

LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL RIESGO MORAL

Lección inaugural del curso 2021/2022

8 de octubre de 2021

Juan Molins García-Atance

Magistrado del Tribunal Supremo

Uno de los principales factores de cambio social en los últimos 80 años en los países occidentales ha sido la instauración de la Seguridad Social. A título ejemplificativo, hace 80 años la sociedad estadounidense era tan individualista como ahora pero tenía una gran cohesión familiar. La razón última era que, para cada individuo, la única Seguridad Social era su propia familia. El término «proletariado» viene de «prole». Lo único que tenían los trabajadores eran sus hijos. Salvo un porcentaje menor de la población que vivía de rentas, para la gran mayoría de los americanos, cuyos ingresos dependían exclusivamente de su trabajo personal, la única forma de evitar una situación de pobreza extrema durante su vejez era fundar una familia. En caso contrario, cuando las personas alcanzaban una edad en la que no podían desarrollar ningún trabajo remunerado, al no poder conseguir ingresos y no existir ninguna institución que se ocupara de ellos, salvo las de beneficencia, se enfrentaban a una situación de pobreza extrema.

Antes de la instauración de la Seguridad Social el hecho de contraer matrimonio y tener hijos no era una opción vital más a elegir entre otras muchas. El matrimonio y la descendencia eran necesarios para que en el futuro los hijos cuidasen a sus progenitores, igual que estos cuidaban a sus padres ancianos. La única alternativa a una situación de pobreza durante la vejez era la institución matrimonial con descendencia. La mayoría de las personas con una orientación sexual distinta (como los homosexuales) se adaptaban a esta exigencia social y contraían matrimonio. Frecuentemente vivían una doble vida que no era plenamente satisfactoria para nadie.

En 1935 el Gobierno de Roosevelt consiguió que se aprobase la *Social Security Act* que instauraba la pensión de jubilación. A partir de entonces ya no era imprescindible contraer matrimonio y tener hijos que te cuidaran cuando eras anciano porque el Estado te abonaba una pensión de jubilación que te permitía subsistir. Contraer matrimonio y tener hijos pasó a ser una opción vital más, junto con la opción de quedarse soltero con o sin hijos, contraer matrimonio y no tener hijos, etc.

El Estado garantiza a los ciudadanos los medios económicos en caso de enfermedad y vejez, asumiendo un rol que hasta entonces desempeñaba la familia y proporcionando seguridad económica al conjunto de la sociedad. La función social de la familia antes era bidireccional: cada ciudadano cuidaba a sus hijos para que posteriormente sus hijos le cuidaran a él. Ahora la familia cumple una función unidireccional: el ciudadano cuida a sus hijos y cuando alcanza una edad que le impide trabajar, el Estado le proporciona medios económicos de vida. Eso no quiere decir que no cuidemos a nuestros mayores, que no solo necesitan su pensión de jubilación o incapacidad permanente, sino la compañía, el afecto y el cuidado de sus hijos. Sin embargo, hay ancianos sin hijos que con su pensión y cuidado profesional salen adelante sin ayuda familiar alguna. El Sistema de la Seguridad Social permite que un anciano pueda vivir aun cuando no tenga familiares que le apoyen económicamente y le cuiden.

Desde este punto de vista la Seguridad Social trajo consigo una auténtica libertad vivencial: la libertad de elegir la opción de vida que cada uno prefiera, lo que ha producido un cambio social muy importante. El problema radica en el riesgo moral: asegurar una actividad afecta inevitablemente a la conducta de las personas aseguradas. Parte de la doctrina científica explica lúcidamente que la incapacidad temporal es una prestación dominada por el riesgo moral.¹ El riesgo moral es un concepto económico que describe una situación en la que un individuo, aislado de las consecuencias de sus acciones, podría cambiar su comportamiento del que habría tenido si hubiera estado expuesto completamente a las consecuencias de sus acciones. Más específicamente hace referencia a la influencia de un seguro en la conducta de un agente. Se basa en la existencia de asimetrías informativas entre los agentes que intervienen en un mercado. Por ejemplo, en los seguros contra incendios, el propietario del inmueble tiene información privada acerca de sus propias acciones: si ha tomado las precauciones necesarias para evitar un incendio. Por ello, es probable que las compañías de seguros tengan que enfrentarse a más reclamaciones que si hubieran podido determinar exactamente el esfuerzo realizado por cada propietario para evitar el incendio. El problema de los incentivos distorsionados surge cuando un individuo tiene información privada acerca de sus propias acciones y son otras las personas que so-

¹ Respecto de la noción de riesgo moral aplicada a la incapacidad temporal, vide MERCADER UGUINA, J. R.: «La fábula del paciente simulador y el terapeuta crédulo o los mitos de la incapacidad temporal», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 8, 2009, pág. 16, cuyos argumentos reiteramos.

portan los costes de un esfuerzo insuficiente. En definitiva, es difícil controlar en determinados casos la incidencia que tiene el propio asegurado en los procesos incapacitantes vividos por él. Es el denominado riesgo moral. Para resolver este problema es necesario dar a los individuos con información privada algún incentivo para que se esfuercen.

La Seguridad Social no es un seguro en sentido jurídico: no se trata de un contrato de seguro. El contrato de seguro se basa en el libre consentimiento de las partes. En cambio, la cotización a la Seguridad Social es obligatoria. Cuando una persona realiza una actividad lucrativa por cuenta ajena o propia que da lugar a la inclusión en el ámbito de la Seguridad Social, debe cotizar a la Seguridad Social en la cuantía prevista por el ordenamiento jurídico. Pero sí que supone un aseguramiento en sentido económico: el trabajador y el empresario que lo contrata cotizan a la Seguridad Social. Y cuando el trabajador ya no puede prestar servicio como consecuencia de la edad, un accidente o una enfermedad, dejando de percibir el correspondiente salario o sus ingresos económicos como autónomo, la Entidad Gestora le abona una pensión sustitutoria (en parte o totalmente) del salario dejado de percibir. Asimismo, cuando el empleado fallece, se abona una pensión de muerte y supervivencia a su viudo o pareja de hecho...

El aseguramiento de una conducta cambia dicha conducta porque supone separar a las personas de las consecuencias de sus acciones. Al crear la Seguridad Social, lo que supone que el Estado se ocupa de las contingencias que van a suceder en el futuro: enfermedades, accidentes, vejez, muerte..., se instaura por primera vez en la historia una auténtica libertad para elegir la opción vital que prefiera cada uno. Pero la cohesión familiar se resiente. Hemos pasado de familias amplias, en las que convivían varias generaciones bajo el mismo techo, cuidándose unos a otros, a familias nucleares, integradas por los progenitores y sus hijos. En los EE. UU. la convivencia de los hijos con los padres se mantiene normalmente hasta la mayoría de edad, momento en que la mayoría de los hijos se van a estudiar a la universidad o comienzan a trabajar, abandonando en ambos casos el hogar familiar.

El proceso de cambio de las sociedades occidentales ha sido multifactorial. Pero uno de los principales motores de este cambio ha sido la institución de la Seguridad Social. Contraer matrimonio y tener descendencia ha pasado de ser una necesidad vital a una mera opción de vida más, tan válida como cualquier otra y moralmente equivalente. La consecuencia inevitable ha sido una progresiva disminución de la natalidad que, unida al incremento de la esperanza de vida, favorecido también por la misma Seguridad Social (por las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social y por las pensiones de jubilación y viudedad) ha alterado drásticamente la

pirámide poblacional y ha hecho que la financiación tradicional de la Seguridad Social sea insuficiente. Es decir, el éxito de la Seguridad Social ha propiciado un cambio en la sociedad que conlleva que la vía tradicional de financiación de esta institución (las cotizaciones de los trabajadores en activo, que permiten abonar pensiones a los pasivos) sea estructuralmente insuficiente. El desequilibrio financiero de la Seguridad Social no es coyuntural sino estructural: es consecuencia del propio cambio social propiciado por dicha institución. El éxito de la Seguridad Social trae consigo la semilla de sus futuros problemas.

Las soluciones a ese problema demográfico se han buscado mediante la adopción de políticas natalistas, que suponen incentivos para tener hijos, y mediante una inmigración controlada.

Las sociedades cerradas a toda inmigración, incluso a la inmigración cualificada, que tiene una elevada productividad, se enfrentan a un futuro demográfico muy difícil. Se prevé que en el año 2030 un 25,6 % de los japoneses tendrá 65 años o más. A finales de siglo la población de Japón se reducirá en más de la mitad, desde los 128 millones que tuvo en 2017 a menos de 53 millones.²

La lucha contra la llamada «explosión demográfica»: el incremento de población en países donde la mayor parte de ella se encuentra ya en una situación de pobreza, se ha centrado en la planificación familiar y en la ayuda al desarrollo entendida desde el punto de vista meramente cuantitativo del crecimiento del producto interior bruto. En mi opinión, sería conveniente focalizar las ayudas al desarrollo en el establecimiento de Sistemas de Seguridad Social que se ocuparan de atender a la vejez de la población, lo que tendría un efecto demográfico directo.

Desde el punto de vista español, nuestro reto es la financiación de la Seguridad Social en esa situación de pirámide demográfica invertida. La Seguridad Social española tiene un sistema mixto de financiación, que incluye aportaciones progresivas del Estado. Sin embargo, su principal fuente de financiación son las cotizaciones devengadas por la realización de un trabajo por cuenta ajena o propia, que tradicionalmente bastaban para financiar las pensiones. Este sistema de financiación, que supone un incentivo para la cotización de los ciudadanos a la Seguridad Social esencial desde el punto de vista del riesgo moral, resultó idóneo en la situación existente cuando se instauró la Seguridad Social (en el año 1967): con una pirámide poblacional muy ancha en la base y muy pequeña en su vértice. Muchos cotizantes sostenían a pocos pensionistas.

² <https://www.bbc.com/mundo/noticias-53454187>

El canciller Bismarck impulsó el primer sistema de pensiones de jubilación en el año 1889. Entonces la esperanza de vida en Alemania era de 45 años y la pensión de jubilación se abonaba a los trabajadores a partir de los 70 años. Posteriormente, la edad se rebajó a los 65 años.

Actualmente la esperanza de vida al nacer en España es de 85,10 años para las mujeres y 79,70 años para los hombres. Un hombre español que cumplía 65 años el 1 de abril de 2020, tenía una expectativa de vida, en promedio, de 84 años. Una mujer que cumplía 65 años el 1 de abril de 2020, tenía una expectativa de vida, en promedio, de 86,5 años.³

El déficit estructural de la financiación a la Seguridad Social no solo se debe a la disminución del número de cotizantes y al aumento del número de pensionistas. Otro factor muy importante ha sido la progresiva disminución de la participación de las rentas salariales en el total de renta nacional porque las cotizaciones se extraen de las rentas salariales, no de las rentas de capital. Desde ese punto de vista resulta crucial aumentar los salarios, privilegiando la inmigración de trabajadores cualificados. Dicho déficit estructural obliga a realizar cambios.

Sería un grave error afirmar que la cotización a la Seguridad Social es un impuesto. Cuando se afirma que dicha cotización es una suerte de «impuesto finalista» no se utiliza el concepto «impuesto» en un sentido técnico-jurídico. Con dicha afirmación lo que se quiere expresar es que, desde un punto de vista económico, no jurídico, la cotización a la Seguridad Social se puede considerar como un gravamen finalista. No es un tributo en sentido jurídico pero sí que comporta el abono obligatorio de una cantidad a una entidad pública (o a una entidad colaboradora de la Seguridad Social: una mutua) por la realización de una actividad lucrativa por cuenta propia o ajena. La diferencia con los impuestos radica en que estos no son finalistas. El Estado puede destinar el dinero que recauda en concepto de IRPF, IVA o cualquier otro impuesto, a la finalidad que quiera: construir una escuela o comprar un tanque. Pero la Seguridad Social, en teoría, solo puede destinar el dinero recaudado en concepto de cotizaciones al pago de pensiones contributivas de la Seguridad Social.

En la práctica, la distinción entre unos y otros ingresos se difumina. Durante los años de superávit de la Seguridad Social, la mayor parte se dedicaba a comprar deuda pública del Estado español. Y en los años de mayor crisis económica, la mayor parte de las prestaciones por desempleo se han financiado por cuenta de los Presupuestos Generales del

³ <https://www.ssa.gov/espanol/plan/expectativa.htm>

Estado porque las cotizaciones al SPEE no alcanzaban para pagar ni la mitad de los subsidios devengados.

La Seguridad Social ha tenido la habilidad de establecer un «gravamen oculto». Los sujetos pasivos de la cotización a la Seguridad Social son los trabajadores y los empresarios. Hay que distinguir entre sujeto obligado y sujeto responsable. Los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social (RGSS) únicamente son los sujetos obligados de una cotización (descontada de su salario) ligeramente superior al 6 % de su salario bruto: 4,70 % de cotización por contingencias comunes y entre 1,55 % y 1,60% de cotización por desempleo. A cambio de esta cotización tan baja perciben prestaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, desempleo... y pensiones de jubilación, incapacidad permanente, viudedad...

El empresario es el sujeto obligado de la mayor parte de la cotización devengada por la realización de un trabajo por cuenta ajena. La cotización total por un trabajador por cuenta ajena del RGSS depende de si es un contrato de duración indefinida o temporal y de cuál sea la cotización por contingencias profesionales: 23,60 % de cotización por contingencias comunes, entre 5,50 % y 6,70 % de cotización por desempleo y una cotización variable por accidente de trabajo y enfermedad profesional (entre el 1,50 % y 7,15 %). Por consiguiente, el empleador es el sujeto obligado de la mayor parte de la cotización a la Seguridad Social.

El sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar es el empresario: tiene que ingresar las aportaciones propias y las de sus trabajadores en su totalidad. Si no las descuenta en el momento de abonarles el salario, no podrá realizarlo con posterioridad. Por tanto, cuando el sujeto obligado es el trabajador, el empresario lo descuenta de su salario y lo abona a la TGSS.

Con independencia de si el sujeto obligado es el empresario o el trabajador, se trata de un gravamen que se impone al trabajo por cuenta ajena que trae causa de dicha actividad laboral. Además, el empleador debe abonar las cotizaciones correspondientes al FOGASA y a la formación profesional.

Desde ese punto de vista, si un empleador quiere contratar a un trabajador por cuenta ajena del RGSS y abonarle un salario de 1000 euros mensuales, ya sabe que la cotización a la Seguridad Social, al FOGASA y al desempleo que tendrá que abonar será aproximadamente de un 40 % de promedio del salario bruto.

Esta cotización adolece de dos irracionalidades importantes:

- 1) Los impuestos personales son progresivos. Una persona con un salario muy alto abona un IRPF muy superior al que le corresponde pagar a

una persona con ingresos bajos, que puede incluso estar exenta de dicho impuesto (el mínimo exento).

En cambio, la cotización a la Seguridad Social no varía en función de la renta percibida por cada trabajador. No solo no es progresiva. Es regresiva por dos razones:

a) El tope máximo de cotización. El mismo tipo de cotización se abona a una persona que percibe el salario mínimo profesional que a otra que gane 100 000 euros al año. Sin embargo, existe una base máxima de cotización de 48 841,2 euros en 2021. Ello supone que la prestación laboral efectuada por ese trabajador con unos ingresos muy elevados está sujeta a una cotización total inferior al 20 % de su salario.

A título ejemplificativo, un futbolista que gana 10 millones de euros anuales está abonando el IRPF con el tipo marginal máximo y sin embargo la cotización total a la Seguridad Social es inferior al 1 % de sus ingresos (aproximadamente el 40 % de 48 841,2 euros).

b) El tipo variable de cotización por contingencias profesionales oscila entre el 1,50 % y el 7,15 %. El tipo más alto corresponde a los trabajos con mayor riesgo físico: trabajos manuales que frecuentemente están mal pagados. Por el contrario, los trabajos de oficina, que normalmente desempeñan las personas con salarios elevados, tienen tipos de cotización muy bajos. En la práctica ello supone que hay trabajadores con ingresos elevados que cotizan a la Seguridad Social con porcentajes menores que otros trabajadores con ingresos más bajos.

Esta diferencia de cotización responde a la idea de que se trata de un seguro en sentido económico: ese trabajador con altos ingresos está cotizando en función de las prestaciones que va a percibir en el futuro, por lo que se establece un tope máximo, al igual que hay una pensión máxima de la Seguridad Social.

Pero si las cotizaciones son manifiestamente insuficientes para abonar las prestaciones, que se financian en parte con impuestos, dicho argumento se desvirtúa.

La razón última por la que no se «destopa» la cotización a la Seguridad Social es que si un trabajador con ingresos elevados tiene un tipo marginal del IRPF superior al 50 % y además se le impusiera una cotización a la Seguridad Social del 40 % (aunque la mayor parte corriera a cargo del empleador), el gravamen superaría el 90 por ciento, lo que resultaría desincentivador y propiciaría la huida fiscal y de la Seguridad Social.

2) La segunda irracionalidad, que conecta con la anterior, radica en que la cotización total por un trabajador por cuenta ajena alcanza el 40 % mientras que el tipo ordinario del IVA es del 21 %. Ello supone que, si un empresario adquiere maquinaria para su empresa, el coste en impuestos

será de solo el 21 %. Por el contrario, si decide contratar a otro trabajador, deberá abonar un 40 % de cotización a la Seguridad Social. Si gasta 1000 euros en maquinaria, el coste fiscal será de 210 euros. Pero si contrata a un trabajador y le abona un salario de 1000 euros, la cotización total a la Seguridad Social ascenderá a unos 400 euros.

Es importante recordar que el contrato de trabajo es el principal instrumento de distribución de renta y riqueza, del que dependen la mayoría de los españoles para vivir. No se debe penalizar el trabajo respecto de la inversión en maquinaria. Debería ser al revés: que la cotización a la Seguridad Social fuera mucho menor que el IVA, para incentivar la contratación de trabajadores y disminuir el desempleo. En Alemania, el IVA es del 19 % y la cotización a la Seguridad Social es del 19,325 %.⁴

La sostenibilidad de la Seguridad Social va a exigir incrementar las aportaciones del Estado. Nuestra sociedad la financia mediante dos vías principales: las cotizaciones a la Seguridad Social y los impuestos no finalistas abonados al Estado, parte de los cuales se destinan al Sistema de la Seguridad Social. Desde el punto de vista del riesgo moral, el incremento de su financiación mediante aportaciones del Estado supondrá una progresiva desvinculación entre cotizaciones y prestaciones que necesariamente va a causar distorsiones en el funcionamiento de esta institución esencial del Estado democrático de derecho porque diluye esa vinculación cotización-prestación que constituye un incentivo esencial en relación con el riesgo moral inherente a todo Sistema de la Seguridad Social.

4 https://santandertrade.com/es/portal/establecerse-extranjero/alemania/fiscalidad?url_de_la_page=%2Fes%2Fportal%2Festablecerse-extranjero%2Falemania%2Ffiscalidad&&actualiser_id_banque=oui&id_banque=0&memoriser_choix=memoriser