

LA SEGURIDAD SOCIAL: SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS

POR RAMÓN LÓPEZ FUENTES*

Como viene siendo tradicional ya en los últimos años, la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo (UIMP), dedica un espacio importante, dentro de sus cursos de Otoño en la capital Hispalense, a temas de interés y actualidad legislativa laboral, en nuestro país. Dentro de este ciclo, sobresale el Seminario sobre la situación actual y futuro del sistema de Seguridad Social (1). For donde, con la participación de numerosos expertos y de representantes, de lo agentes sociales y de las principales fuerzas políticas del país, se plantea la necesidad de establecer fórmulas que, al desarrollarse, permitan garantizar la vigencia y mantenimiento de un futuro sistema de protección social. Al respecto, se cuestionan numerosos aspectos relacionados con la seguridad social, que, con el fin de poner cierta claridad en la exposición, podemos agrupar en tres apartados principales:

I) Los problemas actuales de la Seguridad Social en España.

II) Situación en algunos países miembros de la Unión Europea: Alemania, Francia e Italia.

III) La Seguridad Social en nuestro Tribunal Supremo y en el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea.

I. LOS PROBLEMAS ACTUALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA

1. Panorama general del sistema español de Seguridad Social

En este primer bloque temático de materias, retomaremos algunas notas postuladas por Jiménez Fernández (*La evolución de la Seguridad Social en España*) y por Ferreras Alonso (*La Gestión en el sistema español de Seguridad Social*). Al respecto, hay que distinguir, la nueva orientación que se perfila en la seguridad social, durante los últimos años: desplazamiento de una concepción «subjetiva» de la protección, hacia planteamientos esencialmente «económicos» de la misma. Cambio favorecido por un incremento del gasto en este concepto (entre 1980 y 1995 se ha pasado de aproximadamente 1,7 a 10 billones ptas).

* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo (Universidad de Sevilla).

(1) Seminario *La Seguridad Social: Situación actual y perspectivas* (Sevilla, del 25 al 27 de septiembre de 1995).

Resulta obvio que, la seguridad social, supone una fuerte carga financiera para el Estado. Hecho que, aún entendiendo no atribuible a una sola variante, se condiciona en gran medida, por la presión económica derivada de mantener nuestro actual sistema de pensiones como elemento fundamental de protección social. Importancia que, sin ser exhaustivo, podemos achacar a factores tales como:

1.- Relevancia del cuántum total de las prestaciones (con casi 7 millones de pensiones, entre las que se incluyen unos 500.000 pluripensionistas). Pensiones que en su conjunto, tienen muy variada distribución: aproximadamente un 46,73% lo son por jubilación, un 29,11% muerte y supervivencia y un 24,16% por invalidez (2).

2.- Los incrementos precisos, para atender a las mejoras y revalorizaciones que permitan mantener el poder adquisitivo de las prestaciones y evitar así, su desajuste con el crecimiento económico. Tarea que, se han producido, mediante diferentes medidas y partidas económicas; pero donde merecen especial atención los complementos por mínimos, que en los últimos años han sufrido un incremento en torno al 10%.

3.- El «Efecto de Sustitución» (por el cual las pensiones que desaparecen del sistema de seguridad social van siendo sustituidas por aquellas otras que se incorporan). Variable que, dejando a salvo períodos muy concretos de reconversión industrial, se mantiene en un crecimiento interanual «normal» que ronda el 1,5%.

4.- Una prolongación en el tiempo de percepción de prestaciones, como consecuencia de una mayor esperanza de vida. Sin perjuicio que, efectivamente, se incrementa también la edad media a partir de la cual se accede a la prestación (por ejemplo en las pensiones por jubilación de una edad de 62,47 en 1988 se ha pasado a 62,91 en 1993; o en el caso de invalidez que de 48,44 años, se pasa a 50,5 en el mismo período de tiempo).

Como lógica contrapartida, y a fin de afrontar unas mayores necesidades de cobertura social, se incrementará el gasto. Incremento que lleva aparejado, la necesidad de una evolución en las fuentes de financiación y que se refleja en un traslado de porcentajes relativos. Complejo proceso, donde cobran importancia (a efectos de financiación de la seguridad social) las aportaciones por parte del Estado; en detrimento, de una menor repercusión de las cotizaciones. Paso que, por supuesto, no supone una modificación sustancial a nuestro sistema contributivo, donde la mayor parte de la carga se sufraga a través de las cotizaciones.

Para lograr entender, en su justa medida, las cuestiones derivadas de una situación como la descrita y encontrar soluciones a la misma, se hace precisa una revisión de toda la estructura del sistema de seguridad social. Obra que abarca diversos aspectos tales como el concepto mismo de seguridad social (respecto a su concepción omnicompreensiva) y pasando por las técnicas de aportación y gestión; los requisitos de acceso; tipo de prestaciones a obtener, o los supuestos de protección diferenciada. Quehacer, donde las contribuciones de foros como el presente, despliegan su virtualidad. No sólo, a efectos de constatar la realidad del sistema, sino con el fin de analizar el alcance y desarrollo de previsiones como las

contenidas en el «Pacto de Toledo» (en aspectos prioritarios como la estructura financiera del sistema y la gestión de los recursos existentes).

Por último añadir, que esta necesidad de reformas y modificaciones, no es entendible como proceso uniforme. Ya que, ni todas las prestaciones (y sus niveles de cobertura) son iguales, ni tienen, la misma repercusión dentro de la seguridad social. En consecuencia, tampoco, el impacto de estos cambios podrá ser igual en las diferentes contingencias protegidas.

2. El impacto económico de las pensiones en la Seguridad Social

El actual sistema de pensiones, en cuanto supone la mayor carga económica para la seguridad social (3), será el gran afectado por la reforma en la estructura financiera del sistema de previsión social. Resulta paradójico por tanto que, el legislador y los propios participantes en el Seminario, se planteen en la revisión, del régimen de pensiones, en términos muy amplios y ambiguos. Apuntando eso sí, la preocupación que para todas las fuerzas sociales tiene la materia (en especial, respecto al impacto económico que supone mantener un modelo como el actual), pero sin entrar en propuestas normativas concretas.

Resultan sugerentes, ante planteamientos tan generales, las aportaciones de Lagares Calvo (*La financiación de la Seguridad Social*). Autor que, desde una perspectiva económica, no sólo justifica la inclusión de la Seguridad Social en la Hacienda pública (4); sino que define ciertas pautas a seguir en la reforma del sistema de protección social. Desarrollo que, no sólo debe atender a una redistribución de medios, sino que, estará condicionado por otras variables más o menos homogéneas. A fin, de realizar esta tarea eficientemente, es preciso:

a) Encuadrar a los beneficiarios. A través de criterios generales o profesionales.

b) Configurar las formas de financiación. Ya sea mediante una concepción tributaria de imposición general, o en base a las cotizaciones. Con el añadido, en este segundo caso, de tener que optarse por un sistema de capitalización o reparto. Criterios que, se condicionan a su vez, por la idea de eficacia (inspirado de todo el sistema de seguridad social).

c) Fijar los tipos de prestaciones, en relación a los beneficiarios.

- (3) No hay que olvidar la incidencia económica que supone la Seguridad Social, y las pensiones como bloque principal de la misma, sobre el sector público (con datos en torno a un tercio del mismo y con una traducción económica, ligeramente inferior al 50% del PIB). Por lo que, toda reducción del gasto, implica una disminución del déficit público, facilitando la consecución de los objetivos de convergencia marcados por la UE.
- (4) Al entender como necesaria su asunción por parte de los poderes públicos. En cuanto que la asignación del mercado a veces es incorrecta; no es eficiente, ya que no todos los riesgos sociales pueden ser asegurables por el sector privado, y cuando lo son, no siempre configuran la opción adecuada (de hecho, no hay que olvidar que junto a variables económicas :

d) Por último señalar que, y pese a las críticas que se realicen al sistema de reparto (5), éste es el medio más idóneo actualmente, para afrontar los problemas de financiación derivados de un modelo de pensiones como el nuestro (o al menos similar (6)). Pues todo cambio, que supusiera pasar a un sistema de capitalización, sin el reconocimiento de un amplio período transitorio, significaría hipotecar las prestaciones futuras de al menos dos generaciones de trabajadores.

En relación a las características esenciales de nuestro sistema de pensiones, indicar tan sólo, que estamos ante un sistema profesional, anclado en las cotizaciones (pero con un porcentaje importante de transferencias por parte de la Administración) y de reparto. Con los problemas derivados, de unas bases de cotización tarifadas (petrificación (7), regresividad (8) y elevados tipos) y la incógnita añadida sobre la calificación, como prima de seguros o impuesto general, de las aportaciones que se realizan.

Análisis que obliga a ser muy críticos, sobre la idoneidad, de una reforma completa y en profundidad de las pensiones. Pues todo tratamiento, que no se realice de forma gradual, supondría una sacudida al resto de prestaciones del sistema.

En cualquier caso, sea en aspectos puntuales o en profundidad, toda reforma obligará a una actuación, al menos, en tres líneas principales: fuentes de financiación, requisitos para generar las prestaciones y gestión eficaz del sistema (9).

3. Prestaciones para la protección familiar (de carácter contributivo).

González Ortega (*La protección familiar en la Seguridad Social*) parte en su exposición, del análisis de la LGSS en su artículo 38, sobre prestaciones por familiares a cargo. Incidiendo sobre la visión limitada y estricta de la protección familiar, que se obtiene de tal estudio, al concebirse como aquéllas que surgen a consecuencia de un incremento en el gasto, pero sin entrar en la consideración de otros factores. Una limitada visión económica de las mismas, que obliga a tomar en consideración concepciones más generales sobre estas prestaciones y que permitan superar esta limitada visión del legislador. Reformulación que obligará a cuestionar la vigencia del sistema familiar tradicional (donde el padre de familia era la única o principal fuente de ingresos, que asumía las cargas en cuanto existía un vínculo matrimonial), pues cada vez son más frecuentes no sólo las uniones de hecho, sino las familias monoparentales. Una realidad familiar que se ve con-

- (5) Al entender que no fomenta el ahorro privado y reduce la demanda de empleo por el encarecimiento de los costes.
- (6) Pues aproximadamente dos tercios del total de las aportaciones, al sistema de financiación de la Seguridad Social, proceden de las cotizaciones; un 30% de transferencias del sector público y el resto en atención a otros conceptos.
- (7) O poca flexibilidad recaudatoria al no seguir los movimientos de las variables introducidas en el mercado.
- (8) Al conectarse las bases de cotización con las prestaciones, se obliga a mantener los topes.
- (9) Obra que precisa, no sólo de una labor jurídica, sino, de la intervención de áreas de conocimiento tales como la economía o la sociología.

dicionada también, por un retraso de los hijos, en abandonar el domicilio familiar. Aspectos que deben tenerse muy en cuenta, si se quieren articular medidas que superen la vigente regulación y falta de efectividad, de las prestaciones familiares; donde, como ya hemos mencionado, las circunstancias personales ocupan un papel secundario respecto a las económicas.

Del análisis de las prestaciones, que podemos encajar en este apartado de protección familiar, llaman la atención, por su configuración, las de cuidado por hijos y la de viudedad.

Respecto a la primera de ellas, resulta llamativo que en las sucesivas modificaciones a que se ha visto sometida, haya ido excluyendo sujetos protegidos (aunque se hayan mejorado los niveles de cobertura). Evolución que resulta previsible, desde una concepción uniforme de la prestación, derivada y sometida a un umbral (por la necesidad de limitar su cuantía). Pero que, aún así, se entiende insuficiente y criticable en su formulación. Tanto porque supone un límite, que no garantiza un mínimo de recursos (pues la cuantía de estas prestaciones poco ayuda para atender al cuidado de los hijos, salvo que se vean afectados por incapacidad), como porque no se atienden a circunstancias tales como el grado de convivencia. Valoración que, entendemos, debe seguir siendo muy negativa y pesimista (acentuada por el pobre balance sobre la virtualidad de la prestación) (10); máxime, si comparamos con sistemas como el francés, donde no sólo se considera el grado de convivencia (a efectos de generar derecho a estas prestaciones), sino que juega un papel determinante en el reconocimiento de la prestación.

Por contra, en las prestaciones por viudedad (que sí tiene en cuenta el grado de convivencia), las críticas aparecen en otra dirección y en un doble campo de referencia:

a) La petrificación que supone aceptar sólo el matrimonio, como hecho jurídicamente relevante, para acceder a la prestación. Sin perjuicio, de reconocer el avance que significa aceptar como irrelevante el mantenimiento del vínculo matrimonial, en aras de generar derecho a la pensión por viudedad (para el caso de separación o divorcio). En consecuencia, no deja de ser paradójico la no aceptación de las uniones de hecho, desconociendo así la realidad social, a efectos de generar derechos a este tipo de prestaciones.

b) Carácter compensador de la prestación. Al entender que ésta, se concede para suplir la pérdida de ingresos que supone el fallecimiento del cónyuge. Carácter compensador que desnaturaliza, el origen de las prestaciones familiares:

- al permitirse su compatibilidad con otras percepciones derivadas del trabajo
- y en cuanto se reafirma, indirectamente, una concepción «aseguradora» de la prestación (11).

(10) Reiterando su concepción como prestación reducida, que aborda sólo un aspecto limitado de la carga, con la excepción de hijos incapacitados

(11) Al entenderse, que por haber cotizado al sistema, se genera el derecho a la compensación, por el menoscabo de ingresos que supone la muerte del cónyuge-trabajador.

4. Política de empleo y protección por desempleo como parte de la Seguridad Social.

En la exposición de clausura, ALARCÓN CARACUEL pone de manifiesto que, entre Política de Empleo y Protección por desempleo, existen relaciones tanto conceptuales como empíricas. Al respecto, establece una triple referencia: a los planteamientos clásicos en la materia, a la relación antagónica entre ambos conceptos y por último, al diseño de nuestro sistema de protección por desempleo.

Los planteamientos clásicos parten de la subsidiariedad de ambos conceptos: la protección por desempleo ha de existir al no lograrse una política de pleno empleo. Pero la protección por desempleo, a su vez, no se puede plantear sin un mantenimiento del empleo. De ahí, la necesidad de intervención de los poderes públicos, a fin de garantizar unos ingresos mínimos de sustitución o cobertura. Ingresos que tratan de hacer frente, no sólo al denominado paro funcional o asu- mible, sino, a una verdadera patología social.

Junto a la subsidiariedad, entre ambos conceptos, se produce una antítesis: la idea de crecimiento y pleno empleo (como un objetivo a lograr, y no en sí como realidad), choca con el desempleo, en cuanto problema estructural. Estado de cosas que tiene su reflejo, en una mayor carga económica al sistema de Seguridad Social: a menos empleo, un mayor número de desempleados que necesitan de cobertura. Situación ante que lleva a diferentes posturas, pero que podríamos recoger en dos tipos de reacciones:

a) Idea generalizada, sobre la imposibilidad de seguir financiando (al menos en igual medida) la protección por desempleo de mantenerse la situación actual. Ante la insuficiencia de medios económicos, se da entrada a un recorte paulatino de las prestaciones -precisamente cuando más necesidad hay de ellas-. Línea que arranca ya en la Ley Básica de empleo, del año 80; que se va acentuando progresivamente en las diferentes actuaciones de nuestro legislador a lo largo de la década de los ochenta y primeros noventa. Camino, cuyo último paso se recoge en la reforma de 1994, sobre el ET: la supresión de la cobertura por desempleo a los aprendices y contratados a tiempo parcial de tipo «marginal». Fenómeno que, aún partiendo de los planteamientos clásicos en la materia (en torno a la relación subsidiaria de ambos conceptos) desemboca en actuaciones legislativas reductoras de los niveles de cobertura.

b) Una «criminalización» de la protección por desempleo. Entendiendo que, desde ciertas posturas y afirmaciones, el mantenimiento de una excesiva protección por desempleo desincentiva la generación del mismo. En cuanto que, el incremento de las cotizaciones necesarias para cubrir la prestación, sería un verdadero impuesto contra el empleo.

Aparecen, en consonancia, diversas posturas que defienden un cambio en la concepción y destino de la cobertura. Cambio que se sustenta en cuanto se pretende que la prestación se destine a la compra de un puesto de trabajo; o que la misma, se traspase al empleador como parte del salario; e incluso que se subvencione la creación de empleo, a través de fondos en principio destinados a

desempleo. Unas tesis que desde nuestro punto de vista, no están exentas de cinismo e ironía, por cuanto, de una crítica a la concepción asistencialista de la prestación por desempleo, se pasa a defender una versión empresarial «la creación de empleo» (12).

Por último, y sin perjuicio de lo ya apuntado, es necesario hacer una reflexión general sobre el diseño, en nuestro sistema de seguridad social, de la ayuda por desempleo. Para ello, tomaremos un doble parámetro de referencia:

1) Por un lado, apuntar las características que inspiran o configuran la prestación. Para ello es necesario tomar, a título de referencia, otras contingencias incluidas en la seguridad social (en especial respecto a la jubilación e invalidez) los parámetros que las diferencian. Fruto de esta labor, podemos decir, que se formula la protección por desempleo como instrumento necesario con el que hacer frente a una patología social; no universal; no susceptible de capitalización; cobertura intrageneracional; no reducible técnicamente y difícilmente desplazable su costo al empresario o el trabajador.

2) A renglón seguido, hay que añadir una crítica a la clasificación que a niveles de cobertura del desempleo, se realiza. Al respecto, ya su terminología (prestaciones contributivas y asistenciales) no es ni mucho menos afortunada pues no estamos ante unos conceptos puros (mucho menos ante prestaciones puramente asistenciales, pues previas a las mismas es necesario o haber agotado las contributivas o no reunir las suficientes cotizaciones para generar derecho a estas). Con la intención de superar este caos, se plantean diversas fórmulas. Si bien, en la mayor parte ellas se hace hincapié en propuestas que pasan por las denominadas rentas de inserción o rentas mínimas garantizadas (donde sí se garantizan unos ingresos mínimos al ciudadano, con independencia de las cotizaciones) y medidas para una mejor distribución del tiempo de trabajo. Fórmulas que, si bien en algunos casos, suponen la ruptura del paradigma de bajo-salario, y por tanto implícitamente un cambio cultural, posibilitarán una mayor flexibilidad en la cobertura de aquellas contingencias derivadas de la pérdida o no obtención de empleo. Proceso que implica tomar en consideración otros campos de referencia, no necesariamente jurídicos; a fin de establecer una respuesta racionalizadora a los problemas derivados de una situación de permanente déficit de empleo.

5. Negociación colectiva y protección social.

A la luz de nuestro texto Constitucional, en sus artículos 37.1 y 41, y posterior desarrollo normativo de la negociación colectiva, parecía no existir inconveniente en aceptar que, la misma, desplegase una labor complementaria en materia de protección social. Esencialmente, en lo que se refiere a invalidez, prestación

(12) Teorías que despiertan desconfianza pues pese a producirse un incremento en los beneficios empresariales, el problema del desempleo no sólo se mantiene, sino que tiende a crecer.

por muerte-supervivencia y jubilación (con importantes referencias a los Planes de pensiones).

Afirmación que, parece no perder su vigencia, pese a las críticas que pudieran hacerse a la misma, tras la nueva redacción del artículo 85.1 TRET y la desaparición de todo referente a la materia asistencial en el precepto. Hay que seguir afirmando su idoneidad, para completar las previsiones sociales de los trabajadores en los convenios colectivos. No sólo a tenor de lo dispuesto en los arts. 37.1 y 41 de la CE o por la interpretación del art. 39 LGSS; sino por la posibilidad de incluir, la protección social, dentro de los numerosos temas que, conforme al art 85 ET, pueden ser objeto de regulación por los convenios colectivos. Aseveración que, inmediatamente, conduce a cuestionar el sentido de la reforma y supresión operadas sobre el citado precepto (13). Parece, al menos aparentemente, que nuestro legislador, pretende superar, con el reconocimiento de un mayor campo de actuación a la negociación colectiva, el dilema planteado sobre la naturaleza, obligacional o normativa, de las previsiones asistenciales incluidas en los convenios: entendiéndose que al suprimir toda referencia a las materias asistenciales, se eliminan las cuestiones que pudieran surgir al respecto. Una disposición excesivamente simplista del tema y poco efectiva, por cuanto, no sólo se mantiene la situación anterior, sino que, actuando así, crea una mayor confusión.

No sólo no se resuelve el problema, sobre la idoneidad y naturaleza -obligacional o normativa- de las previsiones colectivas en materia asistencial, sino que se verá agravado en determinados aspectos. En particular, cuando se traten de solucionar aspectos relacionados con:

- los problemas derivados de aplicar el convenio a los trabajadores que, ya no estén en activo en la empresa, pero se hayan visto o se vayan a ver afectados por el contenido del mismo (por ejemplo, a través de previsiones sobre Planes de jubilación y procesos de despidos colectivos)

- así, como determinar el nivel de sujeción, a que se verá sometido el empresario, a efectos de cumplir lo dispuesto en la negociación colectiva, por el contenido de estas previsiones.

Ante este dilema, Del Rey Guanter (*La protección social en la negociación colectiva*) es de la opinión que, al aplicar lo dispuesto en el convenio al trabajador en situación pasiva, se podría hablar de una relación «paralaboral», donde el empresario tiene una obligación de hacer, conforme a los términos del convenio. Un razonamiento que puede a su vez, conducirnos a pensar si, con esta mecánica, no se están formulando derechos intangibles del trabajador, vía convenio colectivo. Cuestión que desde luego, no podemos resolver de forma tajante y única, sino que precisa de una la calificación diferente en cada caso

(13) Máxime, cuando junto a todo lo ya apuntado y conforme al espíritu de la reforma (fomentar la flexibilidad y competitividad) podemos conectar la nueva redacción del art. 85, en conjunción con el 82.2 y 84 del TRET (sobre condiciones de trabajo y estructura de la negociación colectiva) y obtener el mismo resultado que, si se hubiesen mantenido, las referencias asistenciales del precepto.

concreto, en atención al tipo y términos de las cláusulas (14) contenida en el convenio (15).

Trabajo para el que resultaba conveniente acudir a los postulados de la cláusula *rebus sic stantibus* en relación al *pacta sunt servanda*, a la hora de calificar como obligacional o normativa, el contenido del Convenio. Criterio que, como el mismo autor explica, es superada por los pronunciamientos, mantenidos en los dos últimos años, por nuestra Jurisprudencia; al establecer que no será de aplicación dicha doctrina, por cuanto lo que se produce es la desaparición de la base del negocio.

Con todo, y pese a problemas como el expuesto, hay que constatar la escasa relevancia que, al menos hasta el momento, ha tenido, la negociación colectiva, como complemento a las previsiones sobre protección social. Propiciando no sólo la falta de un sistema jurídico adaptado a la realidad, sino el mantenimiento de situaciones confusas y faltas de respuestas, tal vez condicionadas, por una concepción inmediata de la negociación colectiva como instrumento normativo.

II. SITUACIÓN EN ALGUNOS PAÍSES MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA: FRANCIA, ALEMANIA E ITALIA

A continuación, intentamos reflejar algunas de las posturas expuestas, en torno a la problemática derivada de nuestra integración europea y la aplicación de las normas comunitarias sobre seguridad social; para, a reglón seguido, apuntar, las repercusiones que las reformas operadas en otros países pueden tener en nuestro ordenamiento. En concreto, haremos referencia, a las reformas y situación en Francia, Alemania e Italia (en cuanto precursores de importantes innovaciones legislativas sobre seguridad social que servirán, sin duda, como referente a nuestro legislador).

1. Algunos puntos críticos sobre la «Seguridad Social comunitaria» y líneas de avance.

Plantear en una sola ponencia, todas y cada una de las cuestiones que sobre las normas de Seguridad Social de la UE y su aplicación se producen, es a todas

(14) De hecho, no sólo se establece en tales cláusulas previsiones sobre Planes de pensiones y jubilación, sino que en algunos casos existe un solapamiento entre las previsiones iniciales del convenio y las normas posteriores. Sirva a modo de ejemplo que la regulación en materia de complementos por invalidez, tras el RD Ley 5/92, obliga a replantearnos si no se obligaría al empresario a mantener, en cualquier caso, el contenido del convenio (a la luz de la formulación que sobre los complementos se hace por el Reglamento).

(15) Máxime, cuando en ciertas grandes empresas aparecen reglamentos de desarrollo sobre los Planes de pensiones previstos en la negociación colectiva; con el dilema que surge en tal caso, sobre como aplicar unas obligaciones al empresario que establecidas, con ciertas características, por el convenio, a la vez, ya vienen prefijadas en una norma de rango superior.

luces imposible. Por ello Ojeda Avilés (*La Seguridad Social en Europa*) centra su exposición en la no discriminación, de los no nacionales de la UE, en relación a los nacionales comunitarios. Por ello, es preciso dejar al margen aspectos tan importantes como la totalización y exportación de prestaciones o la coordinación de legislaciones.

Un tema, el de las discriminaciones, que no sólo hay que evitar cuando se trate de discriminaciones directas; sino que, como señala la Jurisprudencia del Tribunal Superior, también hay que impedir cuando sean indirectas, sea cual sea su naturaleza. El Tribunal, al pronunciarse en este sentido, directamente está reconociendo que existen desigualdades, que deben ser suprimidas por cuanto son discriminatorias. Situación que, en muchos casos, se verá favorecida tanto por la amplitud del concepto de Seguridad Social como por el papel complementario de la negociación colectiva.

Junto al reconocimiento de discriminaciones (directas e indirectas) entre trabajadores nacionales de la UE y trabajadores emigrantes de terceros países, se pone de relieve, la existencia de una denominada «discriminación europea». Favorecida por una diversidad de sistemas nacionales (que a su vez tienen diferentes fórmulas de cobertura) que provoca discriminaciones profundas entre los distintos Estados miembros de la UE. Aspecto que se agudiza por una falta de conocimiento exhaustivo, de todas y cada una, de las legislaciones nacionales.

Para dar mayor claridad, al menos desde el punto de vista formal, es por lo que la Comisión comienza a plantearse la necesidad de un verdadero Sistema de Seguridad Social Comunitario, en base a unos parámetros comunes. Proyectos que se verán frenados, mientras no se superen aspectos tales como la división tradicional, de los diversos ordenamientos nacionales, en hasta cuatro modelos diferentes (cuando la realidad muestra una tendencia hacia el modelo Beveridge, con numerosas particularidades nacionales). Discusión que podría resolverse fácilmente al acudir a otros criterios de clasificación; en concreto, y a efectos de esta mayor simplicidad, podríamos hablar de sistemas de protección social fuerte o débil (desde un punto macroeconómico). Logrando, con esta ordenación más sencilla, el establecimiento de líneas de confluencia entre países deudores y acreedores de prestaciones. Avance que permite evitar algunos de los frenos existentes, al:

a) Superar la opacidad existente, a la hora de lograr una efectiva coordinación legislativa: aclarando el contenido de la letra menuda de los apéndices Reglamentarios; evitar confusiones entre legislaciones de tipo A o B; eliminación de formularios provocadores; mejor aprovechamiento de la distribución de funciones entre órganos competentes, ya sea a nivel de Landers, Comunidades Autónomas, municipios... etc.

b) Posibilitar la convergencia, en el seno de la UE; pese a la falta de apoyo legal (ya que tan sólo hay referencias en el art. 57 del Tratado de Roma y en dos recomendaciones del año 1992). De tal forma que se logre evitar tanto la convergencia hacia abajo, probablemente por la vía de la competencia desleal prevista

coincidencias normativas, en materia de protección social, que faciliten la convergencia hacia arriba.

c) Superar las desigualdades con países terceros.

d) Evitar las discriminaciones de cada país con sus connacionales, sobre todo en cuanto al cálculo de las prestaciones y las cuantías a tomar como referencia.

2. Situación en otros países miembros de la UE: Francia, Alemania e Italia

A) Francia

Desde fines del XIX, en Francia, se formula un sistema de seguros sociales y de cobertura social que, con el paso del tiempo desembocará, a partir de 1945, en un verdadero sistema de Seguridad Social.

Un modelo, el francés, basado en el sistema de reparto; fruto de la llamada democracia social -que pregona la generalidad de un sistema de seguridad social, aunque no será hasta 1975 cuando se generalice la protección del mismo- y caracterizado por un funcionamiento descentralizado y gestionado a través de agentes privados, no a través de funcionarios. Un sistema caracterizado en conjunto, por un elevado nivel de cobertura; pero donde con el discurrir del tiempo, y como pone de relieve BROQUE (*Los problemas actuales de la seguridad Social en Francia*) surgen numerosos fisuras que hacen preciso reformar aspectos tales como:

a) La calificación y naturaleza de las prestaciones mínimas que se reconocen en el sistema de protección social, por su trascendencia en temas como su exportabilidad. Prestaciones que se encuadran a medio camino entre la seguridad social y el seguro social. Situación que obliga, a partir de 1992, a que se reglamenten todas las prestaciones no contributivas, de forma que queden plenamente identificadas y encuadradas como verdaderos recursos mínimos o subsidios diferenciales, pero no como prestaciones de Seguridad Social y por tanto no exportables.

b) La estructura derivada de mantener una separación de regímenes que caracteriza por una redistribución horizontal (y donde la protección es proporcional a lo cotizado, pues aún existiendo techos de cotización, estos son bastante elevados).

c) El importante papel complementario que despliega la negociación colectiva, especialmente en convenios de rama o acuerdos interprofesionales (donde las «instituciones paritarias» despliegan una labor considerable) y con especial importancia en materias relacionadas con el retiro. Sin olvidar la posibilidad de acudir a otras fórmulas de protección complementaria y con carácter individual: bien a través de las mutualidades (de funcionamiento democrático, no lucrativo, y asociadas a los riesgos sociales ligados a la persona) o la contratación privada de seguros de vida, jubilación...

Mantener un sistema general de las características del francés, supone necesariamente una fuerte carga financiera para el Estado y la necesidad de su articulación en diferentes «subsistemas», pudiendo destacar:

a) Política de protección familiar, que con numerosas fórmulas de cobertura conserva su vocación general. Prestaciones que juegan un papel esencial dentro de una política que fomente el crecimiento de la población (en cuanto hay una mejor distribución de la carga económica y ayudas de diversa consideración en las familias numerosas). Procediendo la mayor parte de la financiación a través de distintas partidas fiscales.

b) Sistema de protección por enfermedad, caracterizado por un fuerte control del gasto. Control que se facilita por la obligación de que el enfermo sea quien realice el pago en un primer momento, y que a posteriori, le será devuelta por el seguro. Mecanismos de control que parecen difícil trasposición a nuestro sistema, no tanto por la obligación de esa aportación primaria del enfermo, como por la probable negativa de los colectivos sanitarios a un mayor control en la fijación de sus retribuciones (pues para la efectividad de estos controles, la mayor parte de las actuaciones se han de encontrar tarifadas y por tanto reglamentadas).

c) Protección por riesgos profesionales, con un papel importante de la prevención del mismo y posterior control.

d) Un sistema de jubilación, articulado en diferentes niveles. (donde como regla general se garantiza una percepción mínima del 60% del salario, completándose las prestaciones del trabajador jubilado, mediante las previsiones recogidas en la negociación colectiva).

e) Por último, mencionar el llamado subsidio social mínimo de inserción. Consistente en una prestación, diferencial, que garantiza un mínimo a los residentes, a cambio de la aceptación de ofertas de inserción social.

No estamos, ni mucho menos, ante una estructura sin fisuras; sino ante un sistema que actualmente atraviesa una importante crisis financiera. Aspecto éste, que al igual que en otros países, obliga a tomar ciertas medidas urgentes:

1) Un mayor control en las prestaciones (de hecho se llega a un control médico del seguro de enfermedad).

2) A una reforma del seguro de vejez. Modificaciones que pretenden lograr un doble objetivo: ahorro y equidad en la distribución de los recursos disponibles y que se caracteriza, por una revisión de los requisitos para ser beneficiario de prestaciones (se revisan las reglas de revalorización; se extienden los períodos de cotización; se amplían los plazos de carencia a tomar en cuenta para calcular la prestación...) y por la creación de un fondo de vejez, a través del cual se financien, los gastos no contributivos del sistema.

3) Y en general, por una reestructuración de las fórmulas de financiación de la seguridad social.

B) Alemania

Es obvio que, algunos de los problemas tratados en los apartados anteriores, son mal común de la mayor parte de los países de nuestro entorno sociopolítico (16). Por ello, nos ceñiremos a aquellos aspectos que se destacaron como exponentes carac-

terísticos de la seguridad social en Alemania. Elementos que, en cualquier caso, se han visto condicionados sobremedida por el proceso de unificación.

Destaca SCHULTE (*La seguridad Social en Alemania*) que, como elementos prioritarios de análisis y junto al gravamen, social y económico, que supone la situación pasiva del trabajador; hay que estudiar las consecuencias de una mayor integración de la mujer en el mercado de trabajo (y consiguiente desplazamiento de las tradicionales estructuras familiares). Temas que precisan de técnicas de cobertura externa, que suplan las carencias del sistema tradicional de protección social.

De otra parte, se establece un esquema a cerca de ciertas notas diferenciales, de la seguridad social en Alemania:

1) Modelo de tipo contributivo, pero donde la financiación vía fiscalidad directa, juega un papel cada vez más importante (incluso se habla del «mantenimiento social» a través de la fiscalidad).

2) Con numerosos cuerpos autónomos y muy estratificados.

3) Que pese a garantizar una ayuda social mínima (a modo de ejemplo, citar el desarrollo que, a partir de 1995, se ha establecido de un seguro por cuidados y dependencia, que coexiste con los cuatro grupos tradicionales de cobertura), se formula proingresos (a menores aportaciones, menores prestaciones).

4) Con un índice de participación voluntaria muy elevado.

Un sistema que, pese a la carga económica de la unificación y el consiguiente recorte y reestructuración del Estado social, mantiene, en su mayor parte, los logros hasta entonces obtenidos por el Estado del Bienestar, incluida su estructura básica de protección social. Pues, junto a la idea garantista de ingresos mínimos, se distinguen otros beneficiarios con diferentes niveles de protección. Construcción que, aún implicando una carga económica para el Estado, se ve mediatizada por:

a) Una mayor descentralización y participación de las entidades locales, al reconocérseles competencias de autogestión. Mientras que, los Landers, asumen un papel de mayor relevancia, que nuestras Comunidades Autónomas.

b) La actitud del ejecutivo. Pues aún tratándose de un Gobierno conservador, existe un amplio consenso en política social. Una parte importante de la actividad política se concentra, en la consecución real de la igualdad y reducción de la discriminación; así como de una mejor redistribución de los ingresos, por medio de la denominada «inclusión social»

c) Mediante los mecanismos previstos de participación ciudadana. De extraordinaria incidencia, ante la consagración del principio de subsidiariedad (que implica una delegación de poderes hacia arriba) y la presencia de los agentes sociales, en las entidades autónomas encargadas de la gestión de la Seguridad Social.

C) La reforma de las pensiones en Italia

A fin de comprender el alcance de la Reforma Treu de 1995, GUIDO BALANDI (*Las nuevas tendencias de la seguridad Social en Italia*) plantea ciertas premisas sobre el anterior sistema de pensiones:

(16) Así y por citar algún ejemplo, la carga financiera derivada de las prestaciones por jubilación, en conexión a un incremento de la esperanza de vida; crecimiento de los gastos médicos, al desarrollarse muchas más enfermedades crónicas

siciones, y dada su situación de participes directos en las actuaciones del TS, delimitan cuáles son las áreas temáticas que mayor litigiosidad suponen, en la materia que tratamos. Tratamiento que, en aras a una mayor claridad, destaca sólo los principales aspectos que, el Tribunal Supremo, ha resuelto en unificación de doctrina («...pues al tratarse de una materia de carácter instrumental, referida a problemas generales, estamos ante una fórmula de solución idónea...»).

A fin, de seguir un cierto orden y ante la imposibilidad de una mayor exhaustividad, recoger aquellos aspectos sobre los que ha desarrollado su labor esencialmente el TS -sin que en ningún caso, pretendamos establecer una lista cerrada de materias-:

a) sobre requisitos de acceso a la prestación y con relevancia en temas tales como los supuestos de alta y situaciones asimiladas (donde se incluiríamos la denominada teoría del paréntesis ya apuntada por Alarcón Caracuel); la determinación de los períodos de carencia...

b) criterios de aplicación de cómputo recíproco entre regímenes y carencia específica.

c) aplicación normativa contra sentencias.

d) Valor y eficacia de las cotizaciones posteriores al hecho causante.

e) Compatibilidad de prestaciones.

f) Responsabilidad en materia de prestaciones. Delimitación de los sujetos responsables y alcance de la responsabilidad.

g) Revisión de los actos declarativos de derechos, por parte de las entidades gestoras.

h) Problemas generales en la determinación de las prestaciones; concurrencia de pensiones y límites; complementos de jubilación; pensiones de guerra...

i) Sobre Seguridad Social internacional: tanto de interpretación normativa, como de criterios de aplicación de tales normas.

j) Sobre competencias jurisdiccionales a la hora de resolver temas como atribución de funciones a las distintas entidades gestoras, con atención específica a la tesorería; a problemas derivados de asistencia médico-sanitaria o legitimación de las partes para pedir en el proceso la declaración de invalidez Permanente.

La visión jurisprudencial de la Seguridad Social en nuestro país, no estaría completa si dejáramos de lado la repercusión, que sobre la materia tiene nuestra integración en la UE y las intervenciones que al respecto ha realizado el TSJCE (principalmente, a través de cuestiones prejudiciales). Decisiones que se orientan esencialmente en un doble frente, pese a que la normativa comunitaria no sea ni mucho menos pacífica en otros aspectos (junto a conflictos entre derecho originario y derivado, hay que sumar las interrelaciones entre el derecho comunitario y los tratados existentes con terceros países):

a) La aplicación del principio de igualdad

b) Respecto a los trabajadores emigrantes y la coordinación de las diferentes legislaciones nacionales.

Se pone de relieve la necesidad, ya apuntada por la doctrina, de ir definiendo el concepto de Seguridad Social: al existir diferentes círculos concéntricos de protección social, entre los que ha de darse también cabida a la asistencia

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La primera reflexión que nos podemos plantear, girará necesariamente, sobre la necesidad de mantener un sistema de seguridad social. Cuestión que merece una inmediata respuesta positiva. De hecho, no será tan mediato el cómo formular dicho sistema. Probablemente, no debemos perder de vista el vigente, aunque la concepción sea diferente en cuanto, como ya indicamos, se precisan numerosas variaciones que permitan superar los problemas que acucian al actual. Cambios, que aún sin ser exhaustivos, pueden ya indicarse, tanto por la experiencia comparada, como de las propuestas de los agentes sociales y la doctrina

Como premisa inicial se afirma que es preciso reformar la estructura financiera del sistema. Reforma sobre la que se establecen diferentes fórmulas ya señaladas: adecuación de los recursos a la naturaleza de la protección, alternativas de financiación del INSALUD, mayores transferencias a las CCAA de competencia en seguridad social...etc. Pero sin que se deban olvidar las repercusiones, aunque sólo sean indirectas, que sobre dicho sistema de financiación pueden tener aspectos, que no son estrictamente de seguridad social, como la política de empleo (mediante la necesidad de reducir los denominados «costes salariales a la producción, que dificultan la competitividad»). Variaciones que, en ningún caso, debe implicar un velado desplazamiento de la carga financiera hacía los trabajadores. Para evitar dicho desplazamiento, se hace precisa la búsqueda de diferentes mecanismos fiscales, de repercusión más equitativa (18).

A la vez que, habrá que formular una evolución en la discriminación de las cotizaciones, por la imposibilidad de sostener sólo y exclusivamente con éstas, el sistema de protección social como el nuestro (19). Problemas que se agudiza ante un incremento del gasto, que como mínimo tiende a sostenerse, cuando no crecer y que precisa de medidas urgentes de solución.

También será preciso considerar un período transitorio que, manteniendo el sistema contributivo, permita complementar el sistema actual mediante otras fórmulas paralelas de capitalización. Aspecto que supone un esfuerzo económico considerable: junto a la obligación de pago de las prestaciones ya generadas al sistema, se pretende que una parte cada vez mayor de las aportaciones se destine a su capitalización (en aras de garantizar, a su vez, las prestaciones futuras de sus aportantes). Pero sin pretender el paso «traumático» de un sistema contributivo a uno de capitalización. En consecuencia, el crecimiento de las prestaciones en muchos casos se va a ver frenado. Debiéndose, a fin de evitar las actuales bols

(18) Hecho que no resulta ni mucho menos pacífico, pues a mayores cargas fiscales más caro resulta producir. De ahí, la necesidad de apuntar hacía fórmulas de crecimiento económico sostenido, que permitan mantener una tasa de ocupación homogénea y distribuir la carga de forma similar.

(19) Haciendo cada vez más preciso que se completen mediante otras partidas fiscales (como un incremento sobre la carga fiscal directa) que o bien se destinen a la cobertura de ciertas contingencias (tal y como ya se apuntó respecto a las prestaciones familiares) o bien simplemente se redistribuyan para todo el sistema de protección social.

de fraude, ejercer unos mayores niveles de control y endurecimiento de los parámetros de acceso (20) a según qué prestaciones.

Fórmula que, no es ni mucho menos novedosa, en cuanto ya se está llevando a cabo con prestaciones como las derivadas del desempleo o planteándose respecto de la jubilación. Contingencia para la que se prevén diversas acciones: se proponen fórmulas que conectan vida activa y esperanza de vida; prolongación de los períodos de cotización, de forma que a más cotizado mayor pensión y el consiguiente retraso en la jubilación... Se dará entrada así, a fenómenos de «capitalización encubierta» (ante la necesidad de tomar un mayor número de años de referencia a efectos de calcular la carencia, y ajustar la realidad de lo cotizado a lo que se podrá cobrar). Sin embargo, habrán de articularse mecanismos compensadores, a fin que, al concretar dichas fórmulas como medidas de freno al gasto, no afecten más de lo necesario y por supuesto no a quienes más lo necesiten.

Vemos que, este conjunto de medidas, se completará: a través de posibles mejoras en las técnicas de distribución de los recursos y una paralela ampliación de competencias a las Comunidades Autónomas (al menos en cuanto a la unificación de los servicios sociales). Proceso que, asimismo, se agilizaría con la unificación de regímenes; la integración en la actuación de las entidades gestoras y una gestión eficaz y eficiente por parte de las mismas. Destaca al respecto, la importancia que despliega el INSS en el desarrollo de diferentes áreas (atención e información, reconocimiento de prestaciones y control del derecho) y que se intenta, no sólo mantener, sino potenciar con programas específicos de gestión telefónica; de Equipos de Valoración de Incapacidades; unificación de procedimientos declarativos y reconocimiento de prestaciones; del programa Ícaro; creación de un control de prestaciones sociales públicas y servicios de información mediante cajeros; etc...

En otro sentido, todo este conjunto de propuestas podrá completarse, mediante fórmulas alternativas o complementarias de cobertura, donde despliegan su virtualidad las previsiones recogidas en la negociación colectiva y el ahorro privado individual. Elenco de propuestas que aún, en aras de una adaptación y adecuación social y económica (a través de una mayor flexibilidad del sistema) que permita lograr una total convergencia con los sistemas de nuestro entorno, no debe implicar que se dejen de lado principios tales como la equidad, solidaridad o proporcionalidad del sistema, en cuanto ejes sobre los que ha de girar todo sistema de seguridad social.

Obligando a concluir, que si bien se precisan las reformas, éstas no pueden ser de tal calibre que desvirtuen o desmantelen lo hasta ahora logrado. Afirmación que parece no ponerse en duda desde el momento que existe un consenso, entre las fuerzas políticas, por mantener y mejorar el sistema (aún existiendo diferencias conceptuales sobre las medidas más urgentes a realizar) y que se refleja en las propuestas apuntadas por el denominado *Pacto de Toledo*.

(20) Con mayores repercusiones en unas prestaciones que en otras, pero donde la jubilación ocupa un primer plano.

3.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA