

La sostenibilidad como excusa para una reestructuración del sistema de la Seguridad Social

Joaquín APARICIO TOVAR
Universidad de Castilla-La Mancha
Joaquin.Aparicio@uclm.es

Recibido: 23-04-2015
Aceptado: 03-06-2015

RESUMEN

El debate sobre la sostenibilidad de las pensiones del Sistema de la Seguridad está mal planteado. Desde el momento en que la “opción por la Seguridad Social” fue adoptada por el pueblo español al aprobar en referéndum la Constitución, las pensiones tienen que ser sostenibles porque la Seguridad Social está protegida por una garantía institucional. El debate que debe plantearse es el de la suficiencia de las pensiones, para lo que es necesario actuar, no recortando los gastos, sino mejorando los ingresos del Sistema. Las reformas que se han emprendido desde 1985, pero sobretodo la última de 2012, están provocando un endurecimiento de las condiciones para obtener una pensión sin prueba de la necesidad, lo que está provocando una reestructuración regresiva del Sistema hacia el Seguro Social y el asistencialismo. Esa regresión es coherente con las recomendaciones de la Comisión Europea que tratan de favorecer el desarrollo de los fondos de pensiones privados, pero esas recomendaciones son contrarias a lo establecido en la Constitución.

Palabras clave: seguridad social, suficiencia, prestaciones, sostenibilidad, equidad, contributividad, proporcionalidad.

Sustainability as excuse for restructuring the Social Security System

ABSTRACT

The current debate on pensions' sustainability is not well focused. As the option for the Social Security was adopted by Spanish people in the Constitution, pensions must be guarantee. The Social Security System is protected by a “*Garantía Institucional*”. Problem is sufficiency of the benefits provied by the System in offering a worthy life to protected people. It is necessary improve incomes of the System. The reforms carried out from 1985, especially in 2012, make more difficult to reach a pension whithout test of means. A re-organization of Social Security is coming up according to recomendatiois of European Comission but not according to the Spanish Constitution.

Keywords: social security, sufficiency, benefits, sustainability, equity, proporcionality.

REFERENCIA NORMALIZADA

Aparicio Tovar, J. (2015). “La sostenibilidad como excusa para una reestructuración del sistema de la Seguridad Social”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 33, núm. 2, p. 289-309.

SUMARIO: Introducción. 1. Los límites constitucionales a la libertad de configuración del Sistema de la Seguridad Social por el legislador. 1.1. La Seguridad Social como garantía institucional. 2. El largo camino hacia la fragmentación del Sistema: Las reformas de los años 80 y 90. 3. Contributividad, proporcionalidad, equidad, separación de fuentes de financiación desde los Pactos de Toledo. 4. El gran salto: la presión de la Unión Europea y la introducción de la sostenibilidad. 5. Bibliografía.

Introducción

Las palabras expresan conceptos y describen, pero también prescriben y constituyen y, por ello, quien impone un lenguaje está imponiendo su poder. Esto es particularmente evidente en materia de Seguridad Social porque esta institución no nace de modo más o menos espontáneo a partir de las relaciones entre los individuos fuera del Estado sobre la que después las leyes proceden a su juridificación. La Seguridad Social es producto directo de la voluntad del Estado que haya adoptado previamente la decisión política de abolir la miseria (Beveridge, 1944: 11). Es el modo específico en que el Estado atiende las necesidades sociales, el modo de enfrentarse al alivio de los estados de necesidad en que inevitablemente todos los ciudadanos en un momento u otro de su existencia se van a encontrar. El uso de algunas palabras en lugar de otras está cargado de intención. No es lo mismo decir usuario que sujeto protegido. No es lo mismo primar un lenguaje economicista en el relato sobre las pensiones que lleve a una posición ancilar al lenguaje de los derechos, que hacer exactamente lo contrario. Con la introducción de palabras como contributividad, proporcionalidad, equidad, y ahora sostenibilidad, se está intentando una reestructuración del Sistema de la Seguridad Social erosionando sus prestaciones, cuando la palabra dominante debería de ser la suficiencia de estas últimas. Pero hay que preguntarse si a la luz de la Constitución esta operación es lícita.

En todas las épocas históricas ha habido personas en estado de desprivatización y se han articulado algunos medios para aliviar esas situaciones, como la caridad pública o privada, la beneficencia o más tarde la asistencia social, pero los Sistemas de Seguridad Social son una creación original que aparece en Europa después de la segunda guerra mundial debido a la necesidad de profundas reformas sociales que la lucha de los trabajadores por una mayor justicia social había impuesto como inaplazable. La Seguridad Social no responde a una idea pietista de atender a los menesterosos, sino que es pieza esencial del Estado Social y Democrático de Derecho en que España se constituye (art. 1.1 de la Constitución) porque su fin no es otro que colocar a los ciudadanos al abrigo de la necesidad para hacer posible la igualdad en sentido material. Eso implica que los poderes públicos, a través de la Seguridad Social, remueven algunos de los obstáculos más importantes que impiden a los individuos que la igualdad y la libertad sean reales y efectivas, como quiere el art. 9.2 de la Constitución española. Para poner a los ciudadanos al abrigo de los estados de necesidad el art. 41 de la Constitución ordena a los poderes públicos mantener un Sistema de la Seguridad Social “que garantice prestaciones sociales suficientes”, no mínimas, es importante destacar, porque de lo que se trata es de

hacer posible para todos el goce de los derechos fundamentales, cosa que no es posible si están sumidos en estados de desprivatización. Desde su génesis, la Seguridad Social es un “camino hacia la Libertad desde la Necesidad” (Beveridge, 1942:7).

Si la decisión fundamental es la de poner en práctica un plan de Seguridad Social como uno de los instrumentos esenciales para abolir la miseria de la población sobre la que se organiza políticamente el Estado, una vez adoptada, no queda otra solución que aplicar efectivamente ese plan, creando la institución que responde al nombre Seguridad Social. Es la “opción a favor de la Seguridad Social” (Alonso Olea, M., 1965:33). Esa opción no está en manos del Gobierno o de la mayoría parlamentaria de turno, está ya tomada por el titular de la soberanía en el momento constituyente y así ha quedado plasmado en el texto constitucional (arts. 1.1, 9.2, 39, 41, 43, 50). Mientras no cambie la Constitución, los poderes públicos están obligados a mantener el Sistema de Seguridad Social que ha de garantizar “prestaciones sociales suficientes ante los estados de necesidad” (art. 41 CE) y “pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas” que consigan “la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad” (art. 50 CE). Por lo que gran parte del debate sobre la sostenibilidad que se ha producido en los últimos años está desenfocado. Con la introducción del término sostenibilidad se ha lanzado a la opinión pública una duda sobre si las pensiones están garantizadas ante los retos que suponen los cambios demográficos y la crisis económica con su consecuencia de desempleo. Aquí es donde ha entrado el lenguaje economicista para intentar cuestionar el mecanismo financiero de reparto, que es propio del Sistema de Seguridad Social. En realidad ha sido una argumentación para justificar reformas que actúan sobre los gastos del Sistema, es decir, reduciendo la cuantía de las prestaciones, en especial de la pensión de jubilación. Pero entonces ¿Qué pasa con la suficiencia de las prestaciones del art. 41 CE y la suficiencia económica de los ciudadanos de la tercera edad mediante pensiones adecuadas del art. 50 CE?

En realidad el debate sobre la sostenibilidad está interesadamente mal planteado. Las prestaciones (y entre ellas las pensiones), mientras no cambie la Constitución, son sostenibles porque lo tienen que ser, porque lo ha mandado el constituyente, que es “el jefe de todo esto”. No se trata de negar la existencia de problemas, sino de solucionar los que van surgiendo. La Seguridad Social, desde su nacimiento, es un fenomenal artificio técnico que crea un campo jurídico en el que los ciudadanos ocupan diversos papeles, ya como sujetos protegidos, ya como sujetos obligados, se les confieren derechos y se les imponen obligaciones. Para cumplir sus fines, el Sistema utiliza cuantiosos recursos económicos y ha de ir adaptándose a las cambiantes circunstancias sociales mediante sucesivas reformas. El problema de la sostenibilidad debe ser visto como un problema de medios-fines. No es lícito que de un problema de medios se desemboque en un cuestionamiento de los fines y, por ende, de la misma institución Seguridad Social.

1. Los límites constitucionales a la libertad de configuración del sistema de la seguridad social por el legislador

Si la Constitución “constituye el poder y lo limita” (HÄBELE, P., 1998:46), el modo más adecuado de aproximarse al tratamiento constitucional de la Seguridad Social ha de ser el de empezar por intentar dejar en claro cuáles son los límites que el texto constitucional impone al sujeto que se presenta investido de los poderes derivados de la soberanía popular, esto es, el legislativo, en relación a su capacidad de configuración de esta institución.

En la Constitución se alude a instituciones jurídicas, algunas corporativas (es decir, se dotan de órganos y poderes) (Hauriou, M., 1923:266) y otras no, algunas son reconocidas como derechos fundamentales, otras se expresan normativamente como principios rectores de la política social y económica. El legislador, en uso del pluralismo político, tiene una cierta libertad de configuración de las instituciones, siempre y cuando se mueva dentro del margen permitido por la Constitución, que viene determinado, entre otros medios, por el respeto al contenido esencial de la institución y, en este caso, por la suficiencia de las prestaciones.

La tarea de establecer con la mayor claridad posible cual es el concepto que hace inteligible la institución que conocemos por Seguridad Social es tanto más necesaria porque a su través se garantizan un conjunto de derechos que hacen posible la ciudadanía social. Esos derechos, junto con el resto de derechos fundamentales, son “indispensables para la vida colectiva, lo que los convierte en las piedras basales del consenso” (Capella, J.R., 2003: 10). La determinación de lo que es protegido por la garantía institucional es, además, asunto de enorme importancia porque el Sistema de Seguridad Social es el núcleo o corazón del Estado Social y Democrático de Derecho en que se constituye España, según lo establecido en el art. 1.1 CE. Las modificaciones en la configuración del Sistema de Seguridad Social, la inseguridad que pueda producir la confusión de su ordenamiento, los recortes de las prestaciones o, en general, las limitaciones de la acción protectora pueden afectar a su delicado equilibrio interno, por lo que deben ser entonces cuidadosamente sopesadas pues acaban afectando a la esencia del Estado Social y de ese modo se arriesga poner en cuestión del pacto social fundante de la convivencia democrática. No en vano, como ya se ha indicado, la Seguridad Social es un elemento de primer orden para la garantía de una ciudadanía social.

1.1. La Seguridad Social como garantía institucional

El control de la actividad del legislador ordinario a través de la técnica de la garantía institucional exige cuanto menos dilucidar la idea de lo que ha de entenderse por Seguridad Social, al menos los rasgos que la distinguen. La aproximación a una idea de Seguridad Social tiene como punto seguro de partida la afirmación de que se trata de una institución que tiene como fin la garantía por el Estado de la permanencia y la continuidad en el alivio de los estados de necesidad que en determinados momentos pueden verse los individuos, dando así seguridad a su existencia. Seguridad ante los estados de necesidad en los que puede sumirse el

individuo “aun cuando la sociedad se organice de la mejor forma posible” (Beveridge, W., 1944:11). La Seguridad Social asume la sociabilidad de los riesgos sociales (como ya hicieran los Seguros Sociales ideados por Bismarck), es decir, que los estados de necesidad no son consecuencia de la incuria del individuo, por lo que es una responsabilidad colectiva organizar su alivio. Pero hay que dejar claro dos aspectos, el primero de ellos es que a través de la Seguridad Social se realiza una de las funciones del Estado Social cual es alcanzar la igualdad real para todos los ciudadanos. La garantía de la existencia no es algo unido a la idea de Seguridad Social si solamente alcanza a dispensar un límite mínimo de subsistencia que, sin embargo, no permite el goce en plenitud de los derechos de ciudadanía. Es a lo que alude el art. 41 CE cuando ordena que las prestaciones han de ser *suficientes*, no mínimas.

El Tribunal Constitucional tempranamente tuvo ocasión de expresar su doctrina general sobre la garantía institucional en la STC 32/1981, de 28 de julio, en la que reconocía que “el orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales”. Sin embargo, la configuración concreta de algunas de ellas se difiere al legislador ordinario, “al que no se fija más límite que el reducto indisponible o núcleo esencial de la institución”, lo que le obliga a “la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”. La garantía es desconocida “cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre”. Para el Tribunal la doctrina del obligado respeto por el legislador al contenido esencial de los derechos es de plena aplicación a la garantía institucional. Su idea es que hay dos medios complementarios para determinar cual ese contenido esencial. El primero de ellos “es tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho [...] El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta”, así, “constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo [...]desnaturalizándose por decirlo así”. El segundo medio busca la esencialidad del contenido del derecho en “aquella parte [...] que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten, concreta y efectivamente protegidos.” (STC 11/1981, de 8 de abril). Esta construcción se ha aceptado para aplicarla a las instituciones garantizadas por la Constitución como es el Sistema de Seguridad Social, aunque la doctrina del Tribunal no ha perfilado todavía con claridad suficiente cuales son elementos que formando parte del *nomen iuris* de la institución la hacen reconocible. Hay una

importante labor por hacer, aunque algunos de esos elementos ya han quedado determinados. El Tribunal entiende que “el art. 41 CE impone a los poderes públicos la obligación de establecer -o mantener- un sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un Sistema de Seguridad Social” (STC 37/1994, 10 de febrero), pero la garantía institucional “no equivale al mantenimiento incólume del régimen establecido en la vigente Ley General de Seguridad Social”, lo que no es discutible. Lo que dicha garantía impone es “que no se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social a la que pertenecen” (STC 37/1994, entre otras).

La institución corporativa que conocemos como Seguridad Social se ordena de acuerdo con ciertos rasgos o principios informadores (Aparicio Tovar, J., 1989: 66-141). El primero de ellos es el *dinamismo*, que se ha manifestado en una continua movilidad legislativa que ha ido dando lugar a la expansión y consolidación de la institución, que se han producido tanto por la profundización de la acción protectora como por la progresiva ampliación de los sujetos protegidos hasta abarcar a la práctica totalidad de la población. El dinamismo empuja hacia la consecución de la *universalidad subjetiva de cobertura* (todos los ciudadanos y incluso residentes en el territorio del Estado), y la *universalidad objetiva*, esto es, la protección frente a los estados de necesidad en que pueden verse los individuos cuando se concretan en ellos ciertos riesgos sociales identificados según “el ideal de cobertura” (Alonso Olea y Tortuero, 2000: 23) alumbrado por nuestra civilización. Esos riesgos sociales en su expresión mínima cristalizaron en el Convenio 102 (llamado precisamente de norma mínima) de la OIT, pero no pueden permanecer fosilizados por la sencilla razón de que van apareciendo nuevas necesidades debidas a los cambios en la forma de vivir y hay transformaciones en la sociedad que obligan a una adaptación de los instrumentos utilizados por el Sistema de Seguridad Social. Los Estados europeos signatarios de la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961 (art. 12), conscientes de esta idea, asumieron el compromiso de que los niveles de protección del Convenio 102 OIT deberían de ser superados porque la Seguridad Social hace “aflorar necesidad nuevas cuando se cubren las que estaban mal o simplemente no atendidas” para las que es necesario proveer prestaciones (Alonso Olea, M., 1971:11).

El segundo es la *Solidaridad*, no como una proclamación demagógica, sino un principio jurídico que se expresa mediante técnicas precisas, como son la *consideración conjunta de contingencias* y la *ruptura del sinalagma entre las aportaciones que realizan los sujetos protegidos y las prestaciones que reciben*. Lo que se aporte y el modo de hacerlo (a través del sistema impositivo general o mediante tributos que pagados por los trabajadores y empresarios, esto es, las cotizaciones sociales,) es materia reservada a la decisión política del legislador, así como las técnicas de cálculo de la cuantía de las prestaciones económicas (que la prudencia debería llevar a que no haya mucha diferencia entre los niveles de renta entre cuando se es activo y pasivo). En las prestaciones en especie, como las sanitarias, la ruptura del sinalagma es más evidente. De este modo se debe producir una redistribución de rentas desde los que más hacia los que menos tienen. A la luz

de la solidaridad es bastante cuestionable la interpretación que se está haciendo de la contributividad como más adelante se indicará. La STC 134/1987 ha destacado este principio como un rasgo inequívoco, al entender que en Seguridad Social “una de cuyas exigencias esenciales es, precisamente, el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados con independencia, incluso, de las consecuencias puramente económicas de esos sacrificios”. La consideración conjunta de contingencias, aunque no con una claridad meridiana, es apreciada en la misma sentencia cuando se declara que “la conexión inmediata y directa entre la cotización y la pensión propia del régimen contractual no existe en el régimen general de la Seguridad Social, en el que las prestaciones a que el asegurado (*sic*) tiene derecho son diversas (por ejemplo asistencia sanitaria, jubilación, viudedad), sin que de la limitación o reducción de una de ellas pueda concluirse que se haya producido una privación de derechos si el bloque de derechos y prestaciones del asegurado se mantiene en su conjunto”.

El tercero es la *Obligatoriedad*, pues el esquema solidario no existiría si se dejara a los individuos estar dentro o fuera de él según su voluntad, es decir, según que sus posibilidades sean mayores o menores de ser desempleado, o enfermo, o invalido (Beveridge, W., 1942: 13). O lo que es lo mismo, los ricos deben estar juntos con los pobres en la organización técnica de la solidaridad en la comunidad políticamente organizada por el Estado, creándose así vínculos de pertenencia que tienden a impedir la exclusión social. Este rasgo excluye de la Seguridad Social a los sistemas de previsión que estén basados en la voluntariedad, como claramente ha reconocido el Tribunal Constitucional en la STC 206/1997, de 27 de noviembre al afirmar que “resulta claro que la noción “Seguridad Social” no puede predicarse de instituciones protectoras cuyo origen, tanto como la extensión de la acción tutelar que dispensan, descansan en la autonomía de la voluntad. La evolución del propio sistema español de Seguridad Social, los parámetros del Derecho comparado y, muy especialmente, los compromisos asumidos por España en la materia [...] muestran cómo resulta un factor estructural, integrante mismo de la institución Seguridad Social, el diseño legal imperativo de la acción protectora garantizada”.

El cuarto es principio es la *Publicidad*, pues solamente el Estado puede imponer a todos los individuos la pertenencia a ese esquema solidario, para lo que cuenta con poderes para ello, lo que, además, es una de sus funciones. No hay Seguridad Social privada. La Seguridad Social, en tanto que “instrumento de protección de los ciudadanos ante las situaciones de necesidad”, es inequívocamente una “función del Estado”. El principio de publicidad es reconocido por el Tribunal Constitucional y se manifiesta tanto “en relación con la estructura y el régimen del sistema en su conjunto”, como en que “el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal”, aunque añade que ese carácter público no queda cuestionado “por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquel” (STC 37/1994). Determinar esa importancia relativa a partir de la cual se compromete el carácter público es cuestión que parece haya de resolverse caso por caso, pero el problema es que si la invasión de lo privado se va

haciendo poco a poco y por parcelas ¿dónde está el límite que no debe rebasarse? Parece que la forma de proceder sería analizando no la última medida concreta de modo aislado que eventualmente haya sido cuestionada, sino estudiar su impacto en relación con todas las anteriores a las que se adiciona para comprometer el principio de publicidad o cualquier otro principio del Sistema.

El principio de publicidad se proyecta sobre el régimen legal de las prestaciones, y así el Tribunal Constitucional ha claramente establecido que “el carácter público de la Seguridad Social, su configuración como función del Estado, y la referencia a la cobertura de situaciones de necesidad –que habrán de ser precisadas en cada caso- implica que las prestaciones de la Seguridad Social y, entre ellas las pensiones de jubilación, no se presenten ya –y aun teniendo en cuenta la pervivencia de notas contributivas- como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, y resultantes de un acuerdo contractual” (STC 65/1987, de 21 de mayo, en la misma línea las SSTC 37/1994, y 104/1983, de 23 de noviembre). Aunque, “sin negar que, como ya se dijo en la STC 121/1983, el régimen de la Seguridad se asienta en alguna medida en el principio contributivo” (STC 134/1987, de 21 de julio). Queda así claro que las aportaciones hechas por el sujeto protegido y las prestaciones que reciban se determinarán de acuerdo con lo que el legislador decida en cada momento, ciertamente dentro del marco permitido por la Constitución.

El quinto es la *Igualdad*, que es el fin de la institución, para lo cual es esencial el modo en que dispensa el grueso de sus prestaciones. Lo característico de la Seguridad Social es que garantiza las prestaciones de un modo fuerte, esto es, mediante el conferimiento al sujeto protegido de derechos subjetivos solo condicionados al cumplimiento de los requisitos establecidos en las normas, lo que quiere decir que las circunstancias personales (como tener recursos económicos o no tenerlos) son indiferentes. Es esto lo que verdaderamente distingue a la Seguridad Social de otros medios históricamente conocidos y también arbitrados por el Estado para el alivio de las necesidades sociales, como han sido la Beneficencia o la Asistencia Social, que dispensaban sus prestaciones a título gratuito y tras superar la prueba de la necesidad, para cuya valoración el ente dispensador se reservaba grandes dosis de discrecionalidad, especialmente en la Beneficencia. Este modo de proceder estigmatizaba socialmente el receptor de la prestación y de ese modo le convertía en un ciudadano de segunda clase. La Seguridad Social (como ya antes empezaron a hacer los Seguros Sociales), al dispensar el grueso de sus prestaciones con el título de derecho subjetivo coloca a los sujetos protegidos en pie de igualdad, pues el ejercicio de los derechos no solo no estigmatiza, sino que supone ejercer las ventajas de la ciudadanía. Ha sido un logro de civilización.

Algunas prestaciones que provee el Sistema están condicionadas a la superación de la prueba de la necesidad, son las llamadas prestaciones asistenciales, pero estas prestaciones deben estar reservadas, o bien para necesidades excepcionales que puedan afectar a determinados individuos o grupos, que precisamente por su excepcionalidad son difícilmente previsibles, o bien tienen como finalidad cubrir

vacíos de protección en que por muy diversas razones puedan verse los individuos. En estos casos la prueba de la necesidad ha de ser objetiva y no debe haber discrecionalidad en el ente dispensador, pues de otro modo la estigmatización social del receptor de la prestación es un riesgo muy alto. A través de estas dos vías, esto es, la vía de las prestaciones sin prueba de la necesidad, que se la está haciendo coincidir, induciendo a algunos errores, con la llamada contributiva, y la asistencial se debe garantizar a los individuos una existencia que posibilite el goce en plenitud de los derechos reconocidos para todos y las ventajas de la vida colectiva. Lo que es propio de la Seguridad Social es que estas dos vías son inseparables, actúan a la vez complementándose. Ciertamente la modernidad de la institución Seguridad Social ha influido en que no siempre se distinga bien de la Asistencia Social. Esa confusión conceptual puede que influyese en la tortuosa distribución de competencias que los arts. 148.1.20ª CE y 149.1.17ª CE hacen en esta materia.

Cuando se habla de igualdad no se está diciendo uniformidad, pues pueden existir distintas situaciones dentro del Sistema reguladas por distintos regímenes legales, lo que dará lugar a prestaciones diferentes, pero esas diferencias tienen que estar justificadas. Es aquí donde despliegan su eficacia los principios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad que disciplinan las diferencias de trato. Lo que significa que el legislador 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 suficientes para situaciones de necesidad” (STC 134/1987).

Es claro que la provisión de prestaciones dirigida a conseguir la igualdad real implica la utilización de recursos económicos, pero lo específico de la Seguridad Social es que la puesta en práctica del principio solidario a que antes se ha hecho referencia tiene como efecto generar una redistribución de rentas pues de otro modo el Sistema no puede operar como lo hace. Si no hay esa redistribución no puede conseguirse una cierta “nivelación social”, sin la cual ni se puede hablar de un derecho justo (Larenz, K., 1985: 147), ni la Seguridad Social puede cumplir con las exigencias del principio de igualdad. Los sectores menos acomodados de la población no pueden salir de su situación de desprivatización si no hay en su favor cierto trasvase de rentas de los sectores más acomodados. De las magras rentas de aquellos será imposible obtener recursos para financiar prestaciones decentes, que son las necesarias para el goce de los derechos y que se expresa claramente en el principio de suficiencia de las prestaciones exigido por el art. 41 CE.

La libertad de configuración del legislador ordinario queda claramente limitada en tanto que ha de respetar estos rasgos estructurales, sobre esto hay pocas dudas, pero la libertad que parece dejarle en cuanto a la determinación del principio de suficiencia de las prestaciones al que se alude en el art. 41CE es mucho mayor. En efecto, en la STC 37/1994 se reconoce abiertamente que el legislador dispone “de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a las circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél”. Doctrina que ya se había formulado con bastante precisión y claridad en el STC 65/1987 al declarar que “la previsiones constitucionales suponen

que pase a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, situaciones que habrán de ser determinadas y apreciadas, sin duda, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar, o las modifique para adaptarlas a las necesidad del momento”. Es una idea que ha repetido en otras muchas sentencias. Pero es poco satisfactoria esta solución, pues ¿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 como la economía preñada de juicios de valor? ¿qué circunstancias hay que tener en cuenta y que otras no? ¿no sería mejor que el TC orientase su decisión buscando el criterio de la suficiencia de las prestaciones?. Son algunos de los problemas que deja abierta esta construcción y que por el momento no parece que se hayan planteado ante el Tribunal. En su labor de interprete de la Constitución el TC ha hecho poco uso de los Tratados internacionales ratificados por España en esta materia, como quiere el art. 10.2 CE, siendo de particular utilidad el art. 25. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

2. El largo camino hacia la fragmentación del sistema: las reformas de los años 80 y 90

Casi desde la promulgación de la Constitución empezaron a hacerse notar ciertas opiniones que venían a proponer la reducción de la Seguridad Social a las prestaciones económicas y, sobre estas, una acentuación de la contributividad. Es probablemente exagerado decir que “el sistema de la Seguridad Social ya no existe; su unidad se ha roto y, como en el gran poema de Eliot, de él solo quedan *a haep of broken images, where the sun beats*” (Desdentado Bonete, A., 2014: 13), pero no cabe duda que se puede constatar con facilidad una importante fragmentación regresiva hacia el seguro social y al asistencialismo por una parte, mientras, por otra, se ha producido el desgajamiento de la asistencia sanitaria a favor de las Comunidades Autónomas. Ambas cosas tienen sus orígenes en los años 80 del pasado siglo.

Con la ley 26/1985 se inició un ciclo, que dura hasta el presente, en el que en materia de pensiones se ha ido acentuando la contributividad. Más adelante se profundizará algo más sobre este término, ahora baste con decir que se trataba de endurecer las condiciones de acceso a la pensión para el control del gasto y abrir la puerta a la vinculación mayor de la cuantía de la pensión a lo aportado previamente (Monereo, J.L. y Fernandez, J.A., 2014: 58). Esta ley alargó, para la pensión de jubilación, de 10 a 15 años el periodo de carencia y de 2 a 8 años el de cálculo de la

base reguladora, lo que traía consigo la cierta posibilidad de dejar fuera de la prestación a algunas personas y reducía la cuantía inicial de la pensión. También es destacable que la gestión de la incapacidad temporal por contingencias comunes a partir del día 16 puede ser asumida por las Mutuas de Accidente de Trabajo desde 1985. Desde entonces el papel de las Mutuas se ha ido ampliando, desbordando su espacio propio de las contingencias profesionales hacia las comunes. No hay que olvidar que, aunque fuertemente disciplinadas desde los poderes públicos, son asociaciones de empresarios.

Pero la gran fragmentación vino al sacar la asistencia sanitaria de la gestión de la Seguridad Social para darla a las Comunidades Autónomas con una no poca confusión legislativa. El arranque de esa fragmentación y confusión está en la Ley General de Sanidad de 1986 cuya Disposición Derogatoria Primera derogaba todas las disposiciones contrarias a esa Ley, pero, consciente el legislador de las inseguridades de conocimiento del derecho vigente que podrían producirse, autorizaba al Gobierno a publicar una tabla de vigencias y derogaciones en el plazo de doce meses. Ese plazo fue más que sobrepasado sin que se haya publicado norma refundidora y armonizadora alguna, habiendo, en consecuencia, decaído los poderes allí conferidos.

Aquel incumplimiento parece que hizo al legislador asequible al desaliento. En efecto, la Disposición Final Primera de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecieron las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social, ordenó una amplia refundición de las normas de Seguridad Social, pero dejando fuera de la misma la asistencia sanitaria. Esa refundición se llevó a cabo por medio del RDLeg. 1/1994, de 20 de junio, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que por tanto no trata el núcleo central de la materia relativa a las prestaciones sanitarias, el cual, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Derogatoria a) de la norma recién citada, se sigue rigiendo por lo dispuesto en el Capítulo IV, Título II, en aquellas partes no derogadas por otras normas, y por las Disposiciones Transitorias 5ª (números 1 a 3) y 6ª (números 4 y 9) del D 2065/1974, de 30 de mayo, Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS 74). La ordenación de los principales textos normativos relativos a las prestaciones sanitarias parece haber entrado en una especie de limbo a la espera de una auténtica refundición armonizadora que nunca llega. Es un claro ejemplo de desorden normativo, pues la asistencia sanitaria sigue formando parte de la acción protectora de la Seguridad Social cuya definición no es competencia de las Comunidades Autónomas (Art. 149.1. 17ª CE). Los peligros de desmembración y el aumento de las desigualdades entre los ciudadanos es evidente desde que se promulgó la ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud que abrió la puerta a la privatización de la gestión y de la que en determinadas Comunidades Autónomas se ha hecho amplio uso. La extracción de las prestaciones sanitarias del tronco de la Seguridad Social para llevarlas a un no bien definido ámbito de la *Sanidad* afecta a la posición del sujeto protegido como titular de una posición fuerte de derecho a las prestaciones, que es característica esencial del Sistema. Esa posición se debilita porque, de sujeto

protegido, ahora pasa a ser un *usuario* de un servicio cuya posición sigue en importante medida las necesidades del mismo definidas con amplio margen de discrecionalidad por gestores públicos autonómicos o privados.

Desde mediados de los años 80 del siglo pasado la movilidad legislativa ha sido frenética y todavía hoy no se ha calmado. El resultado ha sido una desorganización jurídica de la Seguridad Social que no ha sido corregida con la oportunidad que ofrecieron la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social de 1997, la Ley 27/2011 ni la 23/2013, por citar las más importantes de los últimos años. La desorganización (Desdentado, 1996: 479) se ha producido porque al predominio de la legislación delegada se ha acompañado de una “legislación en cascada” emanada desde el Gobierno y continuada hasta los órganos administrativos inferiores. Al mismo tiempo se han producido deslegalizaciones de algunas materias que han provocado, además, una fragmentación de la regulación. La relación ley-reglamento no siempre obedece a las exigencias de técnica legislativa, lo que genera inseguridad jurídica, que se complica porque subsisten como vigentes reglamentos dictados en desarrollo de leyes derogadas. Por otro lado no son infrecuentes los casos de deslocalizaciones normativas, esto es, regulaciones en materia de Seguridad Social que se contienen en otras normas que nada tienen que ver con esta materia. El resultado final es una pérdida de seguridad jurídica acentuada por la utilización de una legislación coyuntural a base de leyes-medida, dictadas generalmente con ocasión de la aprobación de las Leyes de Presupuestos (unas leyes-omnibus) que acaban haciendo permanente lo que era coyuntural. La falta de calidad del derecho de la Seguridad Social así tratado ha generado una sensación de inseguridad y una relativa pérdida de confianza en una institución una de cuyas finalidades es precisamente dar seguridad ante lo azaroso de la existencia. Con acierto se ha escrito, y sigue de plena actualidad, que “si el Derecho está sometido a una economía cambiante, no sabemos con seguridad el nivel de protección que podremos obtener en el futuro. Aquí no cabe el consuelo de que la ley es incierta, pero el derecho cierto (*idus certum, lex autem incerta*), porque el propio proceso de formación de los derechos puede estar en cuestión” (Desdentado Bonete, A., 1996:483). Un ejemplo clamoroso de deslocalización ha sido la modificación de algunos aspectos del art. 128 de la Ley 22/2013, de presupuestos para 2014, que regula las cotizaciones sociales, por el RD-L 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte.

Esta situación de desorden jurídico, que afecta a la capacidad regulativa del derecho, no es algo inevitable. La evidente complejidad que presentan las prestaciones sanitarias, frente a la relativa simpleza de las económicas, no justifica el presente estado de cosas. El derecho de la Seguridad Social, como expresión de una voluntad política de poner al abrigo de la miseria a los sujetos protegidos, es un producto de concretos legisladores quienes contraen la responsabilidad de legislar bien o mal. Legislar mal no es consecuencia de un orden natural de las cosas.

El hecho más significativo de los años 90, en lo que aquí interesa, fue sin duda el llamado Pacto de Toledo, un acuerdo de todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria sobre la reforma del Sistema de Seguridad Social

aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 6 de abril de 1995. El objetivo explícito del Pacto era alcanzar un compromiso solemne para garantizar el futuro del Sistema de Seguridad Social e intentar que las reformas que se entendía habría que acometer no se utilizaran como arma arrojadiza electoral entre los distintos grupos políticos. Es importante recordar que el ambiente ideológico de aquel momento estaba marcado por una agobiante corriente de opinión, nacida en los ámbitos académico-políticos conectados con las grandes entidades económico-financieras y con gran resonancia en los medios de comunicación, que cuestionaba la viabilidad futura de las pensiones. Contemporáneamente se había creado desde gran parte de esos mismos medios una crispación política destinada, ante las próximas elecciones generales, a erosionar al partido socialista en el poder. Elecciones que dieron en 1996 el triunfo, aún sin mayoría absoluta, al partido popular que había estado durante años en la oposición y que en ese momento no tenía mucho interés en presentarse como liquidador del Sistema de Seguridad Social. Los diagnósticos pesimistas sobre el futuro de las pensiones no eran nuevos, pues siempre han aparecido en periodos de crisis, pero en aquel momento cobraban especial fuerza, porque, además, se presentaban (y se presentan) con la *objetividad* e *inevitabilidad* de determinaciones económicas. Los argumentos son bien conocidos: el aumento de la esperanza de vida, la baja tasa de natalidad, el descenso de la población activa ocupada, a lo que se suman otras causas menos significativas, provocarían una crisis financiera de la Seguridad Social. Se aprovechaba, como se denunció, para presentar la crisis del Sistema como “consecuencia inevitable del sistema público de reparto” que debería ser sustituido por “fórmulas de capitalización individual de las pensiones” (López Gandía y Ochando, 1998:77). Ese era el objetivo. Es bien sabido que de aquellos hechos no se puede deducir el fracaso del sistema de reparto o de solidaridad entre las generaciones y de los activos con los pasivos actuales. El problema es otro, es el de determinar con criterios democráticos y por quien tiene poderes atribuidos por la Constitución para hacerlo cuál es el porcentaje del Producto Interior Bruto de un país que debe destinarse a cubrir las necesidades sociales a través de lo que conocemos como Seguridad Social y valorar cuales deben ser en cada momento los medios más adecuados de financiación, ya sean cuotas sociales u otro tipo de tributos.

El Pacto de Toledo fue una fuente de acuerdos sociales posteriores, empezando por el *Acuerdo sobre consolidación y racionalización del Sistema de la Seguridad Social*, firmado el 9 de octubre de 1996 por los sindicatos confederales CC.OO y UGT con el nuevo Gobierno recién salido de las elecciones. Los contenidos de este Acuerdo, que se inspiraban en el Pacto de Toledo, tuvieron traducción legislativa en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social. Esta ley no cambió la estructura del Sistema, que en esencia es el mismo de 1966, pero ha introducido elementos que están condicionando seriamente la evolución posterior. Se sigue manteniendo el sistema financiero de reparto (art. 87.1 LGSS), pero se introducen criterios que en su aplicación legislativa posterior comprometen el principio de solidaridad y por ello la esencia misma del Sistema.

3. Contributividad, proporcionalidad, equidad, separación de fuentes de financiación desde los Pactos de Toledo

El Pacto de Toledo, que ha tenido varias ediciones posteriores y ha dado lugar a la creación de una comisión en el Congreso de los Diputados, introdujo en forma de recomendaciones que iluminasen las sucesivas reformas algunos criterios expresados en palabras que se alejan de la lengua de los derechos y que son tributarias de una determinada visión económica. Los criterios que conviene destacar son, en primer lugar, el de la separación de fuentes de financiación, hoy establecida en el art. 86 LGSS. De acuerdo con este criterio, las prestaciones contributivas se financiarán *básicamente* con cargo a cuotas aportadas por los sujetos obligados que ejercen una actividad profesional, y las no contributivas con aportaciones del Estado hechas a los presupuestos de la Seguridad Social. En realidad lo que se está imponiendo es que las prestaciones no contributivas de ningún modo puedan financiarse con cargo a cotizaciones sociales, que quedarán reservadas para las prestaciones a las que puedan causar derecho algunos sujetos protegidos que hayan hecho previamente aportaciones (que no serán todos ellos, sino los que hayan tenido una vida profesional más o menos regular). Se trata de una auténtica “segregación” del brazo no contributivo de la Seguridad Social (Alarcón Caracuel, M.R, 1998:23) que provoca la división del Sistema “en dos compartimentos estancos, no solo financieramente sino también prestacional y organizativamente” (González Ortega, 1998:47) con distintas ideas de atención de las necesidades, la del seguro y la de la solidaridad. La separación de fuentes se ha presentado como magnífico instrumento para clarificar la situación financiera del Sistema, lo que es confundir una técnica contable con un principio organizativo. Aún aquellos que ven ventajas en la transparencia que se consigue, no dejan de admitir que “la separación de fuentes de financiación viene a acentuar los perfiles asegurativos del sistema y aceptar el planteamiento técnico propio de sus esquemas actuariales: equilibrio financiero, necesidad de aumentar las cuotas o reducir los gastos o el nivel de cobertura” (López Gandía, 2001: 33). Pero es mucho más que eso. Atenta contra el principio de solidaridad del Sistema de Seguridad Social, como luego habrá ocasión de aclarar.

La separación de fuentes se acompaña de los criterios de contributividad, proporcionalidad y equidad expresamente proclamados en la exposición de motivos de la Ley 24/1997, que tienen su origen en el Pacto de Toledo y el Acuerdo de 1996 y desde entonces, como se verá, no han hecho más que reforzarse. Al presentarse mezclados con el principio de la solidaridad se incurre en una corrupción del uso recto y propio de las palabras. La contributividad que se dice hay que reforzar y que está pensada para las prestaciones económicas (especialmente para la pensión de jubilación), se refiere a la relación entre las aportaciones previas hechas por el sujeto y la prestación que recibe. Pero esa relación puede concretarse recurriendo a criterios muy distintos. En efecto, ya se ha dicho que en la esencia del Sistema de Seguridad Social está la ruptura de la relación sinalagmática entre aportación y prestación, es decir, se aporta lo que las normas establezcan y el montante de la

prestación será el que resulte de la aplicación de reglas basadas en criterios que pueden ir variando ya que en un sistema de reparto las aportaciones no financian las prestaciones propias de cada contribuyente individual, sino las de otros (los actuales pasivos). Normalmente los criterios utilizados para calcular la cuantía de la prestaciones económicas procuran que haya una cierta relación entre el nivel de rentas de cuando se fue activo a cuando se es pasivo, por ello la llamada base reguladora para el cálculo de la prestación suele tener en cuenta el salario sobre el que se ha determinado la cotización y el periodo de tiempo en el que se efectuado, pero eso es una decisión de política legislativa, no el resultado de una relación contractual. La financiación de las prestaciones a través de un método contributivo implica que las aportaciones realizadas por los sujetos obligados a hacerlas son tributos que están adscritos a ese fin, sin que puedan ser destinados a otros distintos, como construir autopistas o fundar universidades. Se limita de este modo considerablemente la libertad de los poderes públicos en esta materia. Esta es la parte buena de la contributividad. Pero no quiere decir que esa adscripción lo sea a la prestación individual. La contributividad se predica entonces del conjunto del Sistema, lo que “no significa necesariamente que deba ser contributivo en lo individual” (González Ortega, 1998:43).

Pero la contributividad da un viraje hacia lo individual cuando se la acompaña de los criterios de proporcionalidad (que ahora nada tiene que ver con un postulado de ponderación) y de equidad (que nada tiene que ver con el criterio de búsqueda de justicia basado en principios que tratan de conseguir “una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta” (Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, Libro V, 10 y *Retórica*, Libro I, 13.3) según son concebidos por la Ley 24/1997, que declara en su Exposición de Motivos haber optado por “la introducción de mayores elementos de contribución y proporcionalidad en el acceso y en la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación, a fin de que las prestaciones económicas sean reflejo del esfuerzo de cotización realizado previamente, se posibilite una mayor equidad en las pensiones, en el sentido de que quienes hayan realizado unas cotizaciones semejantes obtengan también un nivel de prestaciones similar”. La equidad así considerada no es más que un reforzamiento de la proporcionalidad entendida como relación directa entre lo aportado y lo percibido por cada sujeto individual que no tiene en cuenta la redistribución de rentas y, por tanto, se aleja de la solidaridad. La idea de equidad que ahora parece imponerse es muy distinta a la expresada en la Ley de Bases de 1966 cuando declaraba en su preámbulo que “la Seguridad Social puede contribuir eficazmente a una redistribución de la renta total de la comunidad política, según criterios de justicia y equidad, y puede, por tanto, considerarse uno de los instrumentos para reducir los desequilibrios en el tenor de vida entre los ciudadanos”. El juego combinado de la proporcionalidad, la equidad y la contributividad que se hace ahora supone introducir un razonamiento propio de los sistemas de capitalización dentro de uno de reparto e induce al equívoco (aunque solo lo sea en la mentalidad de los sujetos protegidos) de una restauración de la relación silagmática entre cuota y

prestación (Alarcón, 2002:231), cosa que está vedada en Seguridad Social, como ya vimos ha declarado el Tribunal Constitucional.

La separación de fuentes de financiación, en este contexto, tiene la consecuencia de ir expulsando al principio solidario del ámbito de lo contributivo del Sistema, quedando su operatividad reservada a la esfera de lo no contributivo, pero en este último ámbito su realización mayor o menor dependerá del nivel de aplicación de aquel otro principio, el de progresividad, que debe de informar al sistema tributario general según establece el art. 31.1 CE. De este modo se está comprometiendo seriamente la aplicación de los principios de “solidaridad financiera y caja única” que orientan la actuación de la Tesorería General de la Seguridad Social (art. 63.1 LGSS), enérgicamente apreciados por el Tribunal Constitucional (STC 124/89). A ello hay que añadir que en el propio ámbito de lo contributivo se da una perversa solidaridad inversa como resultado del establecimiento del tope máximo de la base de cotización en 3.597 € euros que impone, siguiendo una tradición que viene de mitad de los años 80, el art. 128 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014. Puesto que las bases de cotización se calculan sobre los salarios, el resultado es que los trabajadores que ganen menos de la citada cantidad cotizarán sobre el cien por cien de lo que perciban, pero quienes tengan salarios superiores entran en el esquema solidario solo hasta ese límite, cosa que no se justifica por el establecimiento de topes máximos en las pensiones. Este mecanismo favorece que los planes y fondos de pensiones privados se dirijan precisamente a estas capas de población más acomodadas.

La LGSS no aporta expresamente criterio alguno vinculado a la naturaleza de la prestación que permita su calificación como contributiva o no contributiva, como se deduce de la lectura del art. 38 LGSS, donde se enumeran las prestaciones comprendidas en la Acción Protectora del Sistema, o del art. 40 LGSS, dedicado a los caracteres de la prestaciones. Los criterios se deducen del conjunto de esta norma a partir de lo que se establece en el art. 86 LGSS, dedicado a los recursos y sistemas financieros de la Seguridad Social. Este precepto, cuya redacción vino dada por la Ley de Consolidación y Racionalización de 1997, pone en práctica la recomendación del Pacto de Toledo de separar las fuentes de financiación dejando muy claro, como ya se ha dicho, que las prestaciones no contributivas se financian mediante aportaciones hechas por el Estado consignadas en los Presupuestos Generales. Las contributivas pueden tener varios medios de financiación, entre otros las cuotas pagadas por los sujetos obligados a hacerlo, esto es, trabajadores por cuenta ajena, empresarios y trabajadores por cuenta propia. Tales cuotas quedan reservadas para financiar exclusivamente las prestaciones contributivas que enumera. Contributivas son las prestaciones económicas (excepto las que expresamente sean calificadas no contributivas) y todas las derivadas de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional. No contributivas son la asistencia sanitaria, las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez, los complementos a mínimos de pensiones y las asignaciones familiares por hijo a cargo. Pero no se dice que es una prestación contributiva, sino solo como se financia.

Observando cuál es el tratamiento que la LGSS dispensa a las prestaciones económicas se llega a la conclusión de que para que una prestación se califique de contributiva su preceptor debe de haber cumplido una serie de requisitos (los llamados requisitos del hecho causante), entre los que destaca haber cubierto determinados periodos de cotización. La inclusión de una prestación en uno o en otro grupo se hace solamente en función de su financiación, lo que es absurdo, pues la financiación no es más que un instrumento que puede modificarse de acuerdo con nuevas situaciones y cambios en la estructura social. Una muestra de ese absurdo y de que la clasificación no responde a la naturaleza en sí de la prestación es que cuando la asistencia sanitaria se derive de accidente de trabajo o enfermedad profesional será contributiva, pero cuando se derive de enfermedad o accidente común será no contributiva ¿por qué? Porque en el primer caso debe ser financiada a cargo exclusivo de los empresarios, que normalmente lo harán a través de una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y, en el segundo, la financiación se hará mediante aportaciones hechas desde los Presupuestos Generales del Estado, pero la cosa se puede complicar cuando se discuta si una enfermedad o accidente es común o profesional, lo que no es infrecuente.

Uno de los peligros a los que lleva esta clasificación es que confusamente se solapa con aquella otra, más técnica, de prestaciones sometidas a la prueba de la necesidad o sin ella. En efecto, las prestaciones contributivas no están sometidas a la prueba de la necesidad. Para tener derecho a ellas basta con que el sujeto protegido cumpla con los requisitos del hecho causante. Las no contributivas, en su mayor parte, están por el contrario sometidas a la prueba de la necesidad, luego técnicamente hablando son asistenciales. Pero esto no es tan claro porque en el saco de las prestaciones no contributivas hay alguna que por el momento no es asistencial, cual es el caso de la asistencia sanitaria para cuya dispensación no se exige la prueba de la necesidad, pero está unida al resto como consecuencia de su modo de financiación.

4. El gran salto: la presión de la Unión Europea y la introducción de la sostenibilidad

Resulta bastante sorprendente que con apenas dos años de diferencia se hayan promulgado dos leyes que directamente introducen importantes modificaciones en la regulación de las pensiones, en adición a otras que también afectan a su regulación. Son la Ley 27/2011, de 1 de agosto y la Ley 23/2013, de 23 de diciembre. Esta última vino precedida de los Reales Decretos-Leyes 28/ y 29/ 2012 y del 5/2013, en un uso abusivo de la legislación de urgencia. No cabe duda que esta actividad normativa está estrechamente relacionada con la política económica y monetaria que viene impuesta desde la Unión Europea. Hay que situarla en el contexto de la reforma del art. 135 de la Constitución, hecha en septiembre de 2011; la LO 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera; el Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad, de 2 de

febrero de 2012 y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de 2 de marzo de 2012.

La Comisión Europea publicó en 2010 un *Libro Verde* sobre pensiones al que siguió el *Libro Blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*, aprobado el 16 de febrero de 2012. En ellos se propone a los Estados Miembros una modificación de sus Sistemas de Seguridad Social para adaptarlos a uno basado en tres pilares, el primero universal, público, obligatorio y de reparto que garantice prestaciones mínimas, que podrían decirse de supervivencia. Un segundo pilar obligatorio, de capitalización y de gestión privada ligado a la negociación colectiva, que sería lo que en España se entiende como un fondo de pensiones en la modalidad de empleo. El tercero sería de capitalización, individual y voluntario también, naturalmente, gestionado por privados. Es lo mismo que ya a mediados de los años 90 del pasado siglo preconizaba el Banco Mundial. El objetivo central de las reformas que deben emprender los Estados debe ser la reducción del gasto, sin plantearse el aumento de los ingresos, dentro del marco de “la estabilidad macroeconómica y presupuestaria” (Suárez Corujo, B., 2014: 218). Para conseguir dicha reducción las propuestas más importantes son las de retrasar la edad pensionable, la disminución de las cuantías de las pensiones y vinculación de esas cuantías a la esperanza de vida en el momento de la jubilación. Como solución a la reducción de la cuantía de la pensión se propone incentivar los planes de pensiones de en cualquiera de esos dos pilares. La Comisión insiste en que los fondos de pensiones, aún reconociendo que desde 2008 han tenido importantes pérdidas, han de tener un papel relevante en la economía de la UE y ser “importantes jugadores en el mercado financiero”. Parece que en estos años la Comisión no ha aprendido nada de la experiencia desastrosa de los fondos de pensiones para quienes los suscribieron, no para los administradores. Tampoco tiene en cuenta algo evidente cual es que, aplicada la devaluación salarial en casi todos los países de Europa por las políticas “de austeridad”, especialmente en los países del sur, la capacidad de ahorro de la mayoría de la población es muy pequeña por no decir nula, por lo que los fondos de pensiones quedan restringidos a una minoría con rentas más altas. Cuando existe pobreza laboral es un sarcasmo presentar como alternativa los fondos de capitalización. El *Libro Blanco*, en fin, apenas dedica atención a los “efectos negativos que puede generar en términos de pobreza y, sobre todo, la nula atención que merece el agravamiento de la desigualdad” (Suárez Corujo, B., 2014: 221).

Hay serios problemas de constitucionalidad y de legalidad para imponer un cambio drástico del nuestro Sistema de Seguridad Social por uno como el auspiciado por la Comisión Europea. Para empezar porque hay un problema competencial. De acuerdo con el art. 153 TFUE, la Seguridad Social es una competencia de los Estados no atribuida a la Unión, que se limita en esta materia a “apoyar y complementar” su acción. Tampoco en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza, ni en el Tratado del Mecanismo Europeo de Estabilidad, que son la legalidad paralela creada fuera del TUE y del TFUE para encarar la crisis, hay base jurídica para que la UE imponga a los Estados ese

modelo. Pero otra cosa es que la “condicionalidad” exigida a cambio de ayudas para solventar la deuda privada de entes financieros imponga modificaciones importantes.

La Ley 27/2011 fue la primera respuesta ante una situación de desempleo galopante, reducción de los ingresos del Sistema y déficit de las cuentas públicas. Esta ley no hace sino “profundizar en la lógica fundamentalmente contributiva del sistema y de diferenciación de sus fuentes de financiación” (Monereo y Fernández, 2014: 69). Se hace eco de las recomendaciones del *Libro Verde* y procede a un retraso progresivo de la edad de jubilación desde los 65 años a los 67. Edad que se hará efectiva en 2027. Al mismo tiempo el periodo de cómputo de las bases de cotización pasa de 15 a 25 años y hay una nueva escala para los tipos aplicables en la obtención de la cuantía de la prestación. Todo ello lleva a que para muchos pensionistas habrá una reducción de la pensión y, lo que es peor, una expulsión del brazo contributivo de los sujetos protegidos con una vida profesional irregular a la que el trabajo precario lleva. La contributividad “es un mecanismo de exclusión” (Desdentado Bonete, A., 2014: 21).

Una vez que se entra en la jaula de la contributividad los problemas de sostenibilidad son inevitables si no se arbitran mecanismos para actuar sobre los ingresos, ya que estos serán decrecientes necesariamente en un contexto de devaluación salarial y de desempleo masivo. La situación se agrava si como incentivos a la contratación se drenan recursos a la Seguridad Social mediante exenciones o reducciones de las cotizaciones para los empresarios, como se ha hecho. Ciertamente la Ley 27/2011 tuvo algunos aspectos de mejora de prestaciones para algunos colectivos, como becarios, pero era implacable la acentuación de la contributividad que da un paso más hacia la lógica del seguro.

Esta ley prevenía que en 2027 se estudiaría la introducción de un Factor de Sostenibilidad entendido como un corrector automático de las prestaciones en función de la evolución de las finanzas del Sistema. Sin embargo, sin esperar a ese momento, la Ley 23/2013 ha regulado ya ese factor, que entrará en vigor en 2019, si no hay antes cambios legislativos en sentido contrario y, no solo eso, sino que ha introducido un Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social. Esta ley vino precedida por la LO 2/2012, de estabilidad presupuestaria, que impone la exigencia del equilibrio o superávit presupuestario a la administración de la Seguridad Social, según lo mandado por el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza, e impone la limitación del gasto en función del crecimiento del PIB. El Factor de sostenibilidad se define en la ley 23/2013 (art. 1) como “un instrumento que con carácter automático permite vincular el importe de las pensiones de jubilación a 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”. La regulación concreta es una exacerbación de la contributividad entendida ya claramente en la lógica del seguro privado. En sustancia, se trata de penalizar a quienes más vivan con el argumento ¡de la equidad!, pues se establece que a un esfuerzo contributivo similar debe corresponder una pensión igual, pero repartida

durante los más años de vida, luego la pensión se reducirá. Es muy coherente con la lógica mercantil, pero no con la de “protección social” que atiende las situaciones de necesidad mientras existan (Desdentado Bonete, A. 2013: 229). Es, además, claramente regresivo (Suárez Corujo, 2014: 288). Por otro lado esta última ley ha introducido un Índice de Revalorización que abandona el de precios al consumo. Este índice tiene en cuenta diversos elementos que atienden básicamente a los ingresos y gastos del Sistema según una fórmula matemática que contiene un factor alfa para cuya determinación hay un amplio margen de discrecionalidad de la administración. La revalorización será mínima (0,25%) en muchos casos, y no podrá ser superior al 0,25 % del IPC. Se reconoce que con estas dos intervenciones habrá una reducción de las pensiones que arrojará a la pobreza a muchos pensionistas.

Estas medidas no han supuesto formalmente acabar con el mecanismo financiero de reparto, ni imponen un esquema basado en los tres pilares preconizados por la Comisión Europea, pero traen un deterioro de las pensiones del Sistema de la Seguridad Social que va regresando al antiguo seguro social influido por la lógica del seguro mercantil y a un asistencialismo de miserabilidad, al tiempo que favorece el desarrollo de los sistemas de ahorro mediante planes y fondos de pensiones privados que permiten huir de la solidaridad a las clases acomodadas. Todo ello es contrario a lo mandado por el constituyente.

5.-Bibliografía

- Alarcón Caracuel, M.R. (1998). La reforma del sistema de pensiones en España, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 12, 1998.
- Alarcón Caracuel, M.R. (2002). Financiación de la Seguridad Social, *Revista de Derecho Social*, nº 17.
- Alonso Olea, M. (1965). La política de la Seguridad Social, *Boletín de Estudios Económicos*, nº 64, Deusto.
- Alonso Olea, M. y Tortuero J.L., (2000). *Instituciones de Seguridad Social*, (17ª ed), Madrid, Civitas.
- Aparicio Tovar, J. (1989). *La Seguridad Social y la Protección de la Salud*, Madrid, Civitas.
- Beveridge, W. (1944). *Full Employment in a Free Society*, Londres: George Allenand & Unwin Ltd. Traducción española de P. López (1989), Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Beveridge, W. (1942). Londres, *Social Insurance and Allied Services*, HMSO.

- Capella, J.R. (2003). Una soberanía apacentada. En J.R. Capella (coord.) *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta.
- Desdentado Bonete, A. (1996). La nostalgia del Sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del “Código de la Protección Social”, *Relaciones Laborales*.
- Desdentado Bonete, A. (2013). Reflexiones sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones, *Revista de Derecho Social*, nº 64.
- Desdentado Bonete, A. (2014). Seguridad Social, ¿por quién doblan las campanas? A propósito del libro de Borja Suárez Corujo *El Sistema Público de Pensiones: Crisis, Reforma y Sostenibilidad*, Valladolid, Lex Nova.
- González Ortega, S. (1998). La reforma de las pensiones, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 12.
- Häerbele, P. (1989). *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, Trotta, Madrid.
- Hauriou, M. (1923). La teoría de la institución y de la fundación (ensayo de vitalismo social)”, en vol. *M. Hauriou. Obras escogidas*, IEA, Madrid, 1976, (trad. del original publicado en *Cahiers de la nouvelle journée*, Paris, por J. Santamaría y S. Muñoz).
- Larenz, K. (1985). *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Civitas.
- López Gandía, J. (2001). El acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social, *Revista de Derecho Social*, nº 8.
- López Gandía, J. y Ochando Claramunt, C. (1998). Crisis económica y Estado de Bienestar. Últimas reformas del Sistema Público de Pensiones, *Revista de Derecho Social*, nº 1.
- Monereo, J.L. y Fernandez, J.A. (2014). *La sostenibilidad de las pensiones públicas*, Madrid, Tecnos.
- Suárez Corujo, B. (2014). *Sistema Público de pensiones: Crisis, reforma y sostenibilidad*, Valladolid, Lex Nova.