

EL DERECHO A LA PENSIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA MULTINIVEL DE LOS DERECHOS: ¿COHABITACIÓN O CONFLICTO DE SUBSISTEMAS?

THE RIGHT TO PENSION FROM THE PERSPECTIVE OF THE THEORY OF
MULTI-LEVEL RIGHTS: COEXISTENCE OR CONFLICT OF SUBSYSTEMS?

AINHOA LASA LÓPEZ
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 25-6-13

Fecha de aceptación: 17-9-13

Resumen: *En diciembre de 2012, el Comité Europeo de Derechos Sociales emitía una decisión en la que establecía los límites a medidas restrictivas del contenido esencial del derecho a la pensión. Esta decisión tiene gran trascendencia jurídica en la medida en que la CSE está presente tanto en el Derecho de la Unión, como en algunos derechos nacionales. Sin embargo, también plantea algunos interrogantes sobre sus efectos. Por una parte, porque la CSE responde a unas coordenadas distintas a las del proyecto europeo. Esta circunstancia ha sido determinante en la lábil recepción de la Carta social por los Tratados europeos. Por otro lado, porque los parámetros europeos también forman parte de los ordenamientos internos, infiltrando las prerrogativas de un constitucionalismo de mercado que pone límites a la dimensión social nacional.*

Abstract: *On 7 December 2012, the European Committee of Social Rights issued a decision establishing the limits to a restrictive measures of the essence of the right to pension. This decision has a great legal importance because the European Social Charter is part of the Union law, as well as of some national rights. However, this decision also sets out some questions about its effects. On the one hand, because the European Social Charter is linked to a coordinates opposite to those of the European project. This circumstance determines the weak reception of the Social Charter by the European Treaties. On the other hand, because the European parameters are also part of the national orders, infiltrating the prerogatives of the European market constitutionalism that limit the national social dimension.*

Palabras clave: vínculo social, vínculo económico, constitucionalismo de mercado europeo.

Keywords: social link, economic bound, European market constitutionalism.

1. INTRODUCCIÓN

En enero de 2012, la Federación de Empleados Pensionistas de Grecia (IKA-ETAM) planteó ante el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) una serie de quejas que tenían su origen en un conjunto de medidas normativas adoptadas por el gobierno de Grecia como consecuencia de los ajustes impuestos por la Troika tras el rescate, que a su juicio implicaban una modificación estructural del sistema de pensiones griego traducido en un recorte significativo de las pensiones, con la consiguiente vulneración del artículo 12 de la Carta Social Europea (CSE), que contempla el derecho a la seguridad social y obliga a los Estados que han ratificado el citado documento internacional, "a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de la seguridad social".

Concretamente, las modificaciones introducidas por la panoplia legal griega se sustanciaban en los siguientes términos: con relación a las pensiones primarias y atendiendo a criterios de edad, éstas se han visto reducidas entre un 20% y un 40%. En el caso de las pensiones auxiliares, la reducción ha sido del 20%. La contribución social solidaria impuesta a los pensionistas con pensiones más altas se ha incrementado entre un 3% y un 14%. Paralelamente, para aquellos pensionistas que además estén trabajando, la reducción ha sido de entre un 50 o 70%. Finalmente, los pensionistas del sector privado con escasos ingresos han visto reducida la cantidad compensatoria que percibían en concepto de beneficio solidario social, así como un endurecimiento de los requisitos para su percepción.

Como puede observarse, son medidas que tienen como denominador común la desvirtuación del derecho social a una pensión hasta extremos, como es el caso de los pensionistas que hayan trabajado en el sector privado, que transforman la prestación en una mera procura asistencial. La crisis sistémica del proyecto globalizador ha acelerado el proceso de desmantelamiento de los principales contenidos del constitucionalismo social, acentuando la necesidad de despublificar los servicios públicos, la seguridad social, la educación o el conflicto laboral. Externalización de la gestión de los servicios, modernización de los sistemas de seguridad social vía intro-

ducción del factor de sostenibilidad en el régimen de las pensiones o del copago sanitario, flexiexplotación de los sistemas laborales, son algunos de los términos que se repiten incesantemente por parte de los jefes de estado de los países de la Unión y de las instituciones europeas. Conceptos que han terminado por formar parte del ideario jurídico nacional encontrando en el ámbito infraconstitucional un espacio idóneo para su traducción normativa.

El 7 de diciembre de 2012, el CEDS tras un análisis de la normativa griega que se acaba de comentar, se pronunciaba sobre las quejas planteadas¹, concluyendo que en la ponderación de la relación crisis económica-derecho social a una pensión, las medidas restrictivas que se adopten en materia de pensiones “tienen que respetar la necesidad de conciliar el interés general con los derechos individuales, incluyendo las legítimas expectativas de los individuos sobre la estabilidad de las reglas aplicables” (FJ 82). Por lo tanto, aún cuando el grueso de medidas restrictivas adoptadas tenga como objetivo mantener la viabilidad del sistema de seguridad social en un contexto de crisis sistémica que obliga a introducir ajustes necesarios para la adecuación del sistema, la crisis económica no puede tener como consecuencia una reducción del nivel de protección de los derechos sociales (FJ 75). De ahí que si bien no todas las medidas restrictivas pueden considerarse como una contravención de lo dispuesto por el artículo 12 de la CSE², el efecto acumulativo de las reformas de las pensiones en Grecia entre 2010 y 2012, ha conducido a una significativa degradación de las condiciones de vida de muchos de los pensionistas afectados (FJ 78).

Se trata sin duda de una decisión importante en la medida en que por primera vez desde el ámbito internacional, se establecen las líneas rojas que en ningún caso puede traspasar el vínculo económico y su maquinaria instrumental, auspiciada por el imperativo de una crisis económica y financiera global que culpabiliza de su surgimiento y perpetuación al gasto social. Sin embargo, esta garantía del vínculo social efectuada por el CEDS genera importantes interrogantes centrados en sus efectos y repercusión jurídica, a saber: ¿qué alcance tiene esta decisión en el ordenamiento jurídico europeo y en los ordenamientos nacionales? ¿Los límites del artículo

¹ Decision on the merits, 7 December 2012. Federation of employed pensioners of Greece (IKA-ETAM) v. Greece. Complaint No. 76/2012.

² En particular, aquellas medidas que afectan a las pensiones más elevadas, o que atendiendo a la edad fomenten la continuidad en la vida laboral antes que el retiro.

12 de la CSE resultan de aplicación a lo dispuesto por el artículo 34 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (CDFUE) que contempla la Seguridad Social, sobre todo teniendo en cuenta que el artículo 12 es una de sus fuentes de inspiración? Es decir, ¿Sería posible plantear una cuestión prejudicial basada en la conculcación de lo dispuesto en el artículo 34 de la CDFUE por un hipotética ley nacional, que en cumplimiento de las prerrogativas de la gobernanza económica europea (GEE)³, tenga un impacto significativo en cuanto a la reducción del contenido de disfrute del derecho a una pensión, en términos de disminución de la cuantía? ¿Realmente estamos en presencia de dos subsistemas, la CSE y la CDFUE llamados a complementarse entre sí, o es posible que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) esgrima los principios jurídicos fundamentales del proyecto europeo, economía de mercado abierta y de libre competencia, y sus mecanismos de garantía (Pacto de Estabilidad y Crecimiento/PEC), actuando como guardián del constitucionalismo de mercado europeo?

Todas estas preguntas representan el hilo argumental de la reflexión que se desarrollará a lo largo de las siguientes páginas. En primer lugar, analizaremos el significado otorgado por el derecho primario europeo a la CSE, en aras a determinar su alcance y operatividad en la garantía de los derechos sociales fundamentales europeos (Capítulo II). En segundo lugar, atenderemos al desarrollo de la CSE en la jurisprudencia del TJUE, a fin de determinar su grado de justiciabilidad (Capítulo III). En tercer lugar, haremos referencia a la regulación de la seguridad social en la CDFUE como referente normativo de la garantía y protección de los derechos fundamentales de la Unión (Capítulo IV). En cuarto lugar, se reflexionará sobre la relación entre la CSE y la CDFUE, considerando la diferente orientación de uno y otro texto (Capítulo V). Por último, se señalarán las conclusiones alcanzadas (Capítulo VI).

³ Frente al gobierno de la economía caracterizado por una primacía de la política legitimada por la posibilidad de una intervención pública en la economía, la gobernanza económica implica un cambio radical en la concepción de la política, una dinámica dirigida a la privatización de las decisiones políticas. Una gobernanza propia de las coordenadas de un constitucionalismo de mercado que se contraponen a un gobierno de la economía en clave de constitucionalismo social, articulado en torno a la centralidad del trabajo como vínculo social que limita y define al mercado, y legitima la intervención de los poderes públicos en el sistema económico. A. LASA, "Algunas consideraciones metodológicas a propósito de la nueva relación entre Estado, derecho y justicia social en el constitucionalismo de mercado europeo", *Revista Estudios de Deusto*, núm. 1, 2013, pp. 155-191.

2. LA CENTRALIDAD DE LA INTEGRACIÓN NEGATIVA EN EL PROYECTO EUROPEO COMO CONDICIONANTE DE LA FORMA DE INCORPORACIÓN DE LA CSE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN

La recepción de la CSE en el derecho primario de la Unión ha sido tardía, débil e insuficiente para constituirse como fuente de garantía efectiva de los derechos sociales fundamentales europeos. Pero al mismo tiempo, ha sido una recepción plenamente coherente con el diseño del constitucionalismo de mercado europeo que hace del mercado el fundamento legitimante y legitimador del proyecto de integración. Esta doble afirmación requiere, lógicamente de una ulterior concreción.

El devenir de la acogida de la CSE en el ordenamiento jurídico europeo no puede desvincularse de los principios en torno a los que se construye esta realidad jurídico-política. En este sentido, el activo social de la sistemática europea se configura desde la institución del mercado, principal motor de la constitución de una gran unidad económica y monetaria europea. En el proyecto europeo definido de acuerdo con los contenidos de una economía de mercado abierta y de libre competencia, la ausencia de una política social europea desvinculada del mercado se justifica no en las reservas a la autonomía social nacional, sino en el condicionante de la conformidad con el mercado⁴.

Esta decisión política fundamental se corresponde con una nueva articulación de las relaciones de poder economía-política, en el espacio supranacional europeo, que sitúa al mercado como elemento central y vertebrador de las instituciones y valores de la Unión. Esta nueva realidad constitucional obliga a replantearse el significado y sentido de los derechos sociales en la Unión. Sobre todo, teniendo en cuenta que esta categoría normativa es expresión de los contenidos del pacto detonante del surgimiento del Estado social, y de las propias contradicciones que encierra el modelo. Lógicamente, la modificación de este modelo y su sustitución por otro, implica tanto la transformación de sus elementos, como su necesaria redefinición, considerando como nos recuerda Luciani, que “la proclamación de un ‘mismo’ derecho en más documentos normativos es pura apariencia, dado que las mismas palabras no connotan el mismo derecho si el contexto en el que se

⁴ G. MAESTRO, “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7, 2000, pp. 123-156.

formulan es distinto⁵". En particular, en el sistema europeo los derechos sociales no surgen en el contexto de una realidad material detonante del surgimiento del Estado social. La publicación del conflicto distributivo con la consiguiente integración política y económica de sus protagonistas, es una realidad ajena a la del constitucionalismo de mercado. Por el contrario, los derechos sociales europeos son portadores de los valores que informan a los principios fundamentales que dotan de unidad al conjunto del diseño europeo. La economía de mercado y la libre competencia representan el código axiológico que preside la configuración de los derechos sociales en el espacio transnacional, estableciendo las limitaciones y los condicionantes para su efectiva realización.

Frente a la constitución social, la constitución del mercado deviene la constitución material de las transformaciones incorporadas por el proyecto europeo, y tiene en la constitución económica europea el ámbito privilegiado de su materialización.

2.1. CSE y Tratados de la Comunidades Europeas: de la vinculatoriedad a la programaticidad de las disposiciones sociales

Exceptuando la referencia explícita a la CSE en el Preámbulo del Acta Única de 1986, lo cierto es que no será hasta el Tratado de Ámsterdam, cuando el documento de derechos sociales del Consejo de Europa vuelva a aparecer en el Derecho de la Unión. Ni los Tratados Constitutivos, ni el Tratado de Maastricht hacían alusión al documento social, en la querencia los primeros de que el funcionamiento del mercado común conllevaría una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de la mano de obra; y en la caracterización de la política social como una dimensión extrínseca de la que sólo tenían relevancia aquellos elementos vitales para el funcionamiento del mercado común, el segundo. Dos precisiones se imponen al respecto. Con relación a los Tratados Fundadores, la funcionalidad del dispositivo social al mercado común en el Tratado de París⁶, junto con la armonización vertical de los sistemas nacionales articulada en el Tratado de Roma, son representativas de las hipótesis del *race to the bottom* y el *dumping social* como argumentos

⁵ M. LUCIANI, "Costituzione, integrazione europea, globalizzazione", *Questione Giustizia*, núm. 6, 2008, pp. 71-72.

⁶ M.A. GARCÍA, "Derechos sociales y Tratados comunitarios: evolución normativa", en J. CORCUERA (ed.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 313.

de las bases normativas y la finalidad de la política social en los Tratados originarios⁷.

En los supuestos de eventuales fallos de la virtud igualadora del mercado común, se establecía la garantía de la intervención comunitaria en clave del imperativo de la armonización sobre la legislación más favorable. No obstante, este mecanismo no implicaba en ningún caso una intervención heterónoma en el mercado, en la medida en que la armonización se vinculaba a los requerimientos de la competencia en el mercado común. De ahí que serían las dinámicas naturales del mercado las que activarían un proceso de espontánea y automática armonización de los sistemas nacionales en competencia entre sí, que daría como resultado la elevación al nivel más alto de los estándares legislativos nacionales⁸. Sin embargo, la falta de bases normativas e instrumentos específicos de intervención, pone de relieve el carácter programático de los objetivos sociales. Caracterización que manifiesta la configuración de la armonización de las políticas sociales no como una condición previa y necesaria para el establecimiento del mercado común, sino como una consecuencia posterior y natural que se derivará de éste último. Fundamentalmente, porque los principios fundamentales que materializan las normas de funcionamiento del mercado se vinculan al núcleo duro o intangible de la constitución económica europea en la que el mercado tiene una posición central, desplazando a los elementos correctores a una dimensión puramente subalterna a la par que funcional al mercado. Se trata de un dispositivo de blindaje frente a posibles intervenciones que no sean consustanciales con la lógica funcional de la garantía del mercado⁹.

La programaticidad y la pérdida de autonomía normativa continúan siendo los términos que mejor definen el estatus de marginalidad, cuando no de evidente transformación, de los contenidos del constitucionalismo social en los que los derechos sociales tienen su razón de ser. El ligamen de las innovaciones y el centro de interés del Acta Única y el Tratado de la Unión, continúa siendo el mercado, ahora unificado, junto con el ambicioso objetivo

⁷ H. LEIPOLD, S. LWDWIG, "Soziale Marktwirtschaft und Europäische Wirtschaftsordnung", *Volkswirtschaftliche Beiträge*, núm. 5, 2004, p. 18.

⁸ S. SIMITIS, A. LYON-CAEN, "Community labour law: a critical introductory to its history", en VV.AA., *European Community labour law. Principles and perspectives*. Liber Amicorum Lord Wedderburn, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 4-5.

⁹ CH. PHILIP, "Commentaire article 117", en V. CONSTANTINESCO, J-P. JACQUÉ, R. KOVAR, D. SIMON (ed.), *Traité instituant la C.E.E. Commentaire article par article*, Editorial Economica, París, 1992, pp. 673-675.

de la unidad económica y monetaria que recibe confirmación normativa en la sistemática de Maastricht. Una aproximación normativa a las incorporaciones en materia social que efectúa el Acta Única, refleja los límites que el paradigma del mercado impone respecto a los mecanismos de intervención pública. Las alusiones a la CSE, o instrumentos como la Carta social comunitaria de 1989, y el programa de acción para su puesta en práctica, exhiben una anómala naturaleza jurídica que desvirtúa el tradicional estatus constitucional de los derechos sociales en el Estado social¹⁰.

Tampoco el Protocolo número 14 sobre Política Social incorporado al Tratado de Maastricht, supuso un abandono del carácter marginal de los espacios de intervención europea en material social¹¹. Fundamentalmente, porque los propios países que suscribieron el Protocolo eran conscientes de que los contenidos de política social sólo podían ser definidos desde una posición secundaria con respecto a los valores económicos. No sólo por los riesgos de pérdida de competitividad relativa respecto al sistema-país, frente a un Reino Unido absolutamente desvinculado de los potenciales elementos debilitadores del autogobierno del mercado único, sino también porque éste era el único diseño compatible con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario.

Esta fragmentación y marginalización de la dimensión social europea en los Tratados de las Comunidades, tiene una amplificación mayor porque reflejaba que la integración económica era la única dimensión que aglutinaba el consenso de los Estados miembros en cuanto a su actuación centralizada por la instancia europea, mientras que la política social era a priori una dimensión exógena de la que sólo tenían interés aquellos elementos vitales para el funcionamiento de la integración¹².

Simultáneamente, la transferencia del Protocolo Social de Maastricht al Tratado de Ámsterdam sin una revisión significativa de su contenido, per-

¹⁰ T. TREU, "L'Europa sociale: dall Atto Unico a Maastricht", *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, núm. 10, 1991, pp. 11-13. S. GIUBBONI, "Da Roma a Nizza. Libertá economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione Europea", *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, núm. 27, 2004, p. 15.

¹¹ B. BERCUSSON, "Social Policy at the crossroads: European labour law after Maastricht" en R. DEHOUSSE (ed.), *Europe After Maastricht. An ever closer Union?*, Editorial Law Books in Europe, Manchen, 1994, pp.149-186.

¹² A. LO FARO, "Maastricht ed oltre. Le prospettive sociali dell'Europa comunitaria tra resistente politiche, limiti giuridici ed insértese istituzionali", *Diritto delle Relazioni Industriali*, núm. 1, 1993, p. 130.

mite confirmar las consideraciones realizadas hasta el momento. Los contenidos incorporados al Título XI sobre Política Social, ejemplificaban todos los límites de una recepción normativa que si bien formalizaba una serie de objetivos sociales comunes, continuaba configurando a lo social con un carácter meramente instrumental. Las débiles referencias a los instrumentos de derecho internacional en materia de derechos sociales como la CSE de 1961, en un capítulo dedicado a las políticas, la política social, y no a los derechos, suponía un reconocimiento de la minoría jurídica de las normas del Tratado que construyen la dimensión social de la integración europea. Por lo tanto, el complejo de esta técnica de reenvío indica que los derechos sociales no son un límite absoluto y tampoco una finalidad de la acción de la Unión y de los Estados miembros que se limitan a “tenerlos presentes”. Lo que obliga a la Comunidad y a los Estados miembros son los intereses sociales presentados en forma de objetivos (ocupación, protección social, diálogo social, etc.), y son estos el objeto de tutela por parte del Tratado (que es la ley fundamental de la UE). Los derechos permanecen en cambio como fuentes de inspiración, y la oportunidad de su satisfacción está conectada a la necesidad de la realización de los objetivos sociales¹³.

2.2. Tratado de Lisboa: luces y sombras en la regulación de la dimensión social europea

2.2.1. Las sombras: la pervivencia de la asimetría integración negativa-integración positiva, y la ausencia de una cláusula de adhesión a la CSE

El Tratado de Lisboa sucede al nonato Tratado Constitucional Europeo que pretendía configurar a la Unión como una verdadera comunidad política, superando el estigma de la integración negativa y la centralidad de la dimensión económica en detrimento de la dimensión social que le había acompañado desde los inicios de su gestación. La adopción formal del término Constitución, junto con la incorporación en su sistemática de la CDFUE, contribuyeron a juicio de la doctrina a esa aspiración¹⁴.

¹³ S. ROBIN-OLIVIER, “La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le Traité d’Amsterdam”, *Droit Social*, núm. 6, 1999, p. 609. J-V. LOUIS, “Le Traité d’Amsterdam: une occasion perdue?”, *Revue du Marché Européen*, núm. 2, 1997, pp. 5-18.

¹⁴ S. SCIARRA, “La constitutionnalisation de l’Europe Sociale, entre droits sociaux fondamentaux et soft law”, en N. DE SCHUTTER (ed.), *Une Constitution pour l’Europe. Réflexions sur les transformations dir droit de l’Unione Européene*, Editorial Larcier, 2004, pp. 171 y ss.

Desde esta perspectiva, el abandono del concepto “Constitución” por parte del Tratado de Lisboa, pudiera interpretarse como un retroceso en términos de avance del proceso de integración. No obstante, se recuerda desde la doctrina que la utilización o no del término Constitución no aporta dosis de novedad a un constitucionalismo europeo que en su gran mayoría reconocía la naturaleza constitucional de los anteriores Tratados. A mayor abundamiento, la caracterización de la Unión como un orden legal constitucional se desprende de las propias conclusiones presentadas por la Presidencia del Consejo, al recordar la primacía del derecho de la Unión¹⁵.

De ahí que desde nuestro punto de vista, lo verdaderamente relevante del nuevo referente normativo es la caracterización que en él se efectúa de la hasta ahora malograda dimensión social europea. Como es sabido, todo edificio constitucional requiere de la presencia de elementos que refuercen las estructuras que los respaldan, y en esto el Tratado de Lisboa no ha sido una excepción. El elemento nuclear que sustenta y disciplina al conjunto del Tratado es la integración económica y sus principios (mercado interior, competencia, Unión Económica y Monetaria/UEM), que se han visto reforzados a través de la panoplia instrumental de la GEE.

La desaparición entre los objetivos de la Unión de la “competencia libre y no falseada”, no ha supuesto una equiordinación de las prioridades europeas capaces de corregir la asimetría entre el vínculo social y el vínculo económico. Por el contrario, el impacto normativo del principio se recupera a través del Protocolo sobre mercado interior y competencia, como marco de referencia para la interpretación del artículo 3 del Tratado de la Unión (TUE), relativo a los fines de la Unión. De nuevo el vínculo económico condiciona el proceso europeo determinando su contenido. La comparación, incluso literal, de los Tratados con el texto de Lisboa, clarifica la centralidad de los postulados de la integración económica. Se confirma la preeminencia de la estabilidad de precios como principio rector para todas las instituciones de la Unión cuando actúen en materia económica, y para los Estados miembros en la elaboración y aplicación de sus políticas nacionales y en la coordinación de éstas últimas en el espacio europeo. Además, la referencia expresa al establecimiento de la UEM como objetivo básico de la integración económica (artículo 3.4 del TUE), reproduciendo la estructura de la gobernanza económica vigente desde el Tratado de Maastricht, consolida las garantías vinculadas a

¹⁵ L. PATRUNO, “Addio ‘Costituzione’ europea? I nomi: Trattato, Costituzione, la cosa: il diritto europeo”, 2007, disponible en: <http://www.costituzionalismo.it>, 2007, p.3.

la tutela del mercado que condicionan a la dimensión social a su compatibilidad subalterna.

Ni siquiera la sustitución de la expresión “libre mercado interior” por la de “economía social de mercado”, permite reproponer un modelo económico vinculado a la justicia redistributiva. De hecho, la economía social de mejor lejos de ofrecer mayores espacios para corregir la acción del mercado al objeto de tutelar los objetivos sociales, es un modelo deudor de las propuestas ordoliberales de la Escuela de Friburgo¹⁶ recuperadas en el discurso del Estado regulador¹⁷. En estas orientaciones, el lenguaje de los derechos sociales se concilia con las exigencias del mercado en una posición subalterna. Por una parte, han de ser objetivos sociales necesarios para el funcionamiento del mercado en la medida en que mejoren la efectividad y competitividad de los distintos recursos económicos. Por otra parte, esa compatibilidad se alcanza redefiniéndoles de acuerdo con los propios parámetros del mercado, es decir, el objetivo vital tiene que ser una economía de mercado con políticas sociales que se ajusten a las reglas del mercado¹⁸.

Paralelamente, el artículo 6.2 del TUE contempla la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH). Sin menoscabar la importancia de este reconocimiento para los derechos fundamentales europeos, la ausencia de una adhesión similar a la CSE profundiza, a nuestro parecer, en el estatus marginal de los derechos sociales. En primer lugar, por la propia caracterización que de estos derechos se efectúa por el ordenamiento jurídico europeo, hasta el punto de que algún autor se ha cuestionado la oportunidad de seguir hablando en el ámbito europeo de derechos sociales como categoría conceptual forjada en el contexto del constitucionalismo social¹⁹. En segundo lugar, porque aunque pudiera parecer que la referencia a los derechos humanos sugiere que dentro de los mismos se incluyen los derechos de libertad y los derechos sociales, la realidad jurídica no autoriza tal conclusión. Teniendo en cuenta que el TUE interpreta tal fórmula acorde con el CEDH, haciendo

¹⁶ A. MÜLLER-ARMACK, “The principles of the social market economy”, *The German Economic Review: an English language quarterly on German economic research and current developments*, núm. 2. 1965, pp. 89-104.

¹⁷ A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000.

¹⁸ A. LASA, *Los derechos sociales en el constitucionalismo de mercado: aporías de la dimensión social en la Unión Europea*, Servicio Editorial, Universidad del País Vasco, 2012, pp. 11-18.

¹⁹ G. MAESTRO, “I diritti sociali nella Costituzione Europea”, *Rivista della Sicurezza Sociale*, núm. 1, 2006, p. 90.

coincidir los derechos del hombre con las libertades fundamentales, se impone la conclusión de la imposibilidad de articular derechos sociales fundamentales en base al instrumento de la Convención²⁰.

2.2.2. *Las luces: la vinculatoriedad jurídica de la CDFUE*

El otorgamiento a la CDFUE del mismo valor jurídico que los Tratados que efectúa el artículo 6.1 del TUE, ha sido interpretado como el abandono por la Carta de Niza de un limbo paraconstitucional para adquirir plena vinculatoriedad jurídica. Este reconocimiento ha supuesto, al menos sobre el plano formal, un salto de cualidad en la política de la Unión en general, y en aquella social, en particular. Frente a la fragmentación que ha caracterizado a las tradicionales técnicas de intervención de la política social de la Unión, la idea de una “carta de derechos fundamentales”, parece contraponer una estrategia sistemática que revela la importancia simbólica de este evento normativo. El tránsito de las políticas a los derechos fundamentales y la protección de estos últimos, como principio fundador e indispensable prerequisite de legitimación de la Unión Europea, indica el grado de innovación y la fuerza persuasiva con la que la Carta aparece edificada. Con respecto a la estructura de los derechos contenidos en el texto de Niza, en general, y de los derechos sociales en particular, la homogeneidad e indivisibilidad de los derechos de la Carta, supera las tradicionales teorizaciones que trataban de negar a los derechos sociales la naturaleza de derechos fundamentales. Los derechos sociales se sitúan de esta manera en el mismo plano que los derechos de libertad, al ser su eficacia jurídica la propia de los derechos fundamentales²¹.

Estas reflexiones doctrinales han tenido su contrarreplica a través de la manifestación de valoraciones de signo diverso que ya estaban presentes en el momento de gestación del texto de Niza. En ellas se cuestionaba sobre todo, la oportunidad misma de proceder a la elaboración y adopción de una Carta de

²⁰ Paradigmática en este sentido, es la configuración de la libertad de asociación desde la dinámica de las libertades fundamentales de carácter negativo, y no entre la categoría de los derechos sociales con un contenido prestacional.

²¹ M. GIJZEN, “The Charter: a milestone for social protection in Europe?”, *Market Journal*, núm.1, 2001, pp. 35-36. J.A. CORRIENTE, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Anuario de Derecho Europeo*, núm. 2, 2002, pp. 117-118. M. LATORRE, “The law beneath the right’s feet. Preliminary Investigation for a Study of the Charter of fundamental rights of the European Union”, *European Law Journal*, núm. 4, 2002, pp. 515-535.

derechos. El problema real se concreta en el desajuste existente entre el objetivo de fortalecer la protección de los derechos fundamentales en la Unión, y la insuficiencia de institutos europeos que hagan de los derechos una realidad y no simplemente interdicciones negativas que los Tribunales pueden fortalecer. La creación de un Comisionado, una Dirección General, la dotación de un presupuesto y un plan de acción horizontal para hacer efectivos a los derechos ya garantizados por los Tratados y judicialmente protegidos por la justicia de la Unión y nacional, eran las bases de esta propuesta para resolver el déficit en materia de derechos fundamentales²². Orientaciones que de una manera parcial se han materializado en la creación de la Agencia Europea de derechos fundamentales. Este Instituto desempeña funciones de control y supervisión del respeto de los derechos contenidos en Niza, y entre estos, de los derechos sociales, además de recopilar los datos referentes a los derechos fundamentales, al objeto de que la Unión pueda tener en cuenta dicha información en la elaboración y puesta en práctica de sus políticas.

Con todo, algunas de las demandas sociales descritas están todavía pendientes. La ausencia de una dotación presupuestaria que permita hacer efectivos a nivel transnacional aquellos derechos con un contenido prestacional, la falta de adhesión expresa a los documentos internacionales de derecho social, y la labilidad de la carta social de 1989, ponen de relieve en lo que atañe a los derechos sociales, que su actuación requiere más del fortalecimiento de políticas adecuadas que de la mera afirmación de principios normativos. Las políticas sociales europeas actuales no están en disposición de constituirse como bases eficaces para la actuación de los derechos, y esta situación no es corregible aunque se disuelvan las incertidumbres acerca del valor jurídico de los derechos sociales.

A esto habría que añadir que la técnica empleada para la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales en el ordenamiento jurídico europeo es la remisión, a diferencia del malogrado Tratado Constitucional, lo que implica una normatividad atenuada o debilitada. Además, el documento normativo de referencia es la CDFUE de diciembre de 2002, donde las disposiciones generales que determinan el alcance y los límites de los derechos están fuertemente condicionadas por los valores del mercado²³.

²² J.H.H., WEILER, "Does the European Union truly need a charter of fundamental rights?", *European Law Journal*, núm. 2, 2000, pp. 95-97.

²³ J.L. MONEREO, *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 170-171.

Al margen de las opiniones favorables o críticas con respecto a la CDFUE, y para evitar permanecer en la generalidad de estas objeciones preliminares, es necesario aproximarse a los contenidos de la Carta para verificar si nuestras consideraciones a propósito de la configuración de los derechos sociales en la Unión, se confirman. Desde nuestra propuesta, el problema de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico europeo es el de la erosión de los contenidos asociados a la forma de Estado Social que han caracterizado a esta tipología de derechos. El lento e irreversible desgaste de su valor de garantía normativa. Precisamente por eso, trataremos de verificar más adelante (Capítulo V) si las novedades introducidas por la Carta de Niza producen cambios en la situación descrita. En particular, si la presión del paradigma de una economía abierta y de libre competencia que establecía una compatibilidad subalterna de los derechos sociales al sistema económico sobre la base del vínculo económico a la dimensión social, es eliminada por la CDFUE, o si por el contrario, se reafirma.

3. LA CSE EN LA JURISPRUDENCIA DEL JUEZ EUROPEO

La influencia de la Carta Social en las decisiones del juez de la Unión lógicamente está vinculada al valor que a ésta le otorgan los Tratados, y como hemos visto, ésta dista de ser una fuente de legalidad en el derecho comunitario europeo²⁴. De ahí que el TJUE, como guardián de la decisión política fundamental “economía abierta y de libre competencia” que permeabiliza al ordenamiento jurídico europeo, haya adoptado una posición más bien tibia en sus referencias a la CSE. En efecto, la Carta lejos de constituirse como un criterio hermenéutico para la configuración de los derechos sociales fundamentales europeos, deviene todo lo más una fuente de inspiración. De hecho, las veces en las que el Tribunal de Luxemburgo o los Abogados Generales han hecho referencia a la Carta Social, ha sido de manera expeditiva. Bien citando artículos concretos de la Carta que precisan, junto con otros convenios internacionales, el contenido jurídico de una norma de derecho secundario²⁵,

²⁴ J-F. FLAUSS, “Las interacciones normativas entre los instrumentos europeos relativos a la protección de los derechos sociales”, en VV.AA., *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 54.

²⁵ Por citar algunos ejemplos: Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de mayo de 1999, C-309/97. A efectos de precisar el contenido semántico del concepto “mismo trabajo”, el Abogado General hace referencia al apartado 3 del artículo 4 de la Carta, que establece el principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor. Criterio adoptado por la

o bien invocando las referencias que el propio articulado del Tratado efectúa de la Carta²⁶, sin que en ningún asunto se haya apelado a la Carta como principio general del derecho de la Unión capaz de conferir per sé tutela-garantía a un derecho social fundamental²⁷.

Esta última circunstancia reviste gran importancia sobre todo, si tenemos en cuenta que la CDFUE no ha sacado a la CSE del perenne estado de criterio de inspiración que no de interpretación de los derechos sociales. De tal forma que la potencial dinámica garantista de la CSE se confina una vez más al limbo del siempre lábil valor interpretativo de las fuentes normativas de inspiración. Corrobora esta afirmación las disposiciones generales del texto de Niza. Por una parte, el apartado 3 del artículo 52 relativo al alcance e interpretación de los principios, entre los que se encuentran un nutrido grupo de derechos sociales, únicamente hace alusión al mantenimiento del estatus quo de los derechos reconocidos por el CEDH²⁸, y no a los previstos por la CSE, estableciendo una desigualdad de trato demasiado embarazosa para la CSE²⁹.

Simultáneamente, el nivel de protección de los derechos contemplados por la CDFUE no se beneficia de la jurisprudencia emanada por el CEDS,

Directiva 71/117, colmando la laguna del artículo 199 del TCE con la CSE. Sin embargo, esta transferencia de contenido de la CSE al dispositivo comunitario no fue interpretado como un principio de derecho social comunitario, lo que hubiera dotado a la Carta de sustantividad propia en el ordenamiento de la Unión. La propia recepción de la Carta que efectuaba el Tratado de Amsterdam impedía, no obstante, esta propuesta interpretativa del documento social.

En las sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2002, C-459/99, y de 27 de junio de 2006, C-540/03, el concepto comunitario de reagrupación familiar se inspira, entre otros documentos internacionales, en la CSE.

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de enero de 2000, C-285/98, sobre igualdad de trato entre mujeres y hombres. Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de enero de 2000, C-11/99, en este asunto el Abogado General vincula directamente los fines del artículo 137 del TCE, con los documentos sociales citados por el artículo 136 del TCE, CSE Y CCDSFT.

²⁷ O. DE SCHUTTER, "Le rôle de la Charte sociale européenne dans le développement du droit de l'Union européenne", en O. DE SCHUTTER (ed.), *La Charte sociale européenne: une constitution sociale pour l'Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 115-116.

²⁸ "En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa".

²⁹ J-F. FLAUSS, "Las interacciones normativas entre los instrumentos europeos relativos a la protección de los derechos sociales", en ID., *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, cit., p. 61.

al menos si nos atenemos a la dicción literal del Preámbulo, mientras que si hay referencia expresa a la jurisprudencia del Tribunal de la Unión y el Tribunal de Estrasburgo. Un agravio comparativo a la jurisprudencia del CEDS que introduce algunas dudas a propósito de la cooperación y diálogo entre jurisdicciones. Fundamentalmente, con relación al alcance o virtual operatividad en la práctica de aquellas decisiones del CEDS con claros efectos en el contenido de derechos sociales fundamentales contemplados por la Carta de Niza. Aunque a sensu contrario puede alegarse que las apelaciones al derecho internacional y los convenios internacionales efectuadas por la disposición general 53 de la Carta con relación al nivel de protección de los derechos, atenuarían los descuidos de la CDFUE. E incluso sostenerse que esta omisión responde a un descuido intencional destinado a concitar las mayores adhesiones posibles. Con todo, resulta cuanto menos paradójico que apelando a la indivisibilidad de los derechos sociales, civiles y políticos, no se contemplen referencias que materialicen de manera más expresa tanto el significado jurídico de la CSE en la defensa y protección de los derechos sociales fundamentales europeos, como la prevención de una eventual interpretación regresiva de la CSE, que si se aplica al CEDH³⁰.

4. LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA CDFUE

La Seguridad Social se contempla en el Capítulo IV “Solidaridad”, de la Carta de Niza, circunstancia que obliga a detenerse, siquiera brevemente, en el significado y alcance de la solidaridad como uno de los valores que junto con la igualdad, la libertad, la ciudadanía y la justicia, engloba a los derechos contemplados por la Carta. Siguiendo con nuestra premisa que vincula los espacios de realización de la integración positiva europea a su funcionalidad a los parámetros de la integración negativa, el concepto de Solidaridad deviene un concepto remercantilizado en el espacio europeo. Una solidaridad desarmada en la medida en que se hace depender del mercado su efectiva realización. La falta de disposiciones adecuadas que impliquen un refuerzo de los derechos previstos en la sección cuarta por la Carta, corrobora esta afirmación.

El empleo en algunas de estas disposiciones de expresiones como “la Unión reconoce y respeta” (artículo 34 “seguridad social y ayuda social; artículo 36 “acceso a los servicios de interés económico general”, entre otros) o

³⁰ C. BENELHOCINE, *The European Social Charter*, Council of Europe Publishing Editions, Strasbourg, 2012, pp. 105-106.

“de acuerdo con la legislación y prácticas nacionales” (artículo 27 “derecho de información y consulta en el ámbito de la empresa”, artículo 28 “derecho de negociación y acción colectiva”, artículo 30 “protección en caso de despido justificado”, entre otros), dota a este capítulo de una redacción menos elaborada que acusa la pérdida de la dimensión constitucional de la subjetividad política alcanzada por el Trabajo en las constituciones de la segunda posguerra³¹.

En este sentido, la garantía del principio de solidaridad se materializa en su compatibilidad subalterna con el mercado que contagia a aquellos derechos que tienen en ella su fuente directa de inspiración. Consecuencia directa de ello es que el carácter funcional de la solidaridad a los principios prescriptivos que sustancian al constitucionalismo de mercado europeo (economía abierta y en régimen de libre competencia), haya excluido la positivación en la CDFUE de aquella impronta de “estatal-dirigismo-laborismo”³² que ha caracterizado al constitucionalismo social. Estas consideraciones están presentes en los estándares y técnicas de tutela previstos en la disposición de la Carta que contempla a la seguridad social.

En concreto, el artículo 34 se articula en torno a tres núcleos normativos distintos, dotados cada uno de ellos de una diversa relevancia jurídica en la que tiene cabida la clásica distinción entre derechos sociales inmediatamente accionables, y simples objetivos de política social, comprometiéndose la propia indivisibilidad de los valores declarada por el texto normativo.

En el apartado primero del artículo 34 se establece que, “la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garanticen una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales”. Por lo que respecta a este último aspecto de la formulación, pudiera considerarse que al especificar el reenvío a las modalidades del derecho comunitario europeo y nacional, la norma no hace sino reafirmarse contra una excesiva interferencia del constitucionalismo de mercado europeo, acentuando la reserva de competencia estatal por lo que concierne a la efectiva organización del sistema de

³¹ G. MAESTRO, “Il costituzionalismo democratico sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea”, *Quaderni di Rassegna Sindacale*, núm. 1, 2004, p. 122.

³² Expresión de A. QUADRIO, “Gli equivoci della solidarietà. Senza sviluppo e sussidiarietà”, *Il Mulino*, núm. 1, 2001, p. 42.

seguridad social. Es decir, designando un orden de intervenciones necesariamente dirigidas a la integración positiva de los sistemas nacionales y no a la mera integración negativa.

Sin embargo, si valoramos la CDFUE en conexión directa con las especificidades del vínculo económico europeo, esta relación arroja un resultado radicalmente distinto. Concretamente, la sistemática de la disposición se caracteriza por la indeterminación de los estándares sustanciales de tutela de las prestaciones previstas, acentuando el margen de discrecionalidad de la fuente legislativa como espacio de materialización de los derechos a prestaciones positivas por ella contemplados. Así, el reenvío genérico a la legislación nacional y el Derecho de la Unión, sitúa en estos ámbitos la fuente directa de los derechos y de sus garantías, marginalizando a la CDFUE como marco desde el que contextualizar la garantía constitucional de los derechos. Un derecho social condicionado, al reservarse su modalidad de ejercicio a las disciplinas de derechos de la Unión, de la legislación y la praxis nacional³³.

Precisamente, es en tales espacios donde asistimos en los últimos tiempos a la materialización de las transformaciones que guardan una vinculación directa con los parámetros del constitucionalismo del mercado. Las reformas en los sistemas de bienestar estatales tienen lugar en un contexto caracterizado por los retos planteados por los cambios demográficos, las economías postindustriales y altas tasas de desempleo. La respuesta a estos desafíos no se inscribe ya en las dinámicas del vínculo social, sino que aparece condicionada por los principios prescriptivos del vínculo económico europeo que actúa operando la subordinación de los contenidos sociales, desde la perspectiva de su funcionalidad a las dinámicas de la integración negativa. Buen ejemplo de ello es el Libro Blanco “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles” [COM (2012) 55 final]. Considerando las repercusiones que puede tener en la UEM el fracaso o el éxito de una reforma nacional de las pensiones, el Libro Blanco “establece una agenda destinada a lograr que las pensiones sean adecuadas y sostenibles a largo plazo, creando para ello las condiciones que permitan la elevada participación de las mujeres y los hombres en el mercado de trabajo a lo largo de sus vidas y mejorando las oportunidades para constituir unos planes de ahorro complementarios seguros de jubilación”. Sobre la base de las necesidades a abordar en materia de reformas, el Libro Blanco establece cuatro pilares centrales en torno a los

³³ S. GAMBINO, “Derechos sociales, Carta de Derechos Fundamentales e integración europea”, *Revista de Derecho*, núm. 4, 2009, pp. 187-244.

que se construye la propuesta reformadora: 1. Vincular la edad de jubilación a los aumentos de la esperanza de vida. 2. Restringir el acceso a los planes de jubilación anticipada. 3. Favorecer la prolongación de la vida laboral. 4. Acabar con las diferencias entre mujeres y hombres en materia de pensiones. 5. Constitución de planes de ahorro privados y complementos de jubilación.

Del elenco de orientaciones clave para la reforma de las pensiones se desprende una tendencia hacia un sistema de pensiones más acorde con las dinámicas del mercado, consistente en una participación individual de gasto o *workfare* que ahonda en la formación de una mano de obra con capacidad de respuesta a los cambios introducidos por la crisis sistémica de la globalización. La modificación de las condiciones de jubilación como la única solución al problema, y en especial, el aplazamiento de la edad, junto con el estímulo de los planes privados de pensiones, obvia otras realidades del problema como son la del cálculo del periodo de cotización real (la precarización de las relaciones laborales con la presencia cada vez mayor de contratos temporales en detrimento de contratos indefinidos, el desempleo de las personas mayores de 55 años). Además, la pérdida de poder adquisitivo que conllevan las reformas se traducen en un trasvase de rentas de trabajo hacia planes de ahorro complementarios de naturaleza privada, con el objetivo de garantizar rendimientos futuros. Un abandono de las tradicionales técnicas de intervención del constitucionalismo social, que hoy en día se sustituyen por otras en las que la estrategia de acumulación de capital desarrolla el papel de seguridad social sin ninguna garantía de solidaridad.

Paralelamente, frente a la densidad normativa del primero de los contenidos del artículo 34, el apartado segundo dispone: "toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales". Aquí, la remisión al derecho comunitario y nacional tiene un significado muy distinto del efectuado por el apartado precedente. Fundamentalmente, porque tiene un valor ulteriormente especificativo del contenido de un derecho fundamental directamente reconocido por la norma.

En concreto, un derecho inmediatamente accionable consistente en que todo ciudadano de la Unión que esté legalmente sujeto a más de una legislación de protección social de un Estado Miembro como consecuencia de sus desplazamientos intracomunitarios, tenga el derecho fundamental a acceder a la disciplina de la coordinación de los regímenes nacionales de seguridad

social, tal y como aparece configurada en sus elementos esenciales por el artículo 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión (TFUE), y desarrollado por el Reglamento (CE) n° 883/2004. Una normativa de derecho secundario que proporciona un marco eficaz para poner en comunicación a los sistemas de protección social de los derechos nacionales, permitiendo superar un número importante de obstáculos prácticos a los cuales se enfrentan los ciudadanos de la Unión que circulan en el nuevo mercado.

Como es sabido, la seguridad social no ha sido considerada en los Tratados fundacionales, ni en el Tratado de Lisboa, como objeto de una específica y autónoma intervención de la Unión, sino como un aspecto de la garantía de la libre circulación de los trabajadores en los límites en los que ésta se manifieste funcional a los objetivos de liberalización del mercado de trabajo. Desde esta perspectiva, los condicionamientos que se pueden derivar de los sistemas de protección social bien para una actuación efectiva de la libre circulación, bien por la evidente incidencia que los tratamientos de seguridad social y asistenciales pueden tener sobre la propensión o la conveniencia a aceptar trabajo en otros Estados miembros, son el *leif motiv* que inspira la redacción de las fuentes de derecho derivado. Sobre la directa funcionalidad a las exigencias productivas de una libre competencia eficiente, se han articulado una serie de principios base que vienen a caracterizar al sistema de seguridad social comunitario. El principio de la territorialidad, por el que los trabajadores de la Unión están sujetos al sistema vigente en el país miembro en el que prestan su actividad. El principio de la no discriminación, consistente en que los trabajadores tienen derecho a las mismas prestaciones reservadas a los ciudadanos del Estado miembro en cuestión. La exportación de las prestaciones, por la que los trabajadores de la Unión se benefician de las prestaciones cuando ellos mismos o su familia residen o se encuentran en otro Estado miembro, y el principio por el que los trabajadores se benefician de la continuidad en las pensiones de vejez contributivas gracias a la totalidad de los períodos de cotización en los diferentes Estados miembros.

Nuestra intención al comparar la redacción de uno y otro apartado del artículo 34 de la CDFUE, ha sido la de poner de relieve la incidencia de los vínculos del mercado interior en materia de seguridad social. Sólo se reconoce como derecho inmediatamente justiciable por un ciudadano de la UE, el que conecta directamente con una de las libertades económicas fundamentales y a su vez, también funcionales para la realización del mercado interior. Es decir, no es un derecho que se reconozca *tout a court*, sino que es su inci-

dencia real en el mercado y las oportunidades que ofrece el propio derecho para reforzar a este último, lo que le dota del estatus de fundamental.

5. CSE Y CDFUE: ENTRE CONSITUCIONALISMO SOCIAL Y CONSTITUCIONALISMO DE MERCADO

Aunque la CDFUE contenga referencias a la CSE como fuente de inspiración de los derechos sociales que ésta reconoce, lo cierto es que los principios que inspiran a uno y otro texto difieren sustancialmente, hasta el punto de plantearse dudas en términos de una convivencia pacífica entre estos dos sistemas de derechos fundamentales. La CSE de 1961 y la Carta revisada de 1996, obedecen a un fundamento jurídico-político distinto al propio de la Carta de Niza. Sus postulados conectan con la tradición del constitucionalismo social, en la medida en que los derechos sociales por ella reconocidos materializan las transformaciones jurídico-políticas y socio-económicas que incorpora la forma de Estado social. La subjetivización política del trabajo y la dimensión de la tutela económica del trabajo está muy presente tanto en la CSE, como en la contribución que efectúa el CEDS para fomentar el progreso de los derechos sociales. Con respecto a la primera de las consideraciones, si bien la Carta establece un mecanismo de adhesión flexible consistente en la elección por los Estados de aquellos artículos a los que desean suscribirse, existe un núcleo duro de derechos de aceptación obligatoria. Núcleo duro compuesto, entre otros, por el derecho al trabajo (artículo 1), el derecho de sindicación (artículo 5) o el derecho a la negociación colectiva (artículo 6). Por lo tanto, derechos que actúan la integración política y económica del trabajo, publicitando los derechos sociales laborales y sus niveles de tutela.

Paralelamente, la labor del CEDS como órgano “cuasi-judicial”³⁴, sus decisiones no son directamente ejecutivas, se limita no sólo a examinar los informes presentados por los Estados sobre el estado de ejecución de las obligaciones asumidas por estos, sino también, en función del Protocolo adicional a la Carta adoptado en 1995, a pronunciarse sobre las reclamaciones colectivas interpuestas por organizaciones sindicales nacionales o internacionales, y organizaciones que tenga estatuto participativo ante el Consejo de Europa y que estén inscritas en la lista establecida por el Comité gubernamental de la Carta Social. Este Protocolo ha supuesto un impulso significativo a la labor

³⁴ C. BENELHOCINE, *The European Social Charter*, cit., p. 15.

de tutela-garantía de los derechos sociales desarrollada por el CEDS, adoptando decisiones con una trascendencia normativa en la preservación del constitucionalismo social. Fundamentalmente, porque interviene en un ámbito, el de los derechos sociales, en el que las jurisdicciones internacionales y de la Unión, han mostrado una actitud renuente o cuanto menos fagocitada por la prioridad otorgada a los derechos civiles y políticos, o a las libertades económicas, en detrimento de la cuestión social. De ahí que la función ejercida por el CEDS sea fundamental para el progreso de los derechos sociales. Sobre todo, si tenemos en cuenta que “su jurisdicción se mueve desde los principios hacia los derechos, hacia los derechos consignados en los ordenamientos positivos nacionales, e incluso hacia derechos concretos, puesto que los exámenes de situación efectuados por el Comité no tratan sólo sobre los textos constitucionales, legislativos o reglamentarios vigentes en los Estados concernidos, sino también sobre las prácticas”³⁵.

Esta circunstancia es rastreable en el pronunciamiento del Comité a propósito de las modificaciones legislativas introducidas en el sistema de pensiones griego (Capítulo I). Como vimos, el Comité no sólo se limita a valorar el ámbito infraconstitucional, sino que también advierte de la necesidad de un examen previo de la situación, del impacto de las medidas y de la necesidad de contemplar otras prácticas legislativas menos gravosas. Frente a la apreciación de legalidad del derecho positivo exigida por la Carta de Niza, el CEDS salva las omisiones legislativas como barrera infranqueable en el derecho de la Unión para la justiciabilidad del derecho social. La importancia de los principios, la preservación del carácter normativo de los derechos sociales, convierte a la CSE en el documento de referencia para la preservación de la herencia del constitucionalismo social.

Por el contrario, la Carta de Niza se sitúa en el conjunto de mecanismos constitucionalmente diseñados para la traducción de las coordenadas del constitucionalismo de mercado europeo. Esta decisión de sistema materializada en la centralidad del mercado y los valores de los que es portador, dispone el significado de la CDFUE dentro del complejo normativo tendente a la integración económica. Esta vinculación de la Carta de derechos con los valores del constitucionalismo de mercado, está presente en todos y cada uno de los componentes de la sistemática de la Carta desde una triple pers-

³⁵ J-M. BELORGEY, “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de Derecho Político*, núm. 70, 2007, p. 354.

pectiva: los elementos axiológicos que dotan de sentido a los derechos contemplados en las diferentes secciones de la declaración. Entre ellos y como hemos tenido ocasión de analizar (Capítulo V), la Solidaridad, una solidaridad desarmada del contenido garantista propio del Estado social.

Por otro lado, la decisión de sistema que permeabiliza a la Carta se manifiesta en la propia configuración de los derechos fundamentales y el titular de tales derechos. La acción del Derecho de la Unión en materia de derechos fundamentales se desarrolla en el ámbito europeo. Por lo tanto, los derechos fundamentales se extraen de las propias normas comunitarias (principios generales), mientras que los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones nacionales son sólo una fuente de inspiración. El efecto de esta concatenación de premisas es que lo que se ha venido a denominar “el vínculo económico de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico europeo”, porque la reconstrucción de los derechos se realiza desde la perspectiva de los fines y objetivos de la Unión³⁶. Esta construcción permite la conexión de los derechos fundamentales con el principio constitutivo del ordenamiento europeo, porque la función de los derechos fundamentales de la Unión es materializar el papel asignado al mercado en el proyecto europeo, como verdadero eje articulador del modelo.

Estas valoraciones están muy presentes en los contenidos de la CDFUE que contemplan a los derechos sociales. La función de los derechos sociales en el constitucionalismo de mercado es el punto de partida desde el que abordar sus limitaciones en la nueva realidad política y constitucional europea. Limitaciones que representan la erosión de los elementos más característicos del Estado social. Lógicamente, los derechos fundamentales participan de esta genética inherente al constitucionalismo de mercado. Desde esta óptica, los sujetos titulares de estos derechos y los intereses que estos tutelan son diversos a la idea clásica de los derechos fundamentales de la persona, porque diversas son las bases materiales sobre las que se articula la propia idea de fundamentalidad. Por una parte, los intereses no son tutelados per sé, sino en cuanto funcionales para movilizar las estructuras que coadyuvan al fortalecimiento y funcionamiento del constitucionalismo de mercado europeo³⁷. Por otra parte,

³⁶ G. MAESTRO, “Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea”, en J. CORCUERA (ed.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 138.

³⁷ G. MAESTRO, “La inaprehensible ciudadanía social”, *Revista de Derecho Político*, núm. 71-72, 2008, pp. 755-767.

si el mercado se erige como espacio preferente de realización de las demandas de los ciudadanos, estos adquieren una subjetividad acorde con el lenguaje y la cultura del mercado. El titular de los derechos no es ya el trabajador sobre el que se articulaba la categoría de los derechos sociales, sino el ciudadano-consumidor. El tránsito del ciudadano trabajador al ciudadano consumidor refleja la neutralización de las relaciones sociales del constitucionalismo social, y es especialmente gravosa en el caso de los derechos sociales dotados de una fuerte dimensión colectiva que materializaba la corrección efectuada por el ordenamiento del Estado social entre los protagonistas del conflicto distributivo³⁸.

Además, a la consideración del carácter de fundamentales como una característica estructural de los derechos sociales para hacerles salir del estado residual al que los confinaba el espacio económico europeo, le corresponde la utilización de fórmulas jurídicas ambiguas que ponen de relieve la contraposición entre los derechos sociales del constitucionalismo social y los del constitucionalismo de mercado. Paradigmática es la distinción que efectúa la CDFUE entre derechos y principios. Pero sobre todo, la reconducción de los principios, entre los que se formulan un gran número de derechos sociales, al concepto de normas programáticas, lo que los sitúa fuera del estatus jurídico de los derechos sociales del constitucionalismo social.

En estas coordenadas, la exposición del tratamiento que reciben los derechos sociales en uno y otro documento permite poner de relieve las importantes consecuencias que se derivan a la hora de analizar a la categoría de los derechos sociales sobre la base de puntos de partida distintos. La CSE más vinculada a los postulados del constitucionalismo social, configura a los derechos sociales con las características de las que son portadores esta categoría jurídica en el Estado social, considerando el carácter prestacional y el contenido económico de estos derechos. En un sentido distinto, la CDFUE vinculada al constitucionalismo de mercado, redefine a los derechos sociales desde la perspectiva de su desocialización y reconstrucción de acuerdo con el código axiológico de la economía de mercado y la libre competencia.

Ciertamente, podría alegarse que la CSE ha experimentando en los últimos años un proceso de "comunitarización" motivado por la búsqueda de una armonía entre la Carta Social y el Derecho de la Unión, que condujo a la adopción de la Carta Social revisada en 1996. Aun así, conviene advertir que esta pseudo colonización ha obedecido más a la mejora de los derechos garantizados por la Carta, que a una subordinación al régimen de tutela ya

³⁸ G. MAESTRO, "La inaprehensible ciudadanía social", cit., pp. 767-773.

previsto por el Derecho de la Unión. Cuestión distinta es que los Estados que han ratificado la CSE y que son al tiempo miembros de la Unión, hayan encontrado en los estándares mínimos de protección previstos por el derecho secundario europeo, el pretexto para evitar la aceptación de interpretaciones más amplias, y por ende, más garantistas, de los derechos sociales³⁹.

De ahí que pueda considerarse que la comunicación o interacción entre ambos sistemas en la protección de los derechos sociales, es una comunicación cuanto menos condicionada a los límites del constitucionalismo de mercado europeo. La CSE no es una fuente de legalidad en el Derecho de la Unión, sino una fuente de inspiración con las implicaciones que de ello se derivan, como veremos a continuación.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Al inicio de la presente reflexión nos planteábamos la operatividad práctica de la decisión adoptada por el CEDS en materia de reforma del sistema de pensiones. Considerando la decisión adoptada surgían varios interrogantes a propósito de su alcance tanto en el ámbito nacional, como en el de la Unión. En particular, si semejante decisión hubiera podido ser adoptada por el juez nacional y europeo si el litigio se hubiera sustanciado en estas sedes. Para avanzar en la respuesta y teniendo en cuenta que nos movemos en el terreno de las hipótesis, a lo largo de estas páginas hemos ido analizando el significado de la CSE en el ordenamiento jurídico europeo, desde los Tratados originarios hasta el Tratado de Lisboa, pasando por la jurisprudencia del TJUE. Si nos atenemos a las valoraciones efectuadas, es posible plantear una doble vía interpretativa: en primer lugar la vía europea, en la que entraría en juego el artículo 34 y las disposiciones generales de la CDFUE, especialmente los artículos 51.1 y 53. En segundo lugar, en la vía nacional estarían las disposiciones constitucionales nacionales, la CSE, la CDFUE y los compromisos asumidos por los Estados miembros para el cumplimiento de la panoplia instrumental de la GEE. Siendo el detonante de una u otra vía, de acuerdo con la hipótesis planteada, una legislación nacional susceptible de vulnerar el concepto de pensión de acuerdo con lo dispuesto en la CSE y la CDFUE.

³⁹ J-F. FLAUSS, "Las interacciones normativas entre los instrumentos europeos relativos a la protección de los derechos sociales", cit., pp. 47-53.

1.- *Posibilidad de acudir al juez europeo: las consecuencias de una dimensión social condicionada por los parámetros de la gobernanza económica europea.* El principal *handicap* para acceder al Tribunal de Justicia de la Unión sería precisamente el propio carácter nacional de la medida. De acuerdo con la disposición general 51.1 de la CDFUE, para que entren en juego las disposiciones de la Carta es necesaria la aplicación del Derecho de la Unión. Por lo tanto, al ser la reforma del sistema de pensiones fruto de una ley nacional, la vía del juez europeo se cerraría.

Sin embargo, si la ley nacional de reforma estuviera vinculada al cumplimiento del Derecho de la Unión, la inaplicabilidad de la Carta, al menos a priori y en nuestra opinión, no estaría tan clara. Como es sabido, en España estamos inmersos en un proceso de reforma del sistema de pensiones que ya inició el anterior gobierno del país a través de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social⁴⁰, y que ha continuado el actual ejecutivo en el año 2013. El objetivo principal de esta última reforma es el de adelantar la aplicación del factor de sostenibilidad para las pensiones futuras. Pero la singularidad de la reforma es que trae su causa de la aplicación de las disposiciones de la GEE. En particular, del Reglamento (CE) n° 1466/97⁴¹, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas. Partiendo de esta disposición normativa, el 30 de abril de 2013, España presentó su Programa de Estabilidad para el periodo 2012-2016. En mayo de 2013, el Consejo haciendo uso de las facultades que le reconoce el artículo 5.1 del Reglamento 1466/97, emitió un dictamen sobre dicho Programa de Estabilidad⁴² que se refleja en una recomendación a España de, entre otras medidas: “culminar al final de 2013 a más tardar la regulación del factor de sostenibilidad, a fin de garantizar la estabilidad financiera a largo plazo del sistema de pensiones, estableciendo, entre otras cosas, que la edad de jubilación vaya aumentando en función de la esperanza de vida” (página 8). Curiosamente, presupuestos contemplados por el anterior y actual proceso reformador de las pensiones.

⁴⁰ Los principales cambios introducidos por la reforma fueron la elevación de la edad de jubilación, desde los 65 a los 67 años, a aplicar en un periodo de 15 años hasta el 2027, y la aplicación del factor de sostenibilidad para el año 2027.

⁴¹ Este reglamento ha sido modificado por el Reglamento (CE) n° 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011.

⁴² Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2013 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2012-2016, COM(2013) 359 final.

Pudiera alegarse al respecto que se trata de una recomendación a España y por ello, carente de vinculatoriedad jurídica. Pero, no es menos cierto que dicha recomendación se realiza en el marco de las facultades reconocidas al Consejo por una norma de derecho secundario que además, tiene su fundamento de legitimación en el artículo 121 del TFUE (política económica). De ahí que pudiera estimarse que el Consejo como órgano de la Unión, en el momento de efectuar esta recomendación debiera de haber tenido presente lo dispuesto por el artículo 34.1 de la CDFUE, que tiene en la CS a una de sus fuentes directas de inspiración, y por extensión, la propia jurisprudencia del CEDS en materia de pensiones. Por ello, junto con la recomendación de una aplicación inexcusable del factor de sostenibilidad, debiera de haberse contemplado, siguiendo la decisión del CEDS, el impacto de una medida restrictiva de este tipo en el contenido esencial del derecho social a una pensión, contenido que se materializa en la proporcionalidad de los ajustes adoptados en los derechos de seguridad social considerando la vulnerabilidad de los titulares de pensiones, las expectativas financieras que se establecieron con carácter previo a los ajustes, y su derecho a un acceso a la protección y seguridad social que sea efectivo (FJ 82 de la decisión).

De ser así, esto es, de estimarse por el Tribunal de Luxemburgo semejante argumentación para entrar a valorar una cuestión prejudicial basada en la virtual vulneración de la Carta de Derechos por una norma nacional exigida por las prerrogativas de la GEE, ¿cuál sería el balance entre un derecho social, el derecho a la pensión, y un reglamento legitimado por la *grundnorm* del constitucionalismo de mercado europeo, la estabilidad presupuestaria? Máxime si recordamos el diferente tratamiento que los derechos sociales reciben en la CSE y en la CDFUE, en la primera los derechos sociales se configuran en torno a un vínculo social consistente en la garantía de la dimensión prestacional de los derechos, y en la segunda, los derechos sociales adoptan el perfil de derechos inauténticos (su fuente de legitimidad deriva directamente de una norma de derecho secundario), o accesorios (en cuanto necesarios para la realización de una política social funcional al vínculo económico).

Con todo, la Carta de Niza reconoce en su artículo 53, que ninguna de sus disposiciones podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros. Desde esta óptica, a pesar de que la UE no ha ratificado la CSE,

está se contempla expresamente en el artículo 151 del TFUE, y en las explicaciones del Praesidium para la interpretación del artículo 34.1 de la CDFUE⁴³, aunque sólo sea como fuente de inspiración y no de legalidad del derecho comunitario europeo. Aun así, se imponen las cautelas. Como advierte Jimena Quesada al analizar los pronunciamientos del CEDS y el TJUE⁴⁴ sobre una misma materia, la duración del tiempo legal de trabajo y la noción de trabajo efectivo, “la omisión intencionada de la CSE (y no digamos ya de la decisión del CEDS) revela una ausencia de voluntad positiva en el TJUE que, adicionalmente, resulta incongruente con la mención a la CSE (...) en el Derecho de la Unión vigente; lo mismo sucede con el Tratado de Lisboa, que dota de obligatoriedad a la Carta de los Derechos Fundamentales, la cual ha utilizado profusamente la CSE”⁴⁵.

Si bien en esta ocasión el Comité y el Tribunal de Luxemburgo alcanzaron conclusiones similares, en otros pronunciamientos del Tribunal (Asuntos C-341/05, C-438/05, C-346/06), la gravosa omisión para la garantía de los derechos sociales fundamentales europeos de la CSE, se ha visto acompañada de una interpretación de los derechos sociales, en este caso colectivos (el derecho de huelga), que los reconduce al ámbito del mercado europeo de servicios. La valoración judicial del efecto restrictivo de la medida en la libertad económica fundamental transforma el significado que el derecho de huelga tienen en la CSE como derecho de participación democrática⁴⁶.

Además de estos límites inherentes a los propios derechos sociales fundamentales del constitucionalismo de mercado europeo, configurados como funcionales al mercado interno, se añade el ya mencionado por una interpretación excesivamente formal del tenor literal del artículo 51.1, esto es, la necesaria aplicación del Derecho de la Unión. Este último límite ha sido confirmado recientemente por el propio juez europeo al pronunciarse sobre una cuestión prejudicial que guarda relación en el fondo, que no en la causa, con la cuestión que nos ocupa. A diferencia de una ley nacional reformadora de

⁴³ Siguiendo las Explicaciones del Praesidium, el principio enunciado en el apartado 1 del artículo 34 de la Carta se basa, entre otros, en el artículo 12 de la CSE.

⁴⁴ Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales, de 8 de diciembre de 2004 sobre la Reclamación colectiva nº 22/2003. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 1 de diciembre de 2005, Asunto C-14/04.

⁴⁵ L. JIMENA, “La Carta Social Europea y la Unión Europea”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 13, 2009, p. 399.

⁴⁶ Un análisis más detallado de estos pronunciamientos en: A. LASA, *Constitución económica y derecho al trabajo en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2011, pp. 172-192.

las pensiones, en el Asunto C-128/12⁴⁷, el objeto de litigio es si Ley portuguesa del Presupuesto del Estado para 2011, que establece la reducción de los salarios de los trabajadores que ejercen sus funciones en el sector público, es contraria al principio de no discriminación y al derecho a unas condiciones de trabajo justas y equitativas reconocido por el artículo 31 de la CDFUE. Ley sobre la que se había pronunciado el Tribunal de Trabajo de Lisboa el 22 de diciembre de 2011, declarando en referencia al Derecho de la Unión, que esta ley viola el principio de igualdad. El TJUE lejos de entrar a valorar el fondo del asunto, encontró en la ausencia de aplicación de legislación comunitaria el fundamento desde el que declarar su manifiesta incompetencia.

La legislación de la Unión se erige como la piedra angular desde la que dirimir la vinculación o no de los derechos contemplados por la Carta, revelando la asimetría de una UE en la que la ausencia de competencias en determinadas materias que conducen a la adopción de técnicas de *soft law*, recomendaciones, dictámenes, carentes de vinculatoriedad jurídica, se complementa con mecanismos de control fuertes que compelen a los derechos nacionales a incorporar a sus respectivos ámbitos infraconstitucionales estas decisiones con un alcance aparentemente político. Salvando así el complejo dilema de tener que ponderar dos modelos jurídico políticos contrapuestos y en conflicto. El constitucionalismo de mercado europeo sitúa al más alto nivel la tutela del mercado que también se sitúa al más alto nivel en los ordenamientos internos, por efecto de una progresiva e irretroactiva infiltración⁴⁸ de los postulados del constitucionalismo de mercado en las Constituciones internas, y por ende, en los modelos sociales nacionales, que representa el punto de confluencia entre los derechos sociales fundamentales inauténticos y condicionados de la Unión, y la progresiva desnaturalización de los derechos sociales del Estado social.

De hecho, el concepto de pensión en la Carta de Niza se reconduce a un derecho de acceso vinculado a la garantía de un acceso indiscriminado a las prestaciones existentes que lo conecta con la libertad económica de la libre circulación de trabajadores; y guardando silencio con relación a la configuración de la prestación. Por lo tanto, la Carta sólo contempla aquellos aspectos directamente conectados a la realización del mercado interior, conformado al derecho social de pensión como un derecho accesorio. Por el contrario, el componente prestacional del derecho se reserva a una legislación y praxis

⁴⁷ Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 7 de marzo de 2013.

⁴⁸ G. LYON-CAEN, "L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence", *Droit Ouvrier*, núm. 525, 1992, p. 313.

nacionales condicionadas por las exigencias de la GEE y su panoplia instrumental que obligan al cumplimiento de la estabilidad presupuestaria a costa de la regresión, en cuanto recorte, del gasto social.

2.- *La vía nacional: los condicionantes del vínculo económico europeo.* Cerrada la posibilidad de acudir a la jurisdicción europea por las razones apuntadas, y a menos que se trate de un Estado que haya ratificado el Protocolo Adicional a la CSE que prevé un sistema de reclamaciones colectivas, ratificación que todavía no ha efectuado España, la única alternativa para entrar a valorar una posible vulneración del derecho a la pensión de acuerdo con los contenidos de la CSE y la jurisprudencia del CEDS, sería acudir al juez nacional. En el caso de España, de acuerdo con el artículo 10.2 CE, la CSE “constituye un parámetro interpretativo de obligada aplicación en relación con los derechos que, estando incluidos en la Carta, constituyan al mismo tiempo objeto de normas integradas en nuestro ordenamiento jurídico”⁴⁹. Esto significa que el juez debe interpretar el derecho a la pensión de acuerdo con lo establecido por la CSE y la jurisprudencia que la complementa. Así las cosas, una reforma del sistema de pensiones deberá de respetar los límites infranqueables del derecho a la pensión que el CEDS establece. En particular, para que una restricción de los derechos relativos a la seguridad social como consecuencia de factores económicos o demográficos, sea compatible con la CSE, se deberán tener en cuenta los siguientes criterios: 1. La naturaleza de los cambios. 2. Las razones esgrimidas para los cambios y la estructura política y social en la que se plantean. 3. La necesidad de la reforma y su adecuación a la situación que ha generado la reforma. 4. La existencia de medidas de asistencia social para todas aquellas personas que se encuentren en situación de necesidad como consecuencia de los cambios introducidos (FJ 72 de la Decisión de 7 de diciembre de 2012).

Por ello, el actual proceso reformador de las pensiones deberá tener en cuenta estos estándares mínimos de protección del derecho social a una pensión. Por lo pronto, según se desprende del Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones (Madrid, 7 de junio de 2013), que el gobierno encargó antes de acometer la reforma, el factor de sostenibilidad se define en base en un doble mecanismo de ahorro. Por una parte, el Factor de Revalorización Anual (FRA), un mecanismo de desindexación consistente en desligar la evolución de las pensiones del IPC y vincularlas a la esperanza de vida (que afectará tanto a las pensiones actua-

⁴⁹ T. FREIXES, “La justiciabilidad de la Carta Social Europea”, en VV.AA., *Escritos sobre Derecho europeo de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch y Universitat de Valencia, 2004, p. 121.

les, como a las futuras). Por otra, el Factor de la Equidad Intergeneracional (FEI) que ajustará las pensiones futuras a la esperanza de vida. Sendos mecanismos se traducirán en una pérdida de poder adquisitivo y en pensiones más bajas, especialmente en tiempos de crisis. Considerando el elevado porcentaje de desempleados en España, y que los pensionistas se han convertido en un sustento económico imprescindible para sus familiares en paro⁵⁰, el objetivo de la futura reforma de asegurar el equilibrio presupuestario en el sistema de Seguridad Social, debiera de acompañarse, siguiendo la decisión del CEDS, de un estudio previo sobre el efecto de las medidas, y de un análisis conjunto de sus resultados con los interlocutores sociales y las asociaciones representantes de los intereses de jubilados y pensionistas.

Pero el Estado español, también está obligado a asumir sus obligaciones como miembro de la eurozona. Y entre ellas, el cumplimiento de los objetivos del PEC, donde destaca la estabilidad presupuestaria convertida en el “nuevo paradigma constitucional de lo económico”⁵¹, que obliga a revisar las relaciones política-economía del Estado social. La gestión presupuestaria como vehículo privilegiado para la satisfacción de las necesidades de los colectivos subordinados y la redistribución de la riqueza por medio de transferencias y prestaciones, ha desaparecido con la reforma del artículo 135. En su lugar, se establece una nueva relación caracterizada por la centralidad del vínculo económico y la definición de la intervención social por y desde el mercado. Esta constitucionalización de la estabilidad presupuestaria y la priorización del pago de la deuda pública, generan importantes interrogantes en materia de derechos sociales que sólo futuros pronunciamientos del Tribunal Constitucional ayudarán a despejar⁵².

En cualquier caso, el derecho de pensión parece configurarse en última instancia, considerando la CSE y la CDFUE, como un derecho que recono-

⁵⁰ Según un estudio de la Fundación la Caixa que analiza el impacto de la crisis en la estructura familiar del país, desde que estalló la crisis se ha triplicado el número de pensionistas que ayudan a familias en paro. Concretamente, los pensionistas mantienen hoy a uno de cada cinco hogares en los que ninguno de sus miembros tienen ingresos. VV. AA, “Crisis y Fractura social en Europa. Causas y efectos en España”, en M. LAPARRA Y B. PÉREZ (ed.), *Colección Estudios Sociales*, núm. 35, 2012, pp. 1-218.

⁵¹ A. RALLO, “Política, economía y derechos: la independencia de los reguladores (¿Quo Vadis?). Reflexiones generadas a partir de la reforma constitucional de 2011”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, p. 228.

⁵² Actualmente, están pendientes de resolución por el Tribunal Constitucional varios recursos planteados por la oposición y los gobiernos de Andalucía, Asturias, Navarra, Cataluña, País Vasco y Canarias, contra medidas de recorte en educación, sanidad o pensiones.

cido por la respectiva legislación interna, no puede eliminarse como tal, pero, si sustraer su contenido y modularlo, vía reformas, para garantizar la viabilidad del sistema de pensiones. Un concepto indeterminado, el de la viabilidad, que propicia tendencias que apuntan a una asistencialización de la prestación y una protección complementaria a través del fomento de los seguros privados y el esfuerzo individual de los trabajadores. Esta asistencialización lejos de materializarse en una garantía del derecho a la pensión, termina por desconstitucionalizar y desocializar al derecho, confinándolo al difícil equilibrio de una relación multinivel donde la mejor tutela del derecho implica precisamente, la propia desarticulación del régimen de protección del derecho sujeto a las preferencias y modas de los legisladores nacionales y europeo.

Se dirá que la tutela dispensada por el Derecho de la Unión permite que en el ordenamiento jurídico europeo se garantice el derecho a la pensión sin modificar los estándares de protección nacionales. El derecho a la pensión actúa como un derecho multinivel susceptible de ser conjugado de acuerdo a parámetros que se contraponen (vínculo económico c. vínculo social), pero que sin embargo, goza de inmunidad frente a las prerrogativas de la integración económica. Cuando lo cierto es que la tutela constitucional del mercado se sitúa al más alto nivel en los ordenamientos internos por efecto de los vínculos derivados de la primacía del Derecho de la Unión que determina la necesaria compatibilidad entre los sistemas europeo y nacional. De tal forma que la otrora parte disponible del derecho, termina por absorber el contenido pleno del derecho en su totalidad.

AINHOA LASA LÓPEZ
Equipo "Integración Europea"
Facultad de Derecho,
Universidad de Deusto.
C/Antón Fernández, nº 10 dr, 2º dr
48.950, Erandio, Bizkaia
e-mail: ainhoa.lasa@hotmail.com