

EL “DERECHO” A LA PENSIÓN FUTURA

THE “RIGHT” TO A FUTURE PENSION

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Cantabria

lourdes.lopez@unican.es ORCID [0000-0002-9403-5591](https://orcid.org/0000-0002-9403-5591)

Recepción de trabajo: 11-07-2021 - Aceptación: 31-07-2021

- 1. EL “DERECHO” DISPONIBLE SOBRE LA PENSIÓN (PRIVADA) FUTURA Y LA PRETENDIDA AUSENCIA DE “DERECHO” EN LA PENSIÓN PÚBLICA. 1.1. ¿Existe un “derecho” a la pensión pública futura? 1.2. El “valor” de la cotización en el ámbito privado y en el ámbito público en cuanto a la configuración del “derecho” a la pensión futura. ■ 2. LA “DISPONIBILIDAD” ANTICIPADA DEL “DERECHO” A UNA PENSIÓN (PRIVADA) FUTURA. 2.1. El título que permite “disponer” del “derecho” a una pensión privada. 2.2. El establecimiento de una “prenda” sobre el “derecho consolidado” a la pensión futura. 2.3. La disposición pignoratícia sobre el rescate anticipado de las aportaciones a un plan de pensiones. ■ 3. SOBRE EL “DERECHO” A UNA PENSIÓN PÚBLICA FUTURA Y SU DISPONIBILIDAD ANTICIPADA. 3.1. La errónea aplicación de la doctrina del “derecho adquirido”. 3.2. Derecho consolidado, derecho en curso de adquisición, derecho en progresión: en definitiva, un derecho susceptible de protección. La “carrera de cotización” como soporte de la titularidad de un derecho a la pensión. ■ 4. CÓMO GARANTIZAR EL “DERECHO” A LA PENSIÓN EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. 4.1. Una cotización complementaria voluntaria individual dentro del sistema de Seguridad Social. 4.2. Algunas experiencias ya contrastadas dentro del sistema español. 4.3. Principales reticencias a una cotización voluntaria individual capitalizada en el sistema de Seguridad Social. ■ 5. EL FONDO DE PENSIONES PÚBLICO DE EMPLEO. ■ 6. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

Desde hace tres años, los partícipes y beneficiarios de un plan de pensiones pueden rescatar sus derechos consolidados correspondientes a aportaciones realizadas con, al menos, diez años de antigüedad. Esta disponibilidad anticipada permite ampliar la capacidad para establecer embargos o prenda sobre los derechos consolidados, siendo de mayor interés para el beneficiario la prenda o cesión. Dada la situación económica, cada vez es más frecuente que el ciudadano busque fórmulas para obtener rentabilidad de aquellos bienes o derechos que posee. De ahí que esta opción resulte sumamente atractiva. Mas ¿se podría hacer lo mismo con el derecho derivado de una pensión pública? ¿Existe un “derecho” a la pensión pública futura semejante al “derecho consolidado” de la pensión privada, aunque aún no sea disponible? ¿Puede condicionar la financiación —sistema de capitalización en el ámbito privado y de reparto en el ámbito público— la configuración del “derecho” a la pensión futura en el sistema de Seguridad Social? Hasta ahora, la respuesta a esta última pregunta, sin mucha mayor precisión, ha sido que sí, que ambos modelos son dispares y que, por tanto, las consecuencias también lo son. Pero, tal vez, cabría replantear la simplicidad de la respuesta, objetivo perseguido por este análisis.

PALABRAS CLAVE: pensiones públicas, derecho a la pensión, pensiones privadas, derecho adquirido, expectativa de derecho, rescate anticipado de la pensión, fondo público de empleo.

ABSTRACT

Since three years ago, beneficiaries of a pension plan scheme have been able to redeem their vested rights corresponding to contributions made at least ten years earlier. This advance availability allows to expand the capacity to establish embargoes or pledge on the consolidated rights, with the pledge or assignment being of greater interest to the beneficiary. Given the economic situation, it is becoming increasingly common for citizens to seek formulas to obtain profitability from the goods or rights they possess. Hence, this option is extremely attractive. But could the same be done with the right derived from a public pension? Is there a “right” to a future public pension similar to the “consolidated right” to a private pension, even if it is not yet available? Can the financing system of capitalization in the private sphere and distribution system in the public sphere condition the configuration of the “right” to the pension in the social security system? So far, the answer to this last question, without much precision, has been yes, that both models are disparate and that, therefore, the consequences are also different. But perhaps we should rethink the simplicity of the response, which is the aim of this analysis

KEYWORDS: public pensions, right to a pension, private pensions, acquired right, expectation of entitlement, early pension redemption, public employment fund.

1. EL “DERECHO” DISPONIBLE SOBRE LA PENSIÓN (PRIVADA) FUTURA Y LA PRETENDIDA AUSENCIA DE “DERECHO” EN LA PENSIÓN PÚBLICA (1)

1.1. ¿Existe un “derecho” a la pensión pública futura?

1. Dada la situación económica, cada vez es más frecuente que el ciudadano busque fórmulas para obtener rentabilidad de aquellos bienes o derechos que posee. La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (Resolución de 10 de junio de 2020, BOE, 31 de julio) decidió denegar la inscripción de una escritura de pignoración de los derechos derivados de un plan de pensiones. Y no lo hizo por entender que la misma no procedía, sino porque advirtió sobre la necesidad de aclarar “—defecto fácilmente subsanable— que se pignoran los derechos consolidados derivados del plan de pensiones pero que se subordina su ejecución a que sean disponibles”.

¿Se podría hacer lo mismo con el derecho derivado de una pensión pública? ¿Existe un “derecho” a la pensión pública futura semejante al “derecho consolidado” de la pensión privada, aunque aún no sea disponible? ¿Puede condicionar la financiación —sistema de capitalización en el ámbito privado y sistema de reparto en el ámbito público— la configuración del “derecho” a la pensión futura en el sistema de Seguridad Social? Hasta ahora, la respuesta a esta última pregunta, sin mucha mayor precisión, ha sido que sí, que ambos modelos son dispares y que, por tanto, las consecuencias también lo son.

Pero, tal vez, cabría replantear la simplicidad de la respuesta.

2. El derecho a la pensión pública surge cuando se cumplen los requisitos establecidos en relación a la misma por la ley vigente en el momento en que se produce el hecho causante. Esta es la norma propia del régimen público de Seguridad Social, no cuestionada. Si se toma como referencia la pensión contributiva —la que mejor se asimila a la pensión privada de los planes de pensiones— y se ejemplifica en la jubilación —la que más exigencia de cotización supone y la que, en principio, todo trabajador aspira a obtener—, exige una serie de requisitos (edad, carencia, cese en la actividad, etc) (2). Entretanto podría considerarse que sólo existe una mera “expectativa” de derecho a la pensión.

Sin embargo, el mismo esquema se halla presente en el ámbito de las prestaciones complementarias (“privadas”) —planes de pensiones o contratos de seguro, con referencia en este análisis únicamente a los primeros— y respecto de las mismas, existe una “consolidación” del derecho a medida

1 Este análisis se realiza dentro del Proyecto de Investigación “La Organización de la empresa en la era digital y sus consecuencias laborales, sindicales y de Seguridad Social” (DER2017-82192-C3-2-R) del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

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

EL “DERECHO” A LA PENSIÓN FUTURA

que se va cotizando, pudiendo condicionar el ejercicio de cualquier disposición del mismo a que el derecho sea ejecutivo. Y, aun cuando en una definición poética de la Seguridad Social se estime que la misma supone que *“al egoísmo estrictamente personal de la supervivencia digna, se superponga el altruismo de querer lo mejor para todos los otros”* (3), lo cierto es que el individuo que cotiza también quiere obtener una contraprestación a cambio de su esfuerzo.

Podría afirmarse que la principal diferencia que permite obtener en un caso —pensión privada— la disponibilidad del derecho, antes de que éste pueda ejecutarse, es la forma de financiación, tan dispar para las pensiones en el ámbito privado y en el ámbito público, de capitalización en aquél y de reparto para este último. De esta manera, en el primer supuesto el titular del derecho posee un “fondo” que va incrementando progresivamente a medida que cotiza y del que un día dispondrá, mientras que en el ámbito público el sistema de reparto no prevé identificación alguna de un “fondo” individual y, por ende, no cabría apreciar idéntico ejercicio en el derecho que se “consolida” porque dicho “fondo” no existe como tal.

Pero no es cierto. Al menos no lo es en relación a quienes hayan “cumplido” ya los períodos mínimos de cotización establecidos legalmente para alcanzar un derecho. Y, así, si se toma como ejemplo la pensión de jubilación, cuando se ha cotizado quince o más años al sistema, el beneficiario sabe que —algún día, cuando cumpla la edad pertinente y los requisitos exigidos— obtendrá la pensión correspondiente. Pero el derecho a la misma se ha ido generando con la cotización. Lo mismo ocurre en el plan de pensiones, con la diferencia de que la norma legal admite que, en este último caso, existen unos “derechos consolidados” que nacen desde la primera cotización y que van creciendo en su cuantía a medida que la contribución se incrementa. Y, si bien es cierto que, en el ámbito público, el “derecho” podrá admitirse como “consolidado” cuando se cumpla el requisito de carencia o cotización mínima exigido legalmente, la aportación a la financiación de la pensión se ha venido haciendo, como en el ámbito privado, desde la primera cotización. Mas, en puridad, no existe un “derecho” a percibir la pensión de jubilación, como tampoco existe tal “derecho” en el ámbito privado y, sin embargo, en este último sí se permite la disponibilidad de lo acumulado, y en el ámbito público no.

1.2. El “valor” de la cotización en el ámbito privado y en el ámbito público en cuanto a la configuración del “derecho” a la pensión futura

1. ¿Significa esto que el cotizante en el ámbito público no posee ningún “derecho” a su pensión futura hasta tanto no se cumplan todos los requisitos y obtenga su correspondiente pensión, a diferencia del partícipe del plan de pensiones que, anticipadamente, puede “disponer” del “derecho”, aunque el cobro de la pensión se retrase en el tiempo? Cuestión que no intenta poner de manifiesto una hipotética discriminación o desigualdad entre titulares de un sistema, público en un caso y privado en otro. Tan sólo cuestionar una diferencia entre sistemas que, siendo de por sí distintos, persiguen el mismo objetivo: garantizar una pensión a cambio de una cotización.

3 Villa Gil, L.E. de la, “La aportación del profesor José Vida Soria al ordenamiento español de Seguridad Social”, en AAVV, *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008, pág. 42.

EL “DERECHO” A LA PENSIÓN FUTURA

Quizá la mayor objeción a una identificación de ambos sistemas en el objetivo de una disponibilidad previa a la obtención de la pensión, sea el hecho de que, en la pensión pública, se desconoce el *quantum* de la misma hasta el momento de acceder a ella. Algo que también puede suceder en la pensión privada —que valora la modalidad de aportación definida, sin conocer el importe final de la pensión— y, pese a ello, el legislador no ha impedido la disponibilidad del derecho.

2. Aunque, sin ninguna duda, el principal obstáculo es la modalidad actuarial de financiación en un sistema y en otro, ya sea de reparto en el público o de capitalización en el privado. La forma de gestionar la financiación del sistema contribuye a alcanzar esta conclusión ya que el sistema de reparto supone la financiación de los pasivos con las cotizaciones de los activos a cambio de que éstos obtengan una pensión en el futuro. Con todo, ese futuro, incierto, podría modificar los requisitos reduciendo la pensión prevista o, incluso, anulándola. De hecho, todos los malos augurios sobre la solvencia, viabilidad o sostenibilidad del sistema público reproducen dichos presagios lo que, sin duda, contribuye a generar desconfianza sobre el sistema público de pensiones. Pero ¿existe algún derecho sobre la cotización ya efectuada o se trata de una mera contribución impositiva al sostenimiento de un servicio público, en este caso, la Seguridad Social?

Pues no. La cotización no es un impuesto que se abona para obtener los beneficios de un servicio público, sino que constituye una prima semejante a la del seguro privado, principal referente de la cotización, a cambio de la cual se obtendrá, producido el hecho causante, una pensión. Eso significa que, como en el seguro, el beneficiario tiene unos derechos en expectativa —que no una expectativa del derecho— a medida que va contribuyendo al sistema. De lo contrario, el desincentivo resultaría palmario pues daría lo mismo cotizar que no hacerlo o cotizar más que cotizar menos. ¿Por qué entonces tanta diferencia con el sistema privado, en especial con la posibilidad de disponer anticipadamente en los términos antes indicados? Es cierto que, en el ámbito privado, el “fondo” económico es individual y se va incrementando el mismo a medida que se producen las cotizaciones correspondientes. Sin embargo, su gestión no le corresponde al interesado por lo que, si los gestores no aciertan con la inversión financiera del capital depositado, podrá ocurrir que la pensión se reduzca e incluso quede anulada.

Como es sabido, el método actuarial de reparto consiste en que los pagos corrientes se financian con ingresos corrientes, esto es, que las pensiones de la generación anterior se financian con las contribuciones de la generación actual, cuyas futuras pensiones se financiarán con las contribuciones que abone la generación siguiente. Considerado como “el fundamento mismo de la Seguridad social contemporánea” (4), se ha mantenido hasta nuestros días, no sin ser cuestionado precisamente por la desconfianza que el sistema provoca en las generaciones presentes y futuras. Por su parte, el método actuarial de capitalización supone que cada afiliado asuma sus propios riesgos y pague sus prestaciones aportando recursos económicos suficientes para el coste de su pensión futura. Fórmula asimismo en cuestión cuando se produce una escasa —o nula— rentabilidad de la inversión efectuada.

4 Gonzalo González, B., “El modelo de financiación de la Seguridad Social (la tensión entre el régimen de reparto y el régimen de capitalización en AAVV *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación...*”, Comares, Granada, 2008, pág. 492.

EL “DERECHO” A LA PENSIÓN FUTURA

Al margen de considerar que ya se han introducido mecanismos de capitalización en las prestaciones contributivas de Seguridad Social —capitalización por parte de la Mutua colaboradora del importe de la prestación en caso de invalidez permanente y supervivencia derivadas de riesgos profesionales o la cobertura de las pensiones de jubilación de los religiosos, entre otros supuestos—, lo cierto es que el método imperante en el ámbito público es el sistema de reparto, ex artículo 87 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS). De ahí que, cada vez sea más necesario discernir, en el ámbito de la Seguridad Social y antes de cualquier regresión del sistema contributivo en los términos en que fue concebido, entre aquella parte de la misma universalizada y financiada por impuestos generales y aquella otra parte “contributivizada” y sostenida por las cotizaciones de trabajadores y empleadores. De lo contrario, se correría el riesgo de eliminar pensiones con el pretexto de universalizar prestaciones. Ciertamente, con esta división puede agudizarse el problema de que no sea suficiente con la cotización corriente el pago de las pensiones corrientes. De ser así y si se llegara a esta situación, será el Estado, valedor de las pensiones públicas, el que deberá contribuir al sistema para garantizar los derechos adquiridos o en curso de adquisición, sin perjuicio de las reformas que deba adoptar para evitar este desfase en generaciones futuras.

3. Porque, si fuera de otra forma, se podría alcanzar una conclusión perversa para el sistema: que trabajadores y empleadores cotizantes tuvieran obligaciones, pero no tuvieran garantías sobre sus derechos futuros.

En efecto. De todo lo expuesto podría deducirse que el “valor” de la cotización resulta desconocido en el ámbito público toda vez que lo que se cotiza no va destinado a la pensión de quien lo hace sino de un tercero —el pensionista actual— a cambio de que, en un futuro, se obtenga la pensión correspondiente. Mas, conviene aclarar que tampoco en el ámbito privado existe tal garantía; primero, porque el “valor” de lo cotizado puede depreciarse como consecuencia de fallidas inversiones y, segundo, porque la rentabilidad entre lo proyectado y lo que se percibirá es volátil.

Pues, si se llegara a la conclusión de que quien cotiza hoy no tiene garantizado nada mañana, el sistema de Seguridad Social podría generar una desconfianza letal para el mismo. De hecho, si se sigue alimentando la idea de que quienes contribuimos —incluidos los jóvenes, aunque en menor dimensión por su mayor precariedad— lo hacemos a “fondo perdido” y sin garantía de recuperación de la inversión realizada, la mera solidaridad no será suficiente para el mantenimiento del sistema.

No en vano, la socialización de los riesgos a la que responde el sistema de Seguridad Social no significa la confiscación del derecho a la pensión futura por parte del sistema. No para quienes han entablado una relación con el mismo con unos parámetros concretos en virtud de los cuales cumplen con su obligación⁵. Es cierto que el legislador puede modificar los requisitos que permiten acceder a la pensión, pero no puede anular el derecho a la misma para quienes ya han contribuido en los términos previamente acordados.

5 López Cumbre, L., “La jubilación. Entre el derecho y la obligación”, en AAVV, *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación...* op.cit, pp. 39-106.

Entonces, existiendo tantas semejanzas —aunque también ingentes diferencias—, ¿cómo es posible que a los titulares de planes de pensiones se les permita no sólo la disponibilidad anticipada sino la contemplación de un derecho de crédito sobre los “derechos consolidados” —que no sobre la pensión futura— y no exista un derecho similar en el ámbito público?

2. LA “DISPONIBILIDAD” ANTICIPADA DEL “DERECHO” A UNA PENSIÓN (PRIVADA) FUTURA

2.1 El título que permite “disponer” del “derecho” a una pensión privada

1. Una de las últimas reformas importantes en materia de planes de pensiones (Real Decreto 62/2018, de 9 de febrero, BOE, 10) consistía precisamente en poder disponer de forma anticipada, por parte de los partícipes, del importe, total o parcial, de sus derechos consolidados correspondientes a aportaciones realizadas con, al menos, diez años de antigüedad. Con carácter general, podrán hacerlo los planes del sistema individual y los del sistema asociado y, en el caso de los del sistema de empleo, siempre que lo prevean las especificaciones del plan y con las condiciones o limitaciones que éstas establezcan en su caso (artículo 9.4 del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, en adelante RPFP).

Esta disponibilidad anticipada permitirá ampliar, entre otras, la capacidad para establecer embargos o prenda sobre los derechos consolidados, siendo de mayor interés para el beneficiario la prenda o cesión. En este último caso, se abre una nueva posibilidad de financiación para sujetos que no cuentan con otros activos patrimoniales, a diferencia del embargo por el que no se financia al titular del activo gravado, sino que se mejora la condición de su acreedor. Aunque conviene no menospreciar la oportunidad de “negocio” que esta reforma genera. Para los acreedores pignoratícios o embargantes, porque se añade una vía de agresión a los derechos económicos o consolidados del plan antes de que se cause la prestación; para los deudores —y, por extensión, para su acreedor—, porque podrán hacer previsiones económicas fundadas en un término *certusan* y *certus quando*, toda vez que atenderán a las aportaciones con diez años de antigüedad desde el momento en que lo permita la norma.

2. Para precisar cuándo y cómo se generan estos derechos consolidados susceptibles de disponibilidad anticipada procede advertir una serie de aclaraciones ⁽⁶⁾.

En primer lugar, que el partícipe del plan realiza (o bien terceros por su cuenta, en el sistema de empleo) aportaciones al fondo. El conjunto de éstas a lo largo de la fase pasiva del plan genera derechos consolidados. Los derechos consolidados pueden caracterizarse desde una doble pers-

6 Carrasco Perera, A. y López Cumbre, L., “Rescate y pignoración de los planes de pensiones”, *Diario La Ley*, 2018, núm.9209, pp. 1-8.

EL “DERECHO” A LA PENSIÓN FUTURA

pectiva: como derechos en tanto titularidad jurídica real o modalidad de propiedad; pero, también, como expectativas de créditos futuros, a la espera de que se produzca la contingencia que generará la prestación a favor del titular del derecho consolidado, por tanto, un derecho de crédito futuro y contingente cuya actualización puede depender de una o más contingencias *certus an, incertus an, certus quando o incertus quando*. Cuando sucedan las contingencias de actualización del crédito se producirá entonces lo que se denomina prestación a cargo del fondo y, por tanto, la fase activa del sistema para su beneficiario.

En segundo término, que se trata de un crédito futuro y contingente de carácter especial porque su cristalización en manos del acreedor no puede producirse mientras duren los derechos consolidados, sino con la contingencia de prestación. Lo que supone que el acreedor no pueda “subrogarse” en el plan ni en el fondo por vía de ejecución de la garantía.

En tercer lugar, que las prestaciones se causan como consecuencia de las contingencias, y los derechos consolidados como consecuencia de las aportaciones al fondo. Las prestaciones se causan cuando se generan las contingencias protegidas en los planes de pensiones (en la actualidad, la jubilación, la incapacidad total y permanente o gran invalidez, la muerte del partícipe o beneficiario y la dependencia severa o gran dependencia del partícipe) y podrán percibirse en forma de renta o capital. Por su parte, los derechos consolidados (la denominación es válida para los partícipes pues, en el caso de los beneficiarios, se consideran, por regla general, “derechos económicos”) constituyen la cuota parte que corresponde al partícipe, determinada en función de las aportaciones, rendimientos o gastos, en los planes de aportación definida y, en los planes de prestación definida, la reserva que le corresponda de acuerdo con el sistema actuarial utilizado. Derivan de las aportaciones realizadas al fondo de pensiones a las que están obligados promotor y partícipe, si bien la titularidad de los recursos patrimoniales afectos a cada plan corresponde únicamente a los partícipes y, en su caso, a los beneficiarios.

Finalmente, que la “disponibilidad” del plan significa el derecho a redimir (liquidar, rescatar, etc.) el plan antes de que se produzca la contingencia que hace nacer la prestación. Lo que, a su vez, genera un concepto adicional, el del crédito dinerario derivado del rescate, que es distinto del crédito dinerario en que se cosifica el derecho a la prestación, aludiendo el legislador, con poca fortuna, a que los derechos “se hacen efectivos”.

3. El artículo 8.8 de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones (en adelante, LPFP) establece que los derechos consolidados del partícipe en un plan de pensiones “no podrán ser objeto de embargo, traba judicial o administrativa, hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación o en que se hagan efectivos en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración por corresponder a aportaciones realizadas con al menos diez años de antigüedad.”. Cuando se abonen las pensiones correspondientes al beneficiario previsto o designado deberá considerarse si “mediara embargo, traba judicial o administrativa, en cuyo caso se estará a lo que disponga el mandamiento correspondiente”, ex artículo 8.10 LPFP. Por su parte, el artículo 22.7 RPFP señala que “cuando el derecho a las prestaciones del partícipe en un plan de pensiones sea objeto de embargo o traba, judicial o administrativa, ésta resultará válida y eficaz, si bien no se ejecutará hasta que se cause

el derecho a la prestación o puedan hacerse efectivos o disponibles conforme a lo previsto en el artículo 9”. Producidas tales circunstancias, la entidad gestora ordenará el traspaso de los fondos correspondientes a las prestaciones o derechos consolidados a quien proceda, en cumplimiento de la orden de embargo. En caso de que el partícipe o beneficiario sea titular de varios planes de pensiones serán embargables, en primer lugar, los del sistema individual y asociado, y en último término, los planes del sistema de empleo.

Como se anticipara, existe una serie de supuestos que permiten una liquidez excepcional de estos derechos (enfermedad grave, desempleo de larga duración y, en el caso de planes del sistema individual o asociado, se podrá disponer anticipadamente del importe, total o parcial, de los derechos consolidados correspondiente a aportaciones realizadas con al menos diez años de antigüedad, entre otros y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 LPFP). Como consecuencia de la pandemia, la Disposición Adicional 20ª del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, BOE, 1 de abril, amplió dichas posibilidades, si bien durante un período tasado de tiempo (seis meses desde la entrada en vigor del estado de alarma, con posibilidad de prórroga). En tal caso, podrían disponer de los derechos consolidados quienes se encontraran en situación legal de desempleo como consecuencia de un expediente de regulación temporal de empleo derivado de la situación de crisis sanitaria o aquellos empresarios titulares de establecimientos cuya apertura al público se hubiera visto suspendida o los trabajadores por cuenta propia que hubieran estado previamente integrados en un régimen de la Seguridad Social como tales y hubieran cesado en su actividad como consecuencia de la situación de crisis sanitaria. A tal fin, se establece el importe máximo disponible de los derechos consolidados, con las correspondientes prórrogas de las medidas adoptadas durante la pandemia.

2.2 El establecimiento de una “prenda” sobre el “derecho consolidado” a la pensión futura

1. En el recorrido descrito, las prestaciones o pensiones de los planes de pensiones deberán ser abonadas al beneficiario o beneficiarios previstos o designados, salvo que medie embargo, traba judicial o administrativa (o pignoración), en cuyo caso se estará a lo que disponga el mandamiento (o contrato) correspondiente. Sin embargo, la ley señala que los derechos consolidados del partícipe en un plan de pensiones no pueden ser objeto de embargo, traba judicial ni administrativa hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación o en que sean disponibles o efectivos en los supuestos de enfermedad o desempleo de larga duración o por corresponder a aportaciones realizadas con, al menos, diez años de antigüedad.

Ante el silencio de la regulación primigenia, la reforma introducida por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, BOE, 9, añadiría la prohibición de que estos derechos consolidados fueran objeto de embargo, traba judicial o administrativa hasta el momento en que se cause la prestación. De hecho, cuando se planteó la inconstitucionalidad de dicha inembargabilidad (STC 88/09), el Tribunal Constitucional alegó que *“aunque es indudable que el derecho consolidado de un partícipe en un plan de pensiones puede valorarse en dinero, el partícipe no puede a voluntad ni enajenar ni gravar ni rescatar tal derecho porque la ley lo prohíbe [...] (por lo demás se tiene en cuenta [...] la doble función económica y social que desempeñan: la de complementar el nivel obligatorio y público de protección social y la de favorecer la modernización, desarrollo y estabilidad de los mercados financieros”* (FJ 2).

EL “DERECHO” A LA PENSIÓN FUTURA

Un matiz que hoy deviene inaplicable toda vez que, en la actualidad y como viene exponiéndose, los derechos consolidados del partícipe no podrán ser objeto de embargo o traba “*hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación o se hagan efectivos en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración o por corresponder a aportaciones realizadas con al menos diez años de antigüedad*”, ex artículo 8.8 LPFP. De ahí que, cuando el derecho a las prestaciones del partícipe en un plan de pensiones sea objeto de embargo o traba judicial o administrativa, ésta resultará válida y eficaz. El artículo 22.7 RPPF es expresivo y dispone, como se indicara, que la traba no será ejecutable —no que no se pueda efectuar— hasta que se cause el derecho a la prestación o puedan hacerse efectivos o disponibles los citados derechos consolidados.

2. Bien es cierto que, en su momento, algunas decisiones judiciales optaron por diferenciar entre los derechos consolidados del partícipe (inembargables) y las pensiones futuras (susceptibles de embargo o traba), ya del partícipe, ya del beneficiario. Así, mientras los “derechos consolidados” como tales resultaban inembargables, pues solamente podrían hacerse efectivos en los supuestos excepcionales previstos por la normativa aplicable, sin que pudieran ser mientras tanto objeto de disposición, la “prestación futura” derivada de estas aportaciones deberá merecer un trato diferente ⁽⁷⁾. Esto suponía que el derecho, titularidad jurídica real sobre el fondo (derecho consolidado), no puede ser embargado como tal mientras que la prestación ya nacida sí puede ser objeto de embargo.

Mas, como ha habido oportunidad de precisar en otros estudios, el crédito futuro contingente a la prestación, que se inicia en la fase pasiva del plan, también puede ser objeto de embargo ⁽⁸⁾. Esto es, en la fase del derecho consolidado ya puede practicarse la traba, si bien no se hará efectiva sino sobre el crédito a la prestación cuando ésta nazca o cuando se produzca el rescate con anterioridad a la prestación, en su caso. Por lo tanto, supone una incorrección técnica sostener que los derechos consolidados no pueden ser objeto de traba, pues sí pueden serlo en tanto crédito futuro, aun cuando no se pueda realizar la vía de apremio sobre los derechos consolidados antes de la fase de prestación o rescate. Por lo que, como se advirtiera, el apremio o ejecución no generarán subrogación sobre los derechos consolidados.

3. Procede, sin embargo, precisar alguna distinción en atención a las contingencias que causan el derecho a la prestación (jubilación o muerte u otra contingencia prevista) respecto de las contingencias que causan el derecho de rescate (enfermedad grave, desempleo de larga duración, transcurso de diez años).

7 Dicha prestación constituye un crédito no realizable en el acto, pero puede ser objeto de embargo o traba conforme lo dispuesto en el artículo 592.2.9.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil (embargo de créditos, derechos y valores realizables a medio o largo plazo). El hecho de encontrarse sometido a un evento futuro como es el cumplimiento de alguna de las contingencias previstas en la Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones para que pueda producirse su abono al deudor no impide el embargo o traba, puesto que ésta resulta posible sin perjuicio de que su efectividad práctica se difiera al momento de su devengo (Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 26 de junio del 2002, Ar. 260146, FJ 2).

8 Carrasco Perera, A. y López Cumbre, L., “Rescate y pignoración de los planes de pensiones”..., *op.cit.*, pp. 1-8.

Si la atención se centra, por ejemplo, en la jubilación, la prestación no dependerá en este caso de la voluntad del titular. En tal supuesto, la ejecución no se demorará hasta que se “obtenga” la prestación, sino hasta que ésta “se cause”, por lo que habrá que esperar a que el titular se jubile. En condiciones normales, esta opción resulta voluntaria y, una vez que se cumplen los requisitos objetivos, el pensionista puede retrasar la solicitud de su pensión tanto tiempo como quiera. Pero con un embargo o traba de por medio bastará con que “se cause el derecho” a la prestación. Así lo establece el artículo 8.10 LPFP cuando retrasa el embargo de los derechos consolidados “hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación” y no hasta que “se cause” esta última (pues, de ser así, prevalecería la voluntad del titular).

En estos términos se han venido pronunciando algunas decisiones judiciales considerando que, cuando existen embargos judiciales sobre derechos a favor del beneficiario de un plan de pensiones, la aseguradora, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 621 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debió proceder a retenerlos y a ingresarlos en la cuenta de consignaciones del juzgado en el momento del devengo, pues ya habían quedado afectos a las respectivas ejecuciones, aunque el titular, hallándose ya jubilado, hubiera optado por no solicitar el cobro del derecho correspondiente ⁽⁹⁾.

2.3 La disposición pignoratícia sobre el rescate anticipado de las aportaciones a un plan de pensiones

1. Mas la nueva normativa sobre el rescate anticipado de los planes permite efectuar conclusiones distintas. Pues, aun cuando pudiera considerarse que el rescate es para los “planes” tras diez años de antigüedad, no parece que el legislador haya optado por esta vía. Distingue la norma entre “los derechos correspondientes a aportaciones o primas abonadas antes del 1 de enero del 2016 [en cuyo caso] podrán hacerse efectivos a partir de 1 de enero del 2025” (Disposición Transitoria 7ª LPFP) y la “disposición anticipada de los derechos consolidados del partícipe de un plan de pensiones correspondientes a aportaciones realizadas con al menos diez años de antigüedad” (artículo 8.8 LPFP). Esto significa que todo lo aportado hasta diciembre del 2015 podrá hacerse efectivo a partir del 2025 (y, en ese caso, sí que podría aludirse al rescate de todo el “plan”), pero aquellas aportaciones efectuadas a partir del 2016 podrán ser rescatadas a los diez años (2026), las del 2017 en el 2027 y así sucesivamente. No otra interpretación cabe de los términos precisados por esta norma reglamentaria y, en coherencia con ella, todo lo aportado hasta diciembre del 2015 cumplirá con el requisito de la antigüedad y el resto de las aportaciones irán cumpliendo dicho requisito progresivamente.

Esto podría provocar que, a partir del 2025, se originara una “fuga” masiva de todos los planes, con todas las aportaciones y de todos los derechos consolidados de los partícipes que hayan hecho aportaciones y por la totalidad de éstas antes del 1 de enero del 2016. Distinta hubiera sido la consecuencia si, en estos casos, se hubiera optado por limitar un porcentaje de este tipo de rescate —como ha ocurrido en las situaciones excepcionales de rescate por la pandemia—. Pero se ha establecido un rescate ilimitado para dichos supuestos y las consecuencias serán las que el comportamiento de los partícipes refleje en el 2025.

9 Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 9 de junio del 2014, Ar. 185122, FJ 3.

EL “DERECHO” A LA PENSIÓN FUTURA

2. El resto de las situaciones deberán registrarse por lo que la norma indica, esto es, por rescatar el importe de las aportaciones con diez años de antigüedad. De hecho, y aun cuando para los supuestos excepcionales de liquidez surgidos por enfermedad o desempleo, el rescate del plan resultará “incompatible con la realización de aportaciones a un plan de pensiones” (salvo a los del sistema de empleo), para el rescate por antigüedad en las aportaciones se prevé que sea “compatible con la realización de aportaciones a planes de pensiones para contingencias susceptibles de acaecer” (artículo 11.5 RPPF). De esta forma, el rescate (total o parcial) de los derechos consolidados no impedirá seguir realizando aportaciones a un plan de pensiones, sea el mismo rescatado u otro distinto.

No obstante, y como ya ha habido ocasión de precisar, los plazos del rescate solucionan un posible problema de “azar moral” que de otra forma se presentaría. Si, por ejemplo, la prenda de los derechos del plan se concertara en el 2015, el acreedor sabría, que, llegado el caso, podrá apropiarse por ejecución del valor de rescate de todas las aportaciones hechas hasta esa fecha. No podrá “interesarse” —pero tampoco tendrá que ocuparse de ellas— por las que se hagan (si se hacen) desde el 2016 en adelante, pues éstas no podrán “hacerse efectivas” en el primer acto de rescate. Con todo, siempre queda la posibilidad de que, en la prenda, se atribuya al acreedor el derecho a rescatar en decenios sucesivos, mas, de ser así, deberá considerar, entre otras posibilidades, que el titular del plan pueda no realizar más aportaciones “bajo la sombra del rescate ajeno” ⁽¹⁰⁾.

3. En todo caso, se puede afirmar sin ambages que esta posibilidad abierta últimamente de rescatar el plan sin condición a ningún tipo de contingencia, más allá de la antigüedad en las aportaciones, obliga a sustantivar el propio derecho de rescate del plan como un objeto susceptible de tráfico patrimonial.

Y, así, cabría caer en la tentación de especular con la posibilidad de embargar o pignorar el derecho de rescate como activo independiente del embargo o prenda de los derechos consolidados. No obstante, semejante segmentación del derecho no parece necesaria. La traba sobre los derechos derivados del plan (antes de que surja la fase de prestación) comprenderá también el derecho de rescate como derecho potestativo de configuración jurídica, que es una de las facultades del haz de derechos que constituyen los derechos consolidados. Pero es importante que el derecho de prenda lo especifique, pues si el acreedor no pactara el ejercicio en nombre propio, el artículo 1869 del Código Civil sólo lo legitimaría por sustitución, sin que pudiera apropiarse los fondos al no actuar por cuenta propia ⁽¹¹⁾.

Es cierto que este tipo de disponibilidad supone el riesgo de que, en el futuro, ya no exista un derecho a la pensión. Y, a estos efectos, el legislador deja sin detallar un extremo determinante. Tanto en el rescate por enfermedad o desempleo como en el rescate por el mero transcurso del tiempo, parece a primera vista que, a diferencia del crédito a la prestación, el derecho de rescate es de ejercicio potestativo por su titular, que puede ejercitarlo o no, aunque los derechos consolidados, como crédito futuro contingente, hayan sido ya embargados o pignorados. En otras palabras, que se podría predicar su naturaleza de derecho intransferible a tercero del que no cabría ejercicio subroga-

¹⁰ Carrasco Perera, A. y López Cumbre, L., “Rescate y pignoración de los planes de pensiones”..., *op.cit.*, pp. 1-8.

¹¹ *Ibidem.*

torio en méritos de lo dispuesto en el artículo 1111 del Código Civil. La cuestión no se plantea en este extremo en términos distintos para las diferentes contingencias que permiten el rescate, aunque es notorio que las dos primeras constituyen contingencias del tipo *in certus an* y la última es cierta en todo escenario. Cabe efectuar esta precisión porque —con una lejana analogía con el Derecho sucesorio— se podría considerar que en los derechos contingentes de la primera categoría no hay nada en la titularidad del plan que pueda ser embargado o pignorado, pero en la segunda sí, al depender la contingencia de un término cierto. Sin embargo, se opta por entender que no es así, y en los tres casos de contingencias de rescate la relación, personalísima o no, del titular con el rescate debe ser tratada de la misma manera.

Cuando se ha planteado en los tribunales esta cuestión, la respuesta más común ha sido que el rescate constituye un derecho del titular del plan y que, por tanto, corresponde a su voluntad ejercerlo o no. Por esa razón, en ningún modo, el acreedor podrá sustituir en el derecho al contratante en cuanto que éste se otorga a aquél⁽¹²⁾. Por lo tanto, sólo si el beneficiario opta por el “rescate” y se liquidan los derechos consolidados, procedería ejecutar el embargo, y no será así en caso contrario.

Pero la reforma del 2018 parece descansar en un presupuesto distinto. A diferencia de referencias anteriores a la posibilidad de “hacer efectivos” los derechos consolidados, ahora la Ley que regula los planes y fondos de pensiones alude a que la prohibición de embargo o traba se extiende hasta el momento en que dichos derechos “sean disponibles”. E, incluso, el Reglamento especifica que dicha prohibición se extenderá hasta que los derechos consolidados “puedan ser disponibles o efectivos”, invirtiendo los términos cuando, en el mismo artículo 22.7, admite que el embargo o traba resultarán válidos y eficaces cuando dichos derechos “puedan hacerse efectivos o disponibles”. El momento es importante pues, como se ha señalado, producidas tales circunstancias la entidad gestora ordenará el traspaso de los fondos correspondientes a las prestaciones o derechos consolidados a quien proceda, en cumplimiento de la orden de embargo.

En consecuencia, y a diferencia de la tesis judicial expuesta, partidaria de hacer prevalecer la soberanía del titular en relación con el rescate, el legislador parece haber optado por “expropiar” el derecho potestativo cuando media una traba o embargo. Y, así, del mismo modo que ya el embargo no se hará efectivo cuando se obtenga la prestación, sino cuando “se cause el derecho a la misma”, en el caso de posible rescate anticipado el acreedor podría recurrir al apremio cuando los derechos sean disponibles o puedan hacerse efectivos.

4. En definitiva, se considera que el derecho de rescate puede ser embargado y pignorado y que, al menos en el caso de la pignoración (o la cesión plena del crédito), el acreedor pignoraticio puede hacerse ceder el derecho de provocar el rescate mediante el ejercicio en nombre y cuenta propia del derecho a liquidar anticipadamente el plan. De no ser así, la prenda de los derechos económicos derivados del plan no tendría ningún valor, ya que obviamente el titular no ejercitaría nunca el rescate si el producto de éste hubiera de ir a manos del acreedor.

12 Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 21 de febrero del 2006, Ar. 155092, FJ 3.

Es cierto que una propuesta semejante supondrá en la praxis que la arquitectura convencional del modelo de jubilación puede resquebrajarse de manera más intensa de lo que hubiera podido sospecharse al admitir el rescate por transcurso del tiempo, con el perentorio riesgo que este intercambio puede causar a las expectativas que el sistema quiere crear de una jubilación digna. Pero es el legislador el que ha iniciado un camino sin retorno al admitir una liquidación anticipada de los planes de pensiones. Si dentro de diez años un partícipe de un plan de pensiones puede liquidar sus aportaciones para hacer un viaje a un lugar de ensueño, también será admisible que pida hoy al banco un préstamo personal para este viaje y lo amortice en el futuro cuando se liquide su derecho si el acreedor no tiene otra forma de cobrar su crédito (13).

3. SOBRE EL “DERECHO” A UNA PENSIÓN PÚBLICA FUTURA Y SU DISPONIBILIDAD ANTICIPADA

3.1 La errónea aplicación de la doctrina del “derecho adquirido”

1. Desde antiguo se ha venido afirmando, en relación a la pensión de jubilación, que no existe un “derecho consolidado” sino una “expectativa de derecho”. La aclaración la formula el Tribunal Constitucional en torno a la edad de jubilación y no al derecho a la pensión. Y, así, en la STC 108/86, cuando se cuestionó la Ley Orgánica del Poder Judicial, entre otras materias también por el anticipo de la edad de jubilación forzosa de los jueces, el citado Tribunal se pronunciaría en estos términos al confirmar que no existe un “derecho” a jubilarse a una edad determinada, sino que es el legislador el que, justificando su decisión, podrá modular la misma.

En efecto. Cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial redujo la edad de jubilación forzosa a los 65 años, el recurso de inconstitucionalidad de la norma esgrimió, entre otros interesantes argumentos también para otros no menos importantes aspectos, que dicho anticipo suponía una situación de hecho, la de que aquellos Jueces y Magistrados que entraron al servicio de la Administración de Justicia cuando la edad de jubilación era la de setenta años, incluso con posibilidad de prórroga, y que ahora veían reducida su vida activa en cinco o en siete años, obligados a terminarla anticipadamente. Este hecho, suponía, a juicio de los recurrentes un grave atentado a la “seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución), concebida como el «saber a qué atenerse» o, en otras palabras, como la confianza en que el Estado cumpla sus compromisos, dando fijeza y estabilidad a las leyes, seguridad jurídica que permita promover el orden jurídico, la justicia y la igualdad. No se han respetado, por ello, situaciones consolidadas que habían generado derechos públicos subjetivos derivados de una relación jurídica confirmada”. Un argumento que bien podría reproducir la inquietud de quienes, pendiente de su pensión, comprueban que las condiciones o la cuantía se modifican.

13 Carrasco Perera, A. y López Cumbre, L., “Rescate y pignoración de los planes de pensiones”..., *op.cit.*, pp. 1-8.

EL “DERECHO” A LA PENSIÓN FUTURA

Pero el Tribunal no atiende a estos argumentos por considerar que *“la existencia de una carrera judicial o de un derecho a la jubilación de sus integrantes, por ejemplo, son elementos que no están en la disponibilidad del legislador, que sí puede, en cambio, modificar sus condiciones y, entre ellas, el momento en que ha de producirse la jubilación. De todo ello resulta que quien accede a la función pública como Juez no es titular de un derecho subjetivo a ser jubilado a la edad establecida para ello en el momento de su acceso, sino de una expectativa a ser a tal edad, lo que acarrea evidentes consecuencias a las cuales se alude a continuación”* (FJ 16).

Para afianzar esta tesis, el Tribunal entiende que, a diferencia de otras situaciones, no se produce en este caso un supuesto de retroactividad de normas restrictivas de derechos individuales, impedida por el artículo 9.3 CE. Puesto que, dado que no es posible limitar derechos que no existen, la inaplicabilidad del principio parece evidente cuando, por lo demás, *“la invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisibile petrificación del ordenamiento jurídico”* (SSTC 27/81 y 6/83). No en vano, una norma se considera retroactiva, a los efectos del artículo 9.3 CE, cuando incide sobre *“relaciones consagradas”* y afecta *“a situaciones agotadas”* (STC 27/81), lo que no ocurre en este supuesto en que no existe una situación con estas características. Como afirma el Tribunal, *“lo que se prohíbe en el art. 9.3 es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad”* (STC 42/86, FJ 3). Incluso, aun cuando se admitiera, en hipótesis, la existencia de un derecho subjetivo a la edad de jubilación, no se entendería vulnerado el citado principio de irretroactividad toda vez que *“las disposiciones impugnadas para nada alteran situaciones ya agotadas o perfectas, sino que se limitan a establecer para el futuro la consecuencia jurídica (la jubilación) de un supuesto genérico (cumplir determinadas edades) que aún no ha tenido lugar respecto a los sujetos afectados”* (STC 108/86, FJ 17).

Conviene subrayar, en este punto, el reproche sobre la seguridad jurídica que este anticipo pudiera implicar en el ordenamiento jurídico. Porque, para los recurrentes, dicha seguridad supone *“el saber a qué atenerse”*, esto es, que se cumplan los compromisos ya adquiridos. Es decir, la seguridad jurídica considerada como la obligación del legislador de respetar los derechos adquiridos o, en general, las situaciones jurídicas subjetivas que se hubieran creado a favor de los jueces en activo y que se verían afectados por el adelantamiento de la jubilación.

En este sentido, el Tribunal califica de *“huidiza”* la teoría de los derechos adquiridos, no acogida deliberadamente en la Constitución y que, en todo caso, *“no concierne al legislador ni al Tribunal Constitucional cuando procede a la función de defensor del ordenamiento, como intérprete de la Constitución”* (STC 27/81, FJ 10). Esta doctrina, congruente con la sostenida al tratar de la irretroactividad y de la interdicción de la arbitrariedad y que se justifica por el respeto que merece el campo de acción del legislador y las posibilidades de reforma del ordenamiento propios de un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1 CE), hace que, *“aun en la hipótesis de la existencia de derechos subjetivos (y con más razón sin duda tratándose de expectativas) respecto a la jubilación, no podría invocarse el principio de seguridad jurídica para hacerlos valer frente al legislador ante este Tribunal”* (STC 108/86, FJ 19).

EL “DERECHO” A LA PENSIÓN FUTURA

Asimismo, y, por último, los recurrentes alegan la vulneración de lo dispuesto en los artículos 33.3 y 35 CE, respectivamente. Como es sabido, el primero dispone que *“nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública, o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes”*. No define la Constitución qué deba entenderse exactamente por expropiación de “bienes y derechos”, *“pero dado que el precepto se remite a «lo dispuesto por las Leyes», parece que hay que referirse a la legislación vigente, que acoge un concepto amplio respecto al posible objeto de la expropiación”*. En este sentido, se estima que, falta en la legislación que se cuestiona un elemento indispensable *“para que pueda calificarse la reducción de la jubilación de medida expropiatoria, cual es que sólo son expropiables y, por tanto, indemnizables la privación de bienes y derechos o incluso intereses patrimoniales legítimos aun no garantizados como derechos subjetivos (por ejemplo, las situaciones en precario); pero en ningún caso lo son las expectativas”*. Más aún, la doctrina jurídica y la jurisprudencia consideran, casi unánimemente, que *“sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futuros”*. Y, en consecuencia, no existiendo un derecho adquirido a que se mantenga una determinada edad de jubilación, *“debe concluirse que de lo que se ha privado a Jueces y Magistrados es de una expectativa, pero no de un derecho actual consolidado, con la consecuencia de que esa privación no es expropiatoria”* (STC 108/86, FJ 20).

2. Cuestionar la edad no es sinónimo de cuestionar el derecho. No se trata, aquí, de defender la existencia de un derecho adquirido tanto como la defensa de un derecho que se va consolidando a medida que se va cotizando. Una situación que no encaja en la doctrina de los derechos adquiridos, ligada más a la existencia previa de una legislación que se modifica. Se defiende con ella la subsistencia de derechos previamente adquiridos frente a un cambio legislativo en un determinado ordenamiento jurídico como modo de irretroactividad de la norma.

En efecto. Si se atiende a los antecedentes de este principio, procedería remontarse a la Regla Teodosiana en Derecho romano, estudiándose en los siglos XVI y XVII una casuística importante en torno a la aplicación del respeto a los derechos adquiridos en la Ley 24 del Título XI de la Partida Cuarta, en este caso para ordenar la inmutabilidad del régimen económico matrimonial tanto pactado como derivado de la costumbre del lugar de celebración del matrimonio ⁽¹⁴⁾. Estas Partidas, redactadas en la segunda mitad del siglo X por mandato del Rey Alfonso X de Castilla, serán mencionadas en relación a la doctrina de los derechos adquiridos hasta la entrada en vigor del Código Civil de 1888. Código que, como es sabido, prevé, por una parte, la posibilidad de retroactividad de las leyes, si ellas mismas así lo disponen; pero, por otro lado, establece que las variaciones introducidas por el Código que perjudiquen derechos adquiridos no tendrán efectos retroactivos.

La definición más clásica de los denominados *“iura quaesita”* es la que señala que el derecho adquirido es aquel derecho que entró a formar parte del patrimonio del beneficiario a *“consecuencia de un acto idóneo y susceptible de producirlo, en virtud de una ley del tiempo en que el hecho hubiere*

14 Miaja de la Muela, A., “Los derechos adquiridos en la doctrina española y en el sistema de Derecho Internacional Privado”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 1974, vol. 1, pág. 12.

EL "DERECHO" A LA PENSIÓN FUTURA

tenido lugar, aunque la ocasión de hacerlo valer no se presentase antes de la publicación de la ley nueva relativa al mismo"⁽¹⁵⁾. Sin embargo, se pone de manifiesto una cierta contradicción al pretender subrayar que no puede existir derecho sin previa adquisición del mismo por lo que será determinante concretar el momento en que el derecho entra a formar parte de patrimonio de la persona. De ahí que se estime que existe "eficacia retroactiva no sólo cuando la nueva ley desconoce las consecuencias ya realizadas del hecho cumplido, es decir, cuando destruye las ventajas ya nacidas, sino también cuando, por una razón relativa a este hecho solamente, impide una consecuencia futura de un hecho ya consumado" ⁽¹⁶⁾. Considerando que la mayor parte de los actos jurídicos no tienen un desenlace inmediato y sus efectos se prolongan en el tiempo, no parece fácil la delimitación con la mera expectativa toda vez que esta última supone una situación que, sin haber llegado a la plena consolidación del derecho, reclama algún tipo de protección jurídica, no siempre alcanzada ⁽¹⁷⁾.

Con todo, se califica a la tesis de los derechos adquiridos como un exponente conservador, siendo atacada por visiones más progresistas en la evolución del ordenamiento jurídico. De hecho, se ha definido abiertamente como "una serie de intereses creados, que no merecen o no debieran protegerse jurídicamente" ⁽¹⁸⁾. Y, pese a esa consideración como concepto huidizo (STC 15/81) o de difícil contorno (STC 63/82), la doctrina de los derechos adquiridos no deja de suponer un interés claro: la necesidad de garantizar posiciones jurídicas individuales frente a la capacidad de modificar las normas del Estado. Lo que, a su vez, ha sido considerado como un objetivo antitético, si se tiene en cuenta que precisamente el ordenamiento jurídico no puede permanecer inalterado si trata de satisfacer las necesidades de convivencia y de solución de conflictos de las sociedades desarrolladas ⁽¹⁹⁾.

3. Esta posición conduce a otro concepto, no ajeno a lo expuesto, que es el de garantía o seguridad jurídica. Principio constitucionalizado con "un sesgo tendencialmente axiológico"⁽²⁰⁾, presente en todo el ordenamiento jurídico. De hecho, la seguridad jurídica garantizada en el artículo 9.3 CE se proyecta tanto en la creación como en la aplicación e interpretación del Derecho. Y es sinónimo de previsibilidad. La seguridad jurídica supone poder ajustar la conducta a normas determinadas con consecuencias previsibles, confiando en la respuesta y en que las situaciones jurídicas individuales no van a ser desconocidas o alteradas sin la adopción, en su caso, de las debidas garantías. De ahí que su análisis esté implícitamente unido al debido respeto de los derechos adquiridos, aunque no siempre se comparta su convergencia ⁽²¹⁾.

15 Definición ofrecida por Gabba en su *Teoria dell'aretroattività delle leggi*, publicada en 1923 y citada por todos los autores especializados. En este caso, citado por Barrero Rodríguez, C., "El respeto a los derechos adquiridos", *Documentación Administrativa*, 2002, núms. 263-264, pág. 141.

16 Coviello, N., *Doctrina general del Derecho civil*, Editorial Hispano-Americana, México, 1949, pág. 120.

17 Josserand, L., *Derecho Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-américa, Buenos Aires, 1951, vol. I, pág. 76.

18 Nieto García, A., "Los derechos adquiridos de los funcionarios", *Revista de Administración Pública*, 1962, núm.39, pág. 241.

19 Capilla Roncero, F., Voz "Derechos adquiridos", en AAVV, *Enciclopedia jurídica*, Civitas, Madrid, 1995, Vol. II, pág. 2381.

20 Pérez Luño, A. *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, pp. 27-33.

21 Serrano Triana, A. "La función de la seguridad jurídica en la doctrina del Tribunal Constitucional", en AAVV, *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasi*, Civitas, Madrid, 1989, en particular, pp. 1257-1262.

Por su parte, el Tribunal Constitucional define la seguridad jurídica como la “suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, ... todo ello sin perjuicio del valor que, como principio constitucional, ostenta por sí misma” (STC 225/98, FJ 2), vinculando la seguridad jurídica con la exigencia de certeza en el Derecho.

En este sentido, el derecho adquirido puede asimilarse a la propiedad del derecho, es decir, a aquello que entra dentro de la esfera del patrimonio de la persona de lo que ya no puede ser privada. Por su parte, la expectativa no es más que la eventualidad de que esto ocurra, sometiendo su materialización a una serie de condiciones que aún no se han producido. En la expectativa de derecho, el hecho jurídico que sirve de título para alcanzar el derecho es complejo y su realización aún permanece incompleta. Sin embargo, el derecho adquirido tiene como único fundamento jurídico positivo la ley en la que se basa, que se realiza en el destinatario a través de un título jurídico concreto. Se trata de derechos que se adquirieron porque se realizó el hecho o acto jurídico válidos como título para su adquisición.

Esto supone que, si la diferencia entre ambos conceptos —derecho adquirido y expectativa de derecho— es que la expectativa implica que el derecho haya iniciado su andadura bajo una legislación, pero consiga materializarse bajo el amparo de otra distinta, habrá que plantear cuál es el valor de los hechos o actos parciales ya realizados. Y, en ese sentido, convendría cuestionar que, si los actos jurídicos tienen entre sí una conexión causal, de tal forma que la presencia de uno resulte determinante para la existencia de los otros, la existencia del primer acto, aunque no significa el derecho adquirido a los efectos jurídicos que se deducen de la realización del título jurídico completo, sí conlleva el derecho adquirido a la realización de los demás actos, según la norma anterior.

3.2 Derecho consolidado, derecho en curso de adquisición, derecho en progresión: en definitiva, un derecho susceptible de protección. La “carrera de cotización” como soporte de la titularidad de un derecho a la pensión

1. Lo expuesto es precisamente lo que ocurre en el ámbito de la Seguridad Social, no pudiendo ser otro el sentido de su modalidad contributiva.

Como ya manifestaran los clásicos, la Seguridad Social responde a la idea de un derecho a la protección, lo que supone que las prestaciones previstas por el ordenamiento son jurídicamente exigibles, en tanto derecho derivado de la contraprestación previa en forma de cuota abonada por el beneficiario o por un tercero a cuenta de aquél ⁽²²⁾. El esquema, de hecho, no deja de ser el mismo que el de un seguro privado [fijación del riesgo cubierto, aleatoriedad o incertidumbre individual en el siniestro, formación de un fondo mutuo común para atenderlo, tratamiento matemático-financiero de la cobertura, para que la presencia del fondo elimine el riesgo respecto del colectivo asegurado].

22 Bayón Chacón, G., “Los derechos a los beneficios de la Seguridad Social como patrimonio jurídico”, *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, 1958, núm.4, pp. 1023-1037.

EL “DERECHO” A LA PENSIÓN FUTURA

La principal diferencia en el seguro social es su obligatoriedad —por cierto, también presente en algunos supuestos de seguro privado— (23). Y, otra determinante, y es que el Estado se convierte en elemento esencial de la misma, único capaz de hacer cumplir con la obligatoriedad que caracteriza al sistema. El Estado forma parte esencial de la existencia de la Seguridad Social, basándose esta última sin más en la garantía de la existencia del Estado. La Seguridad Social constituirá una función del Estado, independientemente de que sea posible una descentralización en la gestión de la misma para aproximar su protección a los beneficiarios (24).

Es cierto que la Constitución no prevé, en su artículo 41 un “derecho a la Seguridad Social” sino la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social. Eso significa, al menos por lo que se refiere al ámbito contributivo que este análisis abarca, el respeto a la preexistencia de un modelo de Seguridad Social que, si bien puede ser modificado por el legislador, ha de resultar reconocible. Y también algo que, escondido tras la grandilocuente afirmación sobre la misión de los poderes públicos, se olvidaba; y es el derecho subjetivo público de los ciudadanos a sus prestaciones (25).

2. No existe en la legislación española un concepto, presente en la europea, como es el “derecho en curso de adquisición”. El artículo 8 de la Directiva 80/98, 20 de octubre de 1980, DOUE, 28, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (hoy, Directiva 2008/94, 22 de octubre, DOUE, 28), exige que los Estados miembros garanticen la adopción de aquellas medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores asalariados y de las personas que ya han dejado la empresa o el centro de actividad del empresario en lo que se refiere a sus derechos adquiridos “o a sus derechos en curso de adquisición”, a prestaciones de vejez, incluidas las prestaciones a favor de los supervivientes, bien que en referencia a los regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales existentes al margen de los regímenes legales nacionales de Seguridad Social.

En cierta medida, está en la misma línea que la Directiva 2014/50, de 16 de abril de 2014, DOUE, 30, destinada a la “mejora de la adquisición y el mantenimiento” de los derechos complementarios de pensión. Y, *a priori*, parecería que dicha trasposición genera, en cumplimiento de la normativa europea, una obligación de conceder derechos económicos en todo caso y de forma automática, a fin de facilitar la movilidad de los trabajadores [entre Estados de la Unión Europea o, como ha decidido el legislador español —Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 11/2018, apartado II— dentro del propio Estado].

23 Vid por todos García Ortuño, F., *Seguro privado y seguridad social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 1976.

24 Rodríguez-Piñero, M., “El Estado y la Seguridad Social”, *Revista de Política Social*, 1964, núm. 61, pp. 41 y ss.

25 Vida Soria, J., “¿Qué fue eso de la Seguridad Social?”, *Relaciones Laborales*, 2001, núm. 2, pp. 377-392 y “La garantía pública de un régimen de Seguridad Social”, en AAVV, *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero*, La Ley, Madrid, 2006, pág. 925.

EL “DERECHO” A LA PENSIÓN FUTURA

Sin embargo, la norma europea, consciente del ámbito que regula, establece una autolimitación a su inicial ambición de “coordinar” los sistemas complementarios europeos, ciñéndose a una finalidad más modesta, “armonizadora” de dichos sistemas. En ese sentido, reconoce los límites que no ha de traspasar [*“habida cuenta de la diversidad de los regímenes complementarios de pensión, la Unión debe limitarse a determinar objetivos a alcanzar en términos generales; por consiguiente, una directiva es el instrumento jurídico apropiado”* (Considerando 26)]. Precisamente por eso aprueba la idea de aprobar un Reglamento —semejante al de la Seguridad Social pública— y se conforma con una Directiva —al prevalecer la heterogeneidad como regla nuclear de la protección complementaria [como, por cierto, ocurría también en la Directiva 1998/49, de 29 de junio, DOCE, de 25 de julio, predecesora de la citada Directiva 2014/50]—.

Esta decisión de técnica jurídica es importante porque reconoce que, en esta materia, la iniciativa privada y la capacidad de los interlocutores sociales en la creación, negociación y desarrollo de estos sistemas es determinante [*“en particular, la presente Directiva debe respetar el papel que desempeñan los interlocutores sociales en la concepción y aplicación de los regímenes complementarios de pensión”* (Considerando 8) por lo que la presente Directiva *“no limita la autonomía de los interlocutores sociales cuando sean responsables de establecer y gestionar regímenes de pensiones siempre que puedan garantizar los resultados fijados en la presente Directiva”* (Considerando 10)]. De hecho, la propia Directiva remite en varias ocasiones a lo largo de su articulado a la posibilidad de que los interlocutores sociales puedan establecer mediante Convenio Colectivo disposiciones diferentes, en la medida en que dichas disposiciones no ofrezcan una protección menos favorable y no creen obstáculos a la libre circulación de los trabajadores [artículo 4.2. *“Los Estados miembros podrán permitir a los interlocutores sociales establecer mediante convenio colectivo disposiciones diferentes, en la medida en que dichas disposiciones no ofrezcan una protección menos favorable y no creen obstáculos a la libre circulación de los trabajadores”*].

Lo que se pretende, en consecuencia, es eliminar los obstáculos para la libre circulación de los trabajadores, evitando que los trabajadores pierdan los derechos complementarios de pensión que pudieran tener como consecuencia de la movilidad laboral. Pero ello no significa que dichos derechos complementarios no puedan estar sujetos a determinadas condiciones para que se conviertan en derechos adquiridos. La interpretación que defiende un reconocimiento automático de derechos económicos a quienes extinguen su relación antes de que se produzca la contingencia de jubilación, sin haber sido reconocido dicho derecho en el pacto por el que se crea el compromiso, por el mero hecho de la trasposición de la Directiva, debe salvar la propia dicción de la norma europea y de la norma nacional. Esta última, de hecho, no parece admitir tal tesis cuando la Disposición Adicional 1ª.4 LPFP alude a aquellos supuestos en los que se reconozcan derechos [*“...cuando el compromiso o la póliza prevean la adquisición de derechos económicos por el trabajador antes de la jubilación...”* “*...En caso de cese de la relación laboral por causa distinta de la jubilación habiendo adquirido derechos...”*], admitiendo, en consecuencia, que existan otros que no los reconozcan y aceptando la autonomía colectiva como fuente de determinación del contenido de los compromisos por pensiones. Por lo demás, el Reglamento de desarrollo de estos compromisos por pensiones [Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, BOE, 27, reformado asimismo en 2018], sigue exigiendo, en su artículo 32, que los contratos

EL “DERECHO” A LA PENSIÓN FUTURA

de seguro “deberán, en todo caso, especificar la existencia o no de derechos económicos derivados del mismo y reconocidos en favor de los trabajadores, en el supuesto de que se produzca el cese de la relación laboral previa al acaecimiento de las contingencias previstas, o se modifique o suprima el compromiso por pensiones vinculado a dichos sujetos”. Por lo que acepta, en consecuencia, que no se deriven derechos económicos de esta clase de compromisos por pensiones sin imputación fiscal.

3. Quizá pueda plantearse, asimismo, si la exigencia de no establecer una regulación más desfavorable que la Directiva impone al legislador nacional obliga a interpretar la nueva redacción de la Disposición Adicional 1ª LPFP reconociendo la citada aplicación automática de los derechos económicos, ahora inexistentes.

Mas, en puridad, la norma europea —y su trasposición en la legislación nacional— no se refiere a la existencia o inexistencia de derechos económicos sino a la obligación de que, de existir, deberán respetar una serie de condicionantes que faciliten la movilidad de los trabajadores. Y, así, la norma europea recoge unos límites a los períodos de carencia o de espera, adquisición o edad para acceder a estos derechos de pensión complementaria que, de haber seguido siendo establecidos libremente en la autonomía colectiva, podrían obstaculizar la finalidad pretendida sobre la movilidad de los trabajadores. De hecho, el legislador español optó por una intervención normativa frente a la posibilidad que otorga el artículo 8.1 de la Directiva [*“Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 21 de mayo de 2018, o garantizarán que, a más tardar en dicha fecha, los interlocutores sociales hayan introducido por convenio las disposiciones necesarias”*], evitando que fuera la negociación colectiva la que tuviera que ajustarse directamente a las exigencias comunitarias, por entender que la regulación legal constituye una opción más garantista y eficaz que la disponibilidad negociada. Previsiblemente en esta opción pesara un elemento temporal en la trasposición toda vez que el plazo para trasponer la Directiva finalizó el 21 de mayo de 2018 y el Real Decreto-Ley 11/2018 se aprobó el 31 de agosto de 2018.

Y es cierto que la Directiva exige que no se produzca un retroceso en relación al ordenamiento nacional vigente [*“La aplicación de la presente Directiva no puede justificar retroceso alguno en relación con la situación existente en cada Estado miembro”* (Considerando 28)]. Ocurre, sin embargo, que, en este caso, la regulación se mantiene pues, como antaño, sigue siendo posible establecer o no derechos económicos. Lo único que ocurre ahora es que, si fueran reconocidos por los compromisos por pensiones, deberán ajustarse a las condiciones establecidas por la norma legal. Cuestión distinta sería si, una vez reconocidos, se anularan o se redujera su ámbito de protección o su cuantía, pero no existe tal retroceso por el hecho de mantener la posibilidad de que no se reconozcan. No en vano, la nueva Disposición Adicional 1ª LPFP mejora la situación existente cuando permite que las estipulaciones de los compromisos, pese a la inexistencia de imputación fiscal, reconozca dichos derechos, cuando lo habitual era que, en estos casos, no se derivaran derechos económicos, eso sí, ahora con las condiciones impuestas tanto por la Directiva como por la legislación nacional.

No en vano, el apartado 4 de la Disposición Adicional 1ª LPFP recoge una situación legal ya vigente como es la de los seguros colectivos en los que las primas abonadas por la empresa no se impu-

tan fiscalmente a los trabajadores, en cuyo caso, la atribución a aquéllos de derechos económicos derivados de dichas primas, de producirse un cese en la relación laboral previo a la contingencia cubierta, dependerá de los términos pactados en los Convenios Colectivos u otros acuerdos laborales de naturaleza colectiva en los que se establecen los compromisos y se estipulen, en su caso, las condiciones de adquisición de derechos. Pues bien, ese nuevo apartado 4 establece condiciones para aquellos compromisos que prevean la adquisición de derechos económicos por el trabajador, pero no para aquellos que no los reconocen ni tampoco deroga la legislación vigente en la que se admite la inexistencia de derechos económicos cuando no existe imputación fiscal al trabajador (en los términos ya descritos del artículo 32 del Reglamento de desarrollo).

Ciertamente, de existir un cese en la relación laboral y de reconocerse derechos económicos, las condiciones de adquisición establecidas deberán ajustarse a los requisitos incluidos en este apartado 4 y que son los recogidos por la Directiva 2014/50. Se evitan, así, disfunciones y abusos que se venían observando en los distintos tipos de sistemas de protección complementaria (edades altas para la inclusión en el sistema, períodos de espera excesivamente largos, períodos de antigüedad elevados para la obtención de derechos, etc.). En consecuencia, y como ocurre en la actualidad, este tipo de compromisos puede estar condicionado, si bien, en caso de establecerse condiciones de la naturaleza contemplada en la norma, deberán someterse al régimen jurídico propio de la misma. Pero también se mantiene la posibilidad de que los compromisos no reconozcan derechos económicos previos a la contingencia o que éstos se sometan a condiciones de naturaleza distinta a las reguladas por la nueva norma.

4. En esta misma línea cabe apuntar dos precisiones contenidas en la “Memoria del análisis del impacto normativo” que acompañaba la tramitación del Real Decreto-Ley 11/2018, en concreto en cuanto a su impacto económico. Por una parte, se entiende que, en relación a los costes para las empresas, *“cabe señalar que la propuesta normativa no se aplica a cualquier expectativa referida a la jubilación, sino a aquellos compromisos para la jubilación en los que el compromiso o la póliza prevean la adquisición de derechos económicos por el trabajador correspondientes a la cobertura de dicha contingencia en caso de cese de la relación laboral antes de la jubilación, para los que se establece, conforme a la Directiva, que si se estipula un período de servicios mínimo no podrá superar los tres años, o si se requiere una edad mínima no podrá ser superior a 21 años, y además, como se ha expuesto, se incluye mención expresa a la exigencia de otras condiciones de adquisición de naturaleza distinta de las citadas”* (pág. 55). Lo que significa que no todos los compromisos por pensiones reconocerán dichos derechos económicos.

Y, por otro lado, la Memoria reconoce que esta nueva regulación produce *“un impacto económico negativo por importe de las cantidades abonadas a los seguros colectivos desde que se inicia el pago de la prima hasta el momento en que el compromiso establece el período de adquisición de los derechos, siempre que el trabajador cese en la relación laboral a partir de los tres años de antigüedad, y hasta el citado período de adquisición de los derechos contemplado en el compromiso”*. Ahora bien, también indica expresamente que *“para el trabajador, esta regulación tendría un impacto positivo, por cuanto que se reconocen unos derechos económicos que no estaban previstos en el compromiso por pensiones, siempre que el cese se produzca entre los tres años de antigüe-*

dad y el período de adquisición de los derechos previsto en el compromiso por pensiones” (pág. 46). Afirmaciones todas ellas que parten de una premisa común: la aplicación a aquellos compromisos que reconozcan derechos económicos y para los que, ciertamente, la nueva regulación supondrá — en tanto las condiciones legales favorecen, con carácter general, a los trabajadores—, un coste para la empresa y un beneficio para el trabajador.

4. CÓMO GARANTIZAR EL “DERECHO” A LA PENSIÓN EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

4.1 Una cotización complementaria voluntaria individual dentro del sistema de Seguridad Social

1. Quizá la fórmula para integrar estas inquietudes —esto es, que la cotización que el trabajador efectúa a la Seguridad Social pudiera tener, de algún modo, el mismo tratamiento que tiene la cotización en el ámbito privado, generando un derecho “en curso de adquisición”, pero un derecho, en definitiva— se podría resolver mediante la integración de una cotización privada como complemento de la cotización básica obligatoria, pero también dentro del sistema ⁽²⁶⁾. No se oculta la posibilidad de acudir a la participación privada en el ámbito de la Seguridad Social. Y no sólo en los términos hoy existentes (mejoras o compromisos por pensiones complementarios en el ámbito privado a través de planes de pensiones o contratos de seguro) sino mediante una cotización adicional que garantizara un sistema complementario capitalizado dentro del sistema de Seguridad Social.

Con esto se lograría, como ocurre en otros países de la Unión Europea, que el régimen complementario fuera destinado a incrementar la pensión del beneficiario al margen del sistema de reparto y en virtud de las previsiones que se hicieran (por aportación definida o por prestación definida), pero siempre con la gestión e inversión propia del sistema público. De esta manera, se conseguiría reforzar los recursos del sistema público y se eliminarían ciertos gastos y riesgos hoy presentes por la intervención de entidades financieras. Para evitar el recelo de estas últimas debiera haber la opción entre la “externalización” o la “interiorización” de estos sistemas de modo tal que, en un mercado competitivo, cada entidad ofreciera las mejores condiciones a sus depositarios que, a su vez, podrían optar por el mantenimiento en el sistema público bien que con un nivel individual, complementario, privado, fruto de una cotización adicional destinada no al reparto sino a la capitalización amén del sistema obligatorio ⁽²⁷⁾. Del mismo modo que, ahora, los funcionarios, dentro de su sistema de Seguridad Social, pueden optar por una asistencia sanitaria de naturaleza pública o privada, también se podría introducir esta opción en la protección complementaria de las pensiones, respetando la naturaleza pública del nivel básico.

26 López Cumbre, L. “Financiación por cotización y alternativas complementarias para financiar la Seguridad Social”, *Revista Trabajo y Derecha*, 2015, número monográfico 2, pág.15.

27 López Cumbre, L., *La participación privada en el sistema de protección social español*, Premio FIPROS, 2010 (www.seg-social.es), 267 páginas), pp. 87 y ss.

2. La inclusión en el artículo 41 de la Constitución de la protección complementaria ha sido desarrollada a través de instrumentos como los planes de pensiones o contratos de seguros gestionados por entidades financieras o bancarias. Nada impide, sin embargo, que, alternativamente —no sustitutoriamente— esa misma opción voluntaria que realiza cualquier trabajador de completar su pensión con una aportación adicional a la obligada cotización sea gestionada por la Seguridad Social ⁽²⁸⁾. Aunque el adjetivo “libre” empleado por el precepto constitucional puede tener varias acepciones, la interpretación más consolidada es que la diferencia entre una pensión privada y una pública es el carácter voluntario de la primera frente a la obligación de la que surge esta última. Su integración, por lo demás, en el ámbito de la Seguridad Social proviene de antiguo, desde que las mejoras voluntarias se incorporaran al primigenio texto de la Seguridad Social moderna —aquella que surge tras la Ley de Bases de 1963—, permitiendo a empresarios y trabajadores completar las prestaciones o pensiones de la Seguridad Social más allá de la obligación legal de cotización.

No en vano, el Tribunal Constitucional no ha dudado en establecer un modelo abierto en el ámbito de la Seguridad Social que permite injerencias privadas sin distorsionar su esencia. Y, así, la STC 37/94, señala que la *“garantía institucional del sistema de Seguridad Social, en cuanto impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social, lleva aparejado el carácter público del mencionado sistema. Ahora bien, este rasgo debe apreciarse en relación con la estructura y el régimen del sistema en su conjunto, sin distorsionar la evaluación, centrándola en aspectos concretos de éste desvinculados del conjunto al que pertenecen; sin cerrar la interpretación de ciertos conceptos de relevancia constitucional, ni tampoco haciéndoles encajar indebidamente en los moldes que en un determinado momento proporciona la ley ordinaria, tratando de descartar que pueda haber otros posibles. Lo que verdaderamente ha de ser tutelado por imperativo constitucional es que no se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social a la que pertenecen...Desde esta perspectiva, el carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél. La experiencia comparada y la de nuestro país así lo ponen de manifiesto.”* (FJ 4). Al margen deberá quedar la polémica sobre si estas “mejoras” voluntarias suponen un “complemento” a la pensión pública que se integra en el concepto de pensión pública —a efectos de la aplicación de las características propias de esta última, en especial el tope máximo—, porque no se trata de financiación con recursos públicos sino con aportaciones privadas (STC 144/91). Tan sólo se modifica la gestión, no la naturaleza de los complementos de la pensión.

Aunque en la evolución legislativa estas mejoras voluntarias se han ido transformando y, siguiendo normas europeas y fundamentalmente para reforzar la garantía del cobro de las mismas, se ha impuesto su “externalización” en su gestión —planes y fondos junto a contratos de seguros de los

28 En mi comparecencia ante la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo de 9 de febrero de 2017 (BOCG, Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, 9 de febrero de 2017), planteé la posibilidad de gestionar en el ámbito público un sistema de protección complementaria voluntaria.

que ahora se denominan “compromisos por pensiones” (Disposición Adicional 1ª LPFP) —, su naturaleza sigue siendo la misma. A estos efectos, y siguiendo lo establecido en la citada norma, se consideran compromisos por pensiones *“los derivados de obligaciones legales o contractuales del empresario con el personal de la empresa y vinculados a las contingencias establecidas en la legislación de planes y fondos de pensiones”*. Estos compromisos deberán instrumentarse, *“desde el momento en que se inicie el devengo de su coste, mediante contratos de seguros, incluidos los planes de previsión social empresariales y los seguros colectivos de dependencia, a través de la formalización de un plan de pensiones o varios de estos instrumentos. Una vez instrumentados, la obligación y responsabilidad de las empresas por los referidos compromisos por pensiones se circunscribirán exclusivamente a las asumidas en dichos contratos de seguros y planes de pensiones”*.

Mas, aunque se trate de una nueva formulación para garantizar su percepción, sigue representando el interés de empresarios y trabajadores por completar lo que la Seguridad Social dispensa a través de una aportación adicional a fin de que el resultado económico de la prestación sea mayor. Sistemas que suelen funcionar capitalizando la aportación para individualizar la prestación, sin que se someta al sistema de reparto propio del ámbito público.

De hecho, la presencia de fórmulas de capitalización en el sistema de Seguridad Social no resulta extraña. Así ocurre, por ejemplo, con las normas que permiten a los religiosos y sacerdotes secularizados computar el tiempo que estuvieron ejerciendo su ministerio o religión [básicamente, RRRD 487/98, 27 de marzo, BOE, 9 de abril y 2665/98, 11 de diciembre, BOE, 12] ⁽²⁹⁾. En su momento, aquéllos no pudieron cotizar por hallarse fuera del sistema pero, con esta normativa, se admite capitalizar el coste de la pensión a cambio del pago periódico de la misma de la que se detrae una cantidad periódica para financiar aquél. De esta forma, la norma obliga a *“abonar el capital-coste de la parte de la pensión que se derive de los años de cotización que se le hayan reconocido”*. A tal fin se señala el cálculo exigido para capitalizar la pensión y se determina que el abono del capital coste aludido *“podrá ser aplazado por un período máximo de quince años y fraccionado en pagos mensuales, deducibles de cada mensualidad de la pensión reconocida”*. Una clara manifestación de voluntad por parte del legislador de entender que el régimen de capitalización seguido también en los planes y fondos de pensiones pertenece al ámbito de la Seguridad Social, bien que complementaria.

4.2 Algunas experiencias ya contrastadas dentro del sistema español

1. Pudiera resultar *a priori* rechazable que un sistema complementario “privado” —voluntario, financiado por el empresario, por el trabajador, por ambos o sólo por uno de ellos y basado en la capitalización y, por ende, individualizado— pueda ser gestionado por el sistema público. Pero no existe ninguna norma legal ni ningún límite constitucional que lo impida. Tan sólo la tradicional forma de gestión privada seguida hasta el momento. Con un matiz. La presencia de ánimo de lucro substancial a cualquier actividad mercantil, que ha de estar ausente en la gestión realizada por un

29 Vid, por todos, Villa Gil, L.E. de la, *La situación y los derechos de los sacerdotes y religiosos secularizados*, Cinca, Madrid, 2007.

sistema público. Sin embargo, esa objeción puede ser fácilmente rebatible si se tiene en cuenta que, en caso de gestión pública, el beneficio obtenido —como ocurre con las Mutuas colaboradoras— se integraría en el sistema y repercutiría —directa o indirectamente— en el trabajador beneficiario de una pensión pública “mejorada”.

Con ello se relativizaría toda posible oposición que pueda surgir del sector privado de seguros que considerará que se trata de una competencia no admitida en el ámbito mercantil de la rama aseguradora, reservada exclusivamente para el ámbito privado y sin posibilidad de incursión alguna por parte de entidades gestoras públicas. Sin embargo, el propio Fondo de Reserva de la Seguridad Social —artículos 117 y ss LGSS, con 2.153 millones de euros según el último Informe publicado— puede operar como contención y como ejemplo de semejantes objeciones. Contención porque, siendo un fondo de capitalización creado por el legislador estatal, se rige por su propia normativa, y como ejemplo, porque las estrictas reglas de inversión permiten garantizar una rentabilidad segura de los recursos depositados. En esta línea, los fondos capitalizados que gestionara la Seguridad Social podrían regirse por las mismas o idénticas reglas de garantía que el Fondo de Reserva, el cual ha obtenido, incluso en épocas de crisis, una rentabilidad fija lineal superior a las que dispensaban las fuertes oscilaciones de los operadores mercantiles privados. En dicho Fondo (inicialmente regulado por la Ley 28/2003, de 29 de septiembre, BOE, 30), los rendimientos de cualquier naturaleza que generen los fondos y los activos financieros en que se hayan materializado sus dotaciones se integrarán automáticamente en las dotaciones del correspondiente fondo (artículo 120.2 LGSS), los valores en que se materialice el Fondo de Reserva serán títulos emitidos por personas jurídicas públicas (artículo 122 LGSS) y serán las comisiones designadas al efecto las que fiscalicen el funcionamiento y las inversiones del fondo (artículos 123, 124 y 125 LGSS).

De acuerdo con el último Informe presentado a las Cortes (año 2019 y disponible en la web del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones desde julio de 2020), el Fondo de Reserva invertirá en Deuda Pública española, pudiendo hacerlo también en Deuda Pública del Estado alemán, francés y Países Bajos y en activos emitidos por el ICO (Instituto de Crédito Oficial). Todos los activos han de estar emitidos en euros, ser de calidad crediticia elevada y negociarse en mercados regulados o sistemas organizados de negociación. De hecho, si se aprobara la inversión en Deuda Pública de emisores no españoles por parte del Comité de Gestión del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, aquélla estará limitada a que el importe total de la deuda extranjera sobre el íntegro de la cartera no supere el límite del 55% en valor nominal. O, en fin, en caso de que las condiciones de mercado lo aconsejen, podrá preverse la enajenación de activos de acuerdo a criterios de seguridad, rentabilidad y diversificación, entre otras cautelas. En atención a lo expuesto en dicho Informe, *“la rentabilidad acumulada del Fondo de Reserva desde su creación en 2000 hasta 31 de diciembre de 2019 se sitúa en un 104,16%, lo que supone en términos anualizados un 3,78%”* (pág. 34 del Informe).

2. No obstante, y como es sabido, existen fórmulas de ahorro puramente individuales que permiten a cualquier ciudadano —no necesariamente trabajador, empleado público, autónomo o empresario— suscribir un plan de pensiones individual con su entidad financiera o bancaria. Podría llegar a discutirse, en consecuencia, si este tipo de opción individual también podría incorporarse al sistema público. Mas comoquiera que el sistema de Seguridad Social se basa en unos parámetros

EL “DERECHO” A LA PENSIÓN FUTURA

fuertemente profesionales, debería restringirse la posibilidad de gestionar en el ámbito público sólo aquella opción de quien se encuentra dentro de sistema de Seguridad Social, cualquiera que sea el Régimen General o Especial de cobertura, incluyendo todos aquellos supuestos que se hallan incorporados al mismo a través de la correspondiente suscripción del convenio especial.

Se resolverían, así, algunas paradojas como, por ejemplo, la que supone que el plan privado de pensiones de la Administración General del Estado, en el que están presentes las entidades gestoras de la Seguridad Social, sea gestionado por una entidad bancaria. Según los últimos datos publicados (Memoria Anual del Fondo, 2019, en www.plandepensiones-age.es), en 2019 se trataba de un fondo con 523.875 personas, entre partícipes y beneficiarios. A cierre del ejercicio 2019, la Cuenta de Posición del Plan de Pensiones de la Administración General del Estado, que coincide con el Patrimonio neto, muestra un saldo de 635.305.212,87 euros, frente a los 606.182.085,80 euros del ejercicio anterior. Frente a una rentabilidad del - 3,67%, en el año 2018, la rentabilidad obtenida en 2019, atribuible a los derechos consolidados de los partícipes y a los derechos económicos de los beneficiarios, ha sido del 7,83%. Por otra parte, la rentabilidad del Plan en el año 2019 ha sido casi un punto inferior al del conjunto de los planes de pensiones, que se situó en el 8,80%, pero superior al de los planes de similar nivel de riesgo (renta fija mixta) que fue del 5,14%. (pág.5).

De acuerdo con sus Especificaciones, (Resolución de 23 de septiembre de 2008, BOE, 29 y cuya última actualización se produjo el 21 de abril de 2021 según consta en www.plandepensiones-age.es), se trata de un plan de pensiones del sistema de empleo de promoción conjunta y de aportación definida en el que podrá ser partícipe cualquier empleado de las entidades promotoras, sometido a la legislación española que, cuente, al menos, con dos años de permanencia y no renuncie a su adhesión. Pues bien, entre las Entidades Promotoras del Plan, se encuentran las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social. Como el resto, deberán efectuar las contribuciones pactadas y tienen derecho a participar en la comisión de control del plan a través de los miembros que designe en su representación. Por concurso público —y no sin cierta litigiosidad—, la comisión promotora designó a una entidad bancaria privada para la gestión y depósito del fondo de pensiones a la que se le abona periódicamente la correspondiente comisión de gestión por su servicio (en la actualidad, tanto la entidad gestora del fondo como la entidad depositaria del mismo figuran en el artículo 4.3 de las Especificaciones del Plan). En las normas de funcionamiento de la Comisión de Control aprobadas el 18 de diciembre de 2018 (www.plandepensiones-age.com) consta que la citada Comisión pueda acordar *“la sustitución de la Gestora o Depositaria designando otra entidad dispuesta a hacerse cargo de la gestión o el depósito mediante acuerdo adoptado con el voto favorable de los dos tercios de sus miembros. En dicho acuerdo deberá designarse la nueva gestora o depositaria. En tanto no se produzca la sustitución efectiva, la entidad afectada continuará en sus funciones”* (artículo 18).

Nada impediría, en este contexto, que la Administración de la Seguridad Social (Tesorería General de la Seguridad Social) llevara a cabo tal gestión, evitando costes y generando, en su caso, beneficios para el sistema. Y, posiblemente, algunos empleados públicos que ahora no participan, quizá decidieran contribuir o, al menos, plantearse hacerlo en un futuro si se diseña esta gestión por parte del sistema público. Como señala la doctrina, carece de sentido que el plan privado de pensiones de la

EL "DERECHO" A LA PENSIÓN FUTURA

Administración General del Estado esté siendo gestionado por entidades privadas ⁽³⁰⁾. Las ventajas económicas y sociales que la gestión pública del mismo supondría generarían además un efecto centrípeto hacia el sistema público.

La experiencia en gestión de capitales coste por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social avalaría la eficacia en el cumplimiento de esta obligación. De hecho, el artículo 110 LGSS señala cómo proceder en el caso del capital coste de determinadas prestaciones, el artículo 167 precisa cómo gestionar la responsabilidad en materia de prestaciones en caso de incumplimiento de las obligaciones de encuadramiento y/o cotización y, en una relación sin pretensión de exhaustividad, el artículo 260 de dicha norma indica cómo proceder en caso de contingencias profesionales.

De acuerdo con el artículo 27.3 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, BOE, 15, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, la actividad de seguro y reaseguro podrán realizarla entidades que adopten la forma de derecho público siempre que se ajusten "a lo dispuesto en esta Ley, en defecto de reglas especiales contenidas en su normativa específica". Bien es cierto que la Ley de Planes y Fondos de Pensiones antes citada, en sus artículos 20 y 21, parece no contemplar la gestión y el depósito de los planes y fondos a través de entidades que no tengan forma de sociedad anónima pero no existe impedimento constitucional ni comunitario a que se pueda ampliar a otras entidades dicha función. En esta línea, el artículo 3 de la Directiva 2016/2341 de 14 de diciembre de 2016, DOUE, 23, relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo, dispone que los fondos de pensiones de empleo "que también gestionen sistemas obligatorios de pensiones dependiente del empleo vinculados a la Seguridad Social... estarán regulados por la presente Directiva en relación con sus actividades de fondos de pensiones de empleo que no tengan carácter obligatorio. En este caso, tanto las obligaciones como los recursos afectos a los sistemas voluntarios estarán claramente delimitados y no podrán ser transferidos a los sistemas de pensiones obligatorios considerados como sistemas de Seguridad Social y viceversa". Lo que significa que no existe ningún impedimento para que el sistema de Seguridad Social gestione aquellos fondos, si bien con las indicaciones y límites señalados.

4.3 Principales reticencias a una cotización voluntaria individual capitalizada en el sistema de Seguridad Social

1. Para aceptar la tesis expuesta habría que superar no pocas reticencias. Quizá la más importante sea la del "contagio" de los riesgos de mercado a un sistema, en principio, ajeno a los mismos ⁽³¹⁾. De hecho, y con carácter general, se ha considerado siempre que la pensión privada supone una

30 Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A., "¿Perjudica financieramente a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social su posición actual en el plan privado de pensiones de la Administración General del Estado?", en AAVV, *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social. Libro homenaje al profesor Antonio Ojeda Avilés*, Laborum, Murcia, 201, pág. 469

31 Sobre las pérdidas de patrimonio acumulado y de rentabilidad constante de las pensiones privadas, Monereo Pérez, J.L., "Gestión pública y gestión privada de las pensiones. La racionalidad jurídica de los sistemas privados de pensiones", en AAVV, *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2013, pág. 397.

EL “DERECHO” A LA PENSIÓN FUTURA

dependencia a la volatilidad del mercado y eso permite reforzar el apoyo al sistema público como inerte a las mismas. Ese planteamiento conduce a la posición desmercantilizada de todo sistema de Seguridad Social que no se corresponde plenamente con la realidad pues, si bien cabe admitirlo en relación al nivel asistencial, no puede afirmarse con tamaña tranquilidad, sin embargo, en lo que al nivel contributivo se refiere.

Una independencia tal del mercado surge únicamente cuando el poder público presta un servicio que garantiza a una persona su subsistencia al margen del desarrollo del mercado. Confianza plena que no cabe si se atribuye al sistema contributivo que, basado en un sistema de reparto, sufre también ineludiblemente las oscilaciones económicas hasta el punto de poder modificar —e incluso llegar a anular— lo que tan sólo se consideran “expectativas de derecho” a lo largo de la carrera de seguro del trabajador o alterar sustancialmente sus reglas a lo largo de la vida laboral del trabajador o “congelar” la evolución de las cuantías sin atender al incremento del coste de la vida.

2. Conviene advertir, por otra parte, que el ánimo de lucro que resulta consustancial a la actividad mercantil y más lejano a la de Seguridad Social pueda estimarse compatible con esta última en tanto la repulsa sólo se refiere al posible encarecimiento del sistema y no a la contribución de los particulares para el mantenimiento del mismo. De lo contrario, no se entendería que el texto constitucional aceptara la participación privada complementaria como una parte del sistema de protección social. Porque, además, la apariencia de que el Estado se desresponsabiliza de la garantía patrimonial de las prestaciones otorgadas a impulso privado procediendo a someter a reglas del mercado un espacio reservado a la Seguridad Social no es más que eso, una apariencia. En verdad, las reformas en materia de compromisos por pensiones no han respondido a una finalidad distinta que a la de comprometer al Estado en la garantía de las pensiones privadas y obligarle a un férreo control para asegurar la percepción de las mismas.

Bien es cierto que el diferente sistema de financiación sobre el que se basan las pensiones privadas y la Seguridad Social permite, sin duda, una distinción cualitativamente más importante que la antes aludida. Un sistema basado en el reparto para la Seguridad Social frente a la capitalización que caracteriza al seguro privado y, en concreto, a los planes y fondos de pensiones, predispone la incompatibilidad de ambas técnicas en un mismo sistema o, cuando menos, impone la prevalencia de una respecto de la otra. En los modernos sistemas de Seguridad Social la fórmula de reparto se encuentra expandida hasta tal punto que una modificación por la de capitalización se muestra imprevisible, no ya por su mejor o peor engarce legal o constitucional, sino por su inviabilidad económica durante generaciones. Pero eso no significa que no quepan fórmulas híbridas que permitan incluir con carácter complementario sistemas de capitalización de forma parcial dentro de la Seguridad Social, como ha sido expuesto. Y no cabe tildar este proceso como privatizador toda vez que se trataría de reforzar la viabilidad del sistema público.

3. Finalmente, el aval europeo reforzaría la posición de cualquier gestión privada dentro del sistema público. La Directiva 2016/2341 ya citada y relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo, señala en su artículo 3 que los fondos de pensiones de empleo que también gestionen sistemas obligatorios de pensiones dependientes del empleo vinculados a la Seguridad

Social, y que estén regulados por los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, se registrarán por la presente Directiva respecto de las actividades de fondos de pensiones de empleo que no tengan carácter obligatorio. En este caso, tanto las obligaciones como los recursos afectos a los sistemas voluntarios estarán claramente delimitados y no podrán ser transferidos a los sistemas de pensiones obligatorios considerados como sistemas de la Seguridad Social y viceversa.

Una garantía que impide cualquier transferencia del sistema privado complementario gestionado en el ámbito público al sistema de Seguridad Social y viceversa. De esta forma, la norma comunitaria parte de la imposible quiebra de los sistemas nacionales de Seguridad Social tanto si promueven y gestionan fondos privados de pensiones de empleo como si no.

5. EL FONDO DE PENSIONES PÚBLICO DE EMPLEO

1. Una de las grandes novedades, en línea con lo expuesto y con lo defendido desde hace tiempo, se contiene en la Disposición Adicional 40ª LPGE/2021 (Ley 11/2020, 30 de diciembre, BOE, 31) al regular la promoción de fondos de pensiones públicos de empleo. En atención a la misma y en el plazo máximo de doce meses, el Gobierno se compromete a presentar un proyecto de ley sobre fondos de pensiones públicos de empleo en el que se atribuya a la Administración General del Estado capacidad legal para su promoción.

De acuerdo con esta nueva normativa, los fondos de pensiones públicos de empleo serán de carácter abierto en relación con los procesos de inversión desarrollados y tendrán las siguientes características: a) podrán adscribirse a estos fondos de pensiones de promoción pública los planes de pensiones del sistema de empleo de aportación definida para la jubilación que así lo establezcan en sus especificaciones; y, por defecto, los planes de pensiones de la modalidad de empleo que no determinen un fondo de pensiones específico concreto. Igualmente, estos fondos de pensiones públicos podrán canalizar inversiones de otros fondos de empleo que así lo decidan con un nivel de gastos que incentive la competencia en el sector; b) el proceso de selección de las entidades gestora y depositaria del fondo se hará a través de concurso competitivo abierto; c) los fondos de pensiones públicos de empleo estarán regidos por una comisión de control. La política de inversiones del fondo de pensiones, aprobada por la comisión de control, se hará constar en escritura pública y no podrá ser modificada, salvo con autorización expresa otorgada por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones; d) el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones tendrá derecho de veto en relación con las decisiones de la comisión de control del fondo que afecten a la estrategia de inversión, así como a la sustitución de las entidades gestora y depositaria; e) se regularán procedimientos simplificados para la integración de los planes de pensiones de empleo en los fondos de pensiones públicos de empleo; y, en fin, f) podrá preverse la integración de planes de pensiones asociados de trabajadores autónomos.

EL “DERECHO” A LA PENSIÓN FUTURA

Como referencia internacional de aproximación a esta nueva medida se señala, entre otras, la del modelo británico (automatic enrolment o sistema Nest) en el que, desde el año 2012, los empleadores deben inscribir de forma obligatoria a los trabajadores que cumplan con una serie de requisitos en un plan de pensiones aun cuando, una vez inscrito, el trabajador pueda permanecer o no en el mismo de forma voluntaria (según los últimos datos disponibles sólo optan por la salida menos del diez por ciento de los trabajadores, por lo que se deduce el éxito del sistema). La aportación supone, aproximadamente, un ocho por ciento del salario (un tres por ciento lo aporta el empresario, un cuatro por ciento el trabajador y un uno por ciento el Estado). Comoquiera que antes de esta nueva regulación, la aportación, tanto empresarial como obrera, era voluntaria, su implantación ha significado una revolución en materia de pensiones. El sistema Nest recoge las siglas de National Saving Employment Trust como mayor gestor de sistemas de pensiones de empleo de Reino Unido, tal vez porque concentra a la mayor parte de las pymes. Bien es cierto que el volumen de gestión es muy inferior al que representan las grandes empresas con sus planes de pensiones o las Administraciones Públicas con los suyos. Una de sus principales características es que los trabajadores adheridos al mismo pueden elegir el tipo de fondo en el que invertir el capital depositado como aportación.

Asimismo, constituye una alusión ya clásica, en este sentido, el modelo francés. Basado en un régimen básico se completa con uno complementario que también es obligatorio y que se basa del mismo modo en un sistema de reparto. Actualmente se gestiona a través del régimen Agirc-Arrco, fruto de la fusión, en 2019, de los dos regímenes existentes hasta ese momento (Arrco-Asociación para el régimen complementario de los trabajadores por cuenta ajena— y Agirc —Asociación general de las instituciones de seguro de vejez para los cargos directivos—). Su funcionamiento se basa en la obtención de unos puntos por cada año de cotización, acumulados en la cuenta individual del trabajador. El importe de la pensión dependerá del valor del punto en el año correspondiente.

Sin embargo, esta nueva iniciativa sobre el Fondo de Pensiones Público de Empleo no tiene como referente ningún supuesto extraño al sistema público de pensiones actual como es el de las cuentas nocionales suecas. Estas últimas, como es sabido, suponen la creación de una cuenta ficticia para el trabajador en la que se van sumando sus cotizaciones a la Seguridad Social. Cuando se acceda a la pensión de jubilación, se sumarán todas las cotizaciones efectuadas a lo largo de su vida laboral y se dividirá entre el número de años que reste según la esperanza de vida del país. A diferencia de nuestro sistema de aportación definida (en el que se combinan los años cotizados con las cotizaciones efectuadas en los últimos años para obtener la cuantía de la pensión), constituye aquél un sistema de prestación no definida (en el que la cuantía de la pensión está en función de una serie de variables desconocidas hasta el momento de proceder al cálculo de la misma). El sistema supone, en conjunto, una combinación de pensión básica, sistema de empleo y sistema individual. Eso sí. Existe una coincidencia con lo expuesto en este análisis y es que el Estado permite a los trabajadores elegir la inversión de sus aportaciones entre los diferentes fondos destinados al efecto, incluido el fondo público, que, de ser elegido, supondrá que sea el Estado el que invierta con garantía el capital depositado.

2. A la espera de la regulación anunciada por el Gobierno, se anticipa que se tratará de un instrumento colectivo de previsión social complementaria con supervisión y garantía pública en términos semejantes a las Entidades de Previsión Social Voluntaria. Reguladas de forma autonómica, como ocurre en el País Vasco, se trata de instituciones distintas a los planes de pensiones, con los que comparten un objetivo común, el de la protección complementaria. Carecen de ánimo de lucro y se hallan bajo la supervisión y control del Gobierno autonómico, teniendo supeditadas sus inversiones a las limitaciones legalmente establecidas ⁽³²⁾. A diferencia del plan de pensiones, estas entidades tienen personalidad jurídica propia y gestionan de forma autónoma su patrimonio sin la necesaria concurrencia de un tercero. Las empresas pueden constituir su propia entidad para desarrollar esta función a través de la modalidad de empleo, distinta a la modalidad individual (creada por entidades financieras) o asociada (constituida por asociaciones). En la actualidad, estas dos últimas modalidades permiten el rescate de sus aportaciones antes de que se origine el hecho causante de la prestación o pensión.

Constituye esta iniciativa de creación de un Fondo de Pensiones Público de Empleo un buen comienzo para potenciar esta idea general, planteada en este estudio y defendida desde hace tiempo, sobre la posibilidad de complementar voluntariamente aportaciones en forma de cotización adicional a la obligatoria pero dentro del sistema de Seguridad Social y con una fórmula de capitalización. Por supuesto, ninguno de los modelos expuestos reúne de forma plena las características planteadas. Esto es, aportación complementaria, voluntaria, a un sistema público gestionado por la Seguridad Social, sin que la regulación existente hasta el momento en materia de pensiones públicas se modifique.

Pero, si así fuera, si se llegara a instrumentalizar esta cotización adicional voluntaria complementaria pública, sí cabría desarrollar la idea expuesta sobre el “derecho” a la pensión pública en los mismos términos desarrollados para la pensión privada. Porque, de esta forma, el sujeto tendría una posibilidad de “rescate” sobre parte de su pensión de forma anticipada con los argumentos manifestados en relación a la protección complementaria privada. Avanzar hacia un “derecho” a la pensión anterior al hecho causante en el sistema público basado en una fórmula de reparto puede resultar difícil —por el momento— pero anticipar un “derecho” sobre parte de la pensión futura cuando existe una proporción de la misma sustentada en la capitalización debería ser un planteamiento nada desdeñable. Como señalara Kant en la Introducción a su *Crítica de la razón pura* al diferenciar el conocimiento puro del conocimiento empírico, “*la experiencia nos enseña que algo tiene estas u otras características, pero no que no pueda ser de otro modo*”.

32 Mayor desarrollo en López Cumbre, L., “Protección social y Comunidades Autónomas”, en AAVV, *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías. XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 645-752 y “La difícil delimitación competencial en materia de protección social”, en AAVV, *Protección Social y Comunidades Autónomas*, Editorial Cinca, Madrid, 2012, pp. 35-102.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Barrero Rodríguez, C., "El respeto a los derechos adquiridos", *Documentación Administrativa*, 2002, núms. 263-264, pp.137-183.
- Bayón Chacón, G., "Los derechos a los beneficios de la Seguridad Social como patrimonio jurídico", *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, 1958, núm.4, pp. 1023-1037
- Capilla Roncero, F., Voz "Derechos adquiridos", en AAVV, *Enciclopedia jurídica Civitas*. Madrid, 1995, Vol. II, pp. 2381-2381lo
- Carrasco Perera, A. y López Cumbre, L., "Rescate y pignoración de los planes de pensiones", *Diario La Ley*, 2018, núm.9209, pp.1-8.
- Coviello, N., *Doctrina general del Derecho civil*, Editorial Hispano-Américana, México, 1949.
- García Ortuño, F., *Seguro privado y seguridad social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 1976.
- Gonzalo González, B., "El modelo de financiación de la Seguridad Social (la tensión entre el régimen de reparto y el régimen de capitalización)", en AAVV *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación.*, Comares, Granada, 2008, pp. 491-543.
- Josserand, L., *Derecho Civil*, vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-américa, Buenos Aires, 1951.
- López Cumbre, L., "Financiación por cotización y alternativas complementarias para financiar la Seguridad Social", *Revista Trabajo y Derecho*, 2015, número monográfico 2, pp.1-21.
- López Cumbre, L., "La difícil delimitación competencial en materia de protección social", en AAVV, *Protección Social y Comunidades Autónomas*, Editorial Cinca, Madrid, 2012, pp.35-102.
- López Cumbre, L., "Protección social y Comunidades Autónomas", en AAVV, *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las Autonomías. XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 645-752.
- López Cumbre, L., *La participación privada en el sistema de protección social español*, Premio FIPROS, 2010 (www.seg-social.es), 267 páginas
- López Cumbre, L., "La jubilación. Entre el derecho y la obligación", en AAVV, *Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 39-106.
- Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A., "¿Perjudica financieramente a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social su posición actual en el plan privado de pensiones de la Administración General del Estado?", en AAVV, *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social. Libro homenaje al profesor Antonio Ojeda Avilés*, Laborum, Murcia, 2011, pp. 461-472
- Miaja de la Muela, A., "Los derechos adquiridos en la doctrina española y en el sistema de Derecho Internacional Privado", *Anuario Español de Derecho Internacional*, 1974, vol. 1, pp.3-28.
- Monereo Pérez, J.L., "Gestión pública y gestión privada de las pensiones. La racionalidad jurídica de los sistemas privados de pensiones", en AAVV, *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2013, pp.383-436

EL "DERECHO" A LA PENSIÓN FUTURA

Nieto García, A., "Los derechos adquiridos de los funcionarios", *Revista de Administración Pública*, 1962, núm. 39, pp. 241-266

Pérez Luño, A., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991.

Rodríguez-Piñero, M., "El Estado y la Seguridad Social", en *Revista de Política Social*, 1964, núm. 61, pp.40-61

Serrano Triana, A., "La función de la seguridad jurídica en la doctrina del Tribunal Constitucional", en AAVV, *Libro Homenaje al Profesor Jose Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp.1244-1284.

Vida Soria, J., "¿Qué fue eso de la Seguridad Social?", *Relaciones Laborales*, 2001, núm. 2, pp. 377-392.

Vida Soria, J., "La garantía pública de un régimen de Seguridad Social", en AAVV, *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero*, La Ley, Madrid, 2006, pp.903-925.

Villa Gil, L.E. de la, "La aportación del profesor José Vida Soria al ordenamiento español de Seguridad Social", en AAVV, *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, 2008, pp. 3-44.

Villa Gil, L.E. de la, *La situación y los derechos de los sacerdotes y religiosos secularizados*, Cinca, Madrid, 2007.