

Crisis y Seguridad Social¹

Aránzazu Vicente Palacio
Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Jaime I-Castellón

RESUMEN: El presente trabajo realiza un bosquejo de las últimas reformas operadas sobre la acción protectora del sistema de Seguridad Social en aras a concluir si se han operado cambios de tal intensidad que permitan concluir que nos hallamos ante una crisis de la Seguridad Social, entendiendo este concepto desde la perspectiva de su capacidad o no para el desarrollo de la función que tiene atribuida. El trabajo toma en consideración las reformas legislativas operadas sobre el sistema en conjunción con los cambios que se están operando en la forma de prestación de servicios en la nueva sociedad postcapitalista.

ABSTRACT: This paper provides a sketch of the latest reforms introduced on the protective action of the Social Security System in order to conclude whether they have operated changes of such intensity to conclude about a Social Security crisis, understanding this concept from the perspective of its capacity to develop its historical task. The work takes into account the legislative reforms in conjunction with the changes that are taking place in the form of provision of services in the new post-capitalist society .

PALABRAS CLAVE: Crisis, Seguridad Social; pensiones; jubilación; revalorización de pensiones; factor de sostenibilidad; desempleo; acción protectora del sistema de seguridad social; aportación definida; reformas; integración de lagunas; complementos por mínimos; trabajo precario; solidaridad intergeneracional; equidad intergeneracional;

KEY WORDS: Crisis; Social Security; pension; retirement; pension revaluation; sustainability factor; unemployment; defined contribution; reforms; integration of gaps; minimum supplements; precarious work; intergenerational solidarity; intergenerational equity;

1. INTRODUCCIÓN

Los vocablos crisis y seguridad social aparecen reiteradamente unidos, en un largo matrimonio contraído prácticamente desde el nacimiento de los primeros mecanismos de previsión social: no hay que olvidar que la Ley de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de 1900 tuvo que recurrir en 1932 al aseguramiento obligatorio de la responsabilidad empresarial que vino a consagrar en aras a asegurar la

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Repensar la Seguridad Social ante la crisis del empleo” financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Convocatoria Proyectos de I+D, del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de excelencia, Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento (2013-16) [IP. Ballester Pastor/Vicente Palacio].

efectividad (económica) de la protección. La progresiva extensión (subjettiva y objetiva) de la acción protectora a través de mecanismos de seguridad social hasta llegar al sistema puesto en marcha el 1-1-1967 se llevó a cabo con grandes dificultades y bajo la advertencia constante de las insuficiencias financieras de unos seguros sociales claramente deficitarios. Y a estas mismas dificultades financieras se ha tenido que enfrentar el sistema de Seguridad Social puesto en marcha con la Ley de Seguridad Social de 1966 que, no obstante su importante y progresiva extensión subjettiva y objetiva, ha venido invocando constantemente dificultades económico-financieras en buena parte de la normativa de reforma que viene sucediéndose desde sus inicios. Existe así una permanencia en esta asociación –crisis/seguridad social- pese a los evidentes cambios que se han producido en la sociedad española (acuciada por graves problemas demográficos y de desempleo), en la forma de organización del trabajo (desaparecido el paradigma de una “carrera regular de seguro”) y en el propio sistema de seguridad social (que ha sido objeto de numerosas reformas de sentido muy diverso), por señalar sólo algunos aspectos.

Esta permanente y antigua asociación explica el muy limitado impacto que la reciente crisis financiera ha tenido sobre el conjunto de reformas que ha sufrido nuestro sistema de Seguridad Social, cuyo origen se sitúa en el Pacto de Toledo de 1995 y pactos parlamentarios y sociales anteriores a dicha crisis económica en el contexto de otras crisis de empleo anteriores. En general, por tanto, las reformas de nuestro sistema, aún algunas coincidentes cronológicamente con la misma, no han sido la respuesta precipitada del legislador a las actuales dificultades económicas coyunturales sino una acción programada y dotada de un alto nivel de consenso parlamentario, y también social, a unos problemas estructurales, fundamentalmente demográficos derivados del incremento de la esperanza de vida y las bajas tasas de natalidad con el consiguiente futuro aumento de la tasa de dependencia, que se han visto agravados por circunstancias coyunturales: la masiva destrucción de empleo y el incremento de los costes en prestaciones por desempleo, unido a la reducción en la recaudación derivada de esos altos niveles de desempleo. La ejecución de esa reforma programada viene llevándose a cabo desde hace años con un alto nivel de consenso –con alguna excepción que no ha excluido puntuales contestaciones sociales e incluso parlamentarias². Sólo la protección

² Entre estas excepciones hay que mencionar el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, contra el que hay presentado un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional

por desempleo escapa parcialmente a esta categorización pues, por un lado, ni esta prestación está comprendida en el ámbito del Pacto de Toledo y posteriores acuerdos parlamentarios ni sociales, restringidos a las pensiones, ni puede concluirse que algunas de las más recientes reformas³ –puntuales pero de singular importancia en el ámbito asistencial- no constituyan una respuesta a las consecuencias derivadas de la crisis financiera en la búsqueda de una reducción de su coste económico, lo que no obsta a su mantenimiento futuro pues son reformas con clara vocación de permanencia.

Pero ambos vocablos permiten también otras combinaciones diferentes de esta limitada a la viabilidad económica de la Seguridad Social, que pongan el centro de atención en la función que la seguridad social tiene atribuida. En tanto la seguridad social tiene históricamente atribuida la función de otorgar protección mediante prestaciones económicas frente a situaciones de necesidad de los sujetos comprendidos en su campo de aplicación, cabrá hablar de crisis de ésta en dos sentidos diferentes: cuando nos encontramos ante una mutación importante en el desarrollo del sistema que afecte, precisamente, a la función que tiene atribuida; y cuando se halle en duda la propia continuación del sistema de seguridad social como medio de protección social.

No parece que nadie ponga en duda abiertamente la continuidad del sistema de seguridad social como mecanismo de protección frente a los riesgos sociales y, de hecho, todas las corrientes políticas se erigen en defensoras del sistema público de seguridad social. Con todas sus dificultades, y las propias singularidades de cada uno de los sistemas nacionales de seguridad social, estos constituyen seña de identidad del modelo social europeo y desde luego, constituyen parte esencial del Estado Social que consagra nuestro Texto Constitucional (art. 1 CE) y los Tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, que forman parte del ordenamiento español y

promovido por el Grupo parlamentario socialista (recurso de inconstitucionalidad núm. 3688-2013) y el RDL 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social, contra cuyo art. 2.1 por el que se deja sin efecto para el ejercicio 2012 la actualización de las pensiones del sistema de seguridad social y clases pasivas, contra el que también se presentó recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 146 diputados de los grupos parlamentarios Socialista, Izquierdo Unida, Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida y Alternativa, Chunta Aragonesista, La Izquierda Plural, Partido Nacionalista Vasco, Convergencia i Unió y Unión Progreso y Democracia que ha sido resuelto, desestimándolo, por STC 49/2015, de 5 de marzo de 2015, aunque con voto particular de cuatro de sus magistrados (BOE de 9-4-2015). En otro sentido, también merece significarse la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social que pese a que aparece en el Acuerdo Social y Económico de 6 de febrero de 2011 y como tal se recoge luego en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, su aprobación generó contestación sindical.

³ En todo caso, no hay que olvidar que el gran giro en materia de protección por desempleo hay que situarlo con la Ley 45/2002, de 12 de diciembre.

que deben operar como criterio hermenéutico en la interpretación de los derechos fundamentales (art. 10 CE). El legislador, por tanto, no tiene patente de corso para reformar sin ninguna cortapisa el sistema público de pensiones olvidando el marco constitucional formado, desde luego, por el fundamental art. 41 CE, pero también por el art. 1 CE y todos aquellos otros preceptos que consagran otras garantías del Estado Social, como el principio de igualdad y no discriminación (art. 14), la protección de la tercera edad (art. 50) y la interdicción de la arbitrariedad, la seguridad jurídica y la prohibición de la retroactividad de las normas (art. 9), a lo que hay que añadir la obligación de los poderes públicos “*de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud*” (art. 9.2 CE).

El debate se desplaza entonces a la identificación de las mutaciones que se están operando sobre el sistema en aras a identificar si las mismas alcanzan la importancia suficiente para poder catalogarlas de “críticas” o si, por el contrario, nos hallamos ante modificaciones “no sustanciales” que, aún alterando la fisonomía del sistema, no alcanzan suficiente relevancia. La valoración de la entidad de estas reformas sólo puede realizarse, en mi opinión, desde el análisis de su incidencia en la función que la seguridad social tiene atribuida y que no es otra que otorgar prestaciones económicas ante situaciones de necesidad, prestaciones económicas que deben ser, por mandato constitucional, suficientes (art. 41 CE).

Desgraciadamente, el texto constitucional no ofrece muchos más asideros⁴: su laxa redacción, su ubicación sistemática en el Capítulo III del Título I, con las consecuencias que se derivan desde el punto de vista de sus garantías (art. 53 CE), y la doctrina del Tribunal Constitucional consagrando que se trata de un modelo de configuración legal⁵, impide posiblemente que pueda configurarse una obligación de mantenimiento de aquellos niveles de protección –subjetivos y objetivos- alcanzados en un determinado momento o etapa histórica. Posiblemente, lo único que sí quepa inferir del art. 41 CE es la propia subsistencia del sistema de seguridad social, lo que excluiría evidentemente su eliminación pero también cualquier otra actuación que pudiera afectar a la suficiencia

⁴ Sobre el particular, vid. en extenso LOPEZ GANDÍA, J., “La dimensión constitucional de la reforma de las pensiones”, *Relaciones Laborales* nº 5, 2014.

⁵ Vid. entre muchas, STC 65/1987, de 21 de mayo; STC 124/1987, de 15 de julio; STC 134/1987, de 21 de julio; STC 97/1990, de 24 de mayo; STC 184/1990, de 15 de noviembre; STC 116/1991, de 23 de mayo; STC 361/1993, de 3 de diciembre; STC 37/1994, de 10 de febrero; STC 213/2005, de 21 de julio; STC 128/2009, de 1 de junio; STC 205/2011, de 15 de diciembre; STC 49/2015, de 5 de marzo;

del sistema. El legislador sí podría, sin embargo, llevar a cabo modificaciones de mayor o menor intensidad, que podrían afectar a simples parámetros o, con mayor intensidad, alcanzar a la propia configuración del sistema, alcanzando incluso a la técnica instrumentada o sobre todo, y quizá es aquí donde se halla en definitiva el quid de la cuestión, de las relaciones entre los dos niveles de protección social que recoge la Constitución: el primer nivel –público, obligatorio y suficiente- y el nivel complementario, libre. Porque en definitiva, toda reforma menguante del pilar público de pensiones implica una eventual ganancia de cuota de mercado para la protección social complementaria y así lo ha entendido tradicionalmente el propio mercado y, desde luego, también el legislador, que en una labor similar a la que se encomendara al Instituto Nacional de Previsión en sus orígenes, está actuando como difundidor de la “previsión” en este caso, complementaria o privada⁶.

Y es que la protección frente a las situaciones de necesidad puede realizarse a través de diferentes técnicas de las que, a su vez, se derivan consecuencias importantes; por señalar algunas, la delimitación de su campo de aplicación, la determinación de su forma de financiación y también la fijación del sistema de responsabilidad. Como es sabido, nuestro sistema, siguiendo el modelo de seguros sociales de Bismarck (1884), se articuló a través de la técnica del seguro, sistema que permanece en la actualidad si bien matizada a través de distintos mecanismos de muy diferente tipo y alcance. El mantenimiento de esta técnica no resulta en sí imprescindible, siempre que esta función se articule a través de otras técnicas o sistemas que permitan la protección pública de los riesgos sociales. Las mutaciones podrían alcanzar así también a la propia técnica, comprendiendo cualquiera de las consecuencias señaladas que tradicionalmente se han asociado o se han derivado de su utilización. No es este, sin embargo, en principio, el camino que están siguiendo las distintas reformas. El reforzamiento de los principios de contributividad y proporcionalidad entronca o, interesadamente (por quienes propugnan el desarrollo del nivel complementario privado) se quiere hacer derivar de la utilización

⁶ Los ejemplos son múltiples, siendo especialmente reseñable la D.A.19ª Ley 27/2011, de 1 de agosto por la que se encomienda al Gobierno la realización de un estudio sobre el desarrollo de la previsión social complementaria “y sobre las medidas que podrían adoptarse para promover su desarrollo en España”. Con posterioridad, la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de sostenibilidad y del Índice de Revalorización de pensiones de la Seguridad Social señala muy significativamente en relación a la demora hasta el año 2019 para la entrada en vigor del factor de sostenibilidad: “El primer año para su aplicación será el ejercicio 2019, permitiendo un período suficientemente amplio como para que hasta entonces los potenciales pensionistas de jubilación puedan ser informados de las consecuencias de la puesta en práctica del factor y tomar medidas, en caso de considerarlo necesario”.

de esa técnica de seguro con olvido o suavización de los mecanismos “publicadores” del sistema de Seguridad Social.

El amplio margen para la configuración de los sistemas de seguridad social ha alcanzado también a las instancias internacionales que tradicionalmente han desarrollado funciones armonizadoras. La 101ª Conferencia Internacional del Trabajo (mayo-junio 2012) aprobó la *Recomendación 202 relativa a los pisos (niveles) nacionales de protección social*, que perfectamente puede interpretarse como fruto del fracaso del Convenio nº 102 (1952), norma mínima en materia de seguridad social que, a fecha de hoy, y no obstante el largo tiempo transcurrido, todavía no ha sido ratificado por la gran mayoría de miembros de la OIT⁷. Aunque lógicamente no son estos los términos en los que se pronuncia el citado instrumento internacional no parece errónea esta interpretación de una Recomendación cuya finalidad es definir unos niveles de protección social que se limitan a integrar unas garantías vitales básicas⁸, muy alejadas de los ramos de seguridad social que el Convenio nº 102 consagra y del que se viene infiriendo una definición uniforme del concepto de seguridad social como estándar deseable de protección.

Por su parte, la Unión Europea, ya sea por la inclusión de la seguridad social dentro del Método Abierto de Coordinación (MAC) (art. 160 Tratado) ya sea por la actuación silenciosa de “manos invisibles” o visibles (Banco Europeo; FMI, entre otras), lo cierto es que ha desarrollado una importante actuación y pese a las notables diferencias existentes entre los distintos Regímenes europeos de seguridad social, lo cierto es que buena parte de las reformas siguen orientaciones comunitarias y por ello, presentan cierto grado de semejanza en los distintos Estados miembros⁹.

⁷ A fecha de 4-5-2015, dicho Convenio ha sido ratificado por 50 Estados miembros y todavía no ha sido ratificado por los restantes 135 Estados miembros. España lo ratificó en 1988 aceptando las partes II (asistencia médica), III (prestaciones económicas de enfermedad), IV (prestaciones de desempleo) y VI (accidentes de trabajo y enfermedad profesional).

⁸ A) Atención a un conjunto de bienes y servicios en relación a la salud esencial; B) Seguridad básica del ingreso para los niños que asegure el acceso a la alimentación, educación, cuidados y otros bienes o derechos necesarios; C) Seguridad básica del ingreso para las personas en edad activa que no puedan obtener ingresos suficientes en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez; D) Seguridad básica del ingreso para las personas de edad.

⁹ Vid. GARCÍA DE CORTAZAR, C., “Jubilación. Soluciones nacionales a un problema europeo” en Asociación Española de Salud y Seguridad Social, *La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011*, Laborum, Murcia, 2011.

Por lo demás, y no por ya dicho procede obviarlo¹⁰, no cabe olvidar que los sistemas de seguridad social, incluyendo el español, se articularon en el marco de la primera modernidad, en el contexto de una realidad social y sobre todo, de organización del trabajo muy diferente de la actual, lo que tiene importantes consecuencias en los sistemas contributivo-profesionales en los que el empleo constituye elemento fundamental para el acceso a la protección. Desde esta perspectiva, cabe plantearse si el sistema de seguridad social está preparado para cumplir su función protectora ante estas nuevas formas de organización del trabajo. Ya no se trata de examinar si la protección que dispensa el sistema de seguridad social ha visto reducida su intensidad en relación con unos sujetos que han venido desarrollando su actividad profesional de forma continua y con jornadas ordinarias, sino si podrá cumplir esa misma función con sujetos expuestos a actividades profesionales interrumpidas o discontinuas (trabajadores temporales, trabajadores a tiempo tiempo parcial, desempleados,...).

A continuación se va a hacer un repaso general del sistema de Seguridad Social en aras a concluir si las distintas reformas han operado cambios de tal intensidad que permitan concluir que nos hallamos ante la crisis de la Seguridad Social hasta el punto de imposibilitarle el cumplimiento de su función. El análisis se va a limitar al aspecto objetivo en tanto desde el punto de vista subjetivo, el campo de aplicación del sistema no ha sufrido cambios importantes que permitan cuestionar su función protectora. Antes al contrario, subjetivamente el sistema de Seguridad Social ha ido ampliando su campo de aplicación comprendiendo sujetos anteriormente excluidos -incluso a veces de manera muy cuestionable y con una mera finalidad recaudatoria (prácticas extracurriculares en empresas)-. En todo caso, desde la perspectiva subjetiva, el sistema de seguridad social ha sufrido una importante ampliación de su círculo de protección comprendiendo cada vez mas sujetos antes excluidos, en una tendencia claramente expansiva que, sin duda, debe valorarse positivamente como materialización del principio de igualdad en el ámbito de la protección de las necesidades sociales, acabando, por un lado, con situaciones injustas de exclusión y, por otro lado, con sistemas privilegiados de protección social, actuantes fuera del ámbito de la solidaridad -nacional (nivel no contributivo) y profesional (contributivo)- que inspira el sistema de seguridad social sin olvidar la importante simplificación de la estructura del sistema de

¹⁰ Sobre el particular, vid. extensamente, VICENTE PALACIO, A., “El sistema de Seguridad Social en el contexto de la nueva sociedad del riesgo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, nº 363, junio 2013.

Seguridad Social eliminando Regímenes Especiales en aras a una homogenización y uniformización de la acción protectora del sistema eliminando así regímenes asistencializados con escasos niveles de protección¹¹.

2. LAS SITUACIONES DE NECESIDAD (O RIESGOS) PROTEGIDAS.

Indudablemente, en cualquier momento que tomemos como referencia para el análisis en el largo periodo transcurrido desde la LSS-1966 hasta el momento actual, las situaciones de necesidad protegidas han sido objeto de ampliación. A las prestaciones clásicas de asistencia sanitaria, maternidad, incapacidad temporal, invalidez permanente, jubilación, muerte y supervivencia –tanto derivadas de riesgos comunes como profesionales- y desempleo, se les han añadido prestaciones económicas por paternidad, riesgos durante el embarazo y la lactancia y la prestación económica para el cuidado de menores enfermos de cáncer u otra enfermedad grave. Aún con un alcance muy limitado en su aplicación y con un coste no muy abultado en comparación con las prestaciones clásicas, especialmente las pensiones, constituye un avance en la extensión de la acción protectora del sistema. Además, algunas de las prestaciones clásicas han mutado para comprender nuevas realidades sociales, como ocurrió prontamente con la maternidad, que pasó a comprender junto a la biológica la adoptiva o, más recientemente (Ley 40/2007) la extensión de la protección de viudedad a las parejas de hecho, tradicionalmente excluidas de la misma. También fruto de la evolución social cabe calificar el reconocimiento de derechos en materia de viudedad a los ex cónyuges así como la elevación de la edad del hijo para ser beneficiario de la pensión de orfandad, tanto en el supuesto general (elevada a los 21 años) como en el supuesto extraordinario de que el huérfano no realice actividad profesional o, en su caso, cuando realizándola, no obtenga rentas superiores al 100% del salario mínimo interprofesional (elevada a 25 años).

Con todo, y aún pudiendo concluirse en una valoración globalmente positiva en lo que a las situaciones de necesidad o riesgos cubiertos se refiere, no puede dejar de ponerse de manifiesto una tímida tendencia en sentido contrario en algunas de estas prestaciones, tendencia que, en lo que se refiere a la protección de desempleo presenta singularidades específicas.

¹¹ Sobre el particular, vid. mas in extenso, VICENTE PALACIO, A., “La simplificación de la estructura del sistema de seguridad social. El final diferido de un extenuante maratón todavía inacabado”, *Revista Actuarios de Seguridad Social*, nº IV, 2012.

Efectivamente, la protección por viudedad ha sido objeto de algunas reformas restrictivas en el contexto de la ampliación señalada. Esta restricción se aprecia, tanto en la exigencia de dependencia económica del superviviente respecto del causante en el caso de parejas de hecho, requisito no exigido a quienes se encuentran unidos por vínculo matrimonial, como en el endurecimiento de los requisitos de acceso a la pensión de viudedad en el supuesto específico de fallecimiento del causante por enfermedad común no sobrevenida al vínculo conyugal, supuesto en el que se exige ahora que el matrimonio haya tenido una duración mínima de un año o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. Como es sabido, el incumplimiento del requisito se traduce en una importante disminución de la protección, que se ve minorada desde la clásica pensión vitalicia a una prestación temporal de dos años de duración. También de carácter restrictivo, y de mayor impacto subjetivo, es el requisito de que el ex cónyuge sea beneficiario de una pensión compensatoria y que esta quede extinguida con el fallecimiento del causante. En ambos casos, aún tratándose de reformas puntuales -matizada la última por normas transitorias (D.T.18ª LGSS) ante la contestación social- vienen a apuntar el camino por el que previsiblemente va a transitar el legislador cuando finalmente emprenda la reforma de la protección por viudedad tan largamente pospuesta¹², que no es otro que restringir la protección por esta contingencia a la existencia de una efectiva situación de necesidad derivada del fallecimiento del causante. Estas modificaciones se enmarcan en una “redefinición” del riesgo protegido buscando su adecuación a la realidad social pero, a diferencia de la protección por desempleo, esa redefinición no busca la protección de un riesgo distinto al originario ya

¹² La D.A.54ª Ley 30/2005, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006 ya se refería a la elaboración por el Gobierno de un Proyecto de Ley reformulando la pensión de viudedad, a fin de que “recuperara su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante”, recogiendo también su futura extensión a las parejas de hecho, proyecto de ley que se elaboraría tras el pertinente diálogo social. El Acuerdo para la Reforma de las Pensiones de 13 de julio de 2007 recogió medidas en este sentido: a) reformulación de la pensión de viudedad con tal finalidad señalando como criterios de ordenación su limitación a los supervivientes que dependieran económicamente del causante o tuvieran hijos comunes con derecho a pensión de orfandad; b) la reformulación integral para los nacidos con posterioridad a 1-1-1967; c) su extensión a las parejas de hecho. Como sabemos, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, extendió a las parejas de hecho la protección por viudedad pero no reformuló el régimen de la pensión de viudedad de las parejas matrimoniales, volviendo a mandar al Gobierno para elaborar un estudio que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad (D.A.25ª Ley 40/2007, de 4 de diciembre).

Sobre el particular vid. extensamente, AA.VV (Dir. VICENTE PALACIO, A.), *Marco jurídico para una nueva realidad social. Cómo reformular la pensión de viudedad de forma que mejor cumpla el carácter de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Puede descargarse en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/100619.pdf>

protegido en el marco de los antiguos seguros sociales, sino precisamente el mismo, la dependencia económica del superviviente respecto del causante, riesgo que perdió su esencialidad en la evolución de la protección.

De muy diferente alcance son las reformas operadas en materia de desempleo y es quizá en esta situación de necesidad o riesgo cubierto en el que se aprecia un mayor debilitamiento de la función que la prestación tiene reconocida y precisamente en una de las prestaciones que se antojan básicas en el contexto de unas nuevas formas de organización del trabajo y un mercado de trabajo fuertemente segmentado, con gran presencia de trabajadores temporales o, de manera más general, de trabajadores que acreditan carreras irregulares de cotización. Con abstracción ahora de las modificaciones operadas sobre la cuantía y duración temporal de la prestación contributiva, entre otras cuestiones, la protección por desempleo en su nivel contributivo ha evolucionado en una clara mutación del riesgo cubierto desde la clásica pérdida de empleo a la actual garantía de empleabilidad pero, además, en el marco restrictivo de una regulación basada en la técnica del seguro. Se ha relajado la consideración como riesgo asegurado de la pérdida de un empleo previo -constitutiva de situación legal de desempleo-, pero se ha progresado en una progresiva vinculación con las políticas activas de empleo, configurándolo como una ayuda o subvención (condicionada no obstante, en el nivel contributivo a la concurrencia de los requisitos contributivos de cotización previa) durante la búsqueda de un empleo: el compromiso de actividad constituye requisito fundamental de la protección [art. 231.1.h) e i) LGSS], se exige la inscripción del desempleado como demandante de empleo, lo que implica la plena disponibilidad del trabajador para aceptar una oferta de empleo [art. 27 LE] sin que pueda rechazar una oferta de empleo adecuada [art. 207.c) LGSS], concepto que es objeto de redefinición en una clara tendencia endurecedora, que afecta incluso a las posibilidades de movilidad del trabajador [art. 231.3 LGSS], y la falta de participación de los beneficiarios en acciones de mejora de la ocupabilidad resulta obligatoria a partir de los 30 primeros días [art. 231.1 LGSS], por señalar sólo algunos aspectos. Pero ninguna de esas reformas se ha planteado lo que, sin duda, a mi parecer es la cuestión fundamental, que no es otra que la absoluta incapacidad del actual sistema de protección por desempleo para hacer frente a la situación de quien carece de empleo (incluso siendo más restrictivo, quien pierde su empleo) en el contexto de un nuevo mercado de trabajo en el que parece ya incontestable que es preciso un amplio margen

de flexibilidad en la gestión de la mano de obra, margen de flexibilidad que sí existe en la actualidad, bien porque el legislador ha flexibilizado los distintos mecanismos de los que esta se deriva –tanto de entrada al mercado de trabajo como de salida- bien porque el propio mercado de trabajo ha encontrado sus propios cauces por la vía fáctica (empresas multiservicios). La regulación clásica, articulada sobre la técnica del seguro, aunque complementada por la protección asistencial configurada fuera de la misma pero claramente limitada subjetivamente a quienes proceden de ese primer nivel, se ha revelado como insuficiente para hacer frente a las nuevas formas de organización del trabajo. Porque ya no es que sea inoperante para hacer frente a nuevas formas de prestación de servicios o trabajo sino que todo el sistema productivo se está organizando de tal manera que ya cabe hablar de nuevas formas de organización del trabajo, dejando a las técnicas tradicionales en insuficientes. Es cierto que es esta una afirmación que no se limita exclusivamente a la protección por desempleo pero posiblemente sea en esta prestación en donde se aprecia con mayor urgencia la necesidad de arbitrar soluciones en tanto la pérdida de ese empleo condiciona, además, la propia obtención de protección frente al resto de riesgos sociales y singularmente, frente a la jubilación.

Podría pensarse que precisamente la conexión entre protección por desempleo y políticas activas de empleo iniciada en las reformas del principios de este siglo y profundizadas en las que todavía nos acompañan abunda en esta idea de cambio de paradigma. Sin embargo, nada más erróneo: las diferentes medidas que han conectado – para condicionarla- la protección por desempleo con las políticas de empleo y, concretamente, con la disponibilidad del desempleado para, a través de su formación, lograr una mejora de su empleabilidad y el reforzamiento del compromiso de actividad, se han llevado a cabo desde una utilización cicatera de esa vinculación, como mecanismos de control y/o, en su caso, sanción. No se han modificado aquellos aspectos de la protección por desempleo mas claramente “asegurativos” basados en los principios de contributividad y proporcionalidad e incluso cabría señalar que el abandono de estos principios se ha hecho en sentido regresivo, en tanto se han introducido límites asistencializadores, pero sin que ello haya ido acompañado ni de una ampliación de las situaciones protegidas, ni del ámbito subjetivo de protección, ni en definitiva, de una mejora de la protección frente a la situación de necesidad del desempleo ni, en lo que ahora interesa, la articulación de mecanismos eficaces que permitan que las situaciones de desempleo no repercutan negativamente en los futuros

derechos de seguridad social de quienes están soportando esta flexibilidad requerida por las nuevas formas de organización del trabajo. En definitiva, ni ha habido un planteamiento de reforma sistémica de la protección por desempleo –que a mi parecer debería orientarse hacia el abandono total de la técnica del seguro (complementando por las prestaciones asistenciales) en favor de la articulación de un sistema único, financiado también con cotizaciones sobre la base de la solidaridad profesional pero fuera del esquema del seguro como atributivo de derechos- ni tampoco, en el marco de una mas sencilla reforma paramétrica, se han reformado aquellos requisitos que en el sistema actual –nivel contributivo y asistencial- constituyen un freno para que pueda operar como mecanismo “de seguridad” como contrapartida de la flexibilidad.

También el nivel asistencial de prestaciones ha sido objeto de modificaciones sustanciales que afectan al papel protector que cabe atribuir a los subsidios por desempleo y, sin duda, el más afectado ha sido el denominado doctrinalmente “subsidio de prejubilación” o subsidio para mayores de 55 años. Cuatro modificaciones, basadas claramente en razones de tipo económico y financiero en el contexto de la crisis, pese a lo que digan las normas de reforma¹³, han limitado su ámbito de protección:

1) La elevación hasta los 55 años de la edad protegida, retornando así a los orígenes de la figura¹⁴ restringiendo así de forma inmediata el colectivo protegido (RDL 20/2012) y desde luego, reduciendo el coste de la prestación para el sistema.

2) La precisión referida al momento en qué el trabajador debe acreditar la edad exigida (RDL 20/2012), que debe ser en la fecha de agotamiento de la prestación o subsidio o tenerla cumplida en el momento de reunir los requisitos para acceder a alguno de los subsidios contemplados o cumplirla durante su percepción. Queda claro así que el cumplimiento de esa edad en momento posterior a los señalados no permite el acceso al subsidio para mayores de 55 años, reforzando la conexión de este subsidio con los supuestos anteriores de los que necesariamente debe derivarse.

¹³ RDL 20/2012: “(...) Asimismo, se racionaliza el régimen regulador del subsidio para mayores de 52 años con el objetivo de garantizar su sostenibilidad en el largo plazo y para incentivar el alargamiento de la vida activa”; RDL 5/2013: “(...) La finalidad de este precepto es homogeneizar la regulación del subsidio para mayores de 55 años en relación con el resto de prestaciones del sistema y reforzar las políticas activas de empleo destinadas a este colectivo”.

¹⁴ Este subsidio tiene su origen en la Ley 32/1984, de 2 de agosto y fue el RDL 3/1989, de 31 de marzo quien redujo la edad hasta los 52 si bien introdujo también como requisito antes no presente la necesidad de que el trabajador acreditara 6 años de cotización al desempleo a lo largo de toda su vida laboral.

3) La modificación operada (RDL 5/2013) en las rentas computables como requisito de acceso al subsidio que pasa a comprender, además de las rentas del desempleado, las de la unidad familiar (cónyuge y/o hijos menores de 26 años, o mayores incapacitados o menores acogidos) de tal forma que la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no pueden superar el 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Este requisito, además, debe acreditarse tanto en el momento del hecho causante y en el de la solicitud del subsidio, como durante la percepción de todas las modalidades del subsidio establecidas en el presente artículo, si bien cuando el requisito que impide acceder al subsidio es la carencia de rentas, se establece el plazo de un año, a contar desde la fecha del hecho causante¹⁵, de tal forma que si el trabajador pasa a cumplir el requisito puede obtener el subsidio que corresponda a partir del día siguiente al de su solicitud sin reducción de su duración.

4) La duración del subsidio que, por obra del RDL 20/2012, pasa a encontrar como fecha máxima de duración, no ya la edad ordinaria que se exija, en cada caso, para acceder a la pensión contributiva de jubilación sino hasta que el trabajador “alcance la edad que le permita acceder a la pensión contributiva de jubilación, en cualquiera de sus modalidades”, remisión obligada, por tanto, a las posibilidades de jubilación anticipada previstas legalmente que han sido, además, reconfiguradas para su generalización fuera del marco de la tradicional regulación transitoria de mantenimiento de este derecho a los mutualistas (D.T.3ª LGSS). Se configura así que aparecen así como jubilaciones, si no forzadas, sí forzadas, pues el trabajador debe elegir entre pasar a cobrar la pensión de jubilación, con aplicación de los coeficientes reductores de la cuantía que corresponda, o quedarse sin el subsidio (y consiguiente cotización por jubilación), a la espera del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, con la incidencia que esta eventual pérdida de cotización –salvo suscripción de convenio especial a cargo del trabajador o en su caso, suscripción del convenio en el marco de las previsiones obligatorias del art. 51.11 ET en el supuesto de despidos colectivos- conllevará en el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación. Se da así la paradoja de que el trabajador que acredita mayores cotizaciones a la seguridad social [33 años ex art. 161 bis A) LGSS, jubilación por causa no imputable] –de las que deriva el reconocimiento del derecho a

¹⁵ Art. 215.3 LGSS: “A estos efectos se considerará como fecha del hecho causante aquella en que se cumpla el plazo de espera de un mes, o se produzca la situación legal de desempleo; o la de agotamiento del derecho semestral ; o la de finalización de la causa de suspensión”.

jubilarse anticipadamente- puede verse compelido a jubilarse con una anticipación de hasta 4 años respecto de la edad ordinaria prevista, lo que en términos económicos puede suponer una reducción de la cuantía de su pensión de jubilación de, por lo menos, en el mejor de los casos, de un 6% anual (1,5 % por trimestre) y en el peor, un 7,5% (1,975 % por trimestre), lo que implica, respectivamente, un 24% y un 30% en total. Sin embargo, aquel trabajador que no reúna los requisitos para acceder a la jubilación anticipada podrá mantener la percepción del subsidio (y consiguiente cotización) hasta que alcance la edad ordinaria de jubilación, sin que su pensión sufra la disminución derivada de la aplicación del citado coeficiente reductor por anticipación de la jubilación, aunque sí sufrirá la derivada del cómputo en el periodo de carencia de un mayor periodo de cotización por la exigua base de cotización prevista durante la percepción del subsidio de prejubilación (125% SMI).

Aunque resulta difícil valorar a corto plazo el resultado de dichas reformas pues los datos estadísticos disponibles tienen un alcance muy limitado, el resultado de estas reformas es claro a la luz de los escasos datos disponibles. Si atendemos a las altas iniciales, el año 2013 ya muestra un descenso muy significativo respecto del año 2012 (52,86%), descenso que continúa el año 2014.

| Altas iniciales de beneficiarios subsidio mayores 55 años | | | | | | | | | |
|---|--------|--------|--------|---------|---------|---------|--------|--------|--------------|
| Año | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 (enero) |
| Número | 53.168 | 64.687 | 98.190 | 116.454 | 124.230 | 119.538 | 63.233 | 61.052 | 5.152 |

3. REFORMAS QUE AFECTAN A LA CUANTÍA DE LAS PRESTACIONES: SOBRE LA SUFICIENCIA DE LAS PRESTACIONES.

El complejo entramado normativo y administrativo del sistema de seguridad social está teleológicamente dirigido al cumplimiento de la función que le es propia, que no es otra que reparar, a través de prestaciones económicas, las situaciones de necesidad de los sujetos protegidos, legalmente definidas conforme al alcance de la acción protectora del sistema (arts. 38 y 86 LGSS). Estas prestaciones económicas deben ser, por mandato constitucional, suficientes y si bien la suficiencia es un término relativo y muy condicionado por las disponibilidades financieras de cada sistema, es indudable que, cuanto menos, debería permitir al beneficiario atender sus necesidades situadas estas en un umbral superior a las necesidades vitales o de subsistencia que, en su caso, deben ser

atendidas a partir de otras vías de carácter asistencial¹⁶. El debate sobre la tasa de sustitución que debe reconocérsele a las prestaciones de seguridad social es un debate antiguo, coetáneo incluso a la gestación de los sistemas de previsión social, en el que no faltan como ya se ha señalado voces interesadas en la búsqueda de espacio para el negocio de la previsión social complementaria, a la que se refiere también el texto constitucional.

En todo caso, todas las reformas emprendidas invocan como principios inspiradores los de contributividad y proporcionalidad, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo (1995)¹⁷ y posteriores Acuerdos sociales y parlamentarios¹⁸. Se pretende así supuestamente acercar lo cotizado a lo percibido en un resurgimiento claro de la técnica del seguro privado sobre la que se erigió nuestro sistema de seguridad social- y que explica también todavía la vigencia del régimen de responsabilidad en materia de prestaciones (art. 126 LGSS)- resucitada con cada reforma por mucho que la invocación a un principio claramente antagónico de este -el principio de solidaridad- intente matizar.

Son muchas las reformas que han incidido de forma importante en elementos o parámetros básicos que afectan a la determinación de la cuantía de las prestaciones y que pueden poner en riesgo la suficiencia de las prestaciones, singularmente de las pensiones, reformas que han incidido especialmente sobre los mecanismos de solidaridad que amortiguaban la aplicación estricta de los principios de contributividad y proporcionalidad.

Efectivamente y en primer lugar, el mecanismo de integración de lagunas en la determinación de la base reguladora de las prestaciones de incapacidad permanente y jubilación cumplía un papel fundamental para atenuar las consecuencias negativas derivadas de periodos sin cotización en el periodo computable para la determinación de

¹⁶ Sobre este particular, VIDA SORIA ya se refirió a la necesidad de interpretar el término constitucional en términos contributivos, desvinculados de las rentas de subsistencia asistenciales. Vid. VIDA SORIA, J., "La garantía de un régimen público de Seguridad Social", en *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006, pág. 907.

¹⁷ Resolución de 6 de abril de 1995 del Congreso de los Diputados (BOCG de 12-4-1995; serie E, núm. 134, de 6 de abril de 1995).

¹⁸ Recomendación núm. 10 Renovación del Pacto de Toledo (Resolución de 2-10-2003 del Congreso de los Diputados; BOGC VII Legislatura, Serie D, núm. 596, de 2 de octubre de 2003); Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social de 13 de julio de 2006; Acuerdo Social y Económico de 31-1-2011;

la base reguladora de dichas prestaciones. Con origen en la Ley 26/1985, de 31 de julio, norma responsable del incremento del periodo computable para la determinación de la base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común, permitía reducir el impacto que sobre el cálculo de la base reguladora tiene la existencia de periodos sin cotizaciones en el periodo computable asegurando, cuando menos, el cómputo de la base mínima de cotización para mayores de 18 años. Matizaba así el principio de proporcionalidad, buscando atenuar los negativos efectos derivados de ese incremento del periodo computable.

En la actualidad, tras las reformas sucesivamente operadas por la Ley 27/2011 de 1 de agosto y Ley 3/2012, de 6 de julio, se ha endurecido el mecanismo para la integración de las lagunas pues sólo las 48 primeras mensualidades se integran con el 100% de la base mínima de cotización para mayores de 18 años, integrándose el resto únicamente con el 50% de dicha base mínima. Se producirá así una evidente disminución de la cuantía de las pensiones de aquellos trabajadores mas vulnerables: quienes acreditan carreras de seguro irregulares o discontinuas, posibilidad que se ha vuelto mas probable con el incremento del periodo computable para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación operado con la Ley 27/2011, de 1 de agosto (art. 162.1 LGSS con la aplicación gradual recogida en la D.T.5ª LGSS).

La situación puede ser todavía mas grave para los trabajadores a tiempo parcial quienes tienen previsto un sistema de integración de lagunas singular (D.A.7ª, regla tercera, apartado b) LGSS] en virtud del cual la integración de lagunas se debe llevar a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, *“correspondiente al número de horas contratadas en último término”*. La norma se aparta así –aunque no es este el parecer del Tribunal Constitucional (STC 156/2014, de 25 de septiembre) quien la ha declarado ajustada al Texto Constitucional¹⁹ - de la

¹⁹ Resuelve cuestión de inconstitucionalidad presentada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo por vulneración de los arts. 9.3 (prohibición de la arbitrariedad) y 14 CE (principio de igualdad. El supuesto de hecho se plantea en relación al cálculo de la base reguladora de una pensión de incapacidad permanente de un trabajador acredita cotizados un total de 8.865 días de los cuales únicamente 37 días se corresponden con un período de trabajo a tiempo parcial (40 por 100 de la jornada); es decir, prestó a tiempo parcial un 0,42 por 100 del cómputo total de la prestación de servicios a lo largo de la vida laboral. El trabajador acredita lagunas de cotización en el periodo inmediatamente posterior a los servicios prestados a tiempo parcial por lo que el INSS integra las lagunas de cotización con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término, en aplicación de la regla tercera b) de la D.A.7ª LGSS, cálculo que fue declarado ajustado a derecho por la instancia. El TSJ Andalucía, en suplicación, estima la pretensión del beneficiario e integró dicho periodo con las bases de cotización de correspondientes al período de

aplicación del principio de proporcionalidad, pues no toma en cuenta la totalidad de la carrera de seguro desarrollada por el trabajador a lo largo de su completa vida profesional, sino la modalidad de jornada que desarrollaba en último término, el inmediatamente anterior al periodo sin obligación de cotizar. Se excluye así lo que parece un criterio más razonable con la igualdad y también con los principios de contributividad y proporcionalidad que vienen inspirando las últimas reformas: la ponderación proporcional de los periodos trabajados a tiempo completo y a tiempo parcial. La cuestión es especialmente grave desde la perspectiva de valoración de la efectividad de la función protectora que el sistema de seguridad social tiene atribuida. La precarización del empleo a través de, entre otras vías, la generalización del trabajo a tiempo parcial normalmente involuntario a la que venimos asistiendo y que previsiblemente se incrementará en el futuro y la falta de respuesta del ordenamiento jurídico pueden conducir a una efectiva insuficiencia económica de las prestaciones del sistema y a la crisis de su efectividad.

Esta misma insuficiencia puede derivar de la limitación del alcance protector de los complementos por mínimos operado por la Ley 27/2011, de 1 de agosto. Con la regulación actual, vigente desde 1-1-2013, sin previsión de periodos transitorios pero lógicamente aplicable sólo a las pensiones cuyo hecho causante se produzca con posterioridad a dicha fecha (D.A.54ª LGSS), los complementos por mínimos no pueden superar la cuantía establecida cada año para las prestaciones no contributivas de Seguridad social. Es fácil apreciar los efectos inmediatos de esta previsión sobre la suficiencia de las pensiones percibidas por los beneficiarios de pensiones más bajas, que posiblemente serán mas numerosas por los efectos del nuevo sistema de integración de lagunas y el incremento de los periodos computables para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de jubilación y la modificación de la tabla de porcentajes del art. 163.1 LGSS²⁰. Además, los complementos por mínimos también han quedado

referencia para mayores de 18 años a tiempo completo. El INSS interpone recurso de casación para unificación de doctrina y el Tribunal Supremo presenta la cuestión de inconstitucionalidad.

La sentencia cuenta con voto particular en contra que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos. La Fiscalía General del Estado solicita la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad.

²⁰ Los datos disponibles todavía no permiten valorar el impacto económico de esta previsión, al aplicarse exclusivamente a las devengadas con posterioridad a 1-1-2013. No obstante, sí se aprecia una cierta contención del importe global de los complementos por mínimos desde el año 2013. [Datos extraídos de la página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Secretaría de Estado de Seguridad Social (fecha de consulta: 12-6-2015)].

| Año | Importe complementos por mínimos |
|-----|----------------------------------|
|-----|----------------------------------|

excluidos del régimen de exportabilidad de prestaciones, estando condicionada su percepción a la residencia del pensionista en España. Se trata de una previsión que va a perjudicar fundamentalmente a los extranjeros –muy numerosos- que causen pensión en España a quienes el retorno a sus países de origen con voluntad de restablecerse puede privar de la garantía de los complementos por mínimos.

También la suficiencia de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común (art. 140.1 LGSS) puede quedar en entredicho a resultas de la modificación del sistema de cálculo de la base reguladora operado por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. La aplicación del porcentaje previsto en la escala recogida en el art. 163.1 LGSS para la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación incluso con la ficción de considerar cotizados los años que restan al beneficiario para cumplir la edad ordinaria de jubilación vigente en cada momento, determina una minoración inmediata de la cuantía de la pensión de incapacidad permanente que sólo alcanzará el 100% -base reguladora a la que luego se aplicará el porcentaje previsto en función del grado de incapacidad- cuando el beneficiario alcance el periodo máximo previsto en dicha escala que, como es sabido, se ha elevado también hasta los 37 años.

Las modificaciones operadas sobre la tasa de sustitución –y por tanto, sobre la suficiencia de las prestaciones- no alcanza sólo a las pensiones: también la prestación contributiva por desempleo ha visto reducido el porcentaje para la determinación de la cuantía de la prestación pasando del 60% al 50% a partir del día 181(Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio).

| | |
|-------------|------------------|
| 2006 | 4.817.638.284,35 |
| 2007 | 5.400.114.728,20 |
| 2008 | 5.907.480.086,33 |
| 2009 | 6.426.319.849,82 |
| 2010 | 7.008.046.999,91 |
| 2011 | 7.486.601.051,37 |
| 2012 | 7.472.659.403,16 |
| 2013 | 7.511.338.299,25 |
| 2014 | 7.416.929.056,02 |
| 2015 | -- |

Finalmente, para concluir este breve repaso sobre las distintas reformas que pueden incidir sobre la función protectora del sistema de seguridad social cobra singular relevancia la modificación operada sobre el sistema de revalorización de pensiones y la introducción del factor de sostenibilidad²¹ como nuevo parámetro determinante de la cuantía de la pensión de jubilación, operados por la Ley 27/2011, de 1 de agosto y la Ley 23/2013, de 23 de diciembre²².

Por lo que respecta a la revalorización de pensiones la creación de un índice de revalorización desvinculado del tradicional incremento de precios al consumo²³ y que

²¹ Sobre el particular, son numerosos los estudios realizados desde la perspectiva jurídica y económico-actuarial. Vid. entre muchos: BARCELÓ FERNÁNDEZ, J. “La revalorización de las pensiones de jubilación: una medida de suficiencia y protección contra la pobreza convertida en un instrumento para la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social”, en Asociación Española de Salud y Seguridad Social, en *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2014; CAIRÓS BARRETO, D.Mª, “Adecuación versus sostenibilidad” en Asociación Española de Salud y Seguridad Social, en *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2014; GARCÍA DE CORTAZAR, C., “El factor de sostenibilidad en Europa” en Asociación Española de Salud y Seguridad Social, en *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2014; HERNANDEZ GONZALEZ, D., “La sostenibilidad de la Seguridad Social y los sistemas de financiación”, en *La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011*, Laborum, Murcia, 2011; FERNANDEZ GONZALEZ, D., “El factor de sostenibilidad en España y el marco constitucional”, Asociación Española de Salud y Seguridad Social, en *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2014; MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNANDEZ BERNAT, J.A., “Estabilizadores automáticos en el sistema de Seguridad Social: el factor de sostenibilidad e índice de revalorización”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social* nº 1, 2014; RAMOS QUINTANA, M. “Factor de sostenibilidad e índice de revalorización del sistema de pensiones en España”, *Documentación Laboral* nº 103, 2015; RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, Mª E., “El factor de sostenibilidad de las pensiones de jubilación y la garantía de suficiencia económica de los ciudadanos durante la 3ª edad”, *Relaciones Laborales* nº 5, 2014; SUAREZ CORUJO, B., “Las increíbles pensiones menguantes: la metamorfosis del sistema público de pensiones a través del factor de sostenibilidad”, *Relaciones Laborales* nº 5, 2014; TORTUERO PLAZA, J.L., “Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social: régimen jurídico”, *Relaciones Laborales*, nº 5, 2014; TOSCANI GIMENEZ, D., “La revalorización de las pensiones en la Ley 23/2013, de 23 de diciembre y su constitucionalidad”, *Relaciones Laborales* nº2, 2014.

²² Las diferencias entre ambas regulaciones son palmarias pudiendo situarse quizá en la L.O. 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (dictada para el desarrollo del art. 135 CE el anclaje del cambio. Esta norma, después de ordenar la necesidad de que las Administraciones de la Seguridad Social mantengan una situación de equilibrio o superávit financiero (art. 11.5), dispone en su art. 18.3: “El Gobierno, en caso de proyectar un déficit en el largo plazo del sistema de pensiones, revisará el sistema aplicando de forma automática el factor de sostenibilidad en los términos y condiciones previstos en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social”. La diferencia sin duda mas evidente es el calendario para su implantación: la Ley 27/2011, de 1 de agosto establecía como año de referencia el 2027 mientras que la Ley 23/2013, de 23 de diciembre establece el año 2019. Si atendemos a los datos INE (vid. tabla adjunta), el año 2019 el número de personas de mas de 67 años será de 8.144.397 mientras que en 2027 ese número se ha elevado ya a 9.591.845. Desde el punto de vista generacional, el año 2027 es el año de inicio de las jubilaciones (a los 67 años) de la generación del *baby boom*.

²³ Hay que recordar que inicialmente, la LGSS sólo aseguraba la revalorización conforme al IPC de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente cuyas bases reguladoras se hubieran determinado conforme a lo previsto en los arts. 162. 1 y 140 LGSS. La revalorización del resto de pensiones se encomendaba al Gobierno indicándole como criterios a tomar en consideración: la elevación del nivel medio de los salarios, el Índice de Precios al Consumo y la evolución general de la economía, así como las posibilidades económicas del sistema de la Seguridad Social. La revalorización de todas las pensiones

toma en consideración unas variables vinculadas exclusivamente a la sostenibilidad financiera del sistema (ingresos y gastos del sistema de pensiones, el número de pensionistas y la evolución de la pensión media) y no a la suficiencia de las pensiones, supone la inmediata pérdida de poder adquisitivo para el pensionista, pérdida que, de forma acumulada puede llegar a ser muy elevada. La garantía mínima del 0,25% en ningún caso atenúa los graves efectos que puede tener la acumulación de revalorizaciones inferiores al IPC durante un periodo dilatado de tiempo como es esperable en el caso de los pensionistas de jubilación, dado el incremento de la esperanza de vida y, desde una perspectiva de género, puede ser especialmente grave en el caso de mujeres pensionistas de viudedad, dada la actual baja tasa de sustitución de esta pensión²⁴. La pérdida de poder adquisitivo de las pensiones está asegurado: la pérdida de ingresos de la Seguridad Social por la destrucción de empleo, el incremento del número de pensionistas, pasado el tiempo de acceso a la jubilación de las generaciones –mas reducidas- de la postguerra y el aluvión de pensionistas que se derivará de la llegada de la generación del *baby boom* y el encarecimiento de la pensión media por el efecto sustitución, determina que incluso en toda la complejidad de una fórmula matemática muy cuestionable desde la perspectiva de la seguridad jurídica y la transparencia, sea fácilmente apreciable el efecto a largo plazo del nuevo índice de revalorización de pensiones. La aplicabilidad general de esta previsión a todas las pensiones unido al hecho de su inmediata entrada en vigor (1-1-2014) hace de esta medida una de las estrellas de las reformas en aras a asegurar la sostenibilidad financiera del sistema²⁵.

en su modalidad contributiva conforme al IPC se lleva a cabo por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, a quien también se debe la consagración del derecho de los pensionistas a percibir mediante una paga única el año siguiente las eventuales diferencias que pudieran existir entre la inflación prevista y la real.

Hay que señalar que STC 49/2015, de 5 de marzo, declara la constitucionalidad del art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social, que dejó sin efecto, para el ejercicio 2012, la actualización de las pensiones para el caso de que el índice de precios al consumo (IPC) correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico en curso fuera superior al IPC previsto y en función del cual se calcula la revalorización de la pensión.

²⁴ El propio legislador es consciente de esta realidad y aunque ya previera en la Ley 27/2011, de 1 de agosto la progresiva elevación de la cuantía de la pensión de viudedad para los pensionistas mayores de 65 años que no perciban otra pensión pública (D.A.30ª LGSS), su aplicación se encuentra aplazada en virtud de lo dispuesto por las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

²⁵ El coste para el sistema de Seguridad Social de la revalorización de las pensiones es evidente. La siguiente tabla de elaboración propia con datos extraídos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Secretaría de Estado de Seguridad Social) pone de manifiesto además del coste, la contención del casto en los años en que las pensiones no han sido revalorizadas. Véase como pese al notable incremento del coste del importe global de las pensiones iniciales durante los años 2011-2014, el importe de las

Por su parte, el factor de sostenibilidad actúa directamente sobre la determinación de la cuantía inicial de la pensión de jubilación, con independencia de la edad en que se acceda a la misma o la modalidad²⁶, cambiando sustancialmente el tradicional sistema de determinación de la cuantía, basado en la aplicación de unos porcentajes vinculados al periodo de cotización acreditado sobre la correspondiente base reguladora, para pasar a tomar en consideración una variable ajena al trabajador-cotizante: la esperanza de vida en un determinado periodo temporal. Desde el punto de vista del modelo de seguridad social, supone la parcial transformación de un modelo de aportación y prestación definida a un mero modelo de aportación definida (y prestación indeterminada). La finalidad del factor de sostenibilidad, como claramente se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, es ajustar “*la pensión inicial de jubilación de manera que el importe total que perciba a lo largo de su vida un pensionista que acceda al sistema de pensiones dentro de un cierto número de años, y que previsiblemente tendrá mayor esperanza de vida, sea equivalente al que perciba el que se jubile en un momento anterior*” o lo que es lo mismo, que el pensionista con mayor esperanza de vida deberá vivir con una pensión equivalente en su cuantía global a la que percibió en momentos anteriores quien tenía menor esperanza de vida. En tanto las previsiones oficiales ponen de manifiesto un importante incremento de la esperanza

revalorizaciones se ha mantenido e incluso ha descendido, pese a haberse incrementado el número de pensiones iniciales.

| | Todas las pensiones | |
|------|-------------------------|------------------------|
| | Importe pensión inicial | Importe revalorización |
| 2006 | 44.148.423.312,08 | 24.491.300.421,99 |
| 2007 | 47.391.147.866,51 | 26.435.990.519,31 |
| 2008 | 51.001.651.411,48 | 27.265.055.358,95 |
| 2009 | 55.093.913.096,08 | 27.829.541.732,80 |
| 2010 | 59.352.686.260,05 | 28.677.566.435,12 |
| 2011 | 63.748.384.932,06 | 27.599.745.890,31 |
| 2012 | 68.040.592.298,03 | 27.300.870.951,00 |
| 2013 | 72.842.964.595,13 | 27.515.326.445,65 |
| 2014 | 77.398.861.747,31 | 26.538.015.175,33 |
| 2015 | -- | -- |

²⁶ Vid. sobre el particular, una crítica en TORTUERO PLAZA, J.L., “Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social: régimen jurídico”, *Relaciones Laborales*, nº 5, 2014. En sentido similar, RAMOS QUINTANA, M. “Factor de sostenibilidad e índice de revalorización del sistema de pensiones en España”, *Documentación Laboral* nº 103, 2015, pág. 53.

de vida –materializado en un incremento notable del porcentaje de población mayor de 65 años²⁷- es obvio que el cociente de una operación aritmética que mide la relación entre la esperanza de vida en un momento determinado y la que existirá cinco años más tarde siempre va a resultar inferior a 1 con lo que su efecto minorador sobre la cuantía de la pensión está asegurado y en este sentido, alguna doctrina ha cuantificado que su aplicación a partir del año 2019 supondrá una reducción del 5 por 100 por década, de manera que se llegará a una reducción del 20 por 100 en el año 2050²⁸. Es cierto que llegará un momento en el que la esperanza de vida se estancará o, en su caso, se ralentizará su crecimiento, pero no es de prever que llegue a tener un valor $= 0 > 1$, que es lo único que aseguraría el mantenimiento de la cuantía de la pensión de jubilación en los términos actuales (y hasta que se ponga en marcha su implantación a las pensiones de jubilación del sistema de Seguridad Social²⁹ causadas a partir de 1-1-2019): en este sentido, sólo la incidencia de las pandemias modernas (obesidad y tabaquismo) parecen ser capaces de invertir esta tendencia.

Es de señalar que el legislador no ha tomado en consideración ningún otro factor diferente a este meramente demográfico (y limitado exclusivamente a la esperanza de vida)³⁰ para atenuar la aplicación “automática” del factor de sostenibilidad, como pudiera ser el propio equilibrio financiero del sistema (determinado por la evolución del sistema de ingresos y gastos)³¹. El factor de sostenibilidad aparece así desvinculado de la realidad financiera del sistema de seguridad social y ligado exclusivamente a la esperanza de vida; el legislador infiere así directamente de la prolongación de la esperanza de vida un incremento de los gastos derivado de la prolongación en el pago

²⁷ Instituto Nacional de Estadística, nota de prensa de 28 octubre 2014, “Proyección de la población de España 2014-2064”. Según estos datos, el porcentaje de población mayor de 65 años, que se sitúa en el 18,2% en 2014 pasaría a ser el 24,9% en 2029 y del 38,7% en 2064.

²⁸ Vid. LOPEZ GANDIA, J., La dimensión constitucional de la reforma de las pensiones”, *Relaciones Laborales* nº 5, 2014.

²⁹ Por lo demás, las pensiones de Clases Pasivas están excluidas de la aplicación del factor de sostenibilidad; no así del índice de revalorización. Vid. sobre el particular, críticamente, TORTUERO PLAZA, J.L., “Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social: régimen jurídico”, *Relaciones Laborales*, nº 5, 2014.

³⁰ Como señala SUAREZ CORUJO, B., otros sistemas, como Alemania, utilizan también la “tasa de dependencia” como variable integrada en su factor de sostenibilidad. Esta tasa, que mide la población mayor de 65 años respecto de la población en edad de trabajar, resultaría más adecuada en tanto realmente mide el elemento básico en un sistema de reparto que paga las pensiones con las cuotas procedentes de los activos. Vid. “Las increíbles pensiones menguantes: la metamorfosis del sistema público de pensiones a través del factor de sostenibilidad”, *Relaciones Laborales* nº 5, 2014, pág. 4.

³¹ Una crítica sobre el particular, vid. SUAREZ CORUJO, B., “Las increíbles pensiones menguantes: la metamorfosis del sistema público de pensiones a través del factor de sostenibilidad”, *Relaciones Laborales* nº 5, 2014, pág. 4.

de pensiones pero es una premisa incierta: el endurecimiento de los requisitos de acceso a las prestaciones, la reducción de la intensidad protectora en los términos antes señalados, unido al deterioro de la calidad del empleo y por consiguiente, de la posibilidad de acceso a las prestaciones que dispensa el sistema puede acabar determinando una minoración del número de pensionistas, amén de una reducción de la cuantía de las pensiones (con abstracción de la virtualidad del factor de sostenibilidad) y por tanto, de los gastos sin olvidar un eventual incremento de los ingresos, variable sobre la que el legislador se abstiene de actuar reiteradamente.

Por lo demás, no puede dejar de señalarse el cambio de valores que implica la introducción de este factor de sostenibilidad. La Ley 23/2013 se refiere en su Preámbulo a la contribución del factor de sostenibilidad para el ajuste de la “equidad intergeneracional”. No define este último concepto, pero llama la atención la total ausencia de referencias en dicha Ley 23/2013 a la “solidaridad”, siendo como es el principio fundamental sobre el que se sustentan los sistemas de reparto. Dada la funcionalidad del factor de sostenibilidad -asegurar que las generaciones futuras, mas longevas, no perciban pensiones superiores a las que perciben los pensionistas de las generaciones anteriores, menos longevas-, es evidente que este nuevo principio de equidad dinamita el principio de solidaridad intergeneracional. Por lo demás, no puede dejar de calificarse de taimada la utilización por el legislador de este vocablo, de claras connotaciones o reminiscencias positivas (“justicia natural”), cuando en realidad está introduciendo una fractura entre generaciones en un “igualitarismo” técnico claramente cuestionable desde la perspectiva social. De hecho, en otros ámbitos de las ciencias sociales este concepto tiene un sentido claramente opuesto, haciendo referencia al derecho de las generaciones futuras a un nivel de vida no menor al de la generación presente. Difícilmente el factor de sostenibilidad puede cumplir este objetivo si de su aplicación lo que se deriva es todo lo contrario: la necesidad de vivir con una pensión de jubilación que, si bien en cuantía global puede ser igual a la que disfrutaron las generaciones anteriores, no va a permitir a las generaciones futuras disfrutar del mismo nivel de vida del que disfrutaron aquéllas.

4. A MODO DE EPÍLOGO. LOS CAMBIOS OPERADOS EN LAS FORMAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y SU INCIDENCIA EN EL ACCESO A LAS PRESTACIONES: UNAS BREVES CONSIDERACIONES.

Es de sobra conocido que la inclusión en el sistema de Seguridad Social (art. 7 LGSS) y por ende, en el ámbito de la acción protectora que este dispensa, depende en todas sus fases de la realización de una actividad profesional, que debe estar viva con carácter general en el momento del hecho causante (existencia de alta o situación asimilada al alta por mandato del art. 124.1 LGSS), a lo que se añade la exigencia de periodos previos de carencia para el acceso a las prestaciones derivadas de enfermedad común (art. 124.1 LGSS), periodos que pueden llegar a ser muy dilatados.

Este sistema de seguridad social responde a la lógica de una sociedad industrial de base fordista caracterizada, en lo que al trabajo por cuenta ajena se refiere, por relaciones laborales duraderas y a tiempo completo. Sin embargo, las graves crisis de empleo propias de la nueva sociedad postindustrial están poniendo de manifiesto su insuficiencia: el retraso en la obtención de empleo de los jóvenes y su acceso al mismo a través de formas cada vez mas precarias (contratos formativos; contratos temporales a veces de muy corta duración; o contratos a tiempo parcial) y la cada vez mayor discontinuidad en la prestación de servicios, provocada por la sucesión de contratos temporales, a tiempo parcial o la generalización de los despidos por unas causas económicas, técnicas u organizativas mas flexibles está revelando sus graves consecuencias en materia de seguridad social, tanto en los derechos actuales, especialmente en materia de protección por desempleo, muy limitada temporalmente como, en lo que sin duda es mas grave, en las posibilidades de acceso futuro a las pensiones de jubilación.

Cabe entonces preguntarse si para conjurar esta “*inadecuación sobrevenida*” del sistema de Seguridad Social a estas nuevas formas de prestación de servicios no sería necesario articular medidas para suavizar los inconvenientes derivados de esa conexión empleo-alta y cotización-prestación, dentro del propio modelo contributivo profesional. Tradicionalmente, los sistemas de seguridad social han articulado algunas soluciones en las distintas fases en las que la realización de actividad profesional adquiere relevancia en el ámbito prestacional pero con un alcance muy limitado. A la articulación de situaciones asimiladas al alta, y entre ellas, la suscripción voluntaria de convenio especial para la conservación de derechos en curso de adquisición y la exención de este requisito para acceder a algunas prestaciones (jubilación, incapacidad permanente y supervivencia), se añade la propia protección por desempleo articulada a través de prestaciones económicas, pero se trata de soluciones que tratan estas situaciones como

patológicas o anómalas en línea con una realidad productiva en la que el empleo reunía unas características de permanencia inexistentes en la actualidad. El alto coste económico del convenio especial, inasumible para quien se encuentra privado de rentas durante un largo periodo de tiempo, así como la temporalidad de la propia prestación económica por desempleo, vinculada inicialmente a la carrera de cotización del trabajador que pierde su empleo, pero acotado en una temporalidad máxima que actualmente dista mucho de reflejar la realidad del desempleo, especialmente de los trabajadores de mas edad, pone de manifiesto la necesidad de articular nuevas vías que permitan suavizar las consecuencias negativas derivadas de esa conexión empleo-alta y cotización-prestación dentro del propio modelo contributivo profesional.

El subsidio de desempleo para mayores de 55 años constituye una de las escasas medidas articuladas con esta finalidad, al permitir al trabajador mantenerse en la percepción del subsidio por desempleo hasta que pueda acceder a la prestación contributiva de jubilación garantizándole, además, el mantenimiento de los derechos en curso de adquisición al disponer la obligación de cotizar por esta contingencia a cargo del SPEE y del propio trabajador (que, además, puede incrementar su base de cotización con vistas a la mejora de la base reguladora de la prestación de jubilación mediante la suscripción a su cargo de un convenio especial). Mas recientemente, el legislador ha dispuesto la suscripción obligatoria de un convenio especial –imputando su financiación al empresario y al trabajador, de manera sucesiva - en aquellos expedientes de regulación de empleo que incluyan trabajadores de 55 o mas años que no tuvieran la condición de mutualistas a 1 de enero de 1967 (art. 51.9 ET en relación con la DA 31^a LGSS³²).

Con todo, aún reconociendo lo que de positivo tienen ambos mecanismos en aras a mejorar las posibilidades y condiciones de acceso a la jubilación de este colectivo, tienen un alcance muy limitado, subjetiva y objetivamente, sin que el primero haya escapado de las reformas legales dirigidas a restringir todavía más su ámbito de aplicación y sin haya que olvidar tampoco la presión que ambos ejercen para que el trabajador acceda a la jubilación anticipada, con aplicación de los correspondientes coeficientes correctores de la cuantía de la pensión. Desde otra perspectiva, la nueva

³² Vid. un análisis detallado sobre estos mecanismos en VICENTE PALACIO, A., “Tránsitos y conexiones entre el empleo y la Seguridad Social: especial referencia al subsidio de desempleo para mayores de 55 años”, en II Congreso de Centros de Relaciones Laborales, Bilbao, 2015, en prensa.

regulación operada por la Ley 1/2014, de 28 de febrero en materia de trabajo a tiempo parcial y la introducción del coeficiente de parcialidad debe valorarse positivamente en tanto facilita –en relación a la regulación legal precedente- el acceso de estos trabajadores a la protección social. Pero fuera de estos, no existen otros mecanismos que atiendan a estas nuevas formas de prestación de servicios, cada vez mas generalizadas, en aras a mitigar sus efectos perversos en el ámbito de la seguridad social.

En definitiva, la simultánea coincidencia de las reformas legales restringiendo la protección dispensada y la futura generalización de las nuevas formas de prestación de servicios, probablemente acabarán determinando una reducción de la intensidad protectora del sistema de Seguridad Social pública, que cabrá calificar de “crítica” si afecta a la capacidad del sistema para el cumplimiento de la función que tiene atribuida, lo que necesariamente exige conectarlo con el mandato constitucional de la suficiencia de la protección. El tiempo lo dirá.