



PRIMERA PARTE
EL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA PÚBLICO
DE PENSIONES

**REFLEXIONES SOBRE EL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD
DEL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES***

Aurelio Desdentado Bonete**

SUMARIO: I. ACLARACIONES PREVIAS. –II. SOBRE EL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SITUACIÓN ACTUAL DEL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL Y LA NECESIDAD DE SU REFORMA. II.1 Las crisis del sistema: crisis de financiación, crisis de eficiencia. II.2 El factor de sostenibilidad, una respuesta a la crisis de financiación: a) El factor de sostenibilidad en sentido estricto. b) El índice de revalorización. c) Una valoración crítica de las medidas de sostenibilidad: a') Crítica de la regulación del factor de sostenibilidad en sentido estricto. b') Crítica del índice de revalorización. –III. ALGUNOS PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA REGULACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD: III.1 ¿Es constitucional la regulación de la sostenibilidad? III.2 ¿Sirven para algo las normas absolutamente futuristas? III.3 Sostenibilidad y seguridad jurídica: el diablo de las fórmulas.

RESUMEN

Este artículo expone las líneas generales del proyecto de ley sobre la sostenibilidad del sistema público de pensiones desde la perspectiva de la situación actual de la Seguridad Social española, marcada por una crisis de financiación y otra crisis de eficiencia para hacer frente a las nuevas formas de pobreza. En la primera parte se valora la propuesta del proyecto y en la segunda se exponen sus principales problemas jurídicos.

ABSTRACT

This paper displays the general lines of the law project about the sustainability of the public system of pensions from the perspective of the Social Security's actual situation in Spain, marked by the financial recession and a crisis of efficiency against the new forms of poverty. In the first part it values the proposal of the project whereas on the second one it displays its main legal issues.

* Intervención en el Seminario organizado por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre las últimas reformas de la Seguridad Social el 30 de octubre de 2013.

** Magistrado del Tribunal Supremo

Palabras clave: Revalorización de pensiones, Seguridad Social, Sostenibilidad, Crisis, Equilibrio presupuestario.

Key words: Revaluation of pensions, Social Security, Sustainability, Crisis, Budgetary balance.

I. ACLARACIONES PREVIAS

Antes de comenzar a hablar imprudentemente de lo que no sé, debo disculparme por ello y aclarar algunos puntos sobre el carácter de mi exposición.

Para ello es útil recordar la advertencia que Ross hacía sobre la función oracular del jurista. Los juristas trabajamos sobre normas y sobre las relaciones entre las normas. No somos expertos en la solución de los problemas económicos y sociales y cuando nos pronunciamos sobre ellos no estamos haciendo ciencia jurídica –si es que esa ciencia existe, lo que me parece más que dudoso–, sino dando probablemente un sermón a partir de nuestras preferencias ideológicas.

Quiero decir que no tengo ninguna competencia profesional para pronunciarme sobre las valoraciones y proyecciones económicas que están en la base de la propuesta sobre el factor de sostenibilidad, ni sobre el acierto o el desacierto de las medidas técnicas que se recomiendan. Mi opinión es la de un ciudadano que tiene interés en la materia y una experiencia profesional, quizá ya demasiado larga, en la aplicación de las normas de Seguridad Social.

Esa experiencia me ha aproximado, sin embargo, a los problemas de la protección social y me ha hecho reflexionar sobre ellos.

Todo ello marca el alcance de lo que voy a decir.

1º) Primero, expondré, como simple ciudadano y como persona que ha trabajado con las normas de Seguridad Social, mi visión de sus problemas y mi idea de lo que debería ser una reforma, situando en esta perspectiva la innovación que supone el factor de sostenibilidad.

2º) En segundo lugar, trataré de abordar el factor de sostenibilidad¹ desde una perspectiva estrictamente jurídica, examinando algunos problemas que en este plano me suscita la lectura del informe de los expertos y del proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes, que se publica en el Boletín de éstas del 4 de octubre de este año.

Lo haré brevemente, como corresponde a la programación de este acto.

II. SOBRE EL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SITUACIÓN ACTUAL DEL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL

II.1. Las crisis del sistema: crisis de financiación, crisis de eficiencia

Pienso que nuestro sistema se enfrenta a dificultades económicas importantes, que están bien expuestas en el informe de los expertos sobre el factor de sostenibilidad². Por una parte, el envejecimiento de la población y la entrada en el régimen de pensiones de la generación del

¹ Salvo que se indique otra cosa, utilizo el término factor de sostenibilidad para aludir tanto el factor de sostenibilidad en sentido estricto, el que pondera la esperanza de vida, como al índice de revalorización. Este era el esquema inicial del informe de los expertos, en el que de forma más precisa se distinguía dentro del factor de sostenibilidad (FS), el factor de equidad intergeneracional (FEI) y el factor de revalorización anual (FRA).

² "Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones", 7 de junio de 2013.

baby boom nos lleva a una situación en la que hay menos jóvenes y más personas en la edad pensionable que viven más tiempo. Dice el informe que los 9 millones de pensionistas actuales se convertirán en 15 millones en 2050 y que la esperanza de vida a los 65 años, que es en la actualidad de 20 años, será en 2050 de 25 años. En 1967, cuando entró en funcionamiento el sistema, la esperanza de vida a esa edad no llegaba a los 17 años.

Por otra parte, la espectacular caída del empleo como consecuencia de la crisis económica reduce las cotizaciones y aumenta el gasto en prestaciones de desempleo. Además los sistemas “maduran” y, al hacerlo, producen prestaciones mejores a un coste también mayor. Todo esto incrementa el gasto, mientras disminuyen los recursos. Los ingresos por cotizaciones han caído de 108.103,73 millones € en 2008 a 103.311,66 en 2011. No han podido aplicarse asignaciones para el Fondo de Reserva durante los años 2009, 2011 y 2012. Tampoco habrá asignaciones al Fondo en 2013. Por el contrario, se han tenido que aprobar disposiciones del Fondo por importe 7.003 millones de euros en 2012³ y de unos 5.500 millones hasta septiembre de 2013. A este ritmo el agotamiento del Fondo es una hipótesis que no puede descartarse, si no se recupera sensiblemente el nivel de empleo y se mantiene el ritmo de incremento del gasto. La capacidad de aumentar los ingresos es en la actual coyuntura prácticamente nula, porque el incremento de las cotizaciones tendría efectos negativos sobre el empleo y la financiación con cargo a los presupuestos del Estado es impensable con el actual nivel de déficit público. El Estado tampoco podría legítimamente financiar un sistema profesional que otorga prestaciones diferenciales en función del nivel de los salarios. Para aumentar la aportación del Estado tienen que darse dos condiciones: 1ª) la superación de la actual crisis fiscal y 2ª) la reforma de los niveles de protección, de forma que puedan asignarse a prestaciones universales y uniformes las aportaciones estatales. Añadiría otra condición más polémica: es necesaria una reforma fiscal que incremente la progresividad del sistema.

Se ha apuntado que cabe obtener más recursos eliminando los topes de las bases de cotización, lo que aumentaría la progresividad del sistema. Pienso que es una idea de posible realización práctica, pero que no es una buena idea. Si se eliminan los topes en la cotización, caben dos posibilidades:

1ª) Que se elimine también el tope de las prestaciones con lo que el efecto de asignación de recursos será neutralizado, pudiendo provocar incluso un desequilibrio mayor y

2ª) Que no se eliminen esos topes de prestaciones, con lo que ciertamente se incrementarán los recursos, pero se establecerá una presión adicional sobre las rentas salariales no solo altas, sino también medias, pues el tope se ha generalizado para todas las categorías. Esa elevación de la presión tiene una justificación difícil por sus limitaciones y por su destino. Solo gravaría las rentas salariales superiores a 3.425,70 € al mes; no las rentas de capital. Opera además una redistribución limitada solo a favor de las personas incluidas en el sistema contributivo, dejando fuera a muchas personas en situación de pobreza. Y se afecta, por último, a prestaciones diferenciales en función del nivel de rentas. Ese aumento de la presión contributiva sin contrapartidas en un sistema que ya penaliza bastante las rentas de trabajo podría generar algún sentimiento de rebelión fiscal. Este tipo de redistribución tiene que realizarse a través del sistema fiscal ordinario y con criterios de generalidad.

Esta es la crisis de financiación, que el informe de los expertos examina para justificar el adelantamiento de la aplicación del factor de sostenibilidad, sin duda porque su objetivo es solo la sostenibilidad del sistema; no su reforma. Pero creo que hay otra crisis, la crisis de eficiencia⁴, que no se aborda en el informe. Nuestro sistema, cerradamente contributivo, no es eficiente en la protección contra la pobreza, sobre todo frente a las nuevas formas de pobreza que genera la crisis. Es un sistema profesional que protege a “los que están dentro” y han tenido una carrera

³ “Fondo de Reserva de la Seguridad Social. Informe a las Cortes Generales”, diciembre de 2012.

⁴ Sobre la crisis de eficiencia, *vid.* P. Rosanvallon, “La crise de l’Etat – Providence”, Seuil, París, 1981.

de seguro estable, pero que deja sin protección o con una protección muy reducida a “los que no han entrado” o a “los que han salido” de él como consecuencia de desempleo de larga duración. Es un esquema de protección social centrado en las pensiones, pero que descuida otras ramas, como la protección a la familia y el desempleo. El descuido de la protección a la familia puede explicar en parte nuestra baja tasa de natalidad. La desatención del desempleo invita a protegerse de éste a través de las pensiones, que tienen un régimen de compatibilidad con el trabajo muy abierto, lo que al final resulta más caro y menos eficaz.

Hay, además, un claro sobredimensionamiento de la rama de pensiones. Tenemos casi 2 millones y medio de pensiones de viudedad, cuando a comienzos de los 70 no llegaban al medio millón. Estas pensiones se incrementaron notablemente a partir de la gran apertura del acceso en 1972 y luego con las ampliaciones posteriores (varones, parejas de hecho, crisis matrimoniales, etc.)⁵. Las pensiones de incapacidad permanente, que en 1975 tampoco alcanzaban el medio millón⁶, hoy se cifran en algo más de 900.000 y, si prescindieramos de la revisión estadística de 1997 –que transformó en jubilados a los incapacitados con 65 años–, quizá rondarían el millón y medio. El número de pensiones de incapacidad permanente total supera con diferencia el de las pensiones de incapacidad absoluta. En la jubilación más del 41 % de las altas de pensión se produce en edades inferiores a los 65 años y tenemos una amplia gama de jubilaciones anticipadas. La edad media de jubilación está en 63,91 años. Por otra parte, se cuestiona que algunas situaciones pensionables se correspondan realmente con situaciones de necesidad efectivas. Para el incapacitado permanente total o el viudo que trabaja la pensión es un mero complemento de las rentas del trabajo, pero para el que no trabaja la pensión suele resultar insuficiente. El incapacitado para su profesión habitual no es un inválido, si conserva su capacidad para otras profesiones; por ello, habría que protegerle como a un desempleado si ha perdido su empleo; claro que, como a un desempleado sin límite de la duración de la prestación, como debería hacerse, en mi opinión, con todos. Lo mismo sucede con el viudo o la viuda joven y sin cargas familiares⁷ o con los trabajadores menores de la edad pensionable que cesan en un ERE. Pero el problema es que el desempleo tiene una duración limitada y la pensión no. Así que, al final, todo se carga en la cuenta del régimen de pensiones, cuando quizá sería mejor, al menos en estos casos, proteger el desempleo sin limitación temporal.

Una reforma realista tendría que abordar estos problemas. En primer lugar, corrigiendo el desequilibrio entre la protección contributiva y la no contributiva y prestando más atención al desarrollo de la protección de desempleo y de las cargas familiares. En segundo lugar, habría que revisar el régimen de pensiones con una delimitación más eficiente de las situaciones de necesidad protegidas, lo que sin duda reduciría el número de pensiones que está hoy a cargo del sistema. Claro que se aumentaría el número de beneficiarios de la protección por desempleo, pero esa protección es menos rígida que la de las pensiones en términos de permanencia; del desempleo se puede salir; de la pensión, normalmente no.

II.2. El factor de sostenibilidad, una respuesta a la crisis de financiación

En esta situación el factor de sostenibilidad aparece como una respuesta a la crisis de financiación, pero no lo es para la crisis de eficiencia. En este sentido el recurso al factor se inscribe en la línea de las reformas contables o de ajuste, que han sido las más numerosas –por no decir las únicas– en la historia de nuestra Seguridad Social desde los años ochenta. Se trata, por tanto, de un nuevo ajuste para controlar el gasto en una línea clara de reducción ante una nueva coyuntura crítica que se prevé más grave y persistente. Pero, aparte de ser mate-

⁵ Ministerio de Trabajo, “Libro Blanco de la Seguridad Social”, Madrid, 1977, p. 300. Los datos sobre las pensiones actuales proceden del Anuario de Estadísticas Laborales del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y del Informe económico - financiero del Proyecto de Presupuestos de la Seguridad Social para 2013.

⁶ “Libro Blanco de la Seguridad Social”, cit., p. 252.

⁷ La pensión de viudedad es además compatible con la pensión de jubilación del viudo.

máticamente más sofisticada, se caracteriza por no entrar en una nueva revisión del régimen jurídico sustantivo de las prestaciones –los cambios tradicionales en la delimitación de las situaciones protegidas, en los periodos de cotización exigidos y en el cálculo de la base reguladora – y en operar directamente y de forma automática sobre la cuantía ya fijada de la prestación tanto en el momento del reconocimiento, como en su evolución a lo largo del tiempo. El ajuste podría estar justificado dada la situación actual de la Seguridad Social española, pero su instrumentación puede ser discutible y, desde luego, no debe excluir la necesidad de poner en marcha con urgencia una reforma más amplia de la Seguridad Social, a partir de la cual podría reconsiderarse el alcance de las medidas que en el Proyecto se arbitran.

Veamos ahora, brevemente y desde una perspectiva muy general, cómo funciona el factor de sostenibilidad. En la propuesta de los expertos el factor de sostenibilidad actuaba a través de dos subfactores: 1) el factor de equidad intergeneracional (FEI), que se aplica en la determinación de la cuantía inicial de la prestación ponderando la incidencia de la esperanza de vida y 2º) el factor de la revalorización anual (FRA), que establece la regla para la actualización de las pensiones, ponderando la situación económica del sistema. En el Proyecto estos factores se han cambiado de nombre, aunque no de función. El FEI se llama ahora factor de sostenibilidad y el FRA es el índice de revalorización.

a) El factor de sostenibilidad en sentido estricto

El factor de equidad intergeneracional (FEI) se ha convertido en el factor de sostenibilidad en sentido estricto. Este factor actuará sobre la determinación inicial de las pensiones de jubilación, vinculando ese importe inicial a la evolución de la esperanza de vida a los 67 años calculada en periodos de cinco años⁸. Por ejemplo, 2012 en 2017 y 2017 en 2022. De esta forma, a mayor esperanza de vida de cada grupo corresponderá una pensión menor. Por las limitaciones que ya he indicado al comienzo, no puedo valorar la incidencia práctica de la norma. Pero el informe de los expertos preveía que el factor de equidad intergeneracional determinaría una reducción media de un 5% cada 10 años, un 0,5 al año. El informe señala también que “es poco probable que implique una caída de la pensión en términos reales”, porque “se disfrutará más tiempo”. Se juzga así en términos de capitalización, pero la pensión será menor, aunque se cobre más tiempo.

Hay algunos datos que hay que tener en cuenta:

1º.1. El ajuste se aplicará solo a las pensiones de jubilación, quedando excluidas las pensiones por muerte y supervivencia e incapacidad permanente.

1º.2. La aplicación del factor de sostenibilidad comenzará en 2019, con lo que, según el preámbulo, se pretende establecer un periodo suficientemente amplio para que los potenciales pensionistas de jubilación puedan “ser informados de las consecuencias prácticas del factor y tomar medidas, en caso de considerarlo necesario”.

1º.3. Se excluyen del efecto del factor de sostenibilidad las pensiones que resulten de la aplicación de los complementos por mínimos, si bien parece que el factor se aplica para determinar la cuantía de la pensión y luego opera el mínimo⁹, con lo que éste gana terreno a la pensión. En la práctica tampoco tendrá incidencia el factor en las pensiones máximas topadas, pero sucederá lo mismo: la pensión inicial se reducirá por aplicación del factor y luego, si hay margen, quedará topada.

⁸ Arts. 1 y 3 del Proyecto.

⁹ Art. 6.

b) El índice de revalorización

El índice de revalorización (IR) es el segundo componente de lo que podríamos llamar el sistema de la sostenibilidad y se aplica a la evolución de la cuantía de las pensiones a lo largo del tiempo. El Proyecto modifica en su art. 7 el art. 48 de la LGSS, que establece la garantía de actualización de las pensiones en función del índice de precios al consumo previsto para el año entrante, con compensación de las previsiones del IPC inferiores, pero no de las superiores. Este precepto muy garantista comenzó a erosionarse con la crisis: se ha excluido su aplicación todos los años a partir del 2011¹⁰ y el informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, de 25 de enero de 2011, ya preveía la necesidad de “estudiar (para su posterior análisis y valoración por la Comisión) la posibilidad de utilizar otros índices de revalorización basados, entre otros, en el crecimiento de los salarios, la evolución de la economía o el comportamiento de las cotizaciones a la Seguridad Social” y recomendaba “que se tengan en cuenta los efectos que dichos índices han tenido sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones en los países de nuestro entorno”.

El Proyecto establece que las pensiones se revalorizarán al comienzo de cada año de acuerdo con “el Índice de Revalorización previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado”. Pero, a continuación y mediante una fórmula matemática, fija ese criterio con carácter general, criterio que debe tener en cuenta la Ley de Presupuestos. Luego me referiré a esa tentativa de vinculación de la norma futura. Ahora basta con señalar que el criterio legal tiene en cuenta los ingresos y los gastos del sistema de la Seguridad Social, el número de pensiones contributivas, el efecto de sustitución (elevación de las cuantías, como consecuencia de las altas y bajas de pensiones) y el número de pensiones.

El índice de revalorización se aplicará a todas las pensiones contributivas del sistema y no solo a la pensión de jubilación. Su aplicación comenzará con la revalorización de 2014¹¹ y se anuncia ya una revalorización del 0,25% para ese año. No hay aquí periodo de gracia para adaptarse al cambio, pues en ese caso escaparían todas las pensiones causadas y el efecto de la norma sería, de momento y por bastante tiempo, nulo. El Proyecto ha previsto unos topes de garantía –uno para los pensionistas y otro para las finanzas del sistema–, pues habrá siempre una revalorización de, al menos, el 0,25% y no podrán actualizarse por encima del IPC más un 0,25.

El resultado de estas medidas será una importante reducción de las cuantías de las pensiones y no solo en esta época de crisis, sino también en el futuro mientras la tasa de dependencia siga aumentando. El informe lo dice claramente: habrá una disminución significativa de la pensión media sobre el salario medio y se reconoce también que esa disminución es de tal envergadura que “podría dificultar la consecución de uno de los objetivos que la Unión Europea recomienda para los sistemas de pensiones: mantener unos estándares de bienestar económico de la población jubilada próximos a los que mantenía en su etapa activa”.

*c) Una valoración crítica de las medidas de sostenibilidad**a) Crítica de la regulación del factor de sostenibilidad en sentido estricto*

Estas son las líneas generales de la reforma. Pasemos ahora a una valoración crítica comenzando por el factor de sostenibilidad en sentido estricto:

1º) Hemos visto que la aplicación de este factor determinará una caída de la cuantía inicial de las pensiones que se intensificará con el tiempo y que será relevante a largo plazo ¿Llegará

¹⁰ En Reales Decretos–Leyes 8/2010 y 28/2012.

¹¹ Disposición final 5º del Proyecto.

al punto cero? No, porque siempre está el suelo de las pensiones mínimas y porque el sistema se someterá a adaptaciones, aparte de que hasta el aumento de la esperanza de vida tendrá un límite.

2º) La reducción de las pensiones a través del factor de sostenibilidad en sentido estricto se justifica, tanto en el informe de los expertos como en el preámbulo del Proyecto a partir de la idea de equidad intergeneracional. No creo que sea sí. La equidad es para los juristas una forma de aplicación de las normas que tiende a moderar su rigor en virtud de la ponderación de las circunstancias del caso. De manera más general, se considera como equidad “la disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece”. Lo que expresa al factor de sostenibilidad es más bien un criterio conmutativo que relaciona la cuantía inicial de la pensión con el tiempo que se considera que va a ser percibida. Se expresaría más o menos así: “como voy a pagar durante más tiempo; te voy a reconocer una pensión menor”. Esto puede responder a la lógica mercantil, pero es extraño a las técnicas de protección social, de acuerdo con las que una situación de necesidad debe protegerse de forma suficiente, mientras dura. Hay ciertamente excepciones, como las prestaciones de desempleo, pero, aparte de que responden a criterios que no rigen para las pensiones¹², no se trata de ejemplos a imitar, sino de limitaciones a corregir. Además una vida más larga genera más necesidades; no menos. Por otra parte, la norma no parece haber considerado la situación de quienes han demorado su jubilación más allá de la edad pensionable legal: ¿se aplicará el cómputo a los 67 años o se tomará la edad efectiva de cese en el trabajo? ¿Dónde está la equidad para los que viven menos de lo que marca su esperanza de vida? Estamos simplemente ante una medida general de contención del incremento del gasto que para el sistema de pensiones se deriva del crecimiento de la esperanza de vida.

3º) ¿Por qué el factor de sostenibilidad se aplica solo a las pensiones de jubilación y no a las de incapacidad permanente o viudedad? No encuentro ninguna explicación satisfactoria. Los pensionistas de jubilación cobran normalmente durante menos tiempo que los restantes y han realizado un esfuerzo contributivo mayor. Así que no se advierte una justificación de ese trato diferente. Quizá estamos también ante una mera medida de ahorro: los pensionistas de jubilación son más y la cuantía de su pensión es también superior¹³.

4º) Las consideraciones anteriores no suponen que no haya de tenerse en cuenta la esperanza de vida a la hora de determinar la cuantía de las pensiones, pero pienso que debería hacerse de forma general para todas las pensiones y en un periodo suficientemente amplio, reduciendo o aumentando la tasa de sustitución en función de las previsiones.

b´) Crítica del índice de revalorización

No puedo juzgar la articulación técnica del índice de revalorización, porque es una cuestión que queda fuera de mi competencia. Considero razonable que el sistema de Seguridad Social no actualice las pensiones en función del IPC cuando no tiene recursos para asumir ese gasto porque está en situación de déficit y no creo que la solución sea la de la cigarra: seguir disponiendo del Fondo de Reserva hasta que se agote¹⁴. Por tanto, la regulación del art. 48 de la LGSS no se puede mantener y no se ha mantenido, como muestra la experiencia reciente a la que ya me he referido.

¹² La incentivación de la búsqueda de empleo.

¹³ Las pensiones de jubilación ascendían a 5.330.000 en 2012 y su importe medio era de 946,35€ mensuales; las de incapacidad permanente eran 943.300 con una cuantía media de 887,29€; las de viudedad 2.322.940 en importe medio de 601,55 €, según datos del Anuario de Estadísticas Laborales de 2012.

¹⁴ Hay, sin embargo, visiones más optimistas sobre el futuro de la financiación de las pensiones. *Vid.* en este sentido el artículo de V. NAVARRO, “Las pensiones no están en peligro”, *El País*, 6 de febrero de 2013 y V. NAVARRO y J. TORRES LÓPEZ, “Lo que debes saber para que no te roben la pensión”, Espasa, Madrid, 2013. Una crítica de estas posiciones en M. BRODIN y S. JIMÉNEZ, “El coste de no reformar las pensiones: pan para hoy y hambre para mañana”, en “Nada es gratis” (FEDEA).

¿Cuál es la alternativa? De entrada prescindir de una regulación que ha demostrado que no puede aplicarse en las coyunturas de crisis. Una salida sería volver al régimen de revalorizaciones “ad hoc” discrecionales, ponderando en cada decisión de actualización una serie de factores indicativos (la elevación del nivel medio de los salarios, el IPC, la evolución general de la economía y las posibilidades económicas del sistema de la Seguridad Social). Este es el sistema que ha regido desde la Ley 24/1972 hasta la reforma de la Ley 24/1997. Pero los expertos y el Proyecto prefieren el automatismo matemático del índice en los términos ya examinados. Hay aquí cierta ingenuidad jurídica, porque el índice no vinculará a las leyes de presupuestos por el principio de modernidad, como indicaré luego.

La aplicación de la fórmula va a tener, como hemos visto, efectos graves. Uno de los autores del informe de los expertos, el profesor Conde –Ruiz, ha advertido que “dada la crisis actual y el proceso de envejecimiento que tenemos por delante, en ausencia de reformas, los ingresos del sistema serán inferiores a los gastos por muchos años” y “esto significaría que, si nada cambia, tendremos un periodo de semi–congelación al 0,25% relativamente largo”¹⁵. Los mecanismos de sostenibilidad son solo expresiones matemáticas del ajuste. La reforma debería replantearse ya las prioridades de gasto en el actual sistema y pensar, para momentos más propicios, los necesarios cambios de la financiación.

III. ALGUNOS PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA REGULACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD

Queda poco tiempo, así que me limitaré a algunas observaciones que apuntan más al planteamiento de las preguntas que a las respuestas.

III.1. ¿Es constitucional la regulación de la sostenibilidad?

Esta sería la primera pregunta. Ya se han formulado algunas sospechas o tachas de inconstitucionalidad. Pero debemos ser prudentes en este punto por varias razones. En primer lugar, porque afortunadamente la Constitución no lo ha resuelto todo. Si fuera así se habría producido una congelación de las normas (“la tiranía de los muertos”, como dicen expresivamente los constitucionalistas americanos) y un bloqueo del proceso democrático, pues nada nuevo podría decirse si todo está ya dicho por la Constitución. Es obvio que no es así y no debemos confundir un juicio político con un juicio jurídico de constitucionalidad. En segundo lugar, esa confusión responde quizá a que tendemos a rechazar como inconstitucionales las opciones políticas de las que discrepamos con alguna vehemencia. Los mandatos constitucionales son, en expresión de Hart, normas de “textura abierta” que, claro, solemos integrar con nuestras valoraciones personales, descalificando las contrarias. Pero el Tribunal Constitucional ya advirtió que la Constitución es “un marco amplio de coincidencia en el que caben distintas opciones políticas” (STC 11/1981), lo que quiere decir, en lo que aquí interesa, que, dentro de la Constitución y dentro también de ciertos límites, cabe una política de protección social tanto de izquierdas, como de derechas, y que las preferencias sobre una u otra las expresamos con el voto, aunque sería de desear que estas opciones se nos presenten tal como son cuando tenemos que votar sobre ellas.

Pero pasemos a la constitucionalidad de la regulación de la sostenibilidad.

La primera sospecha surge en relación con el índice de revalorización, que, como hemos visto, puede llevar en la práctica a una “semicongelación” de las pensiones; resultado que cabe contraponer al mandato del art. 50 CE sobre la garantía de la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad “mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas”. Pero este precepto pertenece a los denominados principios rectores que, por su

¹⁵ J.I. CONDE-RUIZ, “Los retos del Factor de Sostenibilidad de las pensiones”, 12.9.2013, en el blog “Nada es gratis” de FEDEA; también “Sostenibilidad no es cuasi-congelación”, *El País*, 17.9.2013.

elasticidad, tienen un nivel de garantía más reducido, pues, según el art. 53 CE, se limitan a informar la legislación positiva. El Tribunal Constitucional ya ha señalado que del art. 50 de la Constitución “no puede deducirse... que la Constitución obligue a que se mantengan todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual”, añadiendo que tampoco puede “prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento” y que no cabe “olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales”, por lo que se concluye que “la garantía de actualización periódica no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones” (SSTC 134/1987 y 100/ 1990). Por otra parte, el índice de revalorización no lleva por sí mismo a la semicongelación, pues expresa solo una relación entre variables y deja libre a la acción política para ajustar esas variables de manera que sea posible una revalorización aceptable.

Por lo demás, no debe olvidarse que la regulación de la sostenibilidad enlaza con el mandato de estabilidad presupuestaria del art. 135 de la Constitución, del que me ocuparé más adelante.

La segunda sospecha se relaciona con el principio de irretroactividad (art. 9.3CE). Pero el factor de sostenibilidad no es retroactivo, sino más bien ultraactivo, pues solo se aplicará a las pensiones que se causen a partir de 1 de enero de 2019. En cuanto al índice de revalorización, es cierto que se aplica a las pensiones ya causadas, pero solo respecto a las revalorizaciones futuras, lo que no es fácil que se considere inconstitucional a la vista de la doctrina existente: “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, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna obligación, hayan de recibir “ (STC 42/1986) o, dicho de otra forma, en la aplicación “de futuro” de un nuevo criterio de revalorización a las pensiones ya causadas no hay retroactividad “auténtica”, ni quizá retroactividad impropia(STC 176/2011).

¿Hay discriminación indirecta por sexo en la regulación de la sostenibilidad? Se suele citar sobre esta cuestión la STJUE de 20 de octubre de 2011 en el asunto Brachner. En este asunto se apreció discriminación indirecta en una norma de actualización de pensiones que aplicaba un porcentaje de actualización inferior a las pensiones más reducidas, dentro de las cuales el número mayor de perceptores eran mujeres. Se declaró también en esta sentencia que esa desventaja no podía justificarse por el hecho de que las mujeres accedan antes a la pensión de jubilación, ni porque perciban su pensión durante más tiempo.

No parece que éste sea el caso de la regulación de la sostenibilidad. El índice de revalorización no prevé incrementos diferentes por colectivos y no hay ningún dato que permita establecer una afectación superior de las mujeres como consecuencia del nuevo sistema. Es cierto que en términos absolutos las pensiones inferiores –grupo en el que proporcionalmente están más representadas las mujeres– se revalorizan menos, pero ésta es la consecuencia de un sistema en el que para mantener el valor de la pensión se aplica un porcentaje de actualización que es igual para todos con independencia de que los importes de las pensiones sean diferentes. Esto solo puede evitarse si se establecen –como se ha hecho en algunas ocasiones en nuestro país– tratamientos más favorables para las pensiones mínimas, es decir, lo contrario de que se hizo en el caso Brachner. Esos tratamientos más favorables ya no son técnicamente actualizaciones, sino “mejoras” que se han criticado por contradecir el principio de contributividad y por conducir a la llamada “igualación en los mínimos” que desalienta la cotización.

El factor de sostenibilidad, *rebus sic stantibus*, parece que perjudicará a todos, pero no especialmente a las mujeres, porque no es un factor individual, ni por sexo, sino por grupos de edad puramente cronológicos e indiferentes al género, con lo que perjudicarán menos a las mujeres que tienen una esperanza de vida más alta que los varones (85,01 frente a 79,26 años en 2012).

Más dudas plantea el factor de sostenibilidad por su concentración exclusiva en los pensionistas de jubilación que son los únicos perjudicados ¿Tiene este trato diferente alguna justificación a efectos del art.14 CE? No he sido capaz de encontrarlo, como se ha dicho más arriba.

También parece que la nueva regulación hace padecer a la seguridad jurídica, pero de esto trataré más adelante.

III.2. ¿Sirven para algo las normas absolutamente futuristas?

Dice Toynbee en su “Estudio de la Historia” que el futurismo, como su contrario el arcaísmo, es una vía para escapar del presente sin enfrentarnos a los problemas que nos plantea ¿Pueden ser futuristas las leyes? Las leyes nacen con la vocación de establecer una regulación para el futuro. Pero se trata normalmente de un futuro que corre a partir del presente. Sin embargo, últimamente se han puesto de moda o se han hecho necesarias a partir de la crisis las regulaciones absolutamente de futuro, sean progresivas —es decir, poco a poco— o completamente anticipatorias. Este tipo de intervenciones normativas tienen la ventaja de remitir al futuro la entrada en vigor de medidas que de otra forma podrían tener un coste electoral significativo, mientras que, por otra parte, se trasmite a quienes puedan estar interesados —los mercados, las instituciones europeas, etc.— la sensación de que se está haciendo algo. Un buen ejemplo de esta técnica es la Ley 27/2011.

La regulación de la sostenibilidad se inscribe claramente en esta línea. En primer lugar, el factor de sostenibilidad en sentido estricto entrará en vigor para las pensiones que se causen a partir de 1 de enero 2019 “Tan largo me lo fiais”, diría el burlador ¿Qué habrá ocurrido en esa fecha? De entrada unas elecciones generales y la proximidad de otras que podrían producir cambios políticos susceptibles de traducirse en cambios normativos, sobre todo si se trata de una materia tan sensible como las pensiones.

En el informe de los expertos se advierte con alguna frecuencia la tentación de concebir la regulación del factor como una especie de superley, que vincularía a las regulaciones posteriores. Así, por ejemplo, en la página 7 se dice que “en lo concerniente a los canales democráticos”, es cierto que “el factor de sostenibilidad impone una serie de restricciones que han de cumplirse anualmente”. Pero se considera que esto no impide la acción política, si bien “el desarrollo de la fórmula... debe comprometer totalmente a los gobiernos presentes y futuros”, de forma que “los canales democráticos” solo “tienen en sus manos”: 1º) la definición del número de años a tener en cuenta en el cálculo de los valores medios de fórmula, 2º) el parámetro que define la velocidad con que se corrigen los desequilibrios, 3º) las cláusulas que impiden la disminución nominal a los pensionistas actuales. En lo demás las fórmulas mandan .

Está claro que se trata de una ilusión tecnocrática que olvida algo fundamental: el principio de modernidad, en atención al cual las leyes se derogan por otras leyes posteriores. De ahí que el nuevo art. 48 LGSS, que incorpora el índice de revalorización no parece que pueda vincular por sí mismo a las futuras leyes de presupuestos. En realidad, como hemos visto, esto estaba ocurriendo ya con el actual art. 48, por lo que la regulación proyectada debe verse también con cierto escepticismo. Pese a lo que parece decir el nuevo artículo 48, podría, por tanto, afirmarse que las leyes de presupuestos incrementarán las pensiones en función del índice de revalorización siempre que no adopten otro criterio. Ya en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley de sostenibilidad parece que se ha pasado en el índice de revalorización de la garantía de un mínimo del 0,25 a otra del 0,50, con lo que se comprueba que la política escapa a las fórmulas.

El efecto de vinculación podría venir, sin embargo, por la vía del nuevo art. 135 de la Constitución, que establece el principio de estabilidad presupuestaria y la prohibición de déficit estructural. En desarrollo de este artículo se ha dictado la Ley Orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, que en su art. 18.3 prevé que el Gobierno, en caso

de proyectar un déficit en el largo plazo del sistema de pensiones, revisará el sistema aplicando de forma automática el factor de sostenibilidad en los términos y condiciones previstos en la Ley 27/2011. La remisión a esa ley opera en realidad sobre la disposición adicional 59 de la Ley General de la Seguridad Social, a tenor de la cual “a partir de 2027 los parámetros fundamentales del sistema se revisarán por las diferencias entre la evolución de la esperanza de vida de la población a los 67 años de la población en el año en que se efectúe la revisión y la esperanza de vida a los 67 años en 2027”.

La cadena de remisiones nos ha llevado a un resultado sorprendente: el mandato de estabilidad presupuestaria del art. 135 de la Constitución se concreta en el factor de sostenibilidad, pero no alcanza al índice de revalorización. De ahí que el art. 7.1 del Proyecto, al dar nueva redacción al art. 48 de la LGSS, no tiene el apoyo de la Ley Orgánica 2/2012, por lo que las normas que sobre este índice contiene el Proyecto que se comenta entran en una relación normal con las otras, una relación que, tratándose de normas del mismo rango, se rige por el principio de modernidad. Por ello, no parece que puedan vincular a las leyes de presupuestos, si éstas deciden cambiar los criterios de revalorización.

III.3. Sostenibilidad y seguridad jurídica: el diablo de las fórmulas

Se ha dicho que la seguridad jurídica presenta dos dimensiones enlazadas: una objetiva, que se concreta en la exigencia de que las normas del ordenamiento jurídico se formulen de forma adecuada (garantía estructural) y se apliquen de la misma forma (garantía funcional) y otra dimensión subjetiva, que se manifiesta en el sentimiento de certeza del Derecho que se produce en los ciudadanos como consecuencia del respeto a las garantías anteriores¹⁶. Se añade que la garantía estructural para ser efectiva tiene que cumplir, entre otras, dos condiciones: la ley debe ser clara, es decir, sus mandatos deben ser comprensibles, y la ley debe ser completa, lo que significa que debe proceder a determinar de forma suficiente el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, sea por sí misma o mediante la colaboración del reglamento.

Estas prescripciones derivan del art. 9.3 de la Constitución. No puedo hacer aquí un análisis sobre su cumplimiento por el proyecto de regulación de la sostenibilidad. Pero siento verdadera inquietud o, si se prefiere, verdadera inseguridad, cuando leo y trato de comprender las normas que se proponen. Las fórmulas matemáticas sustituyen a las palabras a la hora de construir los mandatos. Este protagonismo de las fórmulas ya viene produciéndose desde hace tiempo en algunos sectores del ordenamiento (energía eléctrica, telecomunicaciones, etc.) y tiene precedentes en la propia legislación de la Seguridad Social, como las famosas fórmulas de los artículos 140 y 162 de la LGSS. Pero aquéllas son disposiciones de carácter técnico y van dirigidas fundamentalmente a especialistas y las fórmulas de la LGSS ilustran simplemente las proposiciones normativas sin sustituirlas. El proyecto va más allá, pues, como ya he dicho, las fórmulas sustituyen a las palabras; no se limitan a ilustrarlas. Por otra parte, las normas de seguridad social se dirigen a un amplísimo número de personas, que es probable que tengan dificultades para comprenderlas en todo su alcance; los que han de aplicarlas –funcionarios, abogados y jueces– son además personas con una formación predominantemente de letras. Estas consideraciones ponen en cuestión el logro del objetivo de claridad.

Pero hay algo más preocupante. Las fórmulas están en función de una serie de datos que quedan fuera de la ley y fuera también de su eventual reglamento; son datos estadísticos o internos de los organismos gestores de difícil acceso o verificación. La norma queda así incompleta y se integrará no por otras normas publicadas, sino por decisiones o valoraciones de la Administración. Esto va a producir una opacidad nada desdeñable. Se habla, para salir al paso de esta crítica, de una aplicación transparente, de la publicidad del seguimiento de las tablas

¹⁶ A. E. Pérez Luño, “Seguridad jurídica” en AA. VV., *El derecho y la justicia*, Trotta, 1996 ; más ampliamente en *La seguridad jurídica*, Ariel, 1991.

de mortalidad o de información a los pensionistas. Pero se trata solo de un buen propósito nada fácil de cumplir y más difícil de controlar.

Termino con una cita. Al final de *La tempestad* de Shakespeare, Próspero, el duque convertido en mago, abjura de su magia violenta ("this rough magic") y destruye sus instrumentos: rompe la vara de los encantamientos para sepultarla en la tierra y sumerge su libro de conjuros en el agua a una profundidad en la que no pueda alcanzarlo sonda alguna.

No estoy sugiriendo que tiremos al mar las fórmulas mágicas de la estabilidad presupuestaria. Sería, sin duda, una irresponsabilidad. Pero, si queremos evitar que el diablo de los números acabe congelando nuestras pensiones y que la mayor esperanza de vida nos condene a una vejez menesterosa, no podemos quedarnos, como siempre, en los meros ajustes contables y tenemos que pensar en serio en una reforma radical de la Seguridad Social: en lo que debemos gastar, en cómo gastarlo y en los recursos que debemos obtener. Decía Marx que ser radical es tomar las cosas por la raíz. Pues bien, vayamos, por una vez, a la raíz de los problemas de nuestra Seguridad Social.