

DL

LAS SOMBRAS DE LA INQUIETANTE LEY 23/2013, DE 23 DE DICIEMBRE, REGULADORA DEL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD Y DEL ÍNDICE DE REVALORIZACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Borja Suárez Corujo*
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. EL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN. – II. EL ÍNDICE DE REVALORIZACIÓN (ANUAL). II.1. Su polémico diseño legal. II.2. Su imposible encaje constitucional.

RESUMEN

El presente artículo analiza los cambios que incorpora la Ley 23/2013 reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de Seguridad Social y sus importantes implicaciones en la configuración de nuestro sistema público de pensiones. De una parte, se examinan de forma crítica los aspectos jurídicos de la regulación del denominado factor de sostenibilidad, nuevo elemento para el cálculo de la pensión. De otra, se analiza la novedosa configuración legal del mecanismo de revalorización de las pensiones para cuestionar su constitucionalidad por la posible vulneración de la exigencia de suficiencia de las pensiones (artículo 50 CE), de la prohibición de discriminación indirecta por razón de género (artículo 14) y del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3).

ABSTRACT

This article analyzes the legal changes contained in the Act 23/2013 on the regulation of the sustainability factor and the indexation mechanism of the Social Security system, and its very significant effects on the design of the Spanish public pension system. On the one hand, it is critically examined the legal aspects of the so called sustainability factor, a new element to the formula used to calculate the pension benefit. On the other hand, the article studies the new legal formulation of the indexation mechanism of pensions in order to question its constitutionality as it may breach the requirement of sufficiency of pensions (section 50 of the Spanish Constitution), the prohibition of indirect sex discrimination (section 14) and the principle of legal certainty (section 9.3).

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Palabras clave: Pensiones, Seguridad Social, factor de sostenibilidad, índice de revalorización.

Key words: Pensions, Social Security, sustainability factor, rate revaluation.

“Nadie cree realmente (...) que estén
a punto de destruir el mundo de tranquilas certezas
en que hemos crecido”

J.M. COETZEE (Esperando a los bárbaros)

Siguiendo en lo fundamental la propuesta del ‘grupo de expertos’ presentada públicamente el pasado mes de junio, el Gobierno aprobó a finales de septiembre un Proyecto de Ley reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de Seguridad Social que culminó su tramitación parlamentaria en los últimos días de 2013. La Ley 23/2013, de 23 de diciembre, una iniciativa de gran calado por la entidad de los cambios que introduce, y muy polémica por su orientación y por la falta de apoyos sociales y políticos a la que ha tenido que enfrentarse el Gobierno en su tramitación. De hecho, puede afirmarse que esta nueva reforma va a cambiar la fisonomía de nuestro sistema de pensiones, del público y por extensión del privado.

Desde esta perspectiva crítica, el trabajo analiza la iniciativa diferenciando los dos aspectos objeto de regulación: el factor de sostenibilidad y el índice de revalorización.

I. EL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

La ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de Seguridad Social define el nuevo factor como un instrumento que vincula automáticamente el importe inicial de la pensión de jubilación a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas (*vid.* artículo 1). Antes de analizar la formulación técnica de este mecanismo, conviene reparar –y discutir– los objetivos perseguidos.

Ante el previsible alargamiento de la esperanza de vida, el Preámbulo atribuye a la Ley la pretensión de “...mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas” como fórmula para garantizar la estabilidad financiera del sistema a medio y largo plazo a través de un ajuste periódico –recorte, previsiblemente– de la cuantía de la pensión inicial. De este modo se logra –siempre según el legislador– un doble objetivo: asegurar el riesgo asociado al incremento de la longevidad y ajustar la equidad intergeneracional.

En cuanto a aquél –evitar que el aumento de la esperanza de vida suponga un incremento del gasto en pensiones–, llama la atención el uso de un lenguaje propio del mundo del seguro y, por tanto, alejado de la lógica de la Seguridad Social como función del Estado a la que se refiere el Tribunal Constitucional. Esto resultaría anecdótico si no fuera porque la fórmula utilizada para “asegurar el riesgo” es la más regresiva entre las posibles, en la medida en que camina hacia la desnaturalización del elemento redistributivo y la dimensión intergeneracional del sistema de reparto. Veamos por qué.

En primer lugar, sin entrar de momento a cuestionar la necesidad de introducción de este elemento corrector, no cabe duda de que el ajuste podría hacerse sobre otros parámetros menos lesivos para los pensionistas: un mayor esfuerzo contributivo, el retraso de la edad de jubila-

ción...¹. La *Memoria de análisis de impacto normativo* que acompañaba al anteproyecto de ley trataba de justificar la elección de la reducción de la cuantía de la pensión apuntando a los problemas (de complejidad técnica) que se derivarían de la aplicación de otros parámetros (edad, cotización) que se encuentran hoy sometidos a un régimen transitorio y que provocarían un solapamiento. Algo que precisamente apunta a la siguiente crítica.

En efecto, cabe preguntarse, en segundo lugar, por qué no puede esperarse hasta que la reforma de 2011 esté plenamente desplegada –2027, según el calendario inicialmente previsto–. Esto pone de manifiesto un doble error, consciente o inconsciente, de diagnóstico. Por un lado, es evidente que el alargamiento de la esperanza de vida nada tiene que ver con las actuales tensiones financieras que sufre nuestro sistema público de pensiones; de hecho, las que previsiblemente se producirán en el futuro tienen tanto o más que ver con la jubilación de la generación de los *baby boomers* que con el aumento de la longevidad. Y, por otro, resulta equivocado enfrentarse a dificultades coyunturales, provocadas por la caída dramática de la afiliación, con modificaciones estructurales de enorme calado².

Un tercer argumento crítico es el que apunta a la regresividad del carácter automático del factor de sostenibilidad. Por una doble razón: de un lado, su integración en la fórmula de cálculo inicial de la pensión supone que el factor se aplica en todo caso, sin perjuicio de cuál sea el contexto y la evolución de la situación económica, algo que puede llegar a resultar distorsionador y extraordinariamente injusto como manifestación de la falta de compromiso de la sociedad con sus mayores. Y, de otro, la vinculación exclusiva a la esperanza de vida –sin atender a ningún otro factor³ – revela la intención última de reducir la cuantía –la ‘generosidad’– de las pensiones, pues es previsible su evolución al alza. Este diseño ligado a la expectativa vital puede tener una justificación objetiva e incluso razonable, pero desde luego sus efectos –perjuicios– son desproporcionados, pues conducen a pensiones ‘menguantes’ y a la consiguiente desfiguración del sistema público de Seguridad Social.

En cuarto lugar, se advierte también la injusticia que supone aplicar un factor con una cuantía determinada en función de la esperanza de vida a sujetos cuya expectativa vital a los 67 años es muy distinta, sea por características propias sea por el tipo de actividad que ha venido desarrollando. Podría responderse que ese mismo problema –las desigualdades derivadas de la distinta esperanza de vida– se producían también antes; pero la diferencia estriba en que ahora este elemento se convierte en una variable determinante de la cuantía de la pensión que

¹ De forma particular, éste era el único parámetro identificado por la Comisión Europea en el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Evaluación del Programa Nacional de Reformas y del Programa de Estabilidad de ESPAÑA para 2013 que acompaña al documento Recomendación de Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2013 de España y por la que se emite un Dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2012-2016, 29 de mayo [COM(2013) 359 final]. En cambio, la Recomendación del Consejo, de 9 de julio de 2013, relativa al Programa Nacional de Reformas de 2013 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2012-2016 (2013/C 217/20) contenía una doble referencia a la edad y a la (cuantía) de la pensión.

² Como acertadamente apunta el CES, “...la evolución de los ingresos, marcada en los años más recientes por el desplome del empleo y, en consecuencia, de la recaudación por cotizaciones sociales, [es el] principal factor explicativo del deterioro registrado por el saldo presupuestario del sistema de la Seguridad Social” (Dictamen nº 7/2013, sobre el Anteproyecto de Ley reguladora del Factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social, 26 de septiembre de 2013, p. 13).

³ Aspecto también denunciado por el CES, que estima “... conveniente estudiar la posibilidad de modular dicha automaticidad combinándola con la evolución de otras variables con incidencia positiva sobre los ingresos, como el empleo, la actividad económica o la participación laboral, como ocurre en otros países de nuestro entorno...” (Dictamen nº 7/2013..., *op. cit.*, p. 14).

se aplica a todos incluso a aquellos colectivos de los que puede acreditarse que tienen una esperanza de vida más reducida⁴. La carencia de fórmulas para compensar esta *penibilité* se ponen aquí una vez más de manifiesto⁵.

En fin, una quinta razón para criticar esta forma de hacer frente al envejecimiento es que viene a debilitar la posición de partida del pensionista (la cuantía de su pensión será más reducida) incrementando su vulnerabilidad ante la previsible rebaja posterior de la cuantía real como consecuencia de la aplicación del nuevo índice de revalorización.

Precisamente por este punto puede comenzarse la reflexión crítica acerca del segundo objetivo mencionado relativo al ajuste de la equidad intergeneracional. Desde esta perspectiva se defiende que de este modo se consigue que el valor de la pensión (su montante total en el conjunto de los años de vida del jubilado) que percibirá una persona que acceda a la jubilación en el futuro será equivalente a la de otra persona que con la misma trayectoria laboral se jubila antes, en un momento en el que la esperanza de vida es inferior.

Este planteamiento no tiene en cuenta que la evolución de las pensiones ya no está ligada al criterio de mantenimiento de poder adquisitivo por lo que se dificulta la utilización de ese término de comparación y se agrava el riesgo de inequidad entre los pensionistas. Pero, junto a ello, la crítica fundamental pasa por rechazar la entronización de este criterio de 'equidad' intergeneracional, que es sin duda deudor de la lógica del seguro privado de la cual gira en torno a un estricto criterio económico que necesita salvaguardar la proporcionalidad entre aportaciones y prestaciones. Es evidente que esa lógica asegurativa está presente en el nivel contributivo de nuestro sistema de Seguridad Social; sin embargo, justamente uno de los elementos esenciales del sistema público de pensiones es el rasgo de solidaridad que está en la base de un régimen de reparto. Relegar, dejar en segundo plano, el elemento solidario supone convertir la equidad (técnica) en inequidad (social), pues sacrifica un aspecto clave del compromiso intergeneracional: el progreso, la idea de compartir (redistribuir) el progreso. Se trata, en definitiva, de denunciar la dificultad –imposibilidad, desde un punto de vista de justicia social– de aceptar que dentro de dos décadas una sociedad más rica pague peores pensiones a sus ciudadanos⁶.

Hechas las anteriores consideraciones, abordemos el análisis jurídico de la regulación del factor de sostenibilidad tomando, como punto de partida, el artículo 1 Ley 23/2013 en el que se define de un modo sencillo, pero claro, en qué consiste el mencionado factor: "... un instrumento que con carácter automático permite vincular el importe de las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas, a través de la fórmula que se regula en esta norma, ajustando las cuantías que percibirán aquellos que se jubilen en similares condiciones en momentos temporales diferentes".

A partir de esta definición, y pese al desorden que reina en la regulación normativa del factor –quizá derivada de la dificultad de regular jurídicamente una fórmula matemática–, dos son los aspectos claves en su articulación: uno, el cálculo (matemático) de su valor; y, otro, su incorpo-

⁴ "...En función de variables como el género, la región o el estatus socioocupacional...", según el CES (*Dictamen...*, *op. cit.*, p. 14).

⁵ Particularmente interesante a este respecto es el Rapport Moreau, un informe encargado por el Presidente francés a un grupo de expertos para la reforma del sistema de pensiones (*Nos retraites demain: équilibre financier et justice-Rapport de la Commission pour l'avenir des retraites*. <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/134000356/0000.pdf>).

⁶ Como apunta acertadamente S. RUESGA, nada impide que "(e)l crecimiento económico futuro [pueda] reservar una parte del mismo para el pago de una nómina de pensiones que crece, en tanto que la relación pensionistas/cotizantes tiende a incrementarse" ("Hacia dónde caminar el futuro del sistema de pensiones. Una reflexión al hilo del Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad de las pensiones", *Relaciones Laborales*, nº 7-8, 2013, p. 21).

ración como variable para la determinación inicial de la pensión de jubilación contributiva –pese al silencio e imprecisión del artículo 2, así se deduce de la modificación del artículo 163 LGSS–. Vayamos por partes.

El valor del factor de sostenibilidad se obtiene a través de una fórmula matemática ($FS_{t-1} * e^{*_{67}}$) que refleja la evolución de la esperanza de vida –su variación interanual calculada en un periodo quinquenal– como elemento a tener en cuenta para el cálculo de la pensión con las siguientes características (*vid.* artículo 4) que merecen algún comentario.

Primero, el valor del FS se calcula cada año (t) para lo cual se utiliza una fórmula integrada por dos factores: el valor del FS en el año precedente (t - 1) y la evolución interanual que haya experimentado la esperanza de vida en los cinco años precedentes⁷. Tomando como punto de partida la esperanza de vida en 2018 ($FS_{2018} = 1$), cada año se descuenta el incremento –previsible– de la esperanza de vida sobre el valor del año anterior. Es decir, que su valor irá menguando cada año, a partir de la reducción inicial en 2019, siempre que la esperanza de vida aumente.

Segundo, los parámetros utilizados para el cálculo son la esperanza de vida a los 67 años y las tablas de mortalidad de la población pensionista de jubilación del sistema de Seguridad Social elaboradas por la propia Seguridad Social. Ante todo, debe advertirse el cambio que supone respecto del informe del grupo de ‘expertos’ que utilizaban la edad de referencia de 65 años para la esperanza de vida⁸ y las tablas de mortalidad del INE. El cambio puede no ser anecdótico, si atendemos a las simulaciones reflejadas en el Informe de expertos y, posteriormente, en la *Memoria* de análisis de impacto normativo⁹. En todo caso, acierta el CES al exigir que se precisen cuáles son las bases que se van a utilizar y que se produzca su actualización con carácter anual.

Y, tercero, en virtud del artículo 5, el cálculo de la variación interanual se realiza cada cinco años, sobre un periodo también quinquenal. De nuevo aquí la regulación no es plenamente coincidente con la propuesta por los ‘expertos’ que sólo tenía en consideración la esperanza de vida (a los 65) del año de acceso a la jubilación respecto de la correspondiente al año de referencia inicial. Qué duda cabe que la nueva regulación persigue aportar cierta estabilidad al resultado; pero precisamente desde esta perspectiva no se entiende bien por qué no se utiliza la media móvil del quinquenio para calcular la variación media interanual en lugar del cociente entre el primero y último año del quinquenio que lógicamente implica un riesgo de una mayor volatilidad¹⁰.

Como decía, el otro aspecto clave es que el factor de sostenibilidad se incorpora como variable para la determinación inicial de la pensión de jubilación¹¹; de ahí que se añada un último

⁷ Tal incremento se calcula dividiendo la esperanza de vida en el año más alejado de la serie de referencia por la correspondiente al año más cercano, el cual por razones técnicas –la utilización de tablas de mortalidad definitivas, en lugar de estimadas– no será el inmediatamente precedente sino el anterior. Como ‘ilustra’ el artículo 4, el factor de sostenibilidad aplicable en 2019 vendrá determinado por la evolución de la esperanza de vida entre 2012 y 2017. De la misma forma que el FS en 2024 será el resultado de tal evolución entre 2017 y 2022.

⁸ En este caso, además, se circunscribe a la esperanza de vida de los pensionistas de jubilación. Véanse también otros apuntes críticos del CES en este punto (*Dictamen...*, *op. cit.*, p. 15).

⁹ Los ‘expertos’ calculaban que el FEI supondría de media una reducción de la cuantía del 5% cada diez años. Como ilustración, apuntaban a que en 2024 (transcurridos en ese caso una década desde la puesta en marcha) su valor sería de 0,9339. A partir de los datos que facilita la Memoria del texto legal puede calcularse que en esa fecha el coeficiente aplicable a la cuantía de la pensión sería del 0,9715 lo que representa una reducción del 2,85% en tan sólo cinco años, lo que representaría aproximadamente 5,7% en una década (frente al 6,7% de los ‘expertos’): ¿es relevante la diferencia? Lo que es indiscutible es que la diferencia es apreciable.

¹⁰ Así lo apunta el crítico Dictamen del CES (p. 16).

¹¹ Se asume que la cuantía de la pensión de incapacidad permanente no se ve afectada con ocasión de su conversión en pensión de jubilación, pero debería haberse aclarado (*Dictamen* n° 3/2013..., *op. cit.*, p. 15).

párrafo al artículo 163.1 LGSS que establece que a la cuantía resultante de la aplicación a la base reguladora del tipo correspondiente "... le será de aplicación el Factor de Sostenibilidad que corresponda en cada momento"¹². En la medida en que el valor de este factor será inferior a 1 como consecuencia del previsible aumento de la esperanza de vida, la cuantía de la pensión resultante se reducirá. Varios apuntes al respecto.

De una parte, el artículo 6 de la misma iniciativa especifica que el resultado de la aplicación del nuevo factor no afecta al derecho, en su caso, a un complemento de mínimos. Es decir, que procede un cálculo 'completo' de la pensión –incluyendo por tanto el factor– del que saldrá una cuantía de referencia que acompañará al pensionista a lo largo de su vida, sin perjuicio de la regulación de los complementos de mínimos que resulten aplicables en cada momento. De este modo se pretende garantizar ese nivel mínimo de pensión –lo que se descarta es la aplicación del factor a la cuantía resultante de la aplicación del complemento de mínimos–, pero es obvio que se refuerza la tendencia hacia una 'asistencialización' de las pensiones que se une, por cierto, a la resultante de la aplicación del índice de revalorización.

Por otra, el artículo 2 precisa que este factor se aplica "...por una sola vez...". De alguna forma parece que se intenta dar a entender que los efectos/perjuicios de la incorporación de esta variable se limitan en el tiempo: sólo con ocasión del cálculo inicial. Lo cierto es que, pese a que se produce una única vez, los efectos se prolongan en el tiempo de modo permanente, pues el recorte de la pensión es para siempre, sin perjuicio de cuál sea la situación económica u otros factores, y sin olvidar la previsible pérdida de poder adquisitivo que va a experimentar como consecuencia del mecanismo de revalorización al que se acaba de hacer referencia.

Igualmente cabe precisar que de la lectura del nuevo texto normativo se deduce que, en caso de que el valor fuera superior a 1 –por una reducción de la esperanza de vida–, la cuantía de las nuevas pensiones se vería incrementada. Es un resultado más teórico que real, en principio, dadas las perspectivas de evolución de la esperanza de vida en las próximas décadas. Ello explica seguramente que una regulación tan restrictiva como la que se aprueba en 2013 ampare semejante posibilidad. Pero, además, bien pensado esta –aparente– 'generosidad' del sistema pone en realidad de manifiesto los inconvenientes de hacer depender la cuantía de las pensiones sólo de la evolución de la esperanza de vida y que esto se produzca de forma automática.

En penúltimo lugar, llama la atención que con esta formulación matemática resulta indiferente cuál sea la edad efectiva de jubilación, en la medida en que el factor de sostenibilidad se convierte en un componente más de la fórmula que se utiliza para el cálculo de la pensión. Así, se da la paradoja de que este nuevo instrumento desincentiva el retraso de la edad de jubilación, pues la aplicación del factor se produce en todo caso mitigando en buena medida los incentivos existentes para la prolongación de la vida activa.

Finalmente, la Disposición Final 4ª prevé que la entrada en vigor del nuevo FS se producirá en 2019. Sería pertinente una explicación dirigida a aclarar, primero, por qué se adelanta el calendario, inicialmente previsto para 2032; y, segundo, por qué se elige ese año y no otro cualquiera. Esta falta de claridad contrasta con el mandato de transparencia que con tanto 'fervor' –resulta desconcertante, si no impropia de un texto legal, la expresión "... con absoluta transparencia..."– proclama la Disposición Adicional Única¹³.

¹² Véase la Disposición Final 2ª Ley 23/2013.

¹³ En virtud de esta disposición, la exigencia de transparencia es doble: publicando el seguimiento sistemático de la esperanza de vida, primero, e informando a los pensionistas sobre el efecto del factor de sostenibilidad en el cálculo de la pensión con ocasión del reconocimiento de la misma, también.

II. EL ÍNDICE DE REVALORIZACIÓN (ANUAL)

II.1. Su polémico diseño legal

No es necesario insistir en el trascendental papel desempeñado por el mecanismo de revalorización en cualquier sistema de pensiones. En la regulación de una prestación social que se percibe durante periodos de tiempo muy prolongados –veinte años en el caso de la pensión de jubilación, más incluso si es de incapacidad permanente o viudedad– el mecanismo de revalorización de la pensión es clave, casi tanto como la propia fórmula para el cálculo inicial. Semejante relevancia tiene un doble reflejo: cuantitativo y cualitativo.

En cuanto a aquél, hay que mencionar el peso que la revalorización tiene en la actual nómina de las pensiones –un 27% del gasto corresponde a este concepto¹⁴–, lo que a su vez pone de manifiesto la importancia que este aspecto ha tenido en la mejora del bienestar de nuestros pensionistas en las dos últimas décadas.

Respecto a la dimensión cualitativa, cabe traer a colación el criterio sentado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE 20 de octubre de 2011, Brachner) al identificar la actualización como un elemento comprendido en el “cálculo de las prestaciones”¹⁵, es decir, que se trata de un aspecto esencial del derecho a la protección frente al riesgo de vejez¹⁶ en cuanto garantía de disposición de los medios adecuados para cubrir sus necesidades como pensionistas –jubilados, en ese caso, pero aplicable también a cualquier otro receptor de pensión¹⁷–. Lo mismo cabe inferir de la normativa internacional: así, el artículo 65.10 del Convenio 102 de la OIT establece que “(l)os montos de los pagos periódicos en curso atribuidos para la vejez (...), para la invalidez y para la muerte del sostén de familia serán revisados cuando se produzcan variaciones sensibles del nivel general de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida”.

Constatada la centralidad del mecanismo de revalorización anual en la configuración del sistema de pensiones, adentrémonos en el análisis del nuevo diseño legal de este instrumento en el artículo 48 LGSS. El apartado primero de dicho precepto establece que las pensiones contributivas “...serán incrementadas al comienzo de cada año en función del Índice de Revalorización, previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado”. Dicho Índice de Revalorización se calcula conforme a una fórmula matemática plasmada en el apartado 2 del citado precepto y del que resulta un coeficiente topado entre un mínimo del 0,25% y un máximo no superior también en un 0,25% al Índice de Precios al Consumo “...en el periodo anual anterior a diciembre del año *f*”:

¹⁴ Vid. DE LAS HERAS CAMINO, A. – GONZÁLEZ HERRANZ, J. “La relación entre el IPC y la cuantía de las pensiones. Estimación de los efectos de la evolución del IPC en las altas de jubilación durante el año 2011”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 94, 2011, pp. 33 ss.

¹⁵ A juicio de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak en sus Conclusiones (11 junio 2011) al citado caso, “...resulta difícil defender la existencia de una diferencia esencial entre la pensión de jubilación y su posterior actualización, ya que la actualización no es sino un nuevo cálculo del importe inicial”.

¹⁶ La misma la Abogada General Sra. Verica Trstenjak afirma en la misma sede que la parte integrante del régimen de protección frente a “...los riesgos de «vejez» (...) son también, necesariamente, los incrementos periódicos de [la] pensión (...) [con la] finalidad [de] garantizar el valor monetario de las pensiones y mantener su valor adquisitivo...” para así “...proteger a los beneficiarios contra un riesgo típicamente vinculado a la vejez, a saber, la pobreza de las personas mayores”.

¹⁷ Tal apreciación se hace desde la perspectiva de aplicabilidad de la Directiva 79/7/CEE. Y aunque el Tribunal Constitucional ha declarado que “...el Derecho de la Unión Europea no integra en sí mismo el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español...” (por todas, STC 41/2013) “...el Derecho comunitario derivado [puede] constituir valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce...” (STC 61/2013, pronunciamiento en el que resulta decisivo el criterio establecido unos meses antes por la STJUE 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno).

$$IR_{t+1} = g_{l,t+1} - g_{p,t+1} - g_{s,t+1} + \alpha [I^*_{t+1} - G^*_{t+1} / G^*_{t+1}]$$

Esta fórmula está integrada por dos componentes. Invertiendo el orden de exposición, el segundo ($\alpha [I^*_{t+1} - G^*_{t+1}]$) trata de garantizar el equilibrio de los ingresos y gastos del sistema¹⁸ a lo largo del ciclo económico, modulando la velocidad del ajuste en función del valor de α , cuyo valor se situará entre 0,25 y 0,33¹⁹. Es probable que, como apuntaba el Informe del grupo de ‘expertos’, en el medio y largo plazo el saldo presupuestario del sistema ($I^* - G^*$) converja a cero²⁰. Pero en los próximos años ya sabemos que ese saldo va a ser negativo (-0’5 en 2018, según el propio Gobierno)²¹, lo que es tanto como afirmar que durante un prolongado periodo de tiempo este componente de la fórmula va a lastrar la revalorización de cada año, hasta el punto de que puede anticiparse que durante, como mínimo, una década –previsiblemente al menos una década– los pensionistas sufrirán una pérdida muy importante de poder adquisitivo como consecuencia principalmente del desequilibrio entre ingresos y gastos: la cuantía de las pensiones se verá aumentada únicamente en el mínimo garantizado del 0,25% en términos absolutos.

Así lo confirma la propia Memoria que acompañaba al anteproyecto de ley: en ella el Gobierno estima que el nuevo marco legal podría suponer, entre 2014 y 2022, un recorte –“ahorro” es el eufemismo utilizado– de prácticamente 33.000 (32.939,95 para ser exactos) millones de euros, que es el resultado de una pérdida anual de poder adquisitivo –reducción de la cuantía en términos reales– del 0,75% aproximadamente²². Claro que esta estimación se hace sobre una inflación del 1% que es una previsión poco realista; si fuera del 2% (objetivo de inflación del Banco Central Europeo), la pérdida sería del 1,75% anual, lo que en términos globales representaría más de 70.000 millones de euros²³. En definitiva, un cálculo prudente nos sitúa ante una posible pérdida de poder adquisitivo de entre un 7,5% y un 17,5% en sólo diez años²⁴. Es posible que mediada la próxima década el sistema se equilibre e incluso que se recupere el nivel de superávit alcanzado en la primera década de este siglo. Y, sin embargo, ello no va a suponer la recuperación del poder adquisitivo –limitado en todo caso a un máximo, rácano, del 0,25% anual– como consecuencia de la aplicación del resto de variables que integran el primer componente de la fórmula.

¹⁸ El artículo 48.3 LGSS precisa, tras su modificación por la Ley 23/2013, que los ingresos y gastos a tener en cuenta son los “...agregados del sistema por operaciones no financieras (Capítulo 1 a 7 en gastos y 1 a 7 en ingresos del Presupuesto de la Seguridad Social) sin tener en cuenta los correspondientes al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria al Instituto de Mayores y Servicios Sociales...” ni “...aquellas partidas que no tengan carácter periódico”. Explicitamente se excluyen, del lado de los ingresos, “las cotizaciones sociales por cese de actividad de trabajadores autónomos y las transferencias del Estado para la financiación de las prestaciones no contributivas, excepto la [que corresponde a] los complementos a mínimos de pensión”; mientras que, del lado de los gastos, no computan “...las prestaciones por cese de actividad de trabajadores autónomos y las prestaciones no contributivas, salvo los complementos a mínimos de pensión”.

¹⁹ En virtud de la Disposición Adicional 2ª Ley 23/2013 durante el primer quinquenio el valor será de 0,25.

²⁰ Informe..., *op. cit.*, p. 15. Con trazo más ‘grueso’, la Memoria señala que este componente “... trata de equilibrar el sistema aumentando la cuantía de las pensiones si los ingresos ponderados pasados y futuros superan a los gastos, y reduciendo su importe si los gastos ponderados superan a los ingresos” (*op. cit.*, p. 24).

²¹ Tal es la estimación del déficit reflejada en la Actualización del Programa de Estabilidad (p. 33) que sitúa tal cifra en el -1,4 en 2013, -1 en 2014 y -0,6 en 2015.

²² La Memoria no desglosa las cifras por lo que a partir de 2019 –fecha en la que entraría en vigor el factor de sostenibilidad– habría que contar con que parte del ‘ahorro’ correspondería a dicho factor, si bien en principio su impacto sería todavía limitado. Y es que la misma Memoria estima que el nuevo factor supondría un ‘ahorro’ del 0,1% del PIB en 2030 (p. 22).

²³ Diversos cálculos así lo corroboran. Según CC.OO., en los próximos 15 años las pensiones perderían poder adquisitivo por valor de entre un 14,8% y un 28,3%. Otros estiman que la pensión media de jubilación (13.747 euros anuales, 982 euros en catorce pagas mensuales) sufriría un recorte en términos reales de 638 euros anuales en 2019 con una inflación del 1%; es decir, que sería esos 638 euros inferior a lo que correspondería sin reforma. Tal cifra se incrementa hasta 1.527 euros anuales con un IPC del 2% y alcanza los 2.460 euros al año con un 3% de inflación (*El País*, 17 de septiembre de 2013).

²⁴ Téngase en cuenta que desde la integración de España en la zona euro la inflación media ha sido del 2,8%.

Antes de ello, conviene puntualizar lo siguiente. Cabría pensar que existe un margen para modular el resultado a través de los ingresos, que es una decisión política: por tanto, cuáles fueran las consecuencias del nuevo índice de revalorización podrían ser al menos moduladas desde ese ámbito político. Sin embargo, nos encontramos de nuevo aquí con un problema derivado del diseño de la fórmula en la medida en que ese incremento de ingresos sólo puede venir del lado de las cotizaciones sociales, no de la aportación del Estado.

Así lo establece, en principio, el mismo artículo 48.3 LGSS al excluir del cómputo de ingresos las transferencias del Estado para la financiación de las prestaciones no contributivas, excepto la financiación de los complementos de mínimos que hoy ya asume íntegramente. Aunque no queda del todo claro, del espíritu de la nueva previsión se deduce la intención de limitar el cómputo de ingresos a los que provienen de las cotizaciones sociales. Es cierto que podría incrementarse algo lo recaudado por esta vía a través de una elevación de las bases —máxima o mínima— de cotización, por ejemplo, o una subida de los tipos de los trabajadores, incluso de los empresarios; también la recuperación de los niveles de afiliación alcanzados en el pasado puede resultar relevante. Pero ante la jubilación de los baby boomers y el consiguiente crecimiento del gasto parece razonable concluir que el necesario incremento de los ingresos sólo puede conseguirse a través de fuentes adicionales de financiación —impuestos generales o finalistas— que precisamente se rechazan ahora. Por eso sería bueno que, al menos, se dejara abierta la puerta al establecimiento de fuentes adicionales de financiación.

Por lo que se refiere al primer componente de la expresión matemática del IRA, toma en consideración la tasa de variación de tres elementos: los ingresos del sistema —en los términos del artículo 48.3 LGSS, esto es, básicamente las cotizaciones sociales más la aportación estatal para la financiación de los complementos a mínimos—; el número de pensiones contributivas; y el ‘efecto sustitución’, definido como “... la variación interanual de la pensión media del sistema en un año en ausencia de revalorización en dicho año”. En concreto, la fórmula establece que a la variación de los ingresos (cotizaciones y aportación del Estado en complementos a mínimos) deben restarse las variaciones de los dos restantes elementos, número de pensiones y pensión media, que no es otra cosa que el gasto. Lógicamente para que el índice de revalorización sea positivo es imprescindible que la variación de ingresos también lo sea. Y ahí es donde estriba el problema, pues es más que previsible que las otras dos variables (el gasto, se insiste) crezcan igualmente, habiendo de descontarse la suma de ambas del incremento experimentado, en su caso, por los ingresos.

En efecto, nadie discute que la variación interanual de la pensión media —el efecto sustitución— va a seguir siendo positiva²⁵ por mucho que pueda moderarse en el denominado medio plazo, no en el corto, como consecuencia de la crisis económica y del endurecimiento de los requisitos de acceso a las pensiones. Ahora bien, siendo esto claro, aún más lo es la evolución del número de pensiones: va a incrementarse de forma muy intensa hasta mitad de siglo como consecuencia de la jubilación de los *baby boomers*; pasaremos de nueve a más de quince millones de pensiones. De tal forma, que ni siquiera una vez superados los efectos de la grave depresión económica que atravesamos puede garantizarse el mantenimiento del poder adquisitivo —no digamos ya la recuperación del perdido.

No son estas las únicas objeciones que pueden hacerse al diseño legal del nuevo IRA. En primer lugar, la determinación del valor de cada una de las variables se realiza a partir del cálculo de la media móvil de once tasas anuales de variación —las cinco anteriores y las cinco postero-

²⁵ A modo de ilustración, la variación interanual de la pensión media desde el año 2000 arroja un crecimiento medio del 4,8%. En el mismo periodo los ingresos por cotizaciones crecieron prácticamente al mismo ritmo (4,9%). Es cierto que esta última media se ve lastrada por la fuerte caída de la afiliación tras el estallido de la crisis en 2008. Pero también hay que tener en cuenta el aumento que experimentará el número de pensionistas, como se comenta a continuación.

res al año de referencia, más la correspondiente a éste— de cada uno de los elementos mencionados²⁶. Es evidente que con ello se persigue evitar cambios bruscos que provoquen variaciones importantes de año a año, algo que sin duda consigue pero a un alto precio: en la medida en que la mitad de esos valores son estimaciones existe un riesgo cierto de desviación. Con dos agravantes: uno, que esas estimaciones —las correspondientes al año para el que se calcula la revalorización y los cinco años siguientes, esto es, de $t+1$ a $t+6$ — son realizadas por la Seguridad Social a partir de “... las previsiones de las variables macroeconómicas necesarias para la estimación de los mismos” facilitados por el Ministerio de Economía y Competitividad (artículo 48.4 LGSS)²⁷, lo que supone introducir una nota de incertidumbre ‘política’ que el mecanismo hasta ahora vigente, en principio, evitaba²⁸. Por su parte, el segundo —y más serio— agravante es que no hay ninguna previsión que permita corregir la desviación, otra pérdida destacable respecto del mecanismo de revalorización vigente hasta ahora.

En consecuencia, no es disparatado ni suspicaz pensar que las estimaciones en el corto y medio plazo serán ‘conservadoras’ por dos razones. De un lado, porque nada indica que vaya a modificarse la actual política ‘austericida’ que identifica como prioridad la reducción del déficit público. Y, de otro, porque la reducción de las pensiones públicas, la ‘asistencialización’ del sistema, es un paso necesario para el impulso de las pensiones privadas y, en definitiva, para la reconfiguración del modelo que persigue esta iniciativa.

De forma más breve, un segundo comentario crítico adicional se refiere a la entrada en vigor inmediata —2014— del nuevo índice de revalorización, lo que anula el posible margen de reacción de los pensionistas y de los trabajadores en edades próximas a la jubilación ante la fuerte pérdida de poder adquisitivo que les espera. Y esto es algo grave que vulnera palmariamente la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que “...considera que cualquier ajuste en el sistema de pensiones deben llevarse a cabo de manera gradual, prudente y medida” por entender que “(c)ualquier otro enfoque podría poner en peligro la paz social, la previsibilidad del sistema y de la seguridad jurídica” (STEDH 17 de febrero de 2011, Caso Andrie contra República Checa).

En tercer lugar, debe lamentarse también que las pensiones afectadas sean todas las contributivas, incluidas las pensiones mínimas²⁹. Aunque quizá podría tratar de forzarse el tenor del artículo 48.1 LGSS para sostener que éste no prohíbe un posible incremento de estas últimas por encima del resto de pensiones, su mención explícita en el citado precepto —antes no se hacía— apunta a un desarrollo en paralelo en el que la subida adicional de las mínimas podría ser excepcional. En todo caso —y esto es lo más grave—, no parece que pueda pasarse por alto la previsión de que “en ningún caso...” el resultado será superior al IPC del año anterior más 0,25%³⁰, lo que supone enterrar definitivamente la política de mejora de las pensiones mínimas que, especialmente entre 2004 y 2009, produjo tan buenos resultados en términos de bienestar y de reducción del riesgo de pobreza de la población mayor.

²⁶ Esa media móvil es aritmética cuando se trata de los elementos integrantes del primer componente (ingresos, número de pensiones, efecto sustitución) y geométrica en el caso de las variables comprendidas por el segundo componente (ingresos y gastos del sistema).

²⁷ En los términos introducidos por el artículo 7 Ley 23/2013.

²⁸ RUESGA, S.M. “Hacia dónde...”, *op. cit.*, p. 20. Así lo denuncia también el CES (*Dictamen nº 7/2013*..., *op. cit.*, p. 18).

²⁹ En virtud del artículo 7.1 Ley 23/2013, el nuevo artículo 48.1 LGSS se refiere a “(l)as pensiones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, incluido el importe de la pensión mínima...”. En esta línea no debe sorprender que la Ley 23/2013 de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2014 prevea para ambas modalidades un pírrico aumento del 0,25%. Respecto de las pensiones no contributivas, cabe mencionar que no se modifica el artículo 52 LGSS, de forma que siguen tomando como referencia mínima el incremento de las pensiones contributivas.

³⁰ Previsiblemente en el trámite en el Senado se elevará al 0,5%, según ha anunciado el Gobierno.

Cabe llamar la atención, en cuarto lugar, sobre una debilidad adicional del nuevo índice de revalorización diseñado. Como se ha visto, la fórmula utilizada para el cálculo del incremento anual implica, entre otras cosas, que una coyuntura de dificultad económica 'lastra' la aplicación del mecanismo lo que se traduce en una previsible pérdida de poder adquisitivo; luego es imprescindible una situación económica expansiva para acercarse al punto de partida –el mantenimiento del poder adquisitivo–. Pero, he aquí el problema, no es sólo que se establezca un tope máximo que es prácticamente coincidente con el IPC (apenas un 0,25% más –el previsible 0,5% no altera el juicio–) haciendo imposible cualquier expectativa de recuperación del poder adquisitivo perdido en años anteriores; sino que precisamente en esas coyunturas expansivas una economía como la española sufre tensiones inflacionistas, lo que vuelve a alejar el objetivo.

Y, en fin, desde una perspectiva comparada el nuevo índice de revalorización resulta sorprendente. Es cierto que tiene en común con otros cambios impulsados en los países de nuestro entorno que en todos ellos el mecanismo diseñado responde a una orientación restrictiva. Pero hay una diferencia muy importante: lo que hacen nuestros socios europeos es abandonar criterios más generosos que la vinculación a la inflación como la evolución de los salarios para apostar precisamente por esa referencia al coste de la vida³¹. Así pues, endurecen el criterio de revalorización, pero no cuestionan el mantenimiento del poder adquisitivo, como si fuera un mínimo indisponible; mientras que el legislador español sustituye el mecanismo que ahora adoptan muchos diversos de la UE por otro mucho más restrictivo. Inexplicable.

A la vista de todo lo anterior, es evidente que la sustitución del mecanismo de revalorización de las pensiones vinculado a la evolución del IPC por el novedoso Índice de Revalorización basado en la formulación matemática comentada constituye un cambio de enorme calado en la medida en que afecta a la esencia o naturaleza de este instrumento clave en la determinación de la cuantía de la pensión. Así, el nuevo índice ya no persigue garantizar el poder adquisitivo de las pensiones, sino la 'estabilidad' financiera del sistema. En consecuencia, la articulación del IRA supone que ese mantenimiento del poder adquisitivo –o, lo que es lo mismo, el no empobrecimiento de los pensionistas– no sólo exige un equilibrio financiero imposible de alcanzar en el corto plazo, sino que queda condicionada a una evolución concreta de determinados factores que –casi con seguridad– no se va a producir en el medio y largo plazo³². Es pertinente preguntarse entonces si este nuevo mecanismo tiene encaje constitucional.

II.2. Su imposible encaje constitucional

De lo anterior se deduce que la configuración del índice de revalorización de las pensiones contenida en el nuevo artículo 48 LGSS desnaturaliza un elemento clave de la determinación de la pensión –del derecho a la pensión– cual es su revalorización. Cabe defender que esta modificación no tiene cabida en nuestro marco constitucional por tres motivos fundamentales: la vulneración de la garantía de suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas consagrada por el artículo 50 (y el artículo 41) CE; la discriminación indirecta por razón de sexo prohibida por el artículo 14 CE; y, en fin, la vulneración del principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 CE.

– La vulneración del artículo 50 CE

La argumentación que da sustento a este motivo de inconstitucionalidad debe tomar como punto de partida la consagración constitucional de un derecho a la pensión pública, a la Seguridad Social. Como es sabido, el artículo 41 CE establece un mandato a los poderes públicos

³¹ Sobre este particular: SOCIAL PROTECTION COMMITTEE, *Social policy reforms...*, *op. cit.*, p. 43.

³² No debe extrañar, por ello, que el CES aconsejara al Gobierno una reconsideración de la oportunidad de una iniciativa de estas características (*Dictamen nº 7/2013...*, *op. cit.*, p. 18).

de mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social, sin utilizar el término “derecho”. Pese a esta falta de definición en clave subjetiva, no cabe duda de que el citado precepto establece un mandato que consiste en garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social, según señala la doctrina más autorizada³³ y reconoce la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional³⁴; y todo ello sin perjuicio de la ubicación de este precepto, al igual que el artículo 50 CE, dentro del Capítulo III como principio rectores de la política social y económica.

Esta caracterización de la Seguridad Social como un derecho constitucional es coherente con el reconocimiento que merece en la normativa internacional y supranacional³⁵. Sin ánimo exhaustivo, cabe reseñar, primero, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que proclama que “(t)oda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social...” (artículo 22) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas de 1966, ratificado por España en 1977, que reconoce el “...derecho de toda persona a la seguridad social...” (artículo 9). Segundo, también es reseñable el Convenio nº 102 de la OIT sobre norma mínima³⁶. Tercero, la Carta Social Europea de 1961, ratificada por España en 1980, que establece garantías para “el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social” (artículo 12). En fin, no menos relevante resulta que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –a la que el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea atribuye “...el mismo valor jurídico que los Tratados”– proclame el “...el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social...” (artículo 34).

Pero además este criterio se ve reforzado por la estrecha conexión de los artículos 41 y 50 CE con otros preceptos constitucionales de indudable trascendencia. Así, cabe apuntar que la proclamación del rasgo “social” de nuestro Estado democrático en el artículo 1.1 CE implica la búsqueda de un orden social justo que tiene como dos piezas fundamentales la promoción de la igualdad (artículo 9.2 CE) y el respeto a la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE)³⁷. Es evidente que esta última no sólo comprende derechos inmateriales, sino también los derechos patrimoniales necesarios para garantizar una existencia digna³⁸; como también lo es que un presupuesto de esa igualdad perseguida por el artículo 9.2 CE es la cohesión social³⁹. Precisa-

³³ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “La configuración constitucional de la Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, nº 6/2008, p. 71. Véase igualmente: BALAGUER CALLEJÓN, F. “El Estado Social y Democrático de Derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula social”, en: AA.VV. *Comentario a la Constitución socio-económica...*, op. cit., p. 104.

³⁴ Por todas, la STC 37/1994; también la STC 103/1983 se refiere al “... derecho del artículo 41 [como] un *minimum* constitucionalmente garantizado”.

³⁵ Téngase en cuenta además que cabe entender que la referencia a los derechos fundamentales y libertades que realiza el artículo 10.2 CE (interpretación conforme a DUDH y tratados internacionales) se aplica también a los contenidos en el Capítulo III; no en vano el encabezamiento del Título I es “De los derechos y deberes fundamentales” (vid. VICIANO PASTOR, R. – SERRA CRISTÓBAL, R. “Los derechos sociales y culturales conforme al Derecho Internacional”, en: AA.VV. *Comentario a la Constitución...*, op. cit., p.184).

³⁶ Pese a que no hay un reconocimiento expreso de un derecho a la Seguridad Social, así se deduce sin esfuerzo del tenor de los artículos 25 y 69, como más significativos a estos efectos. A mayor abundamiento, MONEREO PÉREZ también se refiere al Convenio nº 117, sobre política social (normas y objetivos básicos), de 1962, artículos 1-3 (“El derecho a la Seguridad Social”, en: AA.VV. *Comentario a la Constitución socio-económica...*, op. cit., p. 1427).

³⁷ Cabe traer a colación la jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués a este respecto: Acórdao nº 187/2013 y 72/2002. Señala que el derecho a la seguridad social se enraíza en la protección de la dignidad que en este caso se plasma en la garantía de “... uma existencia humanamente condigna” a quienes ponen fin a su vida laboral activa.

³⁸ STC 113/1989, 22 de junio; 19/2012, 15 de febrero; en similar sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 22 octubre 2009, Caso Apostolakis contra Grecia). De un modo más explícito: “(l)a seguridad social [como] parte integrante de la dignidad humana” (en palabras de los jueces Tulkens, Kovler, Gyulumyan, Spielmann, Popovic, Malinverni y Pardalos en la STEDH 7 de julio de 2011, Caso Stummer contra Austria).

³⁹ Sobre la vinculación del artículo 41 (y 50) CE con la promoción de condiciones de igualdad real y efectiva del artículo 9.2 CE, véase la STC 189/1987.

mente desde esta perspectiva se ha de entender la doctrina constitucional que proclama la consagración de la Seguridad Social como función del Estado en forma de garantía institucional "...cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales"⁴⁰, lo que por extensión puede considerarse un reconocimiento del derecho –o garantía– constitucional a la Seguridad Social como parte del núcleo esencial del pacto social sobre el que se sustenta nuestro sistema democrático⁴¹ o, si se prefiere, una "...garantía constitucional del derecho a la Seguridad Social..."⁴² (a la pensión pública, en este caso).

Pues bien, no cabe duda de que de la consagración de este derecho, sea con comillas –"derecho debilitado"⁴³ o garantía– o sin ellas,⁴⁴ deriva una obligación de tutela de los pensionistas cuya vulnerabilidad es intrínseca a tal condición por cuanto, en general, su "...única fuente de ingresos económicos..." es precisamente la pensión (STC 113/1989), careciendo de fuentes alternativas de recursos y, sobre todo, de capacidad para generarlos por razón de su edad⁴⁵. De ahí que esta vulnerabilidad nos conduzca necesariamente a la referencia expresa a la suficiencia de las prestaciones que contiene tanto el artículo 41 como el artículo 50 CE⁴⁶.

El primero de ellos prevé el mantenimiento por parte del régimen público de Seguridad Social de "prestaciones sociales suficientes", mientras que el segundo se refiere a "pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, [que garanticen] la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad". Pues bien, la conocida consagración constitucional del régimen público de Seguridad Social como una 'garantía institucional' (STC 37/1994) implica que el mantenimiento de la institución –la citada Seguridad Social– en términos 'recognoscibles' debe traducirse, desde la óptica de la suficiencia a la que se refieren ambos preceptos, en la asunción por el Estado de "...una posición decisiva [en] el remedio de situaciones de necesidad..." (STC 78/2004, 29 de abril)⁴⁷, las cuales no pueden definirse sólo como un mínimo vital⁴⁸, sino que

⁴⁰ SsTC 32/1981, 28 de julio; 26/1987, 27 de febrero; 76/1988, 26 de abril; 37/1994, 10 de febrero; 213/2005, 21 de julio; 128/2009, 1 de junio, entre otras muchas.

⁴¹ En este sentido se ha de interpretar la alusión de la STC 65/1987 a la "...finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de la Seguridad Social..." que no es otra que "... la reducción o eliminación de situaciones de necesidad, mediante asistencia o prestaciones sociales suficientes".

⁴² En afortunada expresión de: MONEREO PÉREZ, J.L. "El derecho...", *op. cit.*, p. 1445

⁴³ MONEREO PÉREZ, J.L. "El derecho...", *op. cit.*, p. 1433.

⁴⁴ Lo que no puede discutirse es su valor normativo (*vid.* BALAGUER CALLEJÓN, F. "El Estado...", *op. cit.*, p. 104).

⁴⁵ Si a ello se suma que la cuantía de las pensiones es –también en términos generales– reducida, ello supone que los pensionistas se enfrentan a un importante riesgo de pobreza y a especiales dificultades para superarlo. La STC 113/1989 reconocía que "...en la mayoría de los casos, el importe económico de [las] pensiones [era] de tan reducida cuantía que difícilmente [alcanzaría] para satisfacer las más elementales necesidades de los pensionistas". Ciertamente, en el tiempo transcurrido desde entonces se han producido importantes avances en esta materia; sin embargo, todavía en 2011 un 20,8% de los mayores de 65 años contaban, según el Instituto Nacional de Estadística, con ingresos que no superaban el umbral de pobreza, definido como el 60% de la mediana de los ingresos por unidad de consumo de las personas, es decir, 7.509 euros anuales en hogares unipersonales ese año 2011.

⁴⁶ En esta línea apuntan: MONEREO PÉREZ, J.L. – FERNÁNDEZ BERNAT, J.A. "El factor...", *op. cit.*, nº 62, 2013, p. 227.

⁴⁷ En palabras de MONEREO PÉREZ, ("El sistema de pensiones: Principios inspiradores, desarrollos y renovación del Pacto de Toledo", en: AA.VV. (dir. J.L. MONEREO PÉREZ y I. GARCÍA NINET) *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, Granada, 2004, p. 23).

⁴⁸ Esto viene exigido por el artículo 4 del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, de 5 de mayo 1988, ratificado por Instrumento de 7 de enero 2000 (BOE 25 de mayo de 2000), en virtud del cual, "(c)on el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a protección social de las personas ancianas, las Partes se comprometen a tomar o promover, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, las medidas adecuadas encaminadas, en particular: 1. A permitir a las personas ancianas seguir siendo, durante el mayor tiempo posible, miembros de pleno derecho de la sociedad mediante: a) Recursos suficientes que les permitan llevar una existencia decorosa y desempeñar un papel activo en la vida pública, social y cultural".

han de incorporar también cierta correspondencia entre cotizaciones y prestaciones en cuanto esa imagen maestra de la Seguridad Social en nuestro país “...se asienta en alguna medida en el principio contributivo...” (STC 134/1987, 21 de julio).

Salvado este “...núcleo o reducto indisponible...” —en seguida volveré sobre este aspecto— “...el derecho que los ciudadanos pueden ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal”⁴⁹. Ello significa que el legislador cuenta con un amplio margen para “...modular la acción protectora del sistema...”, atendiendo a las “...circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia...” del modelo⁵⁰, en consonancia con su ubicación en el Capítulo III. De este modo, el Tribunal Constitucional reconoce que esa libertad de actuación “...descansa en el hecho de tratarse de recursos económicos necesariamente escasos en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades y deberes de los grupos sociales”⁵¹. Por tanto, no cabe discutir la capacidad del Estado para apreciar las circunstancias socioeconómicas —marcadas en este caso por la dureza de la crisis económica— y adoptar en consecuencia decisiones que pueden condicionar la adecuación y actualización del sistema de pensiones (STC 134/1987).

Ahora bien, no puede aceptarse que el ejercicio de esta prerrogativa del Estado se realice sin límite alguno⁵², pues ello podría vaciar de contenido el artículo 41 CE —y el artículo 50 CE— al poner “...en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social”⁵³; de ahí que la reciente STC 61/2013 proclame que esa actuación legislativa en todo caso “...queda sometida al necesario respeto a los principios constitucionales...”⁵⁴. Dicho en otras palabras, el marco constitucional reconoce plena libertad al legislador para precisar el contenido de un concepto jurídico indeterminado como la suficiencia de las prestaciones, pero esa actuación legislativa debe desarrollarse dentro unos márgenes razonables que garanticen que el contenido indisponible, “mínimo”⁵⁵ del derecho a la Seguridad Social no sea vea desvirtuado⁵⁶.

No se ignora que la ubicación del artículo 50 (y del 41) dentro del Capítulo III nos conduce a la previsión del artículo 53.3 CE, según el cual “(e)l reconocimiento, el respeto y la protección...” de los principios rectores “...informarán la legislación positiva la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos” de forma que “(s)ólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Es evidente pues que el grado de vinculación de los poderes públicos es inferior al que resulta de los derechos del Capítulo II, pero ello no quiere decir que se trate de meros principios informadores e inspiradores

⁴⁹ Por todas, STC 37/1994 y 367/2003. Véanse también las SsTC 65/1987, 124/1987, 97/1990, 116/1991.

⁵⁰ SsTC 65/1987, 213/2005, 21 de julio, 128/2009 y 205/2011, entre otras.

⁵¹ SsTC 65/1987, 21 de mayo; 134/1987, 21 de julio; 97/1990, 24 de mayo; 184/1990, 15 de noviembre; 361/1993, 3 de diciembre; 306/2008, 7 de octubre.

⁵² Qué pertinentes siguen siendo las siguientes preguntas formuladas por J. APARICIO TOVAR: “¿basta que el legislador alegue como justificación de una reducción de la acción protectora que las circunstancias económicas son poco favorables o tiene que aportar una completa demostración empírica? Pero ¿es posible la demostración empírica en una materia tan preñada de juicios de valor? (...) ¿no sería mejor que el Tribunal Constitucional orientase su decisión buscando el criterio de la suficiencia de las prestaciones?” [“La Seguridad Social en la Constitución”, en: AA.VV. (dir. A.V. SEMPERE NAVARRO) *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 804].

⁵³ Véanse, entre otras, SsTC 37/1994 y 78/2004. En el mismo sentido, tales pronunciamientos señalan que “... la garantía institucional del sistema de Seguridad Social (...) impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social”.

⁵⁴ Reitera criterio establecido por la STC 37/1994.

⁵⁵ DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. “El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo*, nº 5, 2008, pp. 11-12.

⁵⁶ Cabe recordar la STC 134/1987 en la que se apuntaba que “... el régimen legal (...) tiene como límites, entre otros, el respeto al principio de igualdad, la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la asistencia y a prestaciones sociales suficientes para situaciones de necesidad”.

de la actuación de los poderes públicos⁵⁷. Hay límites que deben ser respetados⁵⁸; lo que es tanto como afirmar que una ley puede ser declarada inconstitucional por infracción de los principios rectores.

En este sentido, no es baladí la estrecha conexión de los artículos 41 y 50 CE con la cláusula del artículo 1.1 CE⁵⁹, así como con la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad presentados por el artículo 10.1 CE –dentro del mismo Título I– como fundamento del orden político y de la paz social⁶⁰. Al contrario, semejante vinculación refuerza el contenido de la parte indisponible. Cabe entonces preguntarse si el mecanismo de revalorización forma parte de ese núcleo duro del derecho a la pensión.

Pese a la falta de un pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional⁶¹, es razonable –siguiendo el criterio de la STJUE 20 de octubre de 2011, Brachner– atribuir al mecanismo de revalorización el carácter de “esencial” (indisponible) en la configuración del derecho constitucional a la pensión. Quiere ello decir, por tanto, que se encontraría condicionado por ese principio de suficiencia, lo cual es relevante a estos efectos por lo siguiente.

Dada la referencia constitucional expresa a la actualización periódica de las pensiones, cabría preguntarse si es posible desvincular el mecanismo legal de la evolución del IPC o si éste es un factor que necesariamente debe tenerse en cuenta en la revisión de la cuantía. Es evidente que pueden utilizarse otros parámetros de referencia –como sucede en otros países de nuestro entorno en términos normalmente más generosos– dentro del respeto escrupuloso a la Constitución. Pero ¿cabe cualquier mecanismo de revalorización periódica? o, más concreto, ¿es suficiente con garantizar un incremento de las pensiones de al menos 0,25% cada año como establece el nuevo artículo 48 LGSS? La respuesta es negativa. Veamos por qué.

Habría que comenzar por recordar que el Tribunal Constitucional ha rechazado que “...la garantía de actualización periódica...” prevista en el artículo 50 CE suponga “...obligadamente el incremento anual de todas las pensiones”⁶². De hecho, la STC 134/1987 afirmaba que “...el concepto de ‘pensión adecuada’ no puede considerarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que

⁵⁷ MONEREO PÉREZ, J.L – MOLINA NAVARRETE, C. “El derecho a la protección de las personas de la tercera edad”, en: AA.VV. *Comentario a la Constitución socio-económica...*, *op. cit.*, p. 50.

⁵⁸ Como juiciosamente apunta T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, la tutela ‘rebajada’ que merecen los principios del Capítulo III “...no significa, sin embargo, que tales normas carezcan de fuerza vinculante para los poderes públicos. En efecto, la negación de aplicabilidad inmediata y directa a los principios rectores únicamente significa que estos no son generadores de derechos públicos subjetivos accionables ante los tribunales, pero no significa que los principios queden desposeídos de su carácter vinculante para los poderes públicos” (“El régimen...”, *op. cit.*, p. 11). Así lo confirma la propia doctrina constitucional (SsTC 71/1982, 83/1984). A mayor abundamiento, en el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional portugués (Acórdao nº 3/2010 y 187/2013).

⁵⁹ Precepto que consagra el carácter social, además de democrático y de Derecho, de nuestro Estado como principio nuclear de nuestra Constitución (*vid.* COSSIO DÍAZ, J.R. *Estado social y derechos de prestación*, CEC, Madrid, 1989, p. 153).

⁶⁰ La realización de este ‘principio de dignidad’ “...exige el establecimiento de las condiciones materiales en las que la dignidad de la persona sea posible” (BALAGUER CALLEJÓN, F. “El Estado...”, *op. cit.*, p. 103). Cabe también recordar que el artículo 67 del Convenio nº 102 de la OIT establece que “...el total de la prestación y de los demás recursos de la familia (...) deberá ser suficiente para asegurar a la familia condiciones de vida sanas y convenientes, y no deberá ser inferior al monto de la prestación calculada de conformidad con las disposiciones del artículo 66”.

⁶¹ En gran medida sigue siendo válido el comentario que hace diez años hacía J. APARICIO TOVAR, al señalar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional “... no ha perfilado todavía con claridad suficiente cuáles son los elementos que formando parte del nomen iuris de la institución la hacen reconocible” (“La Seguridad...”, *op. cit.*, p. 802).

⁶² SsTC 134/1987, 21 de julio, 97/1990, 24 de mayo y 100/1990, 30 de mayo.

pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales”. Ahora bien, lejos de debilitar la línea argumental aquí defendida, un análisis de las circunstancias que concurren en aquellos casos sirve, como mínimo, para superar lo que podría parecer un obstáculo insalvable.

Así, sin necesidad de entrar en más detalle, la clave en las citadas sentencias es triple. De un lado, se trataba de una congelación –no revalorización– transitoria (“...durante un tiempo...”). De otro, la decisión afectaba sólo a las pensiones más altas y, por tanto, no amenazadas por el riesgo de insuficiencia en la cuantía. Y, en fin, la medida buscaba amparo en el principio de solidaridad, es decir, en “...el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados”. Estos tres elementos ponen de manifiesto cierta excepcionalidad en la decisión de no revalorizar puntualmente las pensiones máximas –justificación objetiva y razonable– lo que revela el margen de actuación con el que cuenta el legislador, pero al mismo tiempo no cuestiona la identificación del rasgo de suficiencia como contenido esencial del derecho a la pensión, es decir, como un rasgo imprescindible para la preservación de la imagen maestra de las pensiones públicas en términos ‘recognoscibles’.

Entrando en la valoración concreta del nuevo IRA, nada cabe objetar formalmente al diseño de un mecanismo de revalorización desvinculado de la evolución del IPC. Pero, de nuevo aquí, nos encontramos con la necesidad de tener presente la exigencia constitucional de suficiencia –y adecuación– de las pensiones, lo que implica que la fórmula elegida para su actualización periódica debe evitar en todo caso el empobrecimiento de los pensionistas, con el hándicap que supone que el nivel de nuestras pensiones sea modesto –alrededor de un 50% no superan los 650 euros mensuales–. De ahí que resulte difícil desvincular por completo la fórmula de actualización del poder adquisitivo de los pensionistas. Algún nexo tiene que existir como garantía –mínima– frente al riesgo de pobreza, sea por la inclusión expresa de la evolución de la inflación en el diseño del mecanismo, sea porque el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones es el resultado práctico de su aplicación.

Hay, con todo, una posible objeción a esta tesis que pasaría por alegar que ese resultado práctico es incierto, hasta el punto de que se contempla la posibilidad de que la aplicación de la fórmula suponga no sólo el mantenimiento, sino una ganancia de poder adquisitivo por mucho que sea muy limitada (0,25% o 0,5% si, como es previsible, se incorpora esta elevación simbólica en la tramitación parlamentaria). De hecho, la Memoria de análisis de impacto normativo del anteproyecto de Ley subraya que no es un resultado quimérico en la medida en que, de haberse aplicado esa fórmula en los últimos dieciséis años, los pensionistas habrían ganado poder adquisitivo (ese cuarto de punto sobre el IPC) todos los ejercicios con la única excepción de 2011 y 2012.

Una vez más, el problema es que no puede –no debería– ignorarse cuál es la previsión para los próximos años. Como el propio Gobierno reconoce, el nuevo mecanismo va a suponer un importante perjuicio para los pensionistas –una pérdida de la cuantía de sus pensiones en términos reales– como consecuencia del desequilibrio presupuestario provocado por el bajo nivel de ocupación y de la devaluación salarial características en la actualidad de nuestro mercado de trabajo⁶³. Pero es que una vez superada la depresión económica, nos encontraremos con una dificultad adicional: porque también sabemos –casi con tanta certeza– cuál va a ser la evolución de algunas de las variables de la fórmula. Como se ha apuntado, el más que previsible incremento del número de pensionistas –los que accederán a la pensión de jubilación en la dé-

⁶³ De 2014 a 2018 el incremento de las pensiones no pasaría del mínimo garantizado del 0,25%; con un objetivo de inflación del 2%, esto supone una pérdida de alrededor del 8,75%.

cada de los treinta y cuarenta ya forman parte de la población activa—, unido a la evolución, también previsible, en el corto y medio plazo, de la pensión media condicionan la aplicación de la fórmula, de manera que sólo un incremento espectacular y prolongado en el tiempo de los ingresos garantizaría el mantenimiento del poder adquisitivo y, en el mejor de los casos, una tímida y lenta recuperación de tal capacidad.

En definitiva, no sólo sabemos cuál va a ser el resultado de la aplicación de la nueva fórmula en los próximos años, sino que un hipotético cambio de escenario en el medio y largo plazo no garantiza a los pensionistas que a lo largo de las dos décadas aproximadas de percepción de la pensión no vayan a empobrecerse. Ello pone en riesgo la suficiencia de las pensiones; y aunque ése es un concepto jurídico indeterminado no es discutible que debe garantizar, al menos, un mínimo vital; un resultado que el nuevo IRA no está en condiciones de garantizar en muchos casos⁶⁴.

– *La vulneración del artículo 14 CE*

Como segundo motivo de inconstitucionalidad, también cabe considerar que el nuevo IRA vulnera la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo y, por tanto, el artículo 14 CE: pese a que la formulación del índice de revalorización es aparentemente neutra, la perspectiva de una pérdida de poder adquisitivo de los pensionistas —con el consiguiente riesgo de pobreza— a la que ya se ha hecho referencia supone un mayor perjuicio para las mujeres que para los hombres, sin que pueda apreciarse una justificación objetiva y razonable. Vayamos por partes.

El punto de partida es la aparente neutralidad del nuevo mecanismo de revalorización, pues se aplica a todos por igual y garantiza un incremento de la cuantía de las pensiones que va desde el 0,25% a un porcentaje igual (¿finalmente un 0,5%?) sobre el IPC en función de la concurrencia de determinadas circunstancias que se plasman en la fórmula de cálculo. Lo cierto es que la previsible evolución de las variables que allí se toman en cuenta permiten pronosticar —lo hace la propia Memoria de análisis de impacto normativo— que en los próximos años esa actualización será mínima con la consiguiente pérdida de poder adquisitivo cuya importancia variará dependiendo del nivel de inflación.

Hablamos, pues, de la aplicación del nuevo instrumento como una desventaja para los pensionistas. En este sentido, para negar la discriminación cabría afirmar que esa ‘desventaja’ que el IRA representa es generalizada, en la medida en que todos los pensionistas la sufren por igual. Pero si consideramos el mecanismo al trasluz del principio de suficiencia de las pensiones, el juicio debe cambiar por cuanto las pensiones más bajas corren el riesgo —cierto— de no alcanzar ese umbral mínimo. Por eso, la uniformidad es engañosa y el perjuicio que sufren los pensionistas con rentas menores es mayor: dada la limitación de sus ingresos económicos son más vulnerables y se encuentran más expuestos al riesgo de pobreza. Es decir, que nos encontramos ante una desventaja adicional que amenaza con desnaturalizar la prestación social sacrificando el rasgo de suficiencia inherente a ésta. Con la particularidad adicional de que “... los datos revelados por la estadística...”⁶⁵ ponen de manifiesto que son las mujeres quienes

⁶⁴ Ni siquiera es necesario aquí una interpretación ‘ambiciosa’ de la suficiencia, como la que sugiere que su cuantía debe ser equivalente a la del salario mínimo interprofesional (MONEREO PÉREZ, J.L. – MOLINA NAVARRETE, C. “El derecho a la protección...”, *op. cit.*, p. 1806.

⁶⁵ SsTC 109/1993, 25 de marzo; 3/2007, 15 de enero; 75/2011, 19 de mayo, entre otras.

mayoritariamente perciben esas pensiones de cuantía más baja⁶⁶ y, en consecuencia, se encuentran más expuestas al riesgo de pobreza que deriva de la aplicación del nuevo IRA⁶⁷.

Lo anterior permite constatar la concurrencia de los dos presupuestos que tipifican un tratamiento formalmente neutro como indirectamente discriminatorio por su impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo⁶⁸. De un lado, esa neutralidad entendida como aplicación de la medida con independencia del sexo de los trabajadores. Y, de otro, la existencia de datos estadísticos que revelan que la regulación normativa tiene un mayor impacto sobre las mujeres.

Aún habría un tercer elemento exigido para apreciar una discriminación indirecta por razón de sexo. Porque no cabe el reproche cuando la medida "... esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objetivo perseguido"⁶⁹. ¿Por qué no es éste el caso?

Debe insistirse en que la revalorización –la actualización periódica de la cuantía de unas prestaciones que se perciben durante muchos años– es un elemento clave para garantizar la suficiencia de las pensiones. De ahí la relevancia de que, como se ha tratado de argumentar, el nuevo índice de revalorización vaya a suponer una pérdida de poder adquisitivo, como mínimo, en el corto y medio plazo, pues ello se traduce en un incremento del riesgo de pobreza de los beneficiarios con las pensiones más bajas. Sin perjuicio de las implicaciones que ello tiene directamente en términos de suficiencia, lo que ahora interesa destacar es que la mayoría de esos pensionistas con prestaciones bajas son mujeres. Así, desde la perspectiva de lucha contra la discriminación, nos encontramos con que, como consecuencia de la aplicación del nuevo mecanismo de revalorización, el riesgo de pobreza va a ser mucho mayor entre las mujeres que entre los hombres con pensiones bajas, una amenaza que se ve agravada por el hecho de que las mujeres tienen una esperanza de vida sensiblemente más alta que los hombres⁷⁰.

A mayor abundamiento, nadie discute que la existencia de un mayor número de mujeres entre los perceptores de pensiones bajas es consecuencia del carácter esencialmente contributivo de nuestro sistema de Seguridad Social, cuyo diseño responde a criterios objetivos que ahora no se discuten, ni en el cálculo inicial de la pensión ni en la revalorización posterior. Lo relevante desde una perspectiva de género no es el diseño, sino los efectos de la actualización⁷¹;

⁶⁶ Sirva como prueba que la pensión media de las mujeres se sitúa en 658,88 euros mensuales, frente a los 1.067,42 euros de los varones (datos de agosto de 2013). Igualmente, es relevante que en agosto de 2013 de los 2.495.222 pensionistas con derecho a un complemento de mínimos 1.559.117 eran mujeres, lo que representa un 62,5% del total; de los 446.118 pensionistas no contributivos, un 68,5% eran mujeres; y de los 396.966 perceptores del SOVI un 88,1% eran mujeres. En total, si sumamos las tres categorías resulta que más de dos tercios de las pensiones más bajas corresponden a mujeres. Ampliamente sobre la posición de las mujeres en el sistema de Seguridad Social: SALVADOR CIFRE, C. "La protección de la mujer en la vejez en el sistema de pensiones español", *Revista Internacional de Seguridad Social*, vol. 66, N° 1/2013, pp. 53 ss.

⁶⁷ La mencionada STJUE 20 de octubre de 2011 (Brachner) considera que "... una disposición nacional que implique excluir de un incremento extraordinario de las pensiones a un porcentaje considerablemente más elevado de mujeres pensionistas que de hombre pensionistas" vulnera el artículo 4.1 de la Directiva 79/7.

⁶⁸ SsTC 240/1999, 20 de diciembre, 3/2007, 15 de enero, 61/2013, 14 de marzo.

⁶⁹ Véase la STJUE 13 de abril de 2010 (caso Bressol) citada por la STC 61/2013. Esta última también se refiere a una fórmula equivalente utilizada por las jurisprudencias comunitaria (STJUE 20 de octubre de 2011, Brachner) y constitucional (STC 240/1999) que consiste en "... que los poderes públicos no puedan probar que la medida responde a una medida de política social".

⁷⁰ Según el Instituto Nacional de Estadística, a los 65 años esa expectativa es de 22,4 años en el caso de aquéllas y de sólo 18,4 años en el de éstos. En consecuencia, la vulnerabilidad frente al riesgo de pobreza de las pensionistas se agrava por esta circunstancia, lo que supone un perjuicio desproporcionado para el colectivo de mujeres pensionistas.

⁷¹ La STJUE 20 de octubre de 2011 (Brachner) apunta al "... efecto útil..." de la prohibición de discriminación de las mujeres.

y lo cierto es que el nuevo índice agrava el riesgo de pobreza de un colectivo amplio y mayoritariamente femenino⁷². De ahí la denuncia de una discriminación indirecta por razón de género.

– *La vulneración del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE)*

Con ocasión del análisis del RDL 28/2012, se concluía que la decisión de suspender el mecanismo de revalorización de las pensiones a efectos de no compensar la desviación producida en noviembre de 2012 respecto del incremento inicial de ese año constituía una vulneración de tres de los principios consagrados por el artículo 9.3 CE. Pese a versar sobre el mismo objeto –la revalorización de las pensiones–, es evidente que existen múltiples diferencias entre los contenidos de aquella norma y de la ahora enjuiciada. Ahora bien, esto no significa que no haya en este caso aspectos de dudosa constitucionalidad desde la perspectiva del citado artículo 9.3 CE, en la medida en que el nuevo mecanismo de revalorización afecta también a los pensionistas que accedieron a la pensión con un instrumento de actualización distinto –el vigente hasta el 31 de diciembre de 2013–. Mi atención va a centrarse, en particular, en la posible vulneración del principio de seguridad jurídica. Pero previamente han de hacerse algunas consideraciones en torno al principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales.

Como ya fue apuntado, los elementos configuradores de este último principio son tres: la afectación de un derecho individual –en este caso, sería el derecho a la actualización periódica de las pensiones reconocido por el artículo 50 CE–; una disposición que contenga una regulación restrictiva de ese derecho –el IRA como nuevo régimen jurídico menos favorable–; y, en fin, el carácter retroactivo de la medida, esto es, su incidencia sobre situaciones jurídicamente consolidadas.

Aquí interesa lo relativo al último de estos elementos. Sin necesidad de repasar ahora con detalle la jurisprudencia constitucional al respecto⁷³, cabe recordar que el Tribunal Constitucional siempre ha rechazado la “huidiza” teoría de los derechos adquiridos⁷⁴, apostando por un criterio más dinámico en la determinación de las situaciones jurídicas que como “derechos individuales” se encuentran amparadas por el artículo 9.3 CE. De ahí que la irretroactividad normativa proscriba sea aquella que incide sobre efectos jurídicos ya producidos que derivan de relaciones consagradas; no, en cambio, la que se extiende a los efectos todavía no consumados⁷⁵. Se admite, en definitiva, un efecto retroactivo de grado mínimo⁷⁶: las situaciones jurídicas creadas bajo el imperio de la antigua disposición pueden verse afectadas pero únicamente en sus efectos futuros⁷⁷.

⁷² Adviértase el paralelismo de este caso con el abordado por la STJCE 20 de octubre de 2011 (Brachner). Es cierto que allí se trataba de un incremento de la pensión diferente en función de la cuantía, mientras que aquí la subida es uniforme; pero allí era un incremento extraordinario y aquí el habitual. Lo importante en uno y otro caso es el criterio de que la medida perjudica a los pensionistas con renta más baja siendo así que mayoritariamente se trata de mujeres.

⁷³ Véase un trabajo ya clásico sobre este asunto: LÓPEZ MENUJO, F. “La irretroactividad en la jurisprudencia constitucional”, en: AA.VV. *Estudios sobre la Constitución. Homenaje al profesor García de Enterría* (Tomo I), Madrid, Civitas, 1991, pp. 487.

⁷⁴ Véanse entre otras muchas: SsTC 27/1981, 108/1986, 99/1987 y 70/1988.

⁷⁵ En este sentido, entre otras: SsTC 227/1988, 100/1990, 210/1990.

⁷⁶ LÓPEZ MENUJO, F. “La irretroactividad...”, *op. cit.*, p. 491.

⁷⁷ La STC 112/2006 5 abril, recuerda la “... distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley, y ya consumadas, que hemos denominado de retroactividad auténtica, y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas, que hemos llamado de retroactividad impropia. En el primer supuesto –retroactividad auténtica– la prohibición de retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias calificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio” (igualmente, SsTC 126/1987, 16 de julio, y 182/1997, 28 de octubre).

A primera vista, no parece que tal sea el caso de la nueva regulación del índice de revalorización por cuanto sus efectos se proyectan sólo hacia el futuro –efectos todavía no consumados–, mientras que la irretroactividad normativa proscrita es aquella que incide sobre efectos jurídicos ya producidos que derivan de relaciones consagradas⁷⁸. Sin embargo, no debe desecharse sin más la consideración de este principio, pues hay aspectos dudosos que dan pie a otras apreciaciones.

La clave reside en el contenido del mandato relativo a la actualización periódica de las pensiones. Visto desde la óptica de la garantía de su suficiencia, cabe entender que el derecho a la revalorización de las mismas implica la exigencia del mantenimiento de su poder adquisitivo, algo que –como mínimo– la nueva fórmula no garantiza. Ahora bien, eso no significa que la aplicación del nuevo índice entrañe, en todo caso, esa pérdida –de hecho, recuérdese que no habría sido este el caso de haber regido esta fórmula entre 1998 y 2010–, un aspecto que diluye las dudas de constitucionalidad por esta vía de la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales⁷⁹.

Cosa distinta es que las anteriores consideraciones no tengan ninguna trascendencia; al contrario, abren la puerta a apreciar una posible vulneración de otro de los principios consagrados por el artículo 9.3 CE: el de seguridad jurídica. No cabe duda de que la modificación del mecanismo de revalorización de las pensiones no afecta de la misma forma a los que en el momento de su entrada en vigor ya eran pensionistas que a aquellos que accederán a la pensión en el futuro y que, por tanto, tienen aun capacidad –en mayor o menor medida– de adoptar decisiones vitales o profesionales para adaptarse al nuevo marco⁸⁰.

Respecto de los ya pensionistas en 2013, el nuevo índice de revalorización tiene una retroactividad que el Tribunal Constitucional califica de ‘impropia’, pues incide en “...situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas” (STC 112/2006). Y como el mismo órgano reconoce, en ese tipo de situaciones el enjuiciamiento de la constitucionalidad de la medida resultará “... de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica, y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso”⁸¹.

Pues bien, hay que volver a insistir en la importancia que tiene en el sistema de pensiones cómo se articule el mecanismo de revalorización de éstas. Con una expectativa de percepción de la pensión durante veinte años, es indiscutible que la actualización anual es tan relevante como la fórmula para el cálculo inicial. Por eso, hay que ser conscientes de que una modificación –estructural– del citado mecanismo tiene una incidencia directa en la posición del pensionista; en este caso concreto, la previsible pérdida de poder adquisitivo durante años deja a este colectivo desvalido sin capacidad de reacción ante la dificultad creciente de reingreso en el mercado de trabajo⁸². Dicho lo cual, y enlazando con la anterior cita de la STC 112/2006, cabe apreciar que el nuevo índice de revalorización vulnera el principio de seguridad jurídica de los que ya habían accedido a la pensión antes de la entrada en vigor de la (futura) Ley.

⁷⁸ Véanse, entre otras, las SsTC 227/1988, 100/1990 y 210/1990.

⁷⁹ Como recuerda la STC 97/1990 “... no puede hablarse de derechos adquiridos a que se mantenga un determinado régimen regulador de unas prestaciones a obtener en el futuro, ni existe retroactividad cuando una norma afecta a situaciones en curso de adquisición, pero aún no consolidadas por no corresponder a prestaciones ya causadas”.

⁸⁰ Su situación, desde esta perspectiva –otra cosa bien distinta son los límites del artículo 50 CE–, sería equivalente a la abordada por la STC 99/1987, 11 de junio, respecto de la modificación de la edad de jubilación de los funcionarios.

⁸¹ De nuevo, STC 112/2006, así como 126/1987, 16 de julio, y 182/1997, 28 de octubre

⁸² En principio, una alteración temporal, puntual, del mecanismo de revalorización no sería suficiente para entender que se ha vulnerado la seguridad jurídica, tal como se defiende a continuación. Cosa distinta es lo sucedido con el RDL 28/2012 que sí transgredió ese principio al actuar sobre un derecho –el de compensación de desviación de la inflación– que ya se había consolidado.

El análisis debe partir del reconocimiento de un criterio asentado en la doctrina constitucional⁸³, según el cual, el respeto de la seguridad jurídica "...no puede producir una congelación del ordenamiento jurídico o impedir toda modificación del mismo". Ahora bien, el propio Tribunal Constitucional admite que esta aplicación flexible del citado principio que evita la petrificación normativa debe modularse a través de otros parámetros, entre los que se incluye el principio de protección de la confianza legítima (*Vertrauensschutz*)⁸⁴. Este principio de inspiración alemán, con larga tradición en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [antes 'de las Comunidades Europeas']⁸⁵, ha sido invocado por nuestro Tribunal Constitucional en diversas ocasiones casi siempre relacionadas con aspectos fiscales⁸⁶. Pese a que no ha sido tan pródigo en la delimitación de su contenido, sí cabe encontrar en la doctrina constitucional una caracterización básica de esa confianza legítima que, como "...derivación del principio de seguridad jurídica" (STC 222/2003), "...protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles"⁸⁷.

De lo anterior cabe razonablemente inferir –siguiendo la línea argumental del voto particular del magistrado Rubio Llorente a la STC 208/1988– que "(e)n un Estado social y democrático de Derecho (...) la seguridad jurídica implica también (...) la necesidad de que el Estado no pueda abrogar aquellas normas que (...) están precisamente destinadas a dotar de una mínima garantía a determinados grupos sociales".

En este sentido, pocos aspectos ilustran mejor esta idea que la relevancia que para los pensionistas tiene el mantenimiento del poder adquisitivo de sus pensiones; de ahí que un cambio sobrevenido –pero permanente, no coyuntural⁸⁸– que, tal como reconoce la Memoria que acompañaba al anteproyecto de ley, aboca a los pensionistas a una importante pérdida de poder adquisitivo en los próximos años vulnera la expectativa legítima –legal, pero sobre todo constitucionalmente fundada– que los miembros de ese colectivo tenían en el momento de acceso a la pensión de que ésta –pensión de jubilación, mayoritariamente– sea su principal o única fuente de rentas en la vejez⁸⁹. Sin que en ningún caso quepa encontrar una justificación "...objetiva y plausible que hiciera ceder el principio constitucional de seguridad jurídica ante intereses públicos de preferente atención" (STC 234/2001), pues una invocación genérica a las dificultades económicas⁹⁰ y al futuro envejecimiento de la población no pueden amparar un cambio drástico de la fisonomía de nuestro Estado social que en este caso concreto está condenando a la pobreza a buena parte de los que hoy ya perciben su pensión y que carecen por razón de edad, principalmente, de capacidad de reacción⁹¹.

⁸³ Sirvan como ilustración las SsTC 126/1987, 277/1988 y 210/1990.

⁸⁴ Sobre este principio, véase un reciente análisis en: MARTÍNEZ NOYA, J.A. *El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración: su origen y tratamiento jurisprudencial*, Diego Marín, Murcia, 2012.

⁸⁵ Así, ha reconocido que este principio forma parte de los principios fundamentales de la Unión (TJCE 5 de mayo de 1981, Dürbeck; 24 de marzo de 2011, ISD Polska; TJUE 26 de junio de 2012, Polonia/Comisión; y 14 de mayo de 2013, Agrargenossenschaft Neuzelle; entre otras muchas.

⁸⁶ Entre otras muchas: SsTc 173/1996, 222/2003 y 178/2004.

⁸⁷ Por todas, SsTC 150/1990 y 234/2001.

⁸⁸ Como reconoce el Tribunal Constitucional portugués, una medida excepcional, transitoria, podría justificarse por razón de interés público (Acórdao 187/13).

⁸⁹ En general, el Tribunal Constitucional portugués considera que los pensionistas son titulares de una posición jurídica especialmente tutelada a través del "principio da proteção da confiança" (Acórdao n 353/12 y 187/13).

⁹⁰ Esas dificultades económicas pueden ser ciertas por un desequilibrio presupuestario como el que se vive en la actualidad. En tales casos cabría aceptar una respuesta coyuntural (¿congelación de la pensión uno o varios años?); pero lo que no es admisible en ningún caso es que sobrevenga un cambio en el mecanismo de revalorización que altera la fisonomía del sistema.

⁹¹ Apreciación compartida por el Tribunal Constitucional portugués en el Acórdao 187/13.

Finalmente, la aplicación inmediata de esta nueva regulación resulta abusiva por acuciante que resulte la situación económica. Los efectos de una medida de tanta trascendencia en términos estructurales exigiría al menos un calendario de aplicación gradual para evitar perjuicios (aún más) desproporcionados. Cabe traer a colación, de nuevo, la STEDH 17 de febrero de 2011 (Andrie contra República Checa) en la que se alerta sobre los peligros que entraña este tipo de modificaciones para "...la paz social, la previsibilidad del sistema y de la seguridad jurídica".