecho supone garantizar las prestaciones del beneficiario. Y, en punto a la dependencia, la protección sociosanitaria debería estar garantizada por una efectividad tal que no sólo el derecho a la salud estuviera cubierto sino toda la atención integral requerida por un dependiente. Quizá tenga sentido recordar aquí algunas de las recomendaciones elaboradas por la Fundación AstraZéneca en 2003 en relación a la atención sociosanitaria. Entre ellas destacan: *“a) la visión integral e integradora de las soluciones previstas en los distintos sistemas de protección social, sistema sanitario y sistema de asistencia social; b) la satisfacción de las demandas de los profesionales sanitarios que mejoren la calidad y eficiencia de los servicios; c) la mejor coordinación entre atención primaria y las distintas especialidades a fin de evitar el peregrinaje del dependiente en varios especialistas sin conexión entre ellos a causa de las múltiples patologías que padece, en particular la geriatría e incremento de la calidad asistencia y humanismo en la atención enfermera;*

d) mayor cooperación entre las Administraciones y el sector privado; e) la necesidad de establecer prioridades por tramos de edad a efectos de provisión de prestaciones y servicios, especialmente por lo que se refiere al fortalecimiento de la asistencia sanitaria específica de la tercera edad y la creación de una infraestructura hospitalaria específicamente diseñada para dependientes y de unidades geriátricas especializadas en centros de día y de noche y en unidades sanitarias de atención a domicilio; f) la valoración y apoyo del trabajo familiar para atender a las personas dependientes; g) la necesidad de fomentar los cuidados profesionales como un complemento y como una posibilidad de opción no una sustitución de los cuidados familiares; h) la especial atención de las enfermedades degenerativas; i) la previsión de nuevos planes y medidas de prevención y tratamiento del Alzheimer que genera máxima dependencia; j) la necesidad de ampliar la utilización de la teleasistencia; k) la inclusión de las tecnologías de la información como instrumento indispensable de mejora de la gestión de las residencias; l) la promoción de la domótica (“hogar inteligente”) como alternativa a las residencias; m) el desarrollo de aplicaciones y desarrollos tecnológicos para apartamentos tutelados; n) la necesidad de un sector privado con estabilidad y calidad asistencial, etc”.

Pues bien, para conseguir algunos de estos objetivos se considera necesario partir de la delimitación de los grupos de riesgo que conforman la población potencialmente usuaria de la atención sociosanitaria y que pueden agruparse en seis de acuerdo con la catalogación efectuada en 2004 del Observatorio del Sistema Nacional de Salud y que son las personas mayores con problemas de salud, los enfermos mentales, las personas con discapacidad, las personas con enfermedades crónicas evolutivas y en situación de dependencia funcional, los enfermos terminales y las personas en situación de exclusión social con graves problemas de salud. Es obvio que la incidencia regional de estos colectivos es muy desigual y que, en general, tanto en infraestructura de centros y servicios y prestaciones monetarias y técnicas como en sustitución de cuidados informales por cuidados profesionales, los márgenes de mejora en el futuro son muy significativos.

4.2. Calidad del derecho: la función del Consejo Interterritorial

1. La efectividad del derecho va unida a calidad del servicio (¹⁸⁸). La gestión de la calidad es esencial en el ámbito de prestación de servicios públicos y con más intensidad cuando los servicios se prestan para atender situaciones de dependencia. Será el Consejo Territorial el que adquiera un protagonismo destacado en este ámbito ya que le compete acordar criterios de calidad y seguridad para los centros y servicios; determinar indicadores de calidad para la evaluación, la mejora continua y el análisis comparado de los centros y servicios del sistema; la elaboración de guías de buenas prácticas; y la adopción de cartas de servicios adaptadas a las condiciones específicas de las personas dependientes, bajo los principios de no discriminación y accesibilidad. La gestión de la calidad se pretende llevar con cada uno de los servicios incluidos en el catálogo y con cada uno de los centros residenciales como contenido de sus reglamentos de régimen interior, calidad que se extiende al empleo para las entidades que aspiren a gestionar prestaciones o servicios. Sin embargo, se echa en falta un mayor control

⁽¹⁸⁸⁾ Por todos, AAVV, *La gestión de la calidad en los servicios sociales*, Madrid, IMSERSO, 2004.

estatal para la homogeneidad de los criterios de acreditación de las entidades que prestan servicios de atención a la dependencia, al margen del territorio en el que actúen.

Y es en este ámbito, el referido a la calidad, en el que se ubica también la identificación de la formación y cualificación de profesionales y cuidadores y los planes de formación que se precisen teniendo en cuenta además que la creación de nuevas infraestructuras exigirá la contratación de personal cualificado. La calidad en el empleo en centros residenciales privados –algunos de ellos concertados- sigue, aún hoy, muy comprometida ya que los empleadores suscriben predominantemente contratos de trabajo temporales de obra o servicio determinado con vinculación de los empleados a los servicios contratados por las Consejerías respectivas de cada Comunidad Autónoma que suelen ser, tras la elaboración y publicación de los preceptivos pliegos asignados, por un número determinado de años habiéndose devaluado, notoriamente, el principio de causalidad de los contratos de trabajo de los empleados y siendo muy discutible la presencia del requisito de autonomía y sustantividad propia que exige el legislador en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores. La negociación colectiva deberá tener un importante papel en la promoción de la calidad de empleo, como, por ejemplo, se aprecia en el V Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal aprobado por Resolución de 26 de marzo de 2008 (BOE, 1 de abril) con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2011 y en el que se incluye un apartado específicamente destinado a la “estabilidad en el empleo”.

2. Ahora bien, la calidad se basa en la igualdad en el ejercicio de la prestación. No en vano, el art. 149.1.1 CE regula las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Consecución que, en materia de dependencia, deviene aún más difícil, si cabe.

Por varias razones. En primer lugar, por el reducido desarrollo de la asistencia sanitaria especializada y destinada en exclusividad a personas mayores y/o dependientes. Sus problemas se derivan, como se expusiera, a las unidades especializadas en cada patología no tratándose como una situación integral. En segundo término, porque el déficit en la infraestructura hospitalaria específica para la atención de la dependencia es notable pues se necesitaría una atención geriátrica o especializada en este ámbito. Escasean, en tercer lugar, los centros de atención no hospitalaria e incluso la atención no sanitaria y todo ello se deriva hacia la sanidad exigiendo una actividad que no es propia de su atención. Convendría potenciar, por ello, la asistencia sanitaria a domicilio de todo tipo pero especialmente la que supone la atención al dependiente porque así se permitiría la permanencia en el entorno y resultaría rentable para la Administración autonómica que evitaría así gastos hospitalarios. Por último, falta la tan ansiada y denunciada coordinación de la protección sociosanitaria, esto es, entre la atención sanitaria y los servicios sociales, desconociendo una prestación integral lo que dificulta considerablemente el cumplimiento del principio de igualdad de trato propugnado por el art. 149.1.1 CE.

III. LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA PROTECCIÓN A LA DEPENDENCIA

1. Financiación compartida entre el Estado, las Comunidades Autónomas y los beneficiarios

1.1. El soporte público: Estado y Comunidades Autónomas

1. Uno de los principales temores en relación a la posible “ineficacia” de la Ley 39/06 o, al menos, una de las posibles manifestaciones de descrédito, como ocurriera con la Ley 26/90 de prestaciones no contributivas, radica en la falta de garantía sobre su financiación cuando esta última depende no sólo del Estado sino de las CCAA y finalmente de los beneficiarios.

Como es sabido, la financiación de esta nueva prestación dependerá de las Administraciones Públicas (aproximadamente un 67% del coste total) y se completará con la aportación de los beneficiarios (de ser así, en el 33% restante). Nuestro sistema opta, pues, por una fórmula conocida en algunos países de la Unión Europea como es la del copago y utilizada ya en la prestación farmacéutica. Pero eso no significa que todos contribuyan por igual. Lo harán proporcionalmente según su capacidad económica personal (renta y patrimonio) y teniendo en cuenta el coste del servicio prestado. Por eso, pagarán menos o no lo harán quienes carezcan de recursos y contribuirán en mayor medida quienes tengan mayor capacidad económica, posibilitándose la suscripción de un contrato de seguro de dependencia para prever la cobertura de este riesgo. Tampoco la aportación de las CCAA será uniforme pues cada una de ellas, en función de sus previsiones y necesidades, firmará un Convenio de colaboración con la Administración General del Estado concretando las obligaciones que asume, siendo la aportación de cada CCAA al menos igual a la que realice la Administración General del Estado. El Estado será quien determine reglamentariamente las prestaciones y servicios garantizados por la Administración General del que deberá disponer toda CCAA en función del número de personas dependientes residentes en cada una de ellas y su grado y nivel de dependencia. Ese grado mínimo común de protección será el que financie el Estado, quedando el resto de la financiación complementaria al cargo exclusivo de las CCAA.

2. De acuerdo con este esquema, la Ley viene a configurar un nivel de protección mínimo (establecido por el Estado), un nivel de protección consensuado (entre el Estado y cada CCAA mediante un Convenio de Colaboración) y un nivel de protección adicional (fijado por cada CCAA). Uno de los iniciales motivos de crítica contra la Ley 39/06 fue precisamente el de la escasa contribución del Estado para una reforma de semejante factura. La cantidad aportada por el mismo a lo largo de ocho años es análoga e incluso inferior a la que el Estado destina a otras necesidades de empleo o de Seguridad Social en tan sólo un año. Es cierto que se pretende corresponsabilizar financieramente a las CCAA, pero, teniendo en cuenta que la aportación del Estado va a ser el mínimo del que han de partir estas últimas, su esfuerzo de contribución va a ser siempre mayor que el de aquél, mostrándose el Estado un tanto cicatero en un avance social de tal envergadura. En la Memoria económica que acompañaba a la Ley se estimaba que un 2% del total del gasto en dependencia se destinaría a toda la gestión necesaria para llevar a cabo el mismo. Se considera que el resultado final supondrá una aportación al 50% del Estado y de las CCAA (en 2015 se prevé una aportación total de 4.425 millones de euros, 2.212 serán aportados por el

Estado), añadiendo las corporaciones locales los terrenos necesarios para la creación de infraestructuras de los centros.

Quizá la clave para entender esta tímida aportación se encuentre en el año 2015 y no en la actualidad. Para ese año está previsto que el Estado mantenga la financiación de las prestaciones básicas y no la de las complementarias comprometidas por cada CCAA en los Convenios de colaboración suscritos y que deberán ser financiadas exclusivamente por estas últimas. Con todo, habrá que admitir, como señalara el TC, que si bien *“ha de reconocerse un cierto margen de maniobra en la determinación de los específicos mecanismos cooperativos que tienden a garantizar la concertación de ambos niveles de gobierno (en referencia al Estado y las CCAA)...tal margen de libertad de configuración no puede, empero, concebirse como un ámbito totalmente inmune al control jurisdiccional ya que, de ser así, la elección de las técnicas cooperativas quedaría por entero confiada a la praxis política”* (FJ 10). Mas la presencia de una vida de más larga duración [en 2050, 79.7 años para los hombres, 85.1 años para las mujeres], el incremento del porcentaje de personas mayores [27.5% en 2050]; el aumento del número de estructuras familiares más reducidas y más inestables; la escasa oferta de personal cualificado en este ámbito [que en 2010 supuso el 9.7% del empleo total de la UE], entre otros, son factores que necesariamente incrementarán el porcentaje de gasto público destinado a la población de más edad.

3. Y para paliarlo, se indican algunas soluciones, de carácter general pero de aplicación también al ámbito de la dependencia. Para algunos, la baja natalidad significará la ausencia de necesidades en el sistema educativo en un futuro próximo por lo que los recursos a este último destinado podrían ser trasladados a la garantía de las pensiones. Sin embargo, cualquier recorte en el sistema educativo supone directamente un déficit en la productividad nacional y un retroceso en el crecimiento económico. También se señala no sólo la necesidad de incrementar los impuestos sino la de reducir las pensiones. Mas ninguna de las dos resulta inocua. La primera porque su efecto sobre el crecimiento económico puede resultar muy perjudicial, la segunda porque el coste político de su adopción retrae a cualquier partido en el Gobierno a su sola mención toda vez que cuanto más aumenta el número de población mayor, más se incrementa el volumen de votos de los pensionistas en las elecciones.

Tampoco encuentra respaldo la privatización del sistema, por un lado por las dificultades de la transición de un modelo a otro y, por otra parte, por la oposición frontal que los sindicatos presentan a cualquier tipo de medida de esta índole, básicamente porque supone romper con la cohesión social y alejar la consecución de una igualdad de oportunidades. Se apunta asimismo a la necesidad de aumentar la eficacia de la población activa a través de la reducción del nivel de desempleo, del incentivo a la incorporación de la mujer al trabajo o del incremento de la edad de jubilación, medida ésta recientemente acometida por el Gobierno español en su reforma del sistema de pensiones. Todas ellas pueden presentar un importante rechazo, especialmente la mencionada en último lugar por alejarse de la realidad social española en la que, aunque la edad mínima de jubilación se establece legalmente a los 65 años, la combinación de las prejubilaciones, la jubilación anticipada y las jubilaciones forzosas ha adelantado la edad real de jubilación en más de dos años.

1.2. Los diferentes modelos europeos de financiación de la protección a la dependencia

1. La UE recomienda tener en cuenta tres factores, al menos, a la hora de elegir un modelo de protección por dependencia. A saber, la posibilidad de que toda la población acceda a las prestaciones por dependencia, independientemente de los ingresos o del patrimonio; la presencia de un alto nivel de calidad asistencial y, finalmente, la sostenibilidad financiera de las prestaciones [Comunicación de la Comisión Europea al Consejo (COM 2001) 723]. Dentro de estos márgenes, el modelo puede ser cualquiera de los posibles y en los que prevalecen estructuras de bienestar, tradiciones, valores, normas y costumbres familiares distintos y una percepción disimilar de la autonomía entre las personas dependientes, especialmente lo más ancianos.

Los Estados miembros de la UE han ensayado todo tipo de protección de la dependencia: cobertura a través de la Seguridad Social contributiva y con cargo a cotizaciones, cobertura a través de la Seguridad Social no contributiva y con cargo a impuestos, cobertura a través de la asistencia social, los servicios sociales, el sistema nacional de salud y, muy especialmente, el aseguramiento privado, etc. Existe un modelo que gira en torno a una protección universal para todos los ciudadanos y financiación mediante impuestos [países nórdicos y Holanda]; otro que lo hace sobre una protección a través del sistema de Seguridad Social mediante cotizaciones [Alemania, Francia, Austria y Luxemburgo]; y, por último, un modelo asistencial dirigido especialmente a los ciudadanos carentes de recursos [países del sur de Europa]. En general, las prestaciones económicas se combinan con prestaciones de asistencia médica especializada o con una red de asistencia social ampliamente desarrollada.

Algunas experiencias destacan de forma particular y se perciben como un modelo concreto a imitar. Tal es el caso de Alemania que en 1995 reguló la dependencia como un seguro obligatorio pero complementario del seguro de enfermedad, introduciendo el seguro de cuidados a las personas dependientes como rama propia de seguro, con medios propios de financiación y con amplias prestaciones destinadas no sólo a mayores sino a familiares y a niños; o la experiencia de Luxemburgo que en 1998 dispuso de un seguro de dependencia autónomo; o la de Bélgica que en 2001 implantó el seguro de dependencia flamenco, obligatorio para toda persona domiciliada en la región de Flandes; o Francia que en 2002 estableció una prestación específica de dependencia denominada “prestación personalizada de autonomía” para las necesidades propias de las personas mayores ⁽¹⁸⁹⁾.

2. Pues bien, entre el modelo universal nórdico financiado por vía impositiva para la protección de este riesgo, el asistencial francés destinado únicamente a ciudadanos carentes de recursos y el contributivo alemán basado en cotizaciones de empresarios y trabajadores, la ley española ha optado por un sistema propio que combina aspectos de los tres modelos descritos.

La tendencia mayoritaria en Europa supone optar por el primero de los modelos, universalizando la acción protectora de este riesgo. El modelo universal pretende la extensión a todo ciudadano de la acción protectora, nota que mantiene en común con el

⁽¹⁸⁹⁾ SÁNCHEZ FIERRO, J. , “ La dependencia : modelos de protección en la Unión Europea”, en AAVV, *Libro Verde sobre la dependencia en España*. Madrid, Editorial Ergon, 2004, pp. 7-11.

modelo que articula la protección de la dependencia a través de la Seguridad Social. Esta modalidad se ha implantado fundamentalmente en los países nórdicos y en Holanda. Se trata de un sistema basado en el principio de ciudadanía, donde se garantiza una asistencia social gratuita, financiada a través de impuestos generales y sin necesidad de acudir a la prueba de recursos, salvo para aquellas situaciones en las que se deba determinar la participación del beneficiario en el pago de los servicios, en función de su nivel de renta. En él predomina la prestación de servicios frente a las prestaciones económicas; servicios que pueden ser gestionados por organismos públicos o privados siendo la financiación de la prestación pública, bien que compartida entre el Estado y otras Administraciones y con posibilidad de incorporar otros sujetos según la capacidad económica de los beneficiarios. Conviene advertir que los países nórdicos, con un modelo de protección universal, son los que mantienen el índice de gasto en protección social más alto en Europa. Algunos de los países europeos, como ocurre con Holanda, optó incluso por incorporar la dependencia dentro del sistema general del seguro de enfermedad hace décadas y con resultados muy positivos.

A diferencia del anterior, el modelo que incorpora la dependencia dentro del sistema de Seguridad Social, tal y como ocurre en Alemania, materializa la protección a través del complemento que la misma requiere tanto en el sistema de pensiones, en el seguro por desempleo o en la protección a la familia. Así, cuando la situación exige el cuidado de un tercero, las prestaciones o pensiones clásicas de la Seguridad Social son incrementadas con un complemento para hacer frente al riesgo de la dependencia y dirigido especialmente, aunque no únicamente, a los familiares. La financiación de los servicios se lleva a cabo a través de un sistema de copago, que se gestiona a través de cotizaciones e impuestos, pero que es susceptible de variar según se trate de un país u otro.

Por último, el sistema asistencial dispensa una cobertura más limitada que la derivada de los anteriores. Es propio de países en los que la protección de los dependientes, especialmente de los mayores, se encuentra a caballo entre el ámbito sanitario y el social y no existe vínculo alguno entre uno y otro por las diferentes fuentes de financiación en que se sustentan. Aunque la Seguridad Social sí cubre determinados riesgos como la invalidez, o la jubilación, no existe como tal el concepto de persona dependiente, con lo que se hace muy complicada en ocasiones la protección de los problemas que se derivan de tal situación, dejando su cobertura a un sistema asistencial, residual y generalmente discrecional.

2. La dimensión futura de la protección por dependencia

2.1. Sobre la viabilidad de la protección por dependencia

1. Constituye lugar común afirmar que, debido al envejecimiento de la población, en el mundo se están produciendo cambios demográficos sin precedentes, extraordinarios e intensos, por los cuales la totalidad de la sociedad se verá reestructurada. Las exigencias sociales y económicas derivadas de estas nuevas realidades, ante las importantes consecuencias y repercusiones que en todos los ámbitos de la vida diaria alcanza esta nueva dimensión del envejecimiento poblacional –en la economía afectará al crecimiento económico, al ahorro, las inversiones y el consumo, los mercados laborales, las pensiones, etc., a la salud y la atención médica; a la composición y organización de la familia- obligarán a buscar y a encontrar nuevas formas de vivir, trabajar y atender a otras personas, presentando nuevas oportunidades y

nuevos retos a la sociedad del siglo XXI, por lo que se considera necesario promover el desarrollo de una sociedad para todas las edades.

De acuerdo con lo expuesto en la *Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento*, desde principios del siglo XXI hasta 2050, el número de personas de más 60 años aumentará de 600 millones a casi 2.000 millones, y se prevé que el porcentaje de personas de 60 años o más se duplique, pasando de un 10 por ciento a un 21 por ciento. Ese incremento será mayor y más rápido en los países en desarrollo, donde se prevé que la población de edad se multiplique por cuatro en los próximos 50 años. La celeridad de este proceso de envejecimiento de la población a nivel global ha determinado que los Gobiernos de los distintos países –especialmente en Europa y Norteamérica- se hayan visto forzados a reformar los sistemas de protección social, dando acogida a las nuevas necesidades relacionadas no ya sólo con la atención, el cuidado y la protección de las personas de edad avanzada, sino con la promoción de un envejecimiento activo, procurando estilos de vida saludables y preventivos. De ahí que esta Asamblea sirviera, además de para contrastar datos cuantitativos a principios de siglo, para que los distintos gobiernos se comprometieran a proporcionar a las personas de edad acceso universal y en condiciones de igualdad a la atención médica y los servicios de salud, tanto servicios de salud física como mental, reconociendo todos ellos que crecían constantemente las necesidades de una población que está envejeciendo, por lo que se hacía preciso adoptar nuevas políticas, en particular en materia de atención y tratamiento.

2, En España se considera que existen más de 3.5 millones de personas con discapacidad (800.000 severa), aproximadamente un 8.8% del total de la población española. Casi todas las estadísticas demuestran, además, que a partir de los 45 años, el número de mujeres con discapacidad para las actividades de la vida ordinaria supera al de los hombres, con crecientes diferencias conforme se incrementa la edad. Así, el 11% para la población entre 65 y 69 años, 16 % entre 70 y 74 años, 25% entre 75 y 79 años, 34% entre 80 y 84 años, y 54% de 85 años en adelante. Más del 32% de las personas mayores de 65 años tiene alguna discapacidad. En Europa son más de 40 millones las personas dependientes, entendiéndose por tales, en una primera aproximación, quienes necesitan del cuidado y atención de otras personas para realizar determinados actos de la vida cotidiana.

Datos que, como todos los estadísticos, también pueden ser ofrecidos en positivo. La esperanza de vida libre de enfermedades crónicas, esto es, el tiempo medio de vida antes de que se diagnostique una enfermedad crónica es, al nacer, de 40.9 años para los varones y de 37.9 años para las mujeres. A los 45 años, esta esperanza de vida es de 10.2 años para los varones y de 8.1 para las mujeres y a los 65 es de 3.3 y 2.8 años para los varones y las mujeres, respectivamente. Al contrario de lo que ocurre con la esperanza de vida global, las mujeres presentan menos esperanza de vida libre de enfermedades crónicas que los hombres, lo que puede deberse, entre otros factores, a la existencia de una serie de enfermedades crónicas relativamente leves pero que afectan preferentemente a las mujeres. Según *Eurostat*, la esperanza de vida para los hombres en 2050 será de 79.7 años y para las mujeres de 85.1 años. De hecho, entre 1950 y 2000, la esperanza de vida se ha incrementado en 20 años. Hoy, el 92% de las mujeres y el 80% de los hombres alcanzan los 65 años y las mujeres sobreviven a esta edad más de 20 años y los hombres más de 16, llegando a alcanzar los 90 años de edad un total del 26% de las mujeres y del 11% de los hombres. Ya se conoce con la expresión “envejecimiento del envejecimiento” al aumento que va a experimentar el colectivo de población de 80 o más años cuyo ritmo de crecimiento será muy superior al del grupo

de 65 años o más en su conjunto pues, no en vano, el 6.1% de la población española tendrá en 2015 más de 80 años. Ciertamente durante los primeros años del siglo XXI se ha producido un respiro en el acceso a la pensión de jubilación como consecuencia de la caída de natalidad durante la guerra civil española, pero esa “*tregua demográfica*” no se traduce en un ahorro en el balance general del sistema puesto que se incrementa la esperanza de vida de la población que jubilada más de 20 años. Se calcula que, como consecuencia de este envejecimiento demográfico, el porcentaje de gasto destinado a sanidad y asistencia de larga duración se incrementará en los próximos años hasta en 4 puntos de PIB en algunos países de la UE.

Las estadísticas ponen de manifiesto asimismo que la familia sigue siendo el soporte principal del cuidado de las personas dependientes. En concreto, las mujeres de la familia (madre, cónyuge, hija o hermana del dependiente) y, entre ellas, con mayor protagonismo las de más edad (entre 45 y 69 años, aproximadamente) son quienes asumen el rol fundamental de la atención y el cuidado al dependiente. Se estima en un promedio de cinco horas diarias las destinadas al cuidado de un familiar enfermo o dependiente. Datos ya antiguos revelan que para sustituir ese tiempo por trabajo remunerado sería necesario crear al menos 600.000 puestos de trabajo, cifra que tiende a reducirse por razones estrictamente demográficas debido a que cada vez hay menos mujeres en edad de cuidar a personas dependientes y a los cambios experimentados en el concepto tradicional de la familia.

Con estos datos se puede deducir cuál podría ser la evolución de la dependencia en nuestro país, estrechamente vinculada a la propia evolución de la población española, concretamente la de mayor edad. Las proyecciones realizadas evidencian un progresivo crecimiento de la población española, sobre todo en las cohortes de sesenta y cinco años y más, pues de 6.958.516 personas incluidas en esa franja de edad que se contabilizaron en el año 2001, en las proyecciones a 2030 esa cifra aumenta hasta 11.970.733 personas. El crecimiento será, pues, considerable. En 2015 se prevé que el número de dependientes ascienda a 2.265.200 en el año 2015 y de 3.504.562 en el año 2020.

2.2. Sobre la participación privada en la financiación de la dependencia: el copago del beneficiario

1. La contribución del beneficiario en la financiación de la prestación no constituye una fórmula desconocida en la Unión Europea, pero sí es una modalidad absolutamente excepcional de nuestro sistema de protección social con altas dosis de contribución de los trabajadores al sistema público bien sea por vía de cotización o impositiva ⁽¹⁹⁰⁾. De ahí que, en la regulación prevista por la Ley 36/90, no sólo se cuestione la fórmula de contribución del beneficiario sino, y sobre todo, los parámetros empleados para cuantificar la contribución privada del beneficiario. La consideración del tipo de servicio, del coste del mismo o la capacidad económica del beneficiario – basada en la renta y patrimonio personal que no familiar- van a generar, sin duda, focos de fraude y una contribución territorial a la valoración de estos parámetros no homogénea ⁽¹⁹¹⁾.

⁽¹⁹⁰⁾ MALDONADO MOLINA, J.A., *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

⁽¹⁹¹⁾ RIVERA SAGANTA, J., ‘El seguro de dependencia. El envejecimiento de la población y su repercusión en el Estado de bienestar’, *Foro de Seguridad Social*, núm.5, 2001, pp. 6-24, ALVAREZ RODRÍGUEZ, M., ‘Seguro de dependencia ¿qué interés tiene para el sector

No es lo mismo, por ejemplo, que el servicio que precisa el dependiente suponga un gasto adicional para la persona o para la familia en la que se integra (ayuda a domicilio) o que la protección incluya todos los gastos necesarios para el cuidado y supervivencia del dependiente (atención residencial que sustituye el gasto en vivienda, manutención y cuidado del dependiente). Incluso en este último supuesto, el de la atención residencial, se pretende distinguir el coste médico de los servicios específicos de manutención u hostelería –que previsiblemente se financiarían a través de recursos privados-. No tiene el mismo coste una atención a través de un cuidador informal que mediante un cuidador profesional. La adaptación del entorno o de la vivienda deberá ser considerada como ayuda a fondo perdido no reintegrable con un gasto aproximado de unos 100 millones de euros anuales. Otras ayudas, sin embargo, se obtendrán en régimen de cesión, constituyéndose un banco de aparatos y tecnologías que gestionará la Administración autonómica en función de las necesidades. Se prevé que la financiación de los beneficiarios en estos ocho años de aplicación progresiva alcance la cifra de 3.1 millones de euros. También en la reversión de lo financiado reside parte del éxito de esta protección. Se prevé que a finales de 2015 se hayan creado 263.000 puestos de trabajo directos o indirectos derivados de este Sistema. Existe un retorno fiscal global basado en los impuestos y cotizaciones que todos estos nuevos trabajadores van a aportar y que supone, aproximadamente, dos terceras partes del coste financiero de esta protección por dependencia. Sin apuntar la liberación que significa poder contar con una ayuda por dependencia para quienes ahora informalmente se hallan ocupando de la misma y que a partir del momento en que entre en vigor la ley podrán volver al mercado de trabajo como activos.

Y es que la imposición de una cofinanciación del beneficiario en función del coste del servicio según que la dependencia sea moderada, severa o gran dependencia, en función del nivel uno o dos en el que se encuentre el beneficiario y atendiendo a las rentas patrimoniales del mismo, genera, amén de un rechazo ideológico, una dificultad aplicativa. Porque sería necesario, en los términos apuntados con anterioridad, diferenciar entre el coste sanitario y el coste hotelero de la dependencia. Así, si sólo se fija una tarifa única se optará por los servicios más caros y también por aquellas CCAA que dispensen una mejor protección, condicionando el carácter universal de la cobertura. No impide el copago generar derechos subjetivos perfectos pero sí dificulta la universalidad puesto que hace prevalecer la necesidad técnica sobre la necesidad económica del perceptor. Por lo demás, puede facilitar la aparición de situaciones de fraude pues si la capacidad económica se halla en función del patrimonio nada obsta a la aparición de movimientos patrimoniales con anterioridad a la situación de dependencia. Depende, asimismo, del tipo de financiación que se establezca. Si la financiación se hace a través de impuestos debiera deducirse del copago el coste sanitario puesto que el mismo se encuentra ya universalizado restando sólo el coste social. Si, por el contrario, se facilita a través del aseguramiento privado, en Europa se distingue entre la actividad sanitaria, cubierta a través del seguro de enfermedad, y los servicios sociales, que sí debieran estar incluidos en un específico seguro de dependencia.

Es ésta una posibilidad prevista por la Ley 39/06 que permite el establecimiento de un seguro privado de dependencia para prever el copago del beneficiario, lo que significa una expansión del mercado asegurador privado también en este ámbito. En virtud de lo dispuesto primero en la DA 7 Ley 39/06 y después de la DA 2 Ley 40/07, 4 de diciembre (BOE, 5) la cobertura de la dependencia podrá instrumentarse bien a

privado asegurador?,” en AAVV, *Protección social de las personas dependientes*, La Ley, Madrid, 2004, pp. 162-176.

través de un contrato de seguro suscrito con entidades aseguradoras, incluidas las mutualidades de previsión social o bien a través de un plan de pensiones. La cobertura de la dependencia realizada a través de un contrato de seguro obliga al asegurador, para el caso de que se produzca la situación de dependencia, al cumplimiento de la prestación convenida con la finalidad de atender, total o parcialmente, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales para el asegurado que se deriven de dicha situación. Dicho contrato de seguro podrá articularse tanto a través de pólizas individuales como colectivas. Por su parte, los planes de pensiones que prevean la cobertura de la contingencia de dependencia deberán recogerlo de manera expresa en sus especificaciones. La conversión del patrimonio del solicitante en una renta periódica vitalicia que financie la prestación sin contribución del sistema público o el recurso a las denominadas hipotecas inversas que implican avalar el pago de la prestación con el importe de un bien inmobiliario que, en su momento, descontará de su valor el total percibido por el beneficiario hasta la fecha con motivo de protección por dependencia se manifiestan, entre otras muchas, como fórmulas de financiación a ensayar en un futuro no muy lejano.

2. La Ley 39/06 opta por corresponsabilizar a los beneficiarios de la prestación, delineando así un modelo de financiación público-privado. Las normas reglamentarias han delimitado el concepto de renta a tener en cuenta para determinar la capacidad económica y, en virtud de la misma, la contribución de los beneficiarios. Dicho concepto es semejante al que se recoge en el impuesto de la renta salvo en dos aspectos. Por un lado, no se incluyen las rentas producidas por las variaciones patrimoniales al tener un carácter excepcional y no periódico y, por otro, deberán incluirse las prestaciones exentas de tributación en el IRPF como son, por ejemplo, las prestaciones de invalidez. Pues bien, para obtener la capacidad económica del beneficiario se deberá incrementar la renta en un porcentaje del patrimonio de la persona. En la estimación del patrimonio inmobiliario no se incluye el valor de la vivienda habitual ya que en la declaración del IRPF la propiedad de la vivienda habitual no se considera un rendimiento. Por eso, la repercusión que pueda tener en la determinación del copago es relativamente pequeña. Según la normativa reglamentaria de aplicación, el patrimonio de la vivienda habitual sólo deberá tenerse en cuenta cuando el beneficiario accede a un servicio residencial excepto cuando continúen viviendo en el domicilio el cónyuge o miembros de la unidad familiar que dependan del beneficiario. Aproximadamente sólo el 20% de las personas utilizan el servicio residencial por tanto sólo a ellos se les incrementaría su capacidad económica como consecuencia de la imputación de su patrimonio. Sólo se tendrán en cuenta, en todo caso, las rentas del beneficiario por lo que si tributa de forma conjunta se hará una imputación a partes iguales entre los cónyuges. Por lo demás, se considera imprescindible computar las cargas familiares del beneficiario para obtener la renta individual disponible.

Existen dos modelos básicos de determinación de la cuantía a abonar por parte del beneficiario ⁽¹⁹²⁾. Por un lado, el modelo asistencial que supone una cuota fija que se corresponde con el precio de referencia del servicio y la Administración aplica bonificaciones por el importe que el individuo no puede pagar. El importe a pagar es el resultado de restar a su renta un importe denominado "garantía de ingresos". Por tanto, el beneficiario debe aportar toda su renta en el bien entendido de que la cantidad

⁽¹⁹²⁾ CODORNIU, J., *La política 5 redistributiva de las prestaciones de la dependencia: análisis del impacto del copago en las rentas de los usuarios*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, Documento núm. 10, 2010, pág. 11.

aportada no puede superar el importe del precio de referencia topado. Por el contrario, el modelo progresivo es aquel que el individuo paga en función de su renta (renta más patrimonio). La cuota a pagar será el resultado de aplicar a su renta una escala de tipos de gravamen progresivo en función de tramos de renta del beneficiario. Se establecen mínimos exentos o garantía de ingresos para garantizar a los individuos una determinada cantidad de recursos económicos. Incluso cabría aludir a un tercer modelo, el modelo progresivo mixto, esto es, la combinación del modelo progresivo y una cuota fija. El modelo progresivo se aplicará sobre la parte del precio del servicio asistencial y la cuota fija sobre la parte del precio del coste hotelero y manutención, de esa forma la progresividad sólo aparecería sobre la parte del coste asistencial.

Hasta 2008, cada CCAA aplicaba su propio criterio pero, tras la firma de un Acuerdo de regulación de la dependencia, existen unos criterios mucho más homogéneos. En general se establece un tope máximo de la cuota a pagar en el 90% del precio público del servicio residencial. El precio público lo establecerá la CCAA en función de las plazas existentes; se deberá distinguir entre coste asistencia y coste de manutención u hotelero; el modelo puede ser distinto: aplicar el tipo progresivo sólo a la parte asistencial y que sea un importe fijo el coste hotelero o aplicar el tipo progresivo al precio total del servicio (asistencial y hotelero); en todo caso, los costes hoteleros deben ser asumidos en su integridad por el beneficiario; y, finalmente, ningún usuario puede quedar excluido de recibir el servicio por falta de ingresos. En los servicios no institucionalizados se establece un mínimo exento para aquellos beneficiarios con capacidad económica inferior al IPREM. El tipo máximo será del 65% del precio público establecido por la CCAA.

3. Con estos condicionantes, se ha estudiado el impacto que cada modelo de financiación (asistencial, progresivo o mixto) tendría sobre la renta de los individuos (¹⁹³). En el servicio residencial, por ejemplo, el modelo asistencial supondría un impacto en el copago sobre la renta del individuo de un 62%. El porcentaje oscila entre el mínimo de cero y el máximo del 91%. Paradójicamente, el impacto máximo no se sitúa en el tramo más alto de renta sino en el tramo de renta de dos o tres veces el IPREM. En el modelo progresivo, el impacto del copago sería del 56%. El porcentaje oscilaría, en este caso, entre el mínimo de cero y el máximo del 76% el cual se sitúa en el tramo de renta de tres o cuatro veces el IPREM. Y, finalmente, en el modelo mixto, el impacto del copago sobre la renta de los individuos es del 61%. El porcentaje oscilará entre el mínimo de cero y el máximo del 88% el cual se sitúa en el tramo de renta de dos o tres veces el IPREM. De la comparación de los tres modelos, se observa que el impacto máximo se alcanza en el modelo asistencial gravando el 91% de la capacidad económica de la persona. En cambio, el modelo progresivo es el que grava en menor proporción las rentas de los beneficiarios de la prestación.

Si la referencia se efectúa respecto de la atención prestada por los centros de día. En el modelo asistencial, el impacto del copago sobre la renta de los individuos es del 14%. El porcentaje oscila entre el mínimo de cero y el máximo del 48 %. Paradójicamente, el impacto máximo no se sitúa tampoco en el tramo más alto de renta sino en el tramo de renta de dos o tres veces el IPREM. En el modelo progresivo, el impacto del copago sobre la renta de los individuos es el 6%. El porcentaje oscila entre el mínimo de cero y el máximo del 27% el cual se sitúa en el tramo de renta de tres o cuatro veces el

(¹⁹³) *Ibidem.*,, pág. 37.

IPREM. En el modelo mixto, el impacto del copago sobre la renta de los individuos es del 9%. El porcentaje oscila entre el mínimo de cero y el máximo del 29% el cual se sitúa en el tramo de renta de cuatro a cinco veces el IPREM. De la comparación de los tres modelos, se observa que el impacto máximo se alcanza en el modelo asistencial gravando el 48% de la capacidad económica de la persona, seguido del modelo mixto con un 29% y en tercer lugar con el modelo progresivo en un 27%.

Finalmente si el análisis se fija sobre la ayuda a domicilio, en el modelo asistencial, el impacto del copago sobre la renta de los individuos será del 15%. El porcentaje oscilará entre el mínimo de cero y el máximo del 52%. Tampoco en este caso el impacto máximo se sitúa en el tramo más alto de renta sino en el tramo de renta de dos o tres veces el IPREM. En el modelo progresivo, el impacto del copago sobre la renta de los individuos será del 5%. El porcentaje oscilará entre el mínimo de cero y el máximo del 23% el cual se sitúa en el tramo de renta de tres o cuatro veces el IPREM. De la comparación de los dos modelos se observa que el impacto mayor del copago sobre la renta del individuo se alcanza en el modelo asistencial con el 52% mientras que en el modelo progresivo el impacto medio es del 23%..

La política de financiación de las prestaciones de la dependencia es diferente a la de sus homólogas de sanidad y educación, las cuales no prevé que una parte del coste sea financiada a través de los copagos. En cambio la Ley 39/06 contempla la financiación doble: vía fiscal y vía copago del beneficiario. La política fiscal es el mayor instrumento que tiene el Estado para favorecer la redistribución de las rentas entre los individuos ya que los ingresos impositivos se aplican a la política de gastos públicos. El sistema de asignación de gastos públicos a través de los impuestos es el que alcanza la mayor cota del principio de solidaridad cada cual recibe según su necesidad y contribuye según su capacidad. La redistribución se debe a que el gasto público no se realiza en función del importe que ha contribuido el individuo sino de su necesidad. Hay que tener en cuenta que en las prestaciones económicas el copago es un porcentaje del importe de la prestación mientras que en los servicios el copago es un porcentaje de la renta de los beneficiarios del sistema.

Actualmente, en España más del 50% del presupuesto del Estado se destina a políticas sociales que tienen un claro impacto redistributivo como la educación, sanidad, asistencia y servicios sociales, entre los cuales se encuentra la prestación por dependencia. La política de los copagos es un sistema de redistribución interna entre los beneficiarios de las prestaciones de dependencia. Paga quien se beneficia del servicio, a diferencia del impuesto en el que paga incluso quien no se beneficia del mismo. En el copago del servicio se relaciona directamente el pago efectuado con el beneficio recibido mientras que en el sistema impositivo la redistribución se realiza entre todos los individuos, ya sean usuarios o no de los servicios públicos. Una tendencia que se acrecienta como consecuencia del incremento del gasto social por el surgimiento de nuevas necesidades y el déficit en la recaudación debido a la crisis económica (¹⁹⁴).

3. El modelo de aseguramiento privado tiene su centro de referencia en EEUU. Ha sido allí donde la previsión privada idearía el seguro de cuidados a largo plazo (“long term care”) que permite planificar adecuadamente las primas para obtener, en su caso, la cobertura correspondiente. La prestación consiste básicamente en una

(¹⁹⁴) *Ibidem*, pág. 43.

indemnización aunque también contempla la asistencia, caso de ser necesaria, en tres niveles: profesional (atención veinticuatro horas a cargo de facultativos), intermedia (menor de veinticuatro horas pero con supervisión de facultativo) o custodia (se requiere ayuda o supervisión pero no atención médica).

Siguiendo este esquema, en nuestro país, el tomador del seguro deberá ser el propio sujeto dependiente o los familiares que lo tengan a su cargo. La inclusión dentro del ramo protector del seguro de vida o, en su caso, del seguro de enfermedad parece estar contrastada en la práctica si bien la ambigüedad actual del sistema legal español genera ciertas dudas en el mercado asegurador tanto en la probabilidad de acaecimiento del riesgo como en la tarificación del mismo. Por eso, el planteamiento que se hace desde las aseguradoras es el de una contratación obligatoria por parte de la empresa semejante al del accidente de trabajo o de responsabilidad civil o el seguro de coche con riesgos a tercero. El atractivo de este seguro, a diferencia de otros, es que su contratación se prevé como masiva, colectiva y, en su caso, si derivada de la negociación colectiva, obligatoria. Incluso el Estado podría obligar la contratación del seguro de este riesgo, al menos en su cobertura mínima tal y como ocurre con el aseguramiento de ciertos bienes, por ejemplo, los vehículos a motor. La generalización de esta cobertura permitiría rebajar las primas y, además, evitar la asunción de ciertos riesgos en la cobertura pública que rebajaría sus gastos. También podían incentivar su contratación voluntaria, incluso cuando se realiza la cobertura complementaria médica, estableciendo algún tipo de beneficio fiscal al respecto.

Pero se trata de un sistema no exento de reticencias por parte de quienes consideran que si la protección de la dependencia evoluciona hacia un aseguramiento privado complementario, las desventajas son numerosas. Se apuntan, entre otras razones, que el seguro público permite combinar criterios actuariales y redistributivos, evitando la selección típica de riesgos de las empresas privadas; por lo demás, el seguro público garantiza recursos durante el período de necesidad, con independencia de la evolución de los tipos de interés y las tasas de inflación; funciona, por otro lado, de inmediato, a diferencia de la reserva de capital que exige el seguro privado; y, finalmente, todo aseguramiento público reduce los costes de transacción y administración de sus prestaciones.

Y existe un elemento fáctico y es que no son demasiados los seguros suscritos tras la entrada en vigor de la ley 39/06. En parte, porque no se aprecia aún una elevada percepción de riesgo por parte de los posibles suscriptores (jóvenes, principalmente) y, por otro lado, por el elevado precio de las primas respecto de un riesgo que el mercado español de aseguramiento privado todavía no ha testado. Por lo demás, el seguro sólo atrae a aquellos que presuman que pueden padecer algún riesgo de dependencia pues el resto de la población no percibe el riesgo. De ahí que haya obtenido un cierto éxito en los últimos años, la fórmula de la hipoteca inversa, esto es, emplear la vivienda ya adquirida como contraprestación para disfrutar de una mejor calidad de vida durante los últimos años de la misma. Este instrumento de aseguramiento permite garantizar una renta mensual a través de la garantía de la vivienda hipotecada. La tasación del inmueble, el tipo de interés en la fijación del contrato, el plazo del crédito, etc, serán factores que influyan en la cuantía de la renta a obtener. La titularidad de la vivienda sería conservada por el beneficiario de la renta en cuestión que podría transmitirla en herencia, deduciéndose del importe de la misma del crédito concedido y utilizado.

Medidas, todas ellas, que responden a un rasgo común, el de pertenecer a la esfera de la protección complementaria privada analizada en este Informe y sobre las

que se aconseja que recaigan algún tipo de bonificación o desgravación para potenciar el recurso a las mismas. Pues, en definitiva, los mecanismos de seguro privado para la dependencia están muy poco desarrollados en el mundo tanto por los factores de oferta generados por problemas de información asimétrica (selección adversa o abuso moral) como por existencia de costes de transacción elevados o existencia de riesgos no diversificables o por el efecto expulsión de algunos sistemas ya ensayados como ocurre en EEUU. En otros países el sistema de dependencia alcanza entre el 1.7 y 2.8% PIB, en España se estimó en un 1.1% al aprobarse la ley y en un 2.3% en 2015. Supone un importante gasto para las Administraciones Públicas que se puede compensar con el ingreso por el efecto de crecimiento económico que el mismo puede generar. Algunos países financian sus sistemas mediante un seguro obligatorio, otros lo hacen vía impuestos y otros como Francia utilizan un sistema mixto. En principio, se entiende que el seguro de dependencia constituye una forma de ahorro que debe ser incentivada, al menos, con una neutralidad fiscal semejante a la de otros productos existentes en el mercado ⁽¹⁹⁵⁾.

Finalmente, otro aspecto que permite la participación privada es el de la gestión de los servicios de dependencia. Del mismo modo que ocurriera con la Sanidad, en cuyo ámbito, tal y como se expuso, ha adquirido un carácter sobresaliente el recurso a fórmulas privadas de gestión, la Ley de Dependencia también permite esta participación, en especial en lo que se refiere a la prestación sociosanitaria. Y, así, si las Administraciones públicas sanitarias están capacitadas para establecer conciertos con el objeto de prestar servicios sanitarios con medios ajenos a ellas (art. 90.1 Ley 14/86), conservando las funciones de control e inspección sobre los mismos, también podrán hacerlo para la atención de la dependencia. Se permitirá aquí también esa misma gestión híbrida que combina los incentivos administrativos con los criterios propios del mercado, atendiendo a la eficiencia en la prestación de servicios o a la competencia empresarial en la misma como los que rigen en las fundaciones públicas sanitarias. La mercantilización de un servicio público y la diversidad organizativa fuera de control han sido algunos de los reproches al ensayo de estas nuevas fórmulas gestoras. Modelo y reproches que pudieran reproducirse si se traslada el mismo esquema a la infraestructura que permite el desarrollo del SAAD.

4. La última reflexión queda reservada para la evaluación de los años de vigencia de la Ley 39/06 en nuestro país. En 2010, el Sistema para la autonomía y atención a la dependencia o SAAD cumplió su cuarto año de vigencia y transcurrió el tercer ciclo de entrada de beneficiarios al sistema. Las Administraciones, de hecho, siguen recibiendo solicitudes de valoración; en marzo de 2011 se había superado el millón y medio, lo que significa un incremento del 26% en el último año. Como ocurriera con anterioridad, si bien se ha producido un aumento en todos los grados y niveles, la incorporación de los menos graves a medida que va cumpliéndose el calendario previsto por la ley, tiende a compensar la estructura de la dependencia reconocida en España. Aún así, en el 34% de los dictámenes se reconoce gran dependencia (grado III), en el 30% dependencia severa (grado II) y solamente en el 23% dependencia moderada (grado I). Se trata de una distribución de conjunto que encierra,

⁽¹⁹⁵⁾ FEDEA, *Estudios sobre las decisiones de retiro, la sostenibilidad del sistema de pensiones en España y la viabilidad financiera del Sistema Nacional de Dependencia*, MTAS, Premios FIPROS, 2006, pág. 84.

no obstante, notables disparidades territoriales. Casi la mitad de las prestaciones concedidas (400.000) son de carácter económico destinadas a atender a las personas dependientes en el ámbito doméstico. Además, el volumen de estas prestaciones se ha incrementado casi en un 33% en un solo año, lo que supone un crecimiento muy superior al experimentado por el resto de los servicios y que parece consolidar una tendencia que aleja al SAAD de la filosofía que lo acompañó en su nacimiento. De ahí que la presencia del copago o la necesidad de la celebración de un seguro privado de protección a la dependencia se relativicen ⁽¹⁹⁶⁾.

⁽¹⁹⁶⁾ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Economía, trabajo y sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2010 (resumen)*, Madrid, CES, 2010, pág. 90.

CAPÍTULO VII.

CONCLUSIONES

Primera.- El concepto de protección social, mucho más amplio que el de la Seguridad Social, se impone como consecuencia de la necesidad que la Unión Europea ha manifestado al identificar unos mismos parámetros de medición en todos los Estados miembros. Así, a nivel europeo se considerará protección social toda intervención pública o privada destinada a aligerar la carga que representa para los hogares y particulares una serie de riesgos o necesidades, previamente delimitados, siempre que no exista una contrapartida simultánea o recíproca por parte del beneficiario. De esta primera definición pueden extraerse dos afirmaciones previas; una, que admite la Unión Europea la intervención privada en el ámbito de la protección social; y, dos, que, sin embargo, no parece aceptar que el beneficiario tenga que contribuir con una contraprestación dentro del sistema. Algunos factores impiden que los sistemas de protección social sean homogéneos en la UE al hallarse vinculados a factores internos que dificultan su homologación. Así, el desarrollo económico, el sistema impositivo, la distribución competencial política o administrativa, los modos de gestión, la evolución demográfica, la evolución del modelo familiar, la inmigración, la mayor o menor presencia de esa iniciativa privada, etc.

En España, ese concepto ha venido impuesto no sólo por la necesidad de homologar el mismo con Europa sino como consecuencia del modelo constitucional instaurado. En virtud, básicamente, de la distribución competencial efectuada por los arts. 148 y 149 CE, la protección social se considera integrada por la Seguridad Social, la sanidad y la asistencia social. Con algunos matices. En primer lugar, que algunas realidades como la protección por dependencia difuminan las fronteras entre estos tres ámbitos de protección ya que su cobertura se desarrolla parcialmente en la Seguridad Social, parcialmente en la sanidad y parcialmente en la asistencia social aun cuando el legislador haya optado por considerarla como asistencia social. Y, en segundo término, que se trata de un concepto permeable pero de tendencia expansiva pues se incorporan a él riesgos y prestaciones que difícilmente serán excluidas con posterioridad aunque pueda variar su naturaleza y se sitúen, en función de la coyuntura, dentro o fuera de la Seguridad Social, dentro o fuera de la sanidad y/o dentro o fuera de la asistencia social.

Conviene subrayar que mediante la protección social se ha logrado reducir las desigualdades económicas. Sin los sistemas nacionales y sin su coordinación por parte de la UE, más de 150 millones de ciudadanos europeos (40% de la población total) vivirían por debajo del 60% de la renta media, es decir, instalados en la pobreza relativa. La protección social beneficia aproximadamente a 100 millones de personas en la UE, alcanzando a una de cada cuatro familias. La población en edad activa para el trabajo, considerando como tal que la que oscila entre los 15 y los 65 años, del conjunto de los países miembros, comenzará a reducirse de forma significativa a partir del 2050 (se calcula que en un 20%, esto es, unos 40 millones de personas). Por lo demás, el número de personas que superarán los 65 años se incrementará de 61 millones en el año 2000 a más de 100 millones en el 2050, siendo el mayor aumento el de los mayores de 80 años, sector que triplicará su volumen actual. Si se tiene en cuenta que el desempleo, la pobreza y la exclusión social reducen entre un 12% y un 20% el PIB europeo respecto del potencial sobra cualquier justificación sobre su existencia.

Constituye lugar común afirmar que, debido al envejecimiento de la población, en el mundo se están produciendo cambios demográficos sin precedentes, extraordinarios e

intensos, por los cuales la totalidad de la sociedad se verá reestructurada. Las exigencias sociales y económicas derivadas de estas nuevas realidades, ante las importantes consecuencias y repercusiones que en todos los ámbitos de la vida diaria alcanza esta nueva dimensión del envejecimiento poblacional –en la economía afectará al crecimiento económico, al ahorro, las inversiones, el consumo, los mercados laborales, las pensiones, la salud, la atención médica, la composición y la organización de la familia- obligarán a buscar y a encontrar nuevas formas de vivir, trabajar y atender por lo que el siglo XXI deberá contemplar una nueva manera de desarrollar la protección social ante tales retos.

Segunda.- La manifestación más palmaria de la participación privada en la protección social se encuentra en la Seguridad Social. Con la Constitución, la Seguridad Social deja de responder a una fórmula simple para pasar a ser compleja toda vez que el art. 41 CE reúne diferentes binomios que permiten calificarlo como mixto. Uno de esos binomios posibilita la distinción entre la Seguridad Social “pública” y la “privada” al admitir el texto constitucional que la asistencia y prestaciones complementarias serán libres. No resulta extraño, pues, al sistema de protección social la consecución de dos objetivos, compatibles entre sí. Por un lado, la persistencia de un nivel público mínimo en régimen de reparto y, por otro, la conformación de un nivel privado en régimen de capitalización.

En la evolución del sistema de protección social español a lo largo del siglo XIX ha podido comprobarse cómo la participación privada ha estado siempre presente. Mas, en un contexto como el actual, en el que se impone lo económico sobre lo social, y, por tanto, lo privado sobre lo público, el temor resulta obvio, y consiste en evitar que se reduzca a un círculo mínimo básico el alcance protector del sistema público de Seguridad Social para hacer crecer un entorno de protección privada regido por criterios mercantilistas. La reacción parece razonable. La Seguridad Social surge precisamente como superación de los defectos detectados en las técnicas de ahorro individual privado.

En principio, pensión privada es la que, por exclusión, no es pública, esto es aquella que se sufraga en su totalidad –y no sólo en parte- con fondos o aportaciones de carácter privado, siendo pública si en su financiación concurren, aunque sea sólo en parte, recursos públicos. De acuerdo con el art. 41 CE la protección complementaria supone la implementación de la protección tanto desde el sistema público como a través de regímenes privados, pero, en todo caso, a través del establecimiento voluntario de una serie de mejoras. La oposición a esta actuación se deriva de considerar que la Seguridad Social constituye una función exclusiva y típica de los poderes públicos, precisando que el régimen público de Seguridad Social constatado en el art. 41 CE transforma ésta en función del Estado. Una afirmación válida si se admiten dos precisiones. Una, que el hecho de que constituya ésta una función de los poderes públicos no significa que se presente como una función exclusiva de los mismos como, por lo demás, tampoco se consideran excluyentes seguro y servicio público. Y, dos, que, el Tribunal Constitucional ha admitido en su jurisprudencia que el Estado comparta el coste de las prestaciones con sujetos privados, de acuerdo con las disponibilidades económicas del sistema, con la sola condición de que la intervención de privados sea de "importancia relativa".

La estrecha relación entre déficit o superávit de los presupuestos públicos con el mantenimiento y desarrollo de la protección social, especialmente de la Seguridad Social en función de sus afiliaciones, cotizaciones y prestaciones propicia una permanente incertidumbre sobre si el sistema se considera viable o, por el contrario, será necesario

complementar con sistemas privados lo percibido por el sistema público. De ahí que se haya generalizado la discusión sobre los posibles beneficios o perjuicios de las fórmulas de reparto, propias de los sistemas públicos, y de las fórmulas de capitalización, propias de los sistemas privados. Los sistemas de capitalización individual se caracterizan porque cada persona aporta cuantías para su propia pensión futura que, unidas a los rendimientos que obtenga de su inversión y descontados los gastos soportados, configuran un capital a la jubilación o situación de necesidad que determina su protección social. Dependen, por tanto, de la capacidad de ahorro individual y de la voluntad personal. Los sistemas de capitalización, al constituir masas de ahorro ilíquido a largo plazo, contribuyen a financiar de manera estable políticas públicas y privadas de inversión y gasto, con consecuencias positivas. Pero, en su vertiente negativa, los sistemas de capitalización reciben directamente los efectos negativos por lo que la volatilidad financiera les afectará irremediablemente.

En efecto. Como se apunta desde una perspectiva más técnica, estos sistemas se hallan expuestos a dos tipos de riesgos, los riesgos de crédito y los riesgos de mercado. En el primer caso, los compromisos adquiridos no se satisfacen por la quiebra de la empresa emisora o por el desentendimiento de los poderes públicos emisores. En el segundo, el valor de los activos sufre un descenso imprevisto que impide respetar los compromisos adquiridos, dejando el emisor sin liquidar una buena parte de su cartera si bien la interacción del mercado de capitales junto al buen quehacer profesional de los inversores podrá paliar su efecto. Dentro de esta dualidad se contemplan las principales manifestaciones: una mala gestión de los recursos y activos que prive a los beneficiarios presentes o potenciales de sus derechos a prestaciones; el surgimiento de acontecimientos imprevistos que puedan afectar negativamente a los derechos individuales, como la quiebra, insolvencia, liquidación de la empresa patrocinadora, fusión y adquisición de empresas y situaciones análogas; y, por último, el ejercicio de prácticas que rebajen las expectativas de los miembros de una prestación justa, incluyendo el peligro de la inflación.

Los activos depositados en los fondos capitalizados pueden ver mermar su valor no sólo como consecuencia de la actuación normal de la oferta y la demanda sino en función de factores indirectos como, por ejemplo, la tributación de las inversiones que con ellos se realicen o, de forma directa, de acuerdo con la inflación de cada momento y la especulación financiera. Buena parte de los activos tóxicos que han provocado la crisis actual habían sido fruto de inversiones descontroladas de fondos de pensiones. Y existe además un efecto contraproducente adicional para la economía. El aumento del ahorro "contractualizado" para prever determinadas contingencias mediante fondos de pensiones o contratos de seguro puede repercutir en un descenso del ahorro de las empresas contribuyendo a la baja en inversión y beneficios de las mismas. Se trata, en todo caso, de cuantías de considerable dimensión, importantes para cualquier economía nacional por su efecto directo e indirecto en sus inversiones y determinantes por su repercusión en el flujo financiero de los Estados.

Por su parte, los sistemas de reparto se manifiestan con mayor fortaleza por cuanto, al menos directamente, no dependen de la extrema versatilidad financiera. Como es sabido, en el sistema de reparto las cotizaciones se destinan al pago de pensiones y no precisan ser invertidas por lo que preservan su solvencia. Pero también se hallan expuestos, particularmente a los riesgos derivados del empleo. Así, uno de sus principales enemigos

continúa siendo la economía sumergida al menos por dos razones. La primera, porque las cotizaciones sociales sirven también para financiar políticas públicas (bonificaciones, cotizaciones por desempleados, etc). La segunda, porque cuando se demuestra que existe una relación laboral, aun irregular, el sistema cubre determinadas contingencias como el accidente de trabajo o la enfermedad profesional. Por lo demás, existen colectivos (autónomos, por ejemplo) que, pudiendo elegir sus bases de cotización y optando por la más reducida, obtienen una pensión mínima equiparable a la que pueden percibir un trabajador cotizante por bases muy superiores que en los últimos años de su vida activa ha sido expulsado del mercado de trabajo.

En una hipótesis de futuro la sustitución en los sistemas públicos de la fórmula del reparto por la de la capitalización ha sido descartada por entender que habría una generación, al menos, que no podría mantener el coste de dicha sustitución. Además, genera un extraordinario recelo entre los sindicatos que entienden que con dicha alteración se alejaría la consecución del objetivo de la cohesión social y la igualdad de oportunidades, impidiendo la protección general. Sin embargo, nada obsta a utilizar, como ocurre en nuestro país, un sistema mixto en el que las pensiones privadas se estimen complementarias de las otorgadas por el sistema público, modelo sí admitido por la representación sindical que participa en la gestión de las pensiones privadas a través del control de los fondos de pensiones.

Tercera.- El complemento sobre las pensiones privadas tuvo una primera materialización con las mejoras voluntarias de 1.966 que permitirán la mejora directa de las prestaciones, la mejora de los tipos de cotización y la mejora de las bases de cotización. Hoy se mantienen vigentes las dos primeras, bien que la mejora de los tipos de cotización deba ser aprobada por el Ministerio de Trabajo e Inmigración a instancia de los interesados, siendo la mejora directa la más empleada. Pero, desde la aparición de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones en 1987 (hoy, RD-Leg. 1/02) y, sobre todo, desde la regulación establecida por la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado en 1995 (hoy, RD-Leg. 6/04) sobre los compromisos por pensiones, la relación de empresa y trabajador con la protección complementaria ha variado. Ahora, todo compromiso por pensión asumido por la empresa deberá externalizarse a través de un plan de pensiones, un contrato de seguro o varios instrumentos a la vez. Las contingencias susceptibles de ser cubiertas por esta vía son la jubilación (incluyendo en su concepto no solamente la jubilación a edad ordinaria sino la jubilación anticipada y la situación legal de desempleo derivada de un expediente de regulación de empleo, al margen de la edad), la incapacidad laboral total y permanente para la profesión habitual o absoluta y permanente para todo trabajo y la gran invalidez, la muerte del partícipe o beneficiario y la dependencia severa o gran dependencia del partícipe. Expresión hecha, en todo caso, en virtud de las prestaciones de Seguridad Social que son el referente para establecer estos compromisos por pensiones.

Resulta evidente que la finalidad de las mejoras directas y de los compromisos por pensiones es idéntica. Ocurre, sin embargo, que unas –las primeras- forman parte de la Seguridad Social y comparten disposiciones comunes con la misma (arts. 191 y ss LGSS) mientras que los compromisos por pensiones han sido deliberadamente regulados al margen de aquélla. La interrelación existe tanto en un caso como en otro por cuanto son las prestaciones y/o pensiones de la Seguridad Social el objeto a completar en ambos casos. Sin embargo, la aparición sobrevenida de una norma especializada como la que regula los compromisos por pensiones hace que ésta se imponga a la de las mejoras. Y, así, cuando las empresas complementen la jubilación, la incapacidad permanente, la muerte y supervivencia y la dependencia severa, no cabe más opción que recurrir a la externalización impuesta a estos

compromisos. Para el resto de los casos se estará a lo dispuesto en relación a las mejoras voluntarias. Eso obliga a extraer, al menos, dos conclusiones. La primera, que cuando se trata de “pensiones”, esto es, cobertura otorgada con carácter vitalicio el esquema responde a la externalización mientras que cuando se trata de “prestaciones”, es decir, protección temporal se permite recurrir a las mejoras voluntarias. Sólo un elemento distorsiona esta apreciación y es que el legislador de los planes y fondos de pensiones ha incluido entre sus contingencias el desempleo tras la aprobación de expediente de regulación de empleo. Ahora bien, de manera forzada ha decidido considerar este supuesto como “jubilación” a fin de atender al modelo expuesto. Y, la segunda, que el legislador ha fijado una garantía más sólida para complementar las pensiones a través de la externalización que para complementar las prestaciones en las que no existe la obligación de externalizar. Tiene sentido si se observa que estas últimas pueden ser modificadas o anuladas de conformidad con las normas que regulan su reconocimiento mientras que en el supuesto de los compromisos por pensiones la externalización dificulta tal alteración.

Eso sí, a diferencia de otros ámbitos de la protección social (sanidad o asistencia social) en este punto no cabe duda de la competencia estatal. Por un lado, porque el Estado tiene competencia exclusiva en materia de Seguridad Social (art. 149.1.17 CE) por lo que si se trata de tomar como referencia las prestaciones del sistema, el Estado es competente. Pero, por otra parte, la actividad aseguradora o la que sea afín, incluida la de los planes y fondos de pensiones, se inscribe dentro de la competencia del ámbito de aplicación del art. 149.1.11 CE que atribuye al Estado competencias exclusivas en la ordenación de las bases en materia de seguros, aceptando que dicha materia se refiere a la ordenación administrativa de un sector económico destinado a la cobertura de los riesgos que pueden soportar las personas, cosas o derechos ante eventos dañosos futuros e inciertos. El Estado tiene asimismo competencia exclusiva respecto de la legislación mercantil (art. 149.1.6 CE), ámbito en el que se circunscriben buena parte de las operaciones de aseguramiento privado.

Quizá haya llegado el momento de recuperar una antigua idea sobre la necesidad de impulsar una Ley integral reguladora de la protección complementaria (Proposición no de Ley sobre sistemas complementarios de previsión social de 1997). Los sucesivos Pactos de Toledo y la reciente reforma operada sobre la Seguridad Social a través de la Ley 27/11, 1 ago. (BOE, 2) sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social insisten en que el desarrollo de los sistemas complementarios contribuye a la consolidación del sistema público. Sin embargo, la dispersión normativa y un tratamiento diferenciado según el instrumento elegido y la contingencia cubierta limitan el recurso a estos sistemas. Téngase en cuenta que, por ejemplo, en la actualidad y de conformidad con el art. 8 LPFP, los derechos consolidados de los partícipes en los planes de pensiones del sistema de empleo no podrán ser movilizados a otros planes, salvo en el supuesto de extinción de la relación laboral -y sólo si estuviese previsto en las especificaciones del plan- o por terminación del plan de pensiones. Por su parte, los derechos económicos de los beneficiarios en los planes de empleo no podrán moverse salvo por terminación del plan de pensiones. Tampoco podrán ser objeto de embargo, traba judicial o administrativa, al menos hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación o en que se hagan efectivos en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración. Se trata, pues, de ordenar el conjunto existente de instrumentos de protección social complementaria sin necesidad de crear nuevos instrumentos pero orientando los ya existentes única y exclusivamente a la cobertura de la protección social. Todas las fórmulas de previsión complementaria deberán responder a criterios financieros y actuariales basados en la capitalización utilizando los mismos criterios de cálculo como garantía financiera. Se reservará el incentivo fiscal para este sistema de previsión toda vez que

cumple un interés público al afianzar el sistema de Seguridad Social y colaborar en el buen funcionamiento de la economía. En todo caso, la racionalización normativa permitirá equiparar tanto la finalidad como los efectos de los instrumentos hoy en vigor.

Esa racionalización afecta también a la normativa europea. Hasta el momento, la UE ha optado por regular aspectos muy parciales sobre la disponibilidad transfronteriza de las prestaciones complementarias privadas. Así, comenzando por la Directiva 86/378 que completa la Directiva 79/7 sobre igualdad de los regímenes profesionales de la Seguridad Social, considera como regímenes complementarios, por exclusión, a aquellos que no han sido regulados en la Directiva 79/7. Con posterioridad, la Directiva 98/49 relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad surgirá con el objeto de proteger los derechos de los afiliados a regímenes complementarios de pensión que se desplacen de un Estado miembro a otro, contribuyendo a eliminar los obstáculos a la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia dentro de la Comunidad. Por su parte, la Directiva 03/41 optará por normar las actividades y supervisión de los fondos de empleo, algo que obligará a modificar la Ley de Planes y Fondos de Pensiones (RD-Leg. 1/02) española vigente para integrar esta regulación. Finalmente, el Reglamento 1094/10 ha creado la Autoridad Europea de Supervisión como Autoridad Europea de Seguros y Pensión de Jubilación. A juicio de la UE, la crisis financiera de 2007 y 2008 puso de relieve graves deficiencias en la supervisión financiera, tanto en casos particulares como en relación con el sistema financiero en su conjunto. Los modelos de supervisión de ámbito nacional no han estado a la altura de la globalización en el ámbito financiero y de la situación real de integración e interconexión que caracteriza a los mercados financieros europeos, en el que muchas entidades financieras operan a escala transfronteriza. Se hace así necesaria la creación de Autoridad Europea en este ámbito, guiada por el afán de velar por la transparencia y garantía de estos instrumentos de financiación.

A excepción de algunos aspectos que se relacionan con los fondos de pensiones creados en España o en otro Estado miembro y la cobertura de los planes de pensiones regulada en el Capítulo X de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones (RD-Leg. 1/02) o el régimen que la Ley de Ordenación y Seguro Privado (RD-Leg. 6/04) recoge en su Capítulo IV sobre la actividad del derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios aseguradores en el Espacio Económico Europeo, ha sido escasa la intervención europea en esta materia. Cuestiones como la afiliación, la cotización o la afiliación transfronteriza o el tratamiento fiscal intracomunitario de estos sistemas plantean aún numerosas dudas y una gran incertidumbre al desarrollar la protección complementaria privada de las pensiones en su dimensión comunitaria. De ahí que se proponga la posibilidad de crear un modelo de Régimen Complementario Europeo de Pensiones mediante el cual las compañías europeas puedan adoptar este régimen específico para cubrir a sus empleados en todos los Estados miembros, sometidos expresamente a este régimen común. De forma similar a como se resuelve en las pensiones públicas, la afiliación transfronteriza presupondría que el trabajador pudiera seguir afiliado al mismo sistema de pensiones, que el nuevo empleador aceptara pagar cotizaciones a ese mismo sistema, que dichas cotizaciones se encontraran exentas de impuestos y que la participación en un fondo de pensiones extranjero no se hallara prohibida en ninguno de los dos países de empleo.

La participación privada en el ámbito de la Seguridad Social podría extenderse, finalmente, a una cotización adicional que garantizara un sistema complementario capitalizado dentro del sistema de Seguridad Social. Con esto se conseguiría, como ocurre en Francia, que el régimen complementario fuera destinado a incrementar la pensión del beneficiario al margen del sistema de reparto y en virtud de la previsiones (por aportación definida o por prestación definida) que se hicieran pero siempre con la gestión e inversión propia del sistema público. De esta manera, se conseguiría reforzar los recursos del sistema público y se eliminarían ciertos gastos y riesgos hoy presentes por la intervención de entidades financieras. Para evitar el recelo de estas últimas debiera haber la opción entre la “externalización” o la “interiorización” de estos sistemas de modo tal que, en el mercado competitivo, cada entidad ofreciera las mejores condiciones a sus depositarios que, a su vez, podrían optar por el mantenimiento en el sistema público bien que con un nivel individual, complementario, privado fruto de una cotización adicional destinada no al reparto sino a la capitalización.

Cuarta.- Distinto ha de ser el planteamiento sobre la participación privada en materia de sanidad y asistencia social. En gran medida, porque los dos ámbitos de la protección social mencionados se hallan condicionados por las decisiones a adoptar en cada CCAA toda vez que son éstas las que tienen competencia sobre ambas materias (arts.148.1.20 y 148.1.21 CE). Eso implica una primera consecuencia y es que las CCAA podrán definir su sistema sanitario (de hecho existen tantos servicios de salud como CCAA) y establecer el contenido de su asistencia social (incluyendo dentro de la misma la protección por dependencia). O, con un planteamiento más realista, que puede haber un distinto trato sanitario o de asistencia social según lo disponga cada CCAA. Y, así, comienzan a observarse supuestos en la práctica como los de la CCAA de Cataluña que plantea un ticket por utilización del servicio sanitario o el País Vasco que rechaza la atención sanitaria de habitantes en comunidades limítrofes o la CCAA de Galicia que anula la prestación al parado sin prestación por desempleo (temporalmente hasta tanto se tramite su condición de residente sin recursos).

Una primera defensa para impedir que se planteen estas actuaciones tan dispares intercomunitarias sería recurrir a lo preceptuado por el art. 149.1.1 CE en virtud del cual el Estado tiene competencias sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Sin embargo, y como manifiesta el TC *“precisamente el régimen autonómico se caracteriza por un desequilibrio entre la homogeneidad y diversidad del status jurídico de las entidades territoriales que lo integran. Sin la primera no habría unidad ni integración en el conjunto estatal; sin la segunda no existiría verdadera pluralidad ni capacidad de autogobierno, notas que caracterizan al Estado de las autonomías”* [S.TC 76/83 (FJ 2)]. Por eso no duda en afirmar cómo *“la igualdad que se persigue no es la identidad de las situaciones jurídicas de todos los ciudadanos en cualquier zona del territorio nacional (lo que, por otra parte, sería incompatible con la opción por un Estado organizado en la forma establecida en el Título VIII de la Constitución) sino la que queda garantizada con el establecimiento de las condiciones básicas que, por tanto, establecen un mínimo común denominador y cuya regulación ésta sí, es competencia del Estado”* [S.TC 156/95 (FJ 5) y 109/03 (FJ 10)].

Pero ésta es una afirmación compatible con el reconocimiento de los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio nacional (art. 139.1 CE), con la garantía de un nivel mínimo de prestaciones de los servicios públicos (art. 158.1 CE) y con la existencia de posibles consensos en la gestión y acuerdos de cooperación entre CCAA (art. 145.2 CE). Conviene no olvidar que tanto por lo que se refiere a la sanidad como por lo que respecta a la

asistencia social constituyen materias, como otros derechos constitucionales, caracterizadas por el binomio igualdad/diversidad. Y, así, en el caso de la sanidad, las posibles fisuras a la igualdad obligan a reconocer el derecho de todo ciudadano, sea cual sea la CCAA en la que resida y a acceder no sólo al Sistema Autonómico de éste sino al de cualquier otra Comunidad, lo que provoca básicamente dificultades financieras más que obligaciones jurídicas. De hecho, se considera que la asunción de competencias por las CCAA constituye un medio para aproximar la gestión de la asistencia sanitaria al ciudadano y facilitarle, así, garantías en cuanto a la equidad, calidad y participación en esta prestación sanitaria (Preámbulo de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003, Ley 16/0328 may., BOE, 29).

Quinta.- El Sistema Nacional de Salud comprende el conjunto de servicios de salud creados por las CCAA con una coordinación ejercida por el Estado (art. 50 LGS). La integración efectiva de los servicios sanitarios se considera “básica” por el legislador y no sólo porque constituya un principio de referencia en cuya aplicación está en juego la efectividad del derecho a la salud constitucionalmente protegido en el art. 43 CE sino porque es necesario igualar las condiciones de vida, la coordinación en las actuaciones públicas, el funcionamiento de los servicios públicos sobre mínimos uniformes y una efectiva planificación sanitaria que mejore tanto los servicios como las prestaciones proporcionadas por los mismos. Las prestaciones sanitarias serán, como mínimo, las garantizadas por el Sistema Nacional de Salud que, como es sabido, recoge un amplio catálogo de servicios sanitarios. Los rasgos definidores de los Sistemas Autonómicos son, por una parte, la igualdad formal entre los distintos Servicios Autonómicos, vinculada a exigencias constitucionales, al establecimiento de criterios uniformes para su financiación y al derecho a recibir asistencia sanitaria en cualquier de ellos, independientemente del lugar de residencia, etc. Pero, por otro lado, destaca la evidente disparidad real entre los distintos Servicios Autonómicos, manifestada en la organización y funcionamiento de cada uno, en las prestaciones dispensadas, en los recursos disponibles y en el endeudamiento contraído.

No cabe duda de las ventajas que plantea la descentralización sanitaria. Así, se dispone de mayores incentivos a la innovación organizativa y de gestión, es posible un desarrollo de enfoques orientados más al paciente y a las necesidades sanitarias locales por lo que se diversificarán las prestaciones en función de las preferencias locales y, en fin, garantiza una atención más próxima y personal a la ciudadanía. Esta descentralización ha permitido desarrollar, de hecho, distintas estrategias en salud y gestión sanitaria que normalmente suelen estar vinculadas a la persistencia de incidencias por factores diferenciales interterritoriales como la oferta de servicios sanitarios o los indicadores de salud. Pero también presenta inconvenientes. Así, por ejemplo, la descentralización de la gestión de compras, tecnología, medicamentos y equipamientos limita el poder de los gestores sanitarios para negociar precios. En punto a la equidad y cohesión, la articulación de una política sanitaria diferencial basada en elementos como los expuestos puede suponer un grado de cobertura y acceso distinto en función del territorio en el que se preste la atención sanitaria e, incluso, como empieza a advertirse en algunas CCAA ya enumeradas la imposición de trabas a la portabilidad del derecho a la atención sanitaria o la negación de la prestación cuando finaliza la prestación por desempleo –al menos, temporalmente, en tanto se tramita la consideración como persona sin recursos-, observándose la paradójica situación de que la UE garantice dicha asistencia y la colaboración autonómica la dificulte.

Con la Ley General de Sanidad (Ley 14/86) se ampliará la cobertura sanitaria a toda la población, se establecerá la gratuidad de los servicios, se impondrá una financiación basada

mayoritariamente en impuestos, se garantizará la prestación a través de centros de titularidad pública y se determinará como principio rector la calidad de la prestación. Más tarde, la Ley de Cohesión y de Calidad del Sistema Nacional de Salud (Ley 16/03), en la confianza de que el gasto sanitario debía orientarse a la corrección de las desigualdades sanitarias y a la garantía de la igualdad de acceso a los servicios sanitarios en todo el territorio nacional, apostaría por un modelo de financiación eminentemente público. De ahí que, en el proceso de consolidación del Sistema Nacional de Salud la vertiente contributiva o profesional fue devaluándose y las cotizaciones sociales cedieron ante las transferencias del Estado como principal fuente de financiación. Con la Ley 24/97 se dismantelará por completo el carácter contributivo de la asistencia sanitaria que se convertirá en una prestación no contributiva y, en virtud de la separación de fuentes en el ámbito de la Seguridad Social, pasará a ser financiada vía impuestos. Por eso, el acceso a la prestación sanitaria será gratuito salvo en la prestación farmacéutica en la que se mantendrá la gratuidad para pensionistas y enfermos crónicos que sólo abonarán el 10% de los medicamentos frente al 40% general.

Sin embargo, la conexión entre la sanidad y la Seguridad Social existe desde la implantación del seguro obligatorio de enfermedad en 1942. Y aún se mantiene si se atiende a lo dispuesto en el art. 38.1 LGSS en virtud del cual la acción protectora de la Seguridad Social comprende la asistencia sanitaria tanto para la enfermedad común como para la profesional y para los accidentes de trabajo o no laborales. De ahí que, mientras la competencia para dispensar y gestionar la prestación corresponde a las CCAA, el reconocimiento del derecho es competencia del INSS por lo que el acceso se produce o bien mediante la afiliación y el alta a la Seguridad Social o bien, en su defecto, por la vía de la demostración de la carencia de recursos amén de la vigencia de regulaciones diferenciadas para algunos colectivos tales como los afiliados a algunas mutualidades que pueden optar entre la sanidad pública o la privada. Esta relación permite mantener un debate sobre si la asistencia sanitaria en tanto prestación de la Seguridad Social sigue siendo competencia del Estado o, por el contrario, su inserción como elemento determinante de la “sanidad” implica plena capacidad competencial por parte de las CCAA. Aun admitiendo que el entramado sanitario es ya competencia de las CCAA y que la existencia de diecisiete servicios de salud autonómicos distintos empaña cualquier consideración centralizadora de la sanidad, conviene considerar algunos elementos de reflexión, aceptando la difícil posibilidad de defensa de toda tesis que señale al Estado como competente en esta materia.

El sistema sanitario se basa en la equidad, esto es, en la superación de la disparidad territorial pese a la diversidad de servicios y a la existencia de diferentes Servicios Autonómicos de Salud. En el punto de partida de estos últimos ya se apreciaban notables diferencias en cuanto a equipamiento sanitario, red hospitalaria y efectivos médicos y auxiliares. Variables en la cantidad y, sobre todo, en la calidad de las prestaciones son notorias entre los distintos Servicios Autonómicos, lo que se traduce en una situación de desigualdad del derecho a la salud. Es variable asimismo el endeudamiento de los distintos Servicios Autonómicos por el crecimiento progresivo del gasto sanitario debido a factores diversos (demográficos, precios, prestaciones reales medias, etc). Todo ello incompatible con el propósito constitucional de garantizar igualdad y equidad o con la garantía de un sistema universal. Pues bien, si no se cumple el objetivo de la prestación, cabría plantear la posibilidad –remota- sobre la reversión de competencias al Estado en aquellas CCAA en las que no se consiga garantizar los mínimos. En este sentido cabría defender, en primer lugar, la vinculación del art. 43 CE al art. 41 CE. Aun con todo el complejo entramado de transferencias en la gestión y la creación de sistemas autonómicos propios, sigue encuadrándose entre las prestaciones de la Seguridad Social y, aunque con mayor presencia

autonómica y más retracción estatal, la prestación sigue siendo competencia exclusiva del Estado. Por lo demás, es el Estado el que ha de garantizar el derecho a la igual prestación en todo el territorio, al margen de la diversidad organizativa en cada CCAA. El art. 41 CE impone que sean los poderes públicos los que mantengan un régimen público que garantice para todos los ciudadanos la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante una situación de necesidad. Todo el desarrollo precedente vincula a la asistencia sanitaria a la Seguridad Social. Incluso la propia Ley de Cohesión (Ley 16/03) reconoce en su preámbulo esa relación entre los arts. 41 y 43 CE y parte de un presupuesto básico y es que el art. 38.1.a) LGSS incluye dentro de la acción protectora del ámbito de la Seguridad Social a la asistencia sanitaria. No parece, por otra parte, que haya obstáculo constitucional alguno toda vez que la S.TC 126/94 admite que la Constitución opta por un modelo abierto que acepta cualquier interpretación al respecto. Y, aunque existe una tendencia mayoritaria que fundamenta en el art. 43 CE la redefinición y refundación de todas las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud al margen de la Seguridad Social, puede defenderse que prima su condición de prestación integrada en la acción protectora de la Seguridad Social para exigir al Estado que garantice el acceso en condiciones de igualdad.

Si así fuera cabría aludir al mecanismo de control excepcional (no ordinario) dispuesto por el art. 155 CE ante supuestos imprevisibles. En atención al mismo, si una CCAA no cumpliera las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impusieren o actuare de forma que atentara gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la CCAA y, en caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general. La previsión de control parlamentario de la legislación autonómica de desarrollo es un requisito *sine qua non* de validez de la ley marco de transferencias en la medida en que, de no contener nada en este sentido, quebraría el sistema de garantías del Estado que ha de acompañar a las cesiones competenciales a favor de las CCAA. Se trata, con todo, de una reacción coercitiva – y extraña- que no es previsible que se produzca. Sólo se podrá recurrir a este mecanismo cuando los medios ordinarios de control no sean suficientes para lograr que las CCAA se atengan a sus obligaciones por respeto al derecho de autogobierno de las regiones, pilar básico de la Constitución. Con todo, las posibilidades de que tal procedimiento se active son, sin embargo, bien escasas. De hecho, sólo se podría instar o por propia iniciativa de la CCAA – que es lo que parecen insinuar en estos momentos algunas CCAA- o a petición del Estado (en ambos casos con acuerdo entre el Estado y la CCAA pues nunca podría el Estado privar de competencia a una CCAA –salvo en los supuestos excepcionales expuestos- ni la CCAA proceder a la devolución de las suyas). Y si, excepcionalmente, se decidiera acudir al procedimiento de reversión del art. 155 CE, la privación deberá afectar, se entiende, a una competencia concreta del mismo modo que cabe la traslación excepcional a la CCAA de una competencia concreta atribuida al Estado.

Sexta.- Paralelamente a su creación, las CCAA han ido asumiendo competencias de forma gradual y cuantas más competencias asumían, más se elevaba su nivel de gastos en un sistema en el que los ingresos no evolucionaban al mismo ritmo. Por esta razón, la cesión de tributos hubo de ser completada con la cesión de otro tipo de impuestos que estaban ligados directa o indirectamente a la asunción de competencias en materia sanitaria (impuesto del valor añadido, tabaco, bebida, etc). De todo ello se deduce que los recursos con los que cuentan las CCAA para financiar la sanidad responden a una muy distinta naturaleza ya que pueden ser, por un lado, impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado, recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado; por otra parte, pueden utilizar a tal

fin sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales; asimismo cabe acudir a las transferencias de un Fondo de Compensación Interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado; del mismo modo, conviene tener en cuenta los rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de derecho privado; y, por último, habrá de ser considerado el producto de las operaciones de crédito. Aún así, existe una opinión generalizada sobre cómo el nuevo modelo de financiación no ha conseguido resolver el gran problema que acecha al sistema desde su creación y es que ninguna CCAA puede sostener su Servicio Autonómico de Salud exclusivamente con los tributos cedidos por el Estado, resultando notorias las desigualdades en la capacidad de autofinanciación.

El sistema se limita, hasta el momento, a autorizar una financiación suficiente para que las CCAA puedan prestar los servicios de sanidad, educación y servicios sociales de los que son competentes en condiciones similares. Lo que no garantiza el sistema es el destino final de dichos recursos, cuya gestión decidirá libremente cada CCAA. Este modelo de financiación sanitario no finalista sino integrado en los presupuestos autonómicos y basado en la autonomía tributaria creciente de las CCAA permite a estas últimas realizar trasvases de recursos intersectoriales, esto es, entre distintas políticas públicas y articular la política tributaria de modo que se consigan mayores recursos. Por eso, la Ley 22/09 reguladora del sistema de financiación de las CCAA ha decidido introducir algunas variables. Además de incorporar una ponderación más objetiva de las necesidades relativas a las CCAA a partir de los factores determinantes del gasto, se articula un mecanismo de actualización anual del reparto de la financiación en función no sólo de la población sino de la evolución de las necesidades relativas y la capacidad fiscal de cada CCAA, lo que permite un mejor desarrollo de las reglas de evolución de los recursos de las CCAA. Esta estructura de financiación ha de ser observada, lógicamente, bajo el prisma de la crisis económica actual. No se descubre nada nuevo si se afirma que una de las principales consecuencias de la misma ha sido el desarrollo de unos presupuestos en el último ejercicio tanto en la Administración General como en las CCAA mucho más austeros. Y, en ese contexto, prácticamente todas las decisiones administrativas o legislativas adoptadas durante los ejercicios de 2010 y 2011 tienden a garantizar la calidad y la sostenibilidad, con objetivos a corto y medio plazo, entre los que destacan los orientados a la contención del gasto farmacéutico.

La contención en los gastos o el incremento de los recursos disponibles propician la participación privada en este ámbito. Y lo hace en dos líneas de actuación: la gestión y la financiación. En cuanto a la primera, la Ley General de Sanidad (Ley 14/86) consagró el principio de libertad de empresa permitiendo la concurrencia de la gestión privada con la gestión pública. Así, las Administraciones públicas sanitarias están capacitadas para establecer conciertos con el objeto de prestar servicios sanitarios con medios ajenos a ellas (art. 90.1 LGS), conservando las funciones de control e inspección sobre los mismos. Ha sido frecuente encontrar, desde entonces, propuestas de modelos de gestión híbridos que combinan los incentivos administrativos con los criterios propios del mercado, atendiendo a la eficiencia en la prestación de servicios o a la competencia empresarial en la misma como los que rigen en las fundaciones públicas sanitarias. La mercantilización de un servicio público y la diversidad organizativa fuera de control han sido algunos de los reproches al ensayo de estas nuevas fórmulas gestoras. En éstas tienen cabida tanto la gestión directa como la indirecta. En la primera, la producción y provisión del servicio se mantiene en manos de los centros sanitarios del servicio público de salud a los que se les atribuye personalidad jurídica mediante fórmulas diversas: entes de derecho público, fundaciones públicas, consorcios, etc. Cada CCAA elige la forma concreta en la que desea dispensar su gestión. Por lo que se refiere a la gestión indirecta, la provisión del servicio se mantiene en el servicio de salud pero su

producción se contrata al sector privado mediante contratos de externalización con o sin finalidad lucrativa. Normalmente se emplea la vía de los conciertos regulados en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en forma de concesión, gestión interesada, concierto con persona natural o jurídica y sociedad de economía mixta) a través de los conciertos para la prestación de servicios sanitarios o se recurre a los convenios singulares de vinculación. Queda constatado que las nuevas fórmulas de gestión suelen aplicarse a centros hospitalarios de nueva creación y de un tamaño mediano o pequeño, nunca en grandes hospitales que son los que probablemente requerirían de una mayor innovación en la gestión y una mejor adaptación organizativa, teniendo en cuenta que el diseño de los mismos respondía al enfermo agudo cuando en la actualidad el patrón responde a la cronicidad en la enfermedad. Por el momento, no se ha podido precisar si la gestión directa es más eficiente que la indirecta u ocurre a la inversa.

En cuanto a la financiación, ya desde los años noventa se viene planteando la posibilidad de obligar a los beneficiarios (que no usuarios) a participar en el coste de los servicios sanitarios, siquiera de forma simbólica. Ocurre, sin embargo, que, siendo el gasto sanitario de naturaleza eminentemente pública, en casi una cuarta parte del mismo está siendo financiado en la actualidad directamente por los beneficiarios bien por el creciente mercado alcanzado por los seguros privados en este ámbito bien por la necesidad de cubrir necesidades no incluidas en el sistema (copago de las medicinas, atención bucodental, prótesis, óptica, etc). Por lo demás, son esos mismos beneficiarios los que, con sus impuestos, contribuyen a la financiación del sistema. Pues bien, al valorar la eficacia de los mecanismos de participación directa en el coste por parte de los beneficiarios, hay que considerar cuál es el motivo principal que mueve a las autoridades a establecerlos o, en su caso, a incrementarlos. Existen básicamente dos razones; o bien reducir o eliminar la demanda innecesaria o bien la necesidad de aumentar los ingresos públicos. En relación con la primera de estas razones, y según indica la práctica, los copagos en sentido amplio no sólo tienden a reducir la demanda innecesaria sino también la necesaria. En un mercado caracterizado por la asimetría informativa entre paciente y profesional sanitario parece razonable que los mecanismos de racionalización del consumo sanitario recaigan básicamente sobre el lado de la oferta, sin perjuicio de que estos mecanismos puedan complementarse con otras medidas. En cuanto a la implantación de copagos como instrumento de recaudación de ingresos públicos, es preciso advertir de que su eficacia recaudatoria puede verse seriamente afectada por los costes de administración asociados a su diseño. Siguiendo esta línea de actuación, existen, en principio, tres sistemas básicos de costes compartidos en materia de salud. En primer lugar, los deducibles, que establecen un nivel de gasto inicial del paciente a partir del cual empieza a actuar la cobertura aseguradora; la conducta que provoca es de contención inicial de la utilización, inhibiendo el uso en problemas menos graves, estudios iniciales de enfermedades y visitas periódicas preventivas. En segundo término, los copagos, que cargan una cantidad por servicio utilizado pero no por su coste y con el que se persigue una conducta de moderación en el volumen de servicios demandados o utilizados, modelo que deberá admitir cómo el coste de los servicios prescritos o indicados cae más bajo la responsabilidad de quien los provee (sistema sanitario y profesionales de la medicina) que de quien se beneficia de ellos (pacientes). Y, finalmente, los coseguros, que suponen pagar un porcentaje del coste de los servicios utilizados y por ello se hallan más influidos por la preocupación del gasto del asegurador; con esta fórmula, según se dispensen más servicios, la carga financiera que recae en el paciente se vuelve mucho más gravosa.

Séptima.- El copago o ticket moderador constituye una medida de participación en los costes en el momento del consumo. Estas medidas consisten en que el usuario abone una parte

del coste de cada servicio consumido. La parte financiada puede suponer un importe fijo por cada unidad o servicio o bien una proporción del coste total; asimismo se puede establecer una aportación máxima o un conjunto de exenciones de la aportación en función de distintos criterios. Desde muchos sectores se insiste en la necesidad de responsabilizar a los beneficiarios del sistema a través de la introducción de copagos en atención primaria y urgencia y la revisión del actual modelo de copago farmacéutico que se ha ido desactualizando con el paso del tiempo. Estas medidas no deberán tener una finalidad recaudadora exclusivamente, sino que perseguirán la mejora de la calidad de la atención primaria induciendo a un mejor uso de la misma y con más tiempo de atención al paciente por parte del médico. Los copagos selectivos, de baja intensidad y evitables son los sistema de modulación más habituales para condicionar el comportamiento de los pacientes. Forman parte de este sistema de modulación los copagos de muy baja cuantía o de carácter simbólico, los copagos evitables, adscritos a servicios no esenciales, o el gravamen de algunos servicios cuando existe una cierta capacidad de sustitución mutua (especialista/generalista). Las exenciones son, por su parte, los mecanismos moduladores básicos para preservar la equidad al instaurar la participación en el coste de los pacientes; pueden ser de muchos tipos: edad (niños, jóvenes, ancianos), condición biológica (embarazo), condición funcional (discapacidad), patologías con externalidades sociales (infecciones, vacunación, enfermedad psiquiátrica grave), riesgo que originó el daño (gratuidad en ATEP), patologías crónicas (vía medicamentos específicos), grupos de enfermos (síndrome tóxico), condición socioeconómica (pobreza, etnia, exclusión social), etc.

En España, la fórmula del copago no resulta extraña en materia de protección social por cuanto se encuentra presente tanto en la prestación farmacéutica como en la prestación por dependencia. En la atención farmacéutica, el copago varía en función de un conjunto de factores: utilidad terapéutica de los fármacos, gravedad o cronicidad de la enfermedad, edad o capacidad económica de los individuos. En el control del gasto farmacéutico también prima la reducción de las listas de medicamentos autorizados, los precios de referencia y el fomento de la utilización de genéricos. El gasto farmacéutico tiene por objeto tanto la reducción del coste soportado por el sector público, transfiriendo este coste a las familias (financiación pública *versus* financiación privada) como la moderación del consumo propiamente dicho. Influyen asimismo sobre el grado de equidad social que producen estas políticas. Los mecanismos de participación en el pago, aunque se pretende que sirvan para frenar la sobreutilización de los fármacos, pueden afectar de forma directa a la demanda de la población con niveles de renta bajos que a los de rentas altas. Suele tratarse de una población con niveles de salud más bajos por su escasa prevención, lo cual determina una mayor necesidad de utilización de fármacos y una menor capacidad para adquirirlos. De ahí que se insista en las consecuencias que tiene la instauración del copago y en la influencia que el mismo tiene en la fractura de la cohesión social por cuanto cualquier tasa por pequeña que sea tendrá un efecto negativo sobre la salud de los sectores socialmente más desfavorecidos.

Del análisis de la experiencia ya existente en estas fórmulas de cofinanciación, cabe extraer algunas consideraciones. En primer lugar, los estudios realizados sobre los efectos del copago determinan que la eficacia en la contención del gasto sanitario es mínima o irrelevante, las cuotas de participación son un impedimento de importancia en el acceso a los servicios para las personas pobres y ancianas que viven con bajos ingresos, que retrasan o impiden el uso de servicios sanitarios necesarios y no se ha demostrado su capacidad para contener la demanda que, incluso, en algunos casos se incrementa. En segundo término, el copago puede tener costes indirectos no considerados inicialmente. Al restringir las visitas necesarias puede producirse un empeoramiento de las enfermedades que acaban generando

gastos que podían haber sido evitados. Por lo demás, el rendimiento real de los copagos en términos económico-financieros es muy bajo, si se cuenta el coste de la recaudación, la protección a rentas bajas, las exenciones y la protección a usuarios permanente o los techos anuales de aportación. Los recursos pueden alcanzarse, de hecho, por otras vías (luchar contra la economía sumergida o establecer algunas mejoras en la tributación de las mayores fortunas). Además, el usuario de servicios sanitarios no puede ser considerado como un cliente o comprador típico sino que es el facultativo el que decide la demanda de sus servicios como profesional que diagnostica y prescribe el tratamiento del paciente. Por otra parte, la reducción en el consumo es progresiva a media que aumenta el porcentaje de participación a cargo del usuario con una ligera excepción en el caso de la hospitalización y con un impacto más negativo en la población infantil que en la adulta. De ahí que, si se contempla la participación privada en el coste de la atención sanitaria, deberá imponerse un sistema selectivo.

Octava.- En materia de dependencia, la aplicación progresiva de su cobertura hasta el año 2015 ha generado un dispar resultado en las CCAA, algunas más reticentes a propiciar su aplicación. Establece la Ley 39/06 que regula esta prestación un derecho subjetivo, universal, de carácter público, con una atención integral e integrada que abarca medidas de prevención, rehabilitación, estímulo, requiriendo el desarrollo en el entorno habitual de vida del dependiente, garantizando la calidad, sostenibilidad y accesibilidad de los servicios con la colaboración de servicios sociales, sanitarios y, especialmente, con la participación de la familia o del entorno en tal misión, con una financiación pública pero con participación privada y con el apoyo decisivo y determinante de las CCAA. Para ello dispone una cobertura dirigida a toda persona que por razón de edad, discapacidad o enfermedad sufre una alteración en su autonomía física, psíquica, mental, intelectual, sensorial, precisando la ayuda de un tercero para realizar las actividades básicas de la vida diaria. La norma opta por anteponer una prestación en especie –o de servicios- a una prestación económica –que tendrá carácter excepcional-. La prioridad por los servicios se deduce no sólo del texto de la norma sino del Catálogo que la misma recoge precisando la naturaleza y la finalidad de cada uno de ellos así como el carácter “prioritario” de los mismos. Son servicios destinados o bien a la promoción de la autonomía personal (teleasistencia, ayuda técnica para la autonomía personal, ayuda para la adaptación y accesibilidad de la vivienda y asistencia personalizada) o bien a la protección de la dependencia (ayuda a domicilio, atención a través de centros de día o de noche y atención permanente a través de residencias especializadas).

Por su parte, la prestación económica, exenta de tributación, se estima excepcional y sólo se percibirá en algunos supuestos (imposibilidad de atención por servicios públicos o concertados o cuando las condiciones de convivencia y habitabilidad de la vivienda permitan la atención del dependiente a través de cuidadores). También con carácter excepcional las personas con gran dependencia podrán recibir una prestación económica de asistencia personalizada. En todo caso, cualquier prestación económica personal estará vinculada a la adquisición de un servicio, siendo responsabilidad de los poderes públicos la supervisión del destino y la utilización de estas prestaciones al cumplimiento de la finalidad para la que le fueron concedidas. Por lo que se refiere a la prestación económica destinada a cuidadores no profesionales se someterá a las normas que prevén las condiciones de acceso y el respeto a las normas sobre afiliación, alta y cotización en Seguridad Social de esta nueva actividad. Por último, la prestación personalizada para personas con gran dependencia se destina a la contratación de una asistencia personalizada, durante un número de horas que facilite al beneficiario una vida más autónoma, el acceso a la educación y al trabajo y el ejercicio de sus actividades básicas en la vida diaria. La cuantía de las prestaciones económicas deberá

aprobarlas el Gobierno mediante Real Decreto. De su cuantía se deducirá cualquier otra que perciba el beneficiario de análoga naturaleza o finalidad (complemento de gran invalidez, necesidad de un tercero en la invalidez no contributiva, complemento por hijo a cargo mayor de 18 años con minusvalía, subsidio de ayuda a tercera persona de la LISMI, etc). Y todas estas prestaciones económicas quedarán integradas en el Registro de Prestaciones Sociales Públicas de manera tal que todos los organismos o entidades que se ocupen de su gestión deberán suministrar los datos correspondientes a las mismas. La práctica, la crisis, la necesidad de que operen empleos informales para reducir la economía sumergida han invertido esta tendencia, constituyendo hoy norma la concesión de una prestación económica y siendo la excepción la prestación de servicios.

Siendo cierto todo lo anterior, la dependencia se basa principalmente en una atención sociosanitaria. El Servicio Nacional de Salud dispone de una cartera de servicios que implica una obligación de dar y de hacer. Mas esa cartera de servicios, en cierto modo y en relación a la dependencia, se encuentra condicionada no tanto por la red sanitaria de cada CCAA sino por la red de servicios sociales a los que deberá adaptarse la prestación sanitaria –o viceversa-. La intervención finalista de la protección sanitaria destinada a la dependencia debería entrar dentro de los cánones de financiación del Sistema de Dependencia y no del Sistema Nacional de Salud, dejando al margen esos recursos para otras necesidades del sistema sanitario. Pues bien, siendo así que las CCAA tienen competencias tanto en sanidad como en asistencia social - lo que debiera ser considerado una ventaja en la gestión de la prestación por la concurrencia de ambos ámbitos en la protección por dependencia-, no ha dado buenos resultados por el momento sino que, bien al contrario, han demostrado no tener una buena combinación. La primera universal, financiada básicamente por impuestos y establecida como un derecho subjetivo; la segunda, discrecional, configurada como una expectativa de derechos y financiada en función de las disponibilidades presupuestarias autonómicas o locales. Ahora la Ley 39/06 obliga a ambos sistemas a combinar esfuerzos para posibilitar una atención integral y para garantizar un derecho subjetivo.

En esa integración de la Seguridad Social –que traslada algunas de sus prestaciones al ámbito de la dependencia-, la sanidad –que determina la atención sanitaria del dependiente- y la asistencia social –que aporta la atención para garantizar una calidad de vida al beneficiario de esta prestación-, la financiación adquiere una importancia primordial. Como es sabido, la financiación de esta nueva prestación dependerá de las Administraciones Públicas (aproximadamente un 67% del coste total) y se completará con la aportación de los beneficiarios (de ser así, en el 33% restante), volviendo a recurrir el legislador español por la fórmula del copago. La UE recomienda tener en cuenta tres factores, al menos, a la hora de elegir un modelo de protección por dependencia. A saber, la posibilidad de que toda la población acceda a las prestaciones por dependencia, independientemente de los ingresos o del patrimonio; la presencia de un alto nivel de calidad asistencial y, finalmente, la sostenibilidad financiera de las prestaciones. Los Estados miembros de la UE han ensayado todo tipo de protección de la dependencia: cobertura a través de la Seguridad Social contributiva y con cargo a cotizaciones, cobertura a través de la Seguridad Social no contributiva y con cargo a impuestos, cobertura a través de la asistencia social, los servicios sociales, el sistema nacional de salud y, muy especialmente, el aseguramiento privado, etc. Pues bien, España ha optado por la fórmula del copago si bien, a diferencia de lo que sucede con las necesidades farmacéuticas, aquí la contribución no es igual para todos sino que se realizará proporcionalmente según la capacidad económica personal (renta y patrimonio) y en virtud del coste del servicio prestado. Por eso, pagarán menos o no lo harán quienes carezcan de recursos y contribuirán en mayor medida quienes tengan mayor capacidad económica, posibilitándose la suscripción de un contrato de seguro de dependencia para prever la

cobertura de este riesgo. Tampoco la aportación de las CCAA será uniforme pues cada una de ellas, en función de sus previsiones y necesidades, firmará un Convenio de colaboración con la Administración General del Estado concretando las obligaciones que asume, siendo la aportación de cada CCAA al menos igual a la que realice la Administración General del Estado. De acuerdo con este esquema, la Ley viene a configurar un nivel de protección mínimo (establecido por el Estado), un nivel de protección consensuado (entre el Estado y cada CCAA mediante un Convenio de Colaboración) y un nivel de protección adicional (fijado por cada CCAA).

Novena.- Con carácter general, existen dos modelos básicos de determinación de la cuantía a abonar por parte del beneficiario. Por un lado, el modelo asistencial que supone una cuota fija que se corresponde con el precio de referencia del servicio y la Administración aplica bonificaciones por el importe que el individuo no puede pagar. El importe a pagar es el resultado de restar a su renta un importe denominado "garantía de ingresos". Por tanto, el beneficiario deberá aportar toda su renta en el bien entendido de que la cantidad aportada no puede superar el importe del precio de referencia topado. Por el contrario, el modelo progresivo es aquel que el individuo paga en función de su renta (renta más patrimonio). La cuota a pagar será el resultado de aplicar a su renta una escala de tipos de gravamen progresivos en función de tramos de renta del beneficiario. Se establecen mínimos exentos o garantía de ingresos para asegurar a los individuos una determinada cantidad de recursos económicos. Incluso cabría aludir a un tercer modelo, el modelo progresivo mixto, esto es, la combinación del modelo progresivo y una cuota fija. El modelo progresivo se aplicará sobre la parte del precio del servicio asistencial y la cuota fija sobre la parte del precio del coste hotelero y manutención, de esa forma la progresividad sólo aparecería sobre la parte del coste asistencial.

En la concreción de la participación privada en la protección por dependencia, España ha optado por un modelo progresivo en el adquieren un interés especial los parámetros a utilizar para cuantificar dicha aportación. La consideración del tipo de servicio, del coste del mismo o la capacidad económica del beneficiario –basada en la renta y patrimonio personal que no familiar- pueden generar focos de fraude y una contribución territorial a la valoración de estos parámetros no homogénea. El gasto puede ser adicional para la familia o íntegro si el dependiente se halla solo, puede incluir todos los gastos requeridos o sólo alguno de ellos o puede circunscribir al gasto médico o a los gastos específicos de manutención u hostelería. Así, si sólo se fija una tarifa única se optará por los servicios más caros y también por aquellas CCAA que dispensen una mejor protección, condicionando el carácter universal de la cobertura. No impide el copago generar derechos subjetivos perfectos pero sí dificulta la universalidad puesto que hace prevalecer la necesidad técnica sobre la necesidad económica del receptor. Por lo demás, puede incentivar el fraude pues si la capacidad económica se halla en función del patrimonio nada obsta a la aparición de movimientos patrimoniales con anterioridad a la situación de dependencia. Depende, asimismo, del tipo de financiación que se establezca. Si la financiación se hace a través de impuestos debiera deducirse del copago el coste sanitario puesto que el mismo se encuentra ya universalizado restando sólo el coste social.

En todo caso, la contribución del beneficiario exige determinar su capacidad económica. A tal fin, no se incluyen las rentas producidas por las variaciones patrimoniales al tener un carácter excepcional y no periódico ni las rentas del cónyuge si la tributación fuera conjunta y, por otro, deberán incluirse las prestaciones exentas de tributación en el impuesto de la renta de las personas físicas como son, por ejemplo, las prestaciones de invalidez. La renta se incrementa con un porcentaje del patrimonio del beneficiario. Y, así, en la estimación

del patrimonio inmobiliario no se incluye el valor de la vivienda habitual ya que en la declaración del impuesto de la renta de las personas físicas la propiedad de la vivienda habitual no se considera un rendimiento. Sólo deberá tenerse en cuenta cuando el beneficiario accede a un servicio residencial excepto si continúa viviendo en el domicilio el cónyuge o miembros de la unidad familiar que dependan del beneficiario como carga familiar. Sólo a quienes recurran al servicio residencial se les incrementará su capacidad económica como consecuencia de la imputación de su patrimonio.

Pero, además, la Ley 39/06 prevé la posibilidad de establecer un seguro privado que respalde el posterior copago del beneficiario. Esta cobertura podrá instrumentarse, como ocurre con los compromisos por pensiones, bien a través de un contrato de seguro (con entidades aseguradoras o mutualidades de previsión social) o mediante un plan de pensiones. La cobertura de la dependencia realizada a través de un contrato de seguro obliga al asegurador, para el caso de que se produzca la situación de dependencia, al cumplimiento de la prestación convenida con la finalidad de atender, total o parcialmente, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales para el asegurado que se deriven de dicha situación. Dicho contrato de seguro podrá articularse tanto a través de pólizas individuales como colectivas. Por su parte, los planes de pensiones que prevean la cobertura de la contingencia de dependencia deberán recogerlo de manera expresa en sus especificaciones. Pero se trata de un sistema no exento de reticencias por parte de quienes consideran que si la protección de la dependencia evoluciona hacia un aseguramiento privado complementario, las desventajas son numerosas. Se apuntan, entre otras, que el seguro público permite combinar criterios actuariales y redistributivos, evitando la selección típica de riesgos de las empresas privadas; por lo demás, el seguro público garantiza recursos durante el período de necesidad, con independencia de la evolución de los tipos de interés y las tasas de inflación; funciona, por otro lado, de inmediato, a diferencia de la reserva de capital que exige el seguro privado; y, finalmente, todo aseguramiento público reduce los costes de transacción y administración de sus prestaciones. Por lo demás, el seguro sólo atrae a aquellos que presuman que pueden padecer algún riesgo de dependencia pues el resto de la población no percibe el riesgo. De ahí que se opte por fórmulas consideradas menos arriesgadas, una vez que la contingencia se presenta. Tal es el caso de la conversión del patrimonio del solicitante en una renta periódica vitalicia que financie la prestación sin contribución al sistema público o el recurso a las denominada hipoteca inversa, esto es, emplear la vivienda ya adquirida como contraprestación para disfrutar de una mejor calidad de vida durante los últimos años de la misma. Este instrumento de aseguramiento permite garantizar una renta mensual a través de la garantía de la vivienda hipotecada. Con él se avala el pago de la prestación con el importe de un bien inmobiliario que, en su momento, descontará de su valor el total percibido por el beneficiario hasta la fecha con motivo de protección por dependencia. La tasación del inmueble, el tipo de interés en la fijación del contrato, el plazo del crédito, etc, serán factores que influyan en la cuantía de la renta a obtener. La titularidad de la vivienda sería conservada por el beneficiario de la renta en cuestión que podría transmitirla en herencia, deduciéndose del importe de la misma del crédito concedido y utilizado.

La participación privada puede extenderse asimismo a la gestión en términos similares a los considerados en el ámbito sanitario. La Ley 39/06 permite también esta participación, en especial en lo que se refiere a la prestación sociosanitaria. Y, así, si las Administraciones públicas sanitarias están capacitadas para establecer conciertos con el objeto de prestar servicios sanitarios con medios ajenos a ellas, conservando las funciones de control e inspección sobre los mismos, también podrán hacerlo para la atención de la dependencia. Se permitirá también esa misma gestión híbrida que combina los incentivos administrativos con

los criterios propios del mercado, atendiendo a la eficiencia en la prestación de servicios o a la competencia empresarial en la misma como los que rigen en las fundaciones públicas sanitarias. La mercantilización de un servicio público y la diversidad organizativa fuera de control han sido algunos de los reproches al ensayo de estas nuevas fórmulas gestoras.

Décima.- Amén de todas las opciones consideradas, no dejan de surgir otros planteamientos para garantizar el sistema de protección social que repercutiría directa o indirectamente en la participación privada. Por un lado, se alude a la necesidad de sustituir parte de las cotizaciones sociales que abonan trabajadores y empleadores a fin de reducir los costes laborales por un incremento de determinados impuestos como, por ejemplo, el impuesto del valor añadido. Una hipótesis no exenta de críticas pues, por ejemplo, además de lograr un efecto altamente inflacionista, habría que tener en cuenta que sólo el 50% de este impuesto es recaudado por la Administración del Estado, mermando así la capacidad recaudadora de éste en relación a la Seguridad Social. Además, un incremento del impuesto sobre el valor añadido no repercutiría tanto en los factores de producción, aunque sí favorecería las exportaciones (exentas de tal impuesto) y gravaría las importaciones. Provocaría, sin embargo, una reducción en la capacidad de compra y consumo de los hogares, lo que repercutiría negativamente sobre la actividad de las empresas y, por tanto, sobre el empleo. Generaría, por lo demás, esta sustitución una penalización a las empresas más eficientes o a aquellas fuertemente capitalizadas. Y, en fin, no produciría los efectos deseados si se tiene en cuenta la influencia que tiene la economía sumergida en la recaudación.

Junto a este concreto ejemplo existe la posibilidad de establecer nuevos impuestos (tasa ecológica) o el incremento de los existentes (carburantes, alcohol, impuestos sobre determinados productos financieros, etc) con la finalidad específica de contribuir al sostenimiento del sistema de protección social. Pero también cabe plantear la posibilidad de recurrir a la tasa francesa de contribución social generalizada. Se trata de una contribución universal sobre todas las rentas destinada a la financiación de todas o de algunas prestaciones sociales. Un impuesto que en Francia se amplía a todo tipo de ingresos, sea cual sea su naturaleza: rentas profesionales, pensiones, prestaciones sociales, ingresos no salariales de trabajadores autónomos, ingresos patrimoniales, de inversión, con una financiación más equitativa en la que intervienen todo tipo de rentas.