

¿El imparable declive de la revalorización/actualización de las pensiones? Notas al hilo de la STC (pleno) 49/2015, de 5 de marzo de 2015

Is the decline unstoppable of the revaluation / updating of the pensions? Notes to the thread of the STC 49/2015, of 5 march 2015

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

*CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE BARCELONA*

JESÚS BARCELÓ FERNÁNDEZ

*PROFESOR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE BARCELONA*

Resumen

En este estudio se analiza los distintos argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad del art. 2.1 del R.D.-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, que impidió la actualización de las pensiones en relación al diferencial entre el IPC previsto y el resultante IPC superior acumulado a noviembre del 2012.

Abstract

In this study the various arguments for and against the constitutionality of art is analysed. 2.1 of RD-Law 28/2012, of 30 November, that prevented the updating of pensions relative to the differential between the inflation forecast and the higher cumulative CPI to November 2012.

Palabras clave

Revalorización, actualización, retroactividad, dignidad, pensiones e inconstitucionalidad

Keywords

revaluation, update, retroactivity, dignity, pensions and unconstitutionality.

1. PRECEPTOS IMPLICADOS DE 1994 A 2013

La Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social¹ dio nueva redacción (en su art.11) al apartado 1 del art 48, dando entrada a la comparativa entre las revisiones de pensiones de dos años consecutivos, disponiendo que:

1º). Las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, incluido el importe de la pensión mínima, serán revalorizadas al comienzo de cada año, en función del correspondiente IPC previsto para dicho año.

2º). Si el IPC acumulado, correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización, fuese superior al índice previsto, y en función del cual se calculó dicha revalorización, se

¹ BOE 16-7-1997, gobernando el Partido Popular

procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado. A tales efectos, a los pensionistas cuyas pensiones hubiesen sido objeto de revalorización en el ejercicio anterior, se les abonará la diferencia en un pago único, antes del 1 de abril del ejercicio posterior.

3º). Si el índice de precios al consumo previsto para un ejercicio, y en función del cual se practicó la revalorización, resultase superior al realmente producido en el período de cálculo descrito en el apartado anterior, las diferencias existentes serán absorbidas en la revalorización que corresponda aplicar en el siguiente ciclo económico.^{2»}

Mediante el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público³ (art.4º) se decretó la suspensión para el ejercicio de 2011 de la aplicación de lo previsto en el apartado 1.1 del artículo 48 del TRLGSS/1994, excepto para las pensiones mínimas del Sistema de la Seguridad Social, las pensiones del extinguido SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas. Igualmente, para el ejercicio de 2011 se suspendió la aplicación de lo dispuesto en el apartado 1.2 del artículo 48 del TRLGSS/1994, excepto para las pensiones mínimas del Sistema de la Seguridad Social, las pensiones del extinguido SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas. Igualmente, se suspendió para 2011 la aplicación de lo previsto en el apartado 1 del artículo 27 del TR de la Ley de Clases pasivas del Estado, manteniéndose en relación con las pensiones mínimas de clases pasivas las previsiones contenidas en el apartado 2 del citado art. 27.

El Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la seguridad social⁴, dejó sin efecto para el ejercicio 2012, la actualización de las pensiones en los términos previstos en el apartado 1.2 del artículo 48 del TRLGSS, y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 27 del TR de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

Y se suspendió para el ejercicio 2013 la aplicación de lo previsto en el apartado 1.1 del artículo 48 del TRLGSS, así como en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 27 del TR de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril.

Contra tan graves decisiones adoptadas el último día del mes de noviembre de 2012 se interpuso el recurso que vamos a considerar seguidamente.

²Este apartado fue suprimido por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (Disposición derogatoria sexta), así como el tercer párrafo del número 1 del artículo 27 del TR de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

³ BOE 24-5-2010, gobernando el PSOE

⁴ Publicado en el BOE de 1-12-2012, gobernando nuevamente el PP.

2. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTO POR DIPUTADOS DE DIVERSOS GRUPOS DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS ¿CUÁLES FUERON LAS FUNDADAS RAZONES DE 146 DIPUTADOS PARA IR CONTRA EL R. D. LEY 28/2012, DE 30 DE NOVIEMBRE?

El recurso se interpuso por 146 Diputados de diversos Grupos Parlamentarios contra el art. 2.1 del R. D.-ley 28/2012, de 30 de noviembre, 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. Y se presentó el día 26 de febrero de 2013, siendo Diputados integrantes 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,⁵ siendo estos sus argumentos para recurrir la medida gubernamental:

2.1. ¿Qué sentido tienen en nuestra CE las referencias al Estado social y democrático de derecho y al Sistema Público de Seguridad Social para la cobertura de las situaciones de necesidad de los ciudadanos? Especial consideración hacia los jubilados. ¿Los invisibles jubilados? El art.1.1 CE vigorizador de los arts. 41 y 50 CE

Los recurrente recuerdan la existencia⁶ en el marco constitucional del sistema de pensiones, recalando, precisamente, que uno de los pilares básicos del Estado social y democrático de derecho, proclamado por el art. 1.1 CE, está constituido por nuestro sistema público de Seguridad Social, establecido para atender los estados de necesidad de los ciudadanos, tal como garantiza el art. 41 CE, especial y tradicionalmente a través de su acción protectora de las personas que han abandonado el mercado de trabajo a edad avanzada tras un largo período de actividad profesional, por medio del sistema de pensiones contributivas por jubilación.

2.2. Cabe preguntarse ¿qué supone establecer en la CE que los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad? ¿Hasta donde llega su mandato? Claro mandato de adecuación y actualización de las pensiones

Efectivamente, el art. 50 CE contiene un mandato muy claro y preciso dirigido al Estado que dice: «los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad». O sea, que existe el deber de los poderes públicos inalienable, el deber de garantía de

⁵ Aunque solamente sea para ver los efectos nefastos de los sistemas electorales vigentes, en este caso los 146 diputados recurrentes contaban con más de 13 millones de votos, frente a los 10.830.693 del PP, autor de la recurrida y controvertida norma. Mera anécdota.

⁶ Lo cual parece cada día más olvidado por nuestros magistrados constitucionales.

la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad y ello a través o mediante unas pensiones que han de ser adecuadas y que habrán de ser periódicamente actualizadas⁷.

Recuerdan los recurrentes⁸, que la previsión legal de actualización de las pensiones contributivas de Seguridad Social, que ha de practicarse a través del mecanismo de revalorización anual de las pensiones contemplado en el TRLGSS, no es el mero resultado de la soberana decisión del poder legislativo expresada a través del Congreso de los Diputados, sino que, más allá de ello, constituye un riguroso desarrollo del mandato constitucional de actualización periódica de las pensiones para garantizar su suficiencia económica⁹. A su juicio, ni el legislador ostenta una libertad plena e ilimitada de suprimir el mecanismo de revalorización periódica de las pensiones del mencionado precepto constitucional, ni el modo en el que pudiera producirse alguna excepción puntual y justificada a dicha actualización puede obviar el conjunto de prescripciones constitucionales.

2.3. ¿Qué ordenan las reglas del retocado art. 48 del TRLGSS/1994?¹⁰

Señalan los diputados que el art. 48 deL TRLGSS/1994 contempla diversas reglas complementarias de materialización de la voluntad legislativa de revalorización periódica de las pensiones contributivas que son:

1ª) A principios de cada año presupuestario se debe efectuar un incremento de las pensiones contributivas, cuya cuantía vendrá ponderada y vinculada a la previsión de incremento de la inflación que se prevea por el poder público¹¹ se va a producir a lo largo de dicho ejercicio presupuestario¹².

2ª) Una vez concluido dicho ejercicio presupuestario, si al final de noviembre (en este caso de noviembre de 2012, en cuyo último día se aprobó este Real Decreto-Ley), y por comparación con el final de noviembre del año precedente (noviembre de 2011), la inflación efectivamente producida (que fue del 2,9%) resulta superior a la previsión de la misma contemplada inicialmente (del 1%) para dar cumplimiento a la regla precedente, se reconoce

⁷ O sea puestas al día para que sigan permitiendo a los que se hallan en la tercera edad la suficiencia económica, una vida digna cuando ya han salido o los han sacado de la vida activa.

⁸ Que forman parte del cuerpo de legisladores, aunque sean una gran minoría del Congreso (146 diputados).

⁹ No es que puedan hacer lo que quieren o quieren (no existe libre discrecionalidad del legislados), sino que se les ordena claramente por nuestra Constitución, nuestra ley de leyes, lo que deben hacer, lo que supone que habrá que marcar prioridades.

¹⁰ El Gobierno, cuando revaloriza las pensiones cada año lo que hace es una previsión, que puede resultar al alza o a la baja. Por ello, queda claro que es algo provisional, es válida la revalorización hasta que concluya el año y se reajusten las pensiones a lo que ha sido efectivamente el incremento de la inflación en dicho año, y entonces puede proceder la actualización si se dan los presupuestos de la norma..

¹¹ Obviamente no es el simple poder público el que lo prevé, como tampoco prevé el tiempo que va a hacer, sino los técnicos económicos y estadísticos, los que a la vista de la previsible evolución de la economía del año que va a empezar formulan una estimación macroeconómica de cual puede ser la evolución del IPC para ese año, normalmente a la baja, por ello al concluir el año han de ver cual ha sido la evolución real del IPC para ser tenida en cuenta en la actualización y en la próxima revalorización y que las pensiones no sigan perdiendo capacidad adquisitiva, lo cual no es bueno ni para ellos ni para la economía del país.

¹² Anticipo generalmente a la baja, por lo que al término de dicho año de pensión procede actualizarlas, o sea ponerlas al día, pues es muy posible que durante ese año de 2012 se haya producido una pérdida del poder adquisitivo de las pensiones a causa de la subida de los precios que se toman en consideración a efectos de calcular el IPC anual.

el derecho de los perceptores de pensiones contributivas, que solo experimentaron el incremento precedente del 1 % (digamos a cuenta de), a recibir un abono de pago único a lo largo del primer trimestre del año sucesivo, cuya cuantía consistirá, precisamente, en la diferencia (1,9%) entre la inflación prevista y la efectivamente producida.

Tres cuartos de lo mismo es aplicación a la revalorización de las pensiones del sistema de clases pasivas.

2.4. El INE constató que el IPC entre el 30 de noviembre de 2011 y el 30 de noviembre de 2012 se había elevado hasta el 2,9 por 100. Diferencial del 1,9 % que debería pagarse

La materialización de lo previsto en el art. 48 TRLGSS/1994 debería haber conducido al cumplimiento de las reglas citadas a través de la LPGE para 2013, por mediación de la previsión de un pago único a lo largo del primer trimestre de dicho ejercicio por valor equivalente a la diferencia entre la inflación prevista y la inflación efectiva, es decir, por valor equivalente a un 1,9 por 100. Dicha previsión debería haberse concretado justamente en la LPGE para 2013, es decir, en la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, para 2013, lo cual no se hizo.

2.5. ¿Incumplimiento gubernamental in extremis, vía, una vez más, mediante otro Real Decreto Ley de urgencia?¹³

Sin embargo, añaden, ni lo uno ni lo otro se ha materializado a través de esta última, pues el Gobierno de España resolvió el último día del mes de noviembre no dar cumplimiento a la actualización de las pensiones contributivas para el ejercicio presupuestario de 2013. Y dicha decisión política se plasmó a través de la aprobación del R.D.-ley 28/2012, de 30 de noviembre¹⁴.

2.6. ¿Es admisible la retroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales? ¿Cabe la proyección hacia el pasado de normas restrictivas de derecho?

Los diputados recurrentes¹⁵ consideraron que la suspensión/in extremis ¹⁶ de la actualización de las pensiones en su modalidad contributiva para 2012 es contraria a la

¹³ Nuevamente con el abuso de los Reales decreto-leyes en esta dura y privatizadora legislatura. ¿Para qué acudir al Parlamento si se tiene mayoría absoluta y todo se convalida sin tener que pactar con nadie?

¹⁴ Precisamente el mismo día en que finalizaba el mes de comparación, que era de noviembre de 2011 a noviembre de 2012. Y no es que se traslade a otro momento, y se deje en suspenso para recuperarlo en otro momento como las pagas extraordinarias de los servidores públicos, es que se deja de cumplir (se deja sin efectos) el mandato legal del art. 48 TRLGSS/1994 y concordante de Clases Pasivas cuando han vencido los 365 días que había que comparar para ver el nivel diferencial entre lo previsto para 2012 y lo acontecido realmente durante 2012, que supone un diferencial de 1,9 puntos a favor de los pensionistas que acaban no recibiendo nada, después de haberlo soportado en 2012.

¹⁵ Que, dada la composición de la Cámara, de mayoría absoluta del PP, partido gobernante, nada pudieron hacer para evitar esta norma restrictiva de derechos consolidados y aún no satisfechos, pues se siguió el mecanismo de urgencia.

¹⁶ A nuestro juicio no estamos ante una mera suspensión, sino ante una inaplicación sin retorno, pues no se pospone para mejor ocasión.

prohibición de retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales garantizada constitucionalmente (art. 9.3 CE), en relación con el mandato de la CE de actualización periódica de las pensiones a los efectos de asegurar su suficiencia económica (art. 50 CE).

2.7. ¿Qué fue de la seguridad jurídica? ¿Estamos ante una expropiación forzosa sin posible defensa de los afectados?

Afirman los diputados que la prohibición de retroactividad constitucionalmente tutelada (art. 9.3 CE) pretende otorgar plena seguridad jurídica al ciudadano de que los derechos subjetivos plenamente adquiridos en el pasado y que son exigibles frente a terceros en todo caso, no pueden ser expropiados de su patrimonio jurídico a resultas de una posterior decisión política del poder legislativo a consecuencia de un determinado cambio normativo¹⁷.

2.8. ¿Qué retroactividad se permite y cual no? ¿Cómo se protege la confianza legítima?

Señalan los recurrentes que lo que la CE prohíbe es la retroactividad de las normas, es decir, la proyección de sus efectos hacia el pasado, aceptando que la CE no impide la eficacia inmediata de la norma hacia el futuro a partir de la entrada en vigor de la misma. Lo que se prohíbe es la retroactividad auténtica, pero no así la denominada retroactividad impropia, que depende de otras circunstancias conectadas con la seguridad jurídica y la previsibilidad de actuación futura de cada sujeto en atención al principio de protección de la confianza legítima. Se entiende que el art. 2.1 del R.D.-ley 28/2012 establece una retroactividad auténtica, una retroactividad de grado máximo a todos los efectos. Como expresamente se contempla en el mencionado precepto, lo que se deja de atender definitivamente es la obligación de actualizar las pensiones ya percibidas¹⁸, las correspondientes al año 2012.¹⁹

Tiene la norma recurrida claros y nefastos efectos hacia el pasado, por cuanto que lo que contemplan el art. 48 TRLGSS/1994 y el art. 27 del TR de la Ley de Clases Pasivas es un derecho a una actualización de la pensión del ejercicio presupuestario 2012, es decir, respecto de cantidades que ya deberían haberse percibido. Retroactividad de grado mínimo sería proceder a no dar cumplimiento al incremento futuro de las pensiones contemplado en el art. 48.1.1 TRLGSS, que depende de lo que haga cada año la correspondiente LPGE, pero

¹⁷ En este caso in extremis, cuando era llegada la hora de cumplir con el mandato constitucional y el legal. Y no es que retrasen el cumplimiento de la obligación, es que la desechan, sabiendo ellos solos que se avecina después un cambio normativo radical a la baja, posiblemente buscando que los futuros pensionistas encuentren en las entidades privadas lo que ya no les va a poder reconocer y pagar las entidades gestoras públicas de la Seguridad Social (¿a esto se le llama privatización encubierta progresiva e irreversible?).

¹⁸ Percibidas solamente en parte, con ese anticipo del 1% sobre el total del IPC que había de tomarse en consideración y que alcanzaría el 2,9%. Lo que se le sustrae al pensionista con esa previsión legal son cantidades que le corresponden por un período pasado, el ejercicio 2012, y no futuro, 2013.

¹⁹ A nuestro entender, se olvida el ejecutivo/legislador que la pensión de 2012 se va cobrando mes a mes, con un 1% a cuenta del total de inflación que llegue a tener el año 2012 y con una cantidad pendiente de valorar al finalizar noviembre de 2012 y con esa seguridad viven los pensionistas, aparte de que durante ese año ya han sufrido las embestidas de la inflación que esperan resolver al acabar el año pensionístico (valga la expresión) de 2012.

no la regla segunda que figura en el art. 48.1.2. La primera lo es hacia el futuro; la segunda lo es hacia el pasado y, por ende, su incumplimiento en el instante en el que se adopta la decisión contiene una evidente manifestación de retroactividad auténtica o de grado máximo.

2.9. No cualquier tipo de retroactividad se encuentra prohibida constitucionalmente, sino tan solo aquella que tienen el carácter de «restrictivas de derechos individuales» (art. 9.3 CE). No es un mero interés, sino un estricto derecho subjetivo

No les cabe la menor duda a los recurrentes que la medida adoptada presenta un carácter «restrictivo». La norma elimina para 2012 un derecho previamente reconocido por el ordenamiento jurídico. Y la restricción afecta a un derecho individual. Ni se trata de la restricción de un derecho genérico, pues es claramente individual, ni se trata de la tutela de un mero interés jurídico, sino de un estricto derecho subjetivo constitucionalmente tutelado. No estamos ante un mero interés legítimo a la percepción del incremento, sino ante un estricto derecho subjetivo, que no es cualquier derecho legal, sino un derecho reconocido constitucionalmente, cual es el correspondiente al de la percepción de una pensión periódicamente actualizada (art. 50 CE).

2.10. Derechos constitucionalizados: conjunto de los derechos individuales

Advierten que la CE, cuando ha establecido el ámbito objetivo de los derechos amparados por la garantía de la irretroactividad constitucional, no lo ha restringido exclusivamente al ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas contempladas entre los arts. 14 y 29 CE, sino que ha tenido un designio mucho más amplio y, por ello, lo ha referido al conjunto de los derechos individuales. Así, señalan, que tras un titubeo inicial que los circunscribía a los derechos fundamentales (STC 27/1981, de 20 de julio), el TC asienta el criterio de que esos derechos individuales abarcan otros derechos adicionales a los fundamentales. Esa categoría de los derechos individuales cuando menos incluye siempre a los derechos constitucionalizados, entre los cuales desde luego se encuentra el correspondiente a la actualización de las pensiones como elementos instrumental imprescindible para hacer efectivo el correlativo derecho constitucional a la suficiencia económica de las pensiones pública del sistema de Seguridad Social.

2.11. No estamos ante una mera expectativa de derechos, sino ante un derecho plenamente consolidado. El legislador puede eliminarlo o modificarlo hacia el futuro, pero no expropiar lo que ya está vencido. Debe cumplir con la CE

A juicio de los recurrentes, el Derecho ya está en el patrimonio individual de cada uno de los pensionistas²⁰, pendiente solamente de su cuantificación y pago. La postergación en los pagos por la diferencia del 1,9 que falta es algo legal, pero obligatorio su pago por parte de los poderes públicos que en ese momento están al frente del país y tienen los resortes económicos presupuestarios²¹.

²⁰ No en su cuenta bancaria.

²¹ El dinero ya no pertenece al Estado, es un crédito de los pensionistas y la correlativa deuda, mes a mes, contra el Estado que se satisfará a través de la TGSS mediante el pago único de diferencias antes del 1 de abril.

2.12. En relación con el art. 9.3 CE: reclamación justa de deudas del pasado, no del futuro

Señalan los diputados que la jurisprudencia constitucional viene a exigir también que la retroactividad prohibida no incida sobre una mera expectativa de derecho, sino que afecte en todos sus términos a un derecho plenamente adquirido y, por tanto, perfectamente incorporado al patrimonio jurídico de la persona perjudicada por la restricción de derechos contemplada en la norma reformadora²².

Así, señalan que la pensión se percibe periódicamente y, específicamente, se va incorporando al patrimonio jurídico de su titular cada mes, en términos tales que tanto el abono de las pagas extraordinarias como el pago único para actualización conforme a la inflación efectiva constituye una mera postergación en el pago de un derecho que se adquiere plenamente mes a mes.

2.13. El incremento del pago único viene referenciado a cada uno de los meses en los que el pensionista ha venido percibiendo la misma a lo largo de todo el año 2012, pues el 1% era un “a cuenta” del IPC final

Por lo tanto, el hecho causante de la norma se produce día a día, conforme transcurre el año de referencia y el pensionista sigue reuniendo los elementos configuradores del hecho causante. Puede afirmarse que con el pago único lo que se hace es abonar una parte de meses vencidos que se ha ido retrasando en el pago hasta la constatación matemática de cuál ha sido el incremento del índice de precios al consumo de noviembre de 2011 a noviembre de 2012, de modo que esas cantidades se adeudan por períodos de tiempo ya transcurridos, es decir, por deudas de pasado, que no de futuro.

2.14. Una suerte de tercera paga extraordinaria²³

Consideran los 146 diputados que el pago único a lo largo del primer trimestre del ejercicio económico siguiente se identifica legalmente en cuanto a su configuración jurídica a todos los efectos al de una tercera paga extraordinaria cuyo derecho se va consolidando a lo largo de todo el año, con independencia de que materialmente se haya de abonar ya entrado el año siguiente.

²² La clave se encuentra en que se trate de derechos que ya están en el patrimonio individual, es decir, que se trate de derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, afirmándose que en este concreto caso puede demostrarse y constatarse que nos encontramos ante derechos subjetivos incorporados ya al patrimonio jurídico del pensionista, plenamente consagrados y agotados.

²³ No, precisamente, por beneficios, sino por los perjuicios sufridos al haber calculado a la baja el IPC del año 2012. Los pensionistas son conscientes de que lo que van recibiendo durante 2012 es a cuenta del final de 2012, como cuando se está negociando un convenio colectivo, pero con la seguridad (aquí conculcada) de que al acabar el año se les pagará las diferencias, si las hubiere como en este caso del 1,9 % de inflación real sobre la prevista.

2.15. No cabe confundir el momento de consolidación del derecho en el patrimonio del pensionista con el momento formal de surgimiento del devengo de dicha cantidad por parte de la Seguridad social. Valor instrumental de la LPGE para saldar la deuda generada de noviembre a noviembre

La norma se remite expresamente a la LGP, sin embargo tal remisión lo es a los meros efectos de materialización contable de una obligación ya plenamente asumida por el sistema de Seguridad Social. La remisión a la LPGE del año siguiente tiene su única explicación en la circunstancia de que contablemente el abono del pago único se ha de efectuar en el primer trimestre del ejercicio presupuestario siguiente, pero lo relevante es que se ha de efectuar para dar cumplimiento a una deuda pendiente de pago, correspondiente al ejercicio precedente, con la única particularidad de que se devenga al siguiente. Se trata, así, a su juicio, de un ejemplo más de múltiples situaciones en las que la Administración pública tiene comprometido por anticipado el pago de determinadas deudas, que han surgido en el pasado, pero que se van a abonar materialmente en el siguiente año presupuestario.

2.16. Partes proporcionales de la paga

Indican que otra prueba de que se trata de derechos que se van consolidando periódicamente con el paso del tiempo, a semejanza de lo que sucede con el abono de las pagas extraordinarias, es que en el caso concreto de pensionistas que han fallecido a lo largo del correspondiente ejercicio presupuestario, los mismos han ido consolidando la parte del pago único correspondiente al período de tiempo transcurrido entre el 1 de enero del correspondiente año y la fecha en la que se produjo el fallecimiento. Prueba de ello es que la Seguridad Social cuando ha procedido en el pasado al abono de este pago de actualización de la pensión, también lo ha realizado a favor de los herederos de los fallecidos en el año precedente y lo ha hecho justamente en relación a la parte proporcional del año transcurrido hasta el momento preciso del fallecimiento.

2.17. ¿Norma expropiatoria: vulneración del art. 33.3 CE expropiación de derechos económicos de los pensionistas?

Los recurrentes afirman que el precepto es también inconstitucional por vulneración del art. 33.3 CE. Señalan que la norma resulta ser, objetivamente ya que no en su dicción literal, una norma de contenido expropiatorio y que lo es sin respetar la exigencia contenida en el art. 33.3 CE de que tal efecto expropiatorio sea compensado por «la correspondiente indemnización», lo que implica una expropiación inconstitucional, pues viola al menos uno de los requisitos que para proceder a las mismas impone el art. 33.3 CE.

3. LA OPOSICION AL RECURSO DEL ABOGADO DEL ESTADO

El Abogado del Estado interesó la desestimación del recurso por estos razonamientos:

3.1. Todo depende de lo que disponga y quiera el legislador de turno, no de la CE

Según el Abogado nuestro Sistema de Seguridad Social previsto en el art. 41 CE está caracterizado constitucionalmente por consistir en una garantía institucional que deja al legislador su configuración en atención a las circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél²⁴.

3.2. ¿De qué depende la actualización de las pensiones? ¿Estamos ante meras expectativas de derecho sometido y condicionado a lo que diga la LPGE para cada año?

La actualización de las pensiones conforme al IPC del año en curso, no constituye un derecho consolidado integrado en el patrimonio del pensionista, muy al contrario, constituye, a su juicio, una mera expectativa de derecho y, como mucho, un derecho condicionado a la fijación de su contenido por la LGPE del año siguiente, si existe diferencia entre el IPC previsto y el acumulado a noviembre del ejercicio económico correspondiente.

3.3. ¿Qué establece el art. 48.1.2 del TRLGSS/1994 y precepto concordante de Clases Pasivas? Actualización no automática

El art. 48.1.2 TRLGSS no establece una actualización automática de las pensiones, sino que lo somete al presupuesto, que exista una diferencia entre el IPC previsto en la actualización del año correspondiente recogida en la LGPE de dicho año y el IPC acumulado a un mes concreto, noviembre del ejercicio en curso. Si se cumple ese presupuesto podrán actualizarse las pensiones «de acuerdo con lo que establezca la respectiva LPGE, esto es, la actualización no es automática sino que, sólo podrá realizarse en los términos que fije la Ley de presupuestos generales; se condiciona la existencia del derecho a que tal derecho se regule en la Ley de presupuestos generales, de manera que la existencia de un diferencial en el IPC previsto y el acumulado a noviembre del año en curso, es un presupuesto necesario para que nazca la expectativa de derecho, y la existencia de esta expectativa es el presupuesto para que, en los términos que fije la LPGE se actualicen las pensiones, en su caso. No por el mero hecho de la existencia de diferencial en el IPC se actualiza la pensión, sino que habrá que estar a la regulación propia de la LPGE. Y ello no podría ser de otra manera ya que será la Ley de presupuestos de cada ejercicio quien fijará los «gastos» a cargo del Estado, que integran el contenido mínimo esencial de la propia ley.

3.4. ¿Qué papel juega, pues, la diferencial entre el IPC de un año y el del siguiente año?

La existencia de un diferencial entre el IPC previsto y el acumulado a noviembre del año en curso, sólo es el presupuesto necesario para que la LPGE pueda fijar una actualización, pero no determina el nacimiento de dicha actualización como derecho consolidado, sólo será y en la forma que fije la LPGE cuando se determine y en qué se concreta esa expectativa de actualización, como ha ocurrido cuando tal actualización se ha llevado a cabo en el pasado.

²⁴ Tesis que vacía o elimina los contenidos esenciales de cada uno de los derechos constitucionales.

3.5. ¿Hasta donde llegan los poderes del legislador en materia de revalorización o actualización anual de las pensiones?

Según el Abogado, la CE ha regulado el sistema de Seguridad Social, donde se deja al legislador un amplísimo margen para definir las características del sistema en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento y con la finalidad de asegurar la suficiencia y solvencia del sistema. En este marco, señala, no cobra sentido interpretar una norma legal desde el punto de vista constitucional como autolimitadora de la capacidad que la propia Constitución ha dado al legislador para adaptar el sistema a las circunstancias económicas y sociales con el objeto de asegurar la suficiencia y solvencia del Sistema que es el fin último de la norma y cuya apreciación corresponde al legislador.

3.6. La reforma gubernamental responde a imperiosas circunstancias de índole económica debidas a la crisis²⁵

Dice el Abogado la medida adoptada obedece a imperiosas circunstancias de índole económica que afectan a la subsistencia y sostenibilidad del sistema.

3.7. No se tiene derecho a la actualización, solo una mera expectativa de derechos. No hay aquí derechos adquiridos

A juicio del Abogado, el art. 2.1 del R.D.-ley 28/2012 no afecta a derechos ya adquiridos por los particulares, al no haberse integrado en su patrimonio el derecho a la actualización de las pensiones que no se aplica, en el momento de la entrada en vigor de la norma que las acuerda. Si no existen derechos adquiridos afectados por la norma, sino una posible expectativa, no puede considerarse producido el supuesto contemplado en el art. 33.3 CE.

4. ¿COMO JUSTIFICA ESTA CONTROVERTIDA REFORMA EL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?²⁶

Del planteamiento del Pleno del Tribunal Constitucional favorable a la reforma cabe destacar los siguientes extremos.

1. Que, ciertamente, la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, estableció la revalorización automática de las pensiones en función del IPC previsto para ese año. Ahora bien, como la revalorización de las pensiones se realizaba en función de una estimación de la variación de precios al comienzo de cada año del IPC y podía resultar que esa estimación no fuera exacta, bien por ser inferior o superior a la variación real, eL TRLGSS en su art. 48.1.2, y el TR de la Ley de clases pasivas del Estado, art. 27.1 párrafo segundo, previeron reglas específicas para estos casos. Así «si el IPC acumulado, correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización, fuese superior al IPC previsto, y en función del cual se calculó dicha revalorización, se

²⁵ La crisis económica golpea de nuevo a los más débiles e indefensos. Una vez más que los paganos sean los pobres que no han causado la crisis financiera de los especuladores.

²⁶ Como no fue una Sentencia por unanimidad, queda para el final el muy enjundioso Voto Particular.

procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la respectiva LPGE²⁷.

2. Que a los pensionistas cuyas pensiones hubiesen sido objeto de revalorización en el ejercicio anterior, se les abonaría la diferencia en un pago único, antes del 1 de abril del ejercicio posterior»²⁸.

3. Que el R.D.-ley 8/2010, de 20 de mayo procedió a suspender²⁹, para 2011, la aplicación de lo previsto en el art. 48.1.1 del TRLGSS y en el art. 27.1 del TR de la Ley de clases pasivas del Estado, es decir, la revalorización de las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, con excepción de las mínimas de dicho sistema y de las pensiones no concurrentes del extinguido SOVI.

4. Que para el año 2012 las pensiones se revalorizaron inicialmente en un 1 por 100 (art. 5 R.D.-ley 20/2011, de 30 de diciembre), sin embargo, al término de ese año no se abonó la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto, o sea no se actualizaron las pensiones, ya que el recurrido R. D.-ley 28/2012, de 30 de noviembre, dejó sin efecto la actualización de las pensiones para 2012.

5. Que la medida se entronca con los efectos de la gran crisis económico-financiera de los bancos,³⁰ señalando que... "El elevado déficit del sistema de la Seguridad Social durante el ejercicio 2012 y la necesidad de cumplir con el objetivo del déficit público, son las razones que, según la exposición de motivos del R.D.-ley 28/2012, obligaron con carácter de extraordinaria y urgente necesidad a dejar sin efecto la actualización de las pensiones en el ejercicio 2012 y a suspender la revalorización de las pensiones para el ejercicio de 2013 en los términos previstos en el art. 48 LGSS y en el artículo 27 de la Ley de clases pasivas del Estado"³¹.

6. Que aceptar el principio de irretroactividad supondría la petrificación del ordenamiento y por ello se recuerda la doctrina del TC acerca del principio de

²⁷ O sea revalorización inicial y previsión dispuesta legalmente de actualización por las diferencias entre el IPC de un año y el del año siguiente, si las hubiere.

²⁸ Obsérvese, y esto es oportuno a efectos interpretativos del precepto controvertido, que el legislador utiliza el término revalorización para hacer referencia al incremento de la cuantía de las pensiones al comienzo de cada año y el término actualización para hacer referencia a la cantidad que debe abonarse a los pensionistas en caso de que el IPC real sea superior al IPC previsto.

²⁹ No a dejar sin efectos, como ocurriría en 2012. Dicha suspensión no quedó prevista para las pensiones no contributivas de la Seguridad Social.

³⁰ Una medida urgente contra los más desprotegidos de la sociedad, los pensionistas, al acabar el año durante el cual han sufrido un incremento del IPC de casi otros dos puntos porcentuales (1,9). En suma: para el año 2012 las pensiones se revalorizaron (una suerte de anticipo a cuenta a la baja) un 1 por 100, pero el IPC acumulado de noviembre de 2011 a noviembre de 2012 resultó ser un 2,9 por 100. En consecuencia, de conformidad con lo previsto en los arts. 48.1.2 TRLGSS y 27.1 del TR de la Ley de clases pasivas del Estado debería haberse procedido, en principio, a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que debería haber establecido la LPGE para 2013. Sin embargo, el Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, cortó de raíz el asunto y dejó sin efecto la actualización de las pensiones conforme al IPC real en dicho ejercicio, lo que, a juicio de los recurrentes, es inconstitucional por vulneración, entre otros, de los arts. 9.3 y 33 CE.

³¹ No hubiera estado de más, si es que existiera memoria económica de la reforma in peius, que se nos indicara exactamente lo que supuso con alcance general el ahorro gubernamental y lo que por término medio dejaron de ingresar los pensionistas.

irretroactividad contemplado en el art. 9.3 CE., que solo incide sobre «relaciones consagradas» y afecta a «situaciones agotadas»³², argumentando:

a) Que es doctrina reiterada del TC la de que el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el art. 9.3 CE «no es un principio general, sino que está referido exclusivamente a las leyes ex post facto sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. Fuera de estos dos ámbitos, nada impide constitucionalmente al legislador dotar a la ley del grado de retroactividad que considere oportuno, entre otras razones porque la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico, lo que resulta inadmisibles.

b) Que el art. 9.3 CE prohíbe «la incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad». La irretroactividad sólo es aplicable a derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas, por lo que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 CE, cuando incide sobre «relaciones consagradas» y afecta a «situaciones agotadas».

c) Reiterad el Abogado del Estado la actualización de las pensiones conforme al IPC del año en curso no constituye un derecho consolidado integrado en el patrimonio del pensionista, sino una mera expectativa de derecho y, como mucho, un derecho condicionado a la fijación de su contenido por la LGPE del año siguiente, si existe diferencia entre el IPC previsto y el acumulado a noviembre del ejercicio económico correspondiente³³.

7. Que la interpretación que el TC ha dado a los artículos 50 y 41 de la CE es la siguiente:

a) «Corresponde al legislador determinar el alcance del derecho de los ciudadanos a obtener y la correlativa obligación de los poderes públicos de otorgar una pensión durante la tercera edad, estableciendo los requisitos y condiciones que se precisen para hacer efectivo ese derecho».

b) El art. 50 CE tiende «a erradicar situaciones de necesidad, que habrán de ser determinadas y apreciadas, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las

³² Frente a la idea fuerza del Pleno del TC de que no es aplicable el principio de irretroactividad del art. 9.3 CE, cabe decir por nuestra parte que no se trata de petrificar el ordenamiento, sino, como dicen los diputados recurrentes, de actualizar (poner al día según el mandato constitucional y legal) las pensiones, según exige la CE y la normativa de Seguridad Social y de Clases Pasivas, en aras a lograr alcanzar y mantener dinámicamente unas pensiones dignas y actualizadas.

³³ Evidentemente se trata de un argumento que da la impresión que no se desea aceptar la realidad, puesto que la solución ya la tienen preconstituida. Aparte de que se da la condición exigida de la existencia de un diferencial de 1,9 de más de IPC que hay que saldar. Luego si se da la diferencial la LPGE debe actuar y remediar tal diferencial entre el IPC previsto para 2012 y el diferencial real habido.

circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento.

c) El art. 50 CE no obliga a que todas y cada una de las pensiones ya causadas experimenten un incremento anual. La «garantía de actualización periódica, no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones. Al fijar un límite a la percepción de nuevas pensiones o al negar la actualización durante un tiempo de las que superan ese límite el legislador no rebasa el ámbito de las funciones que le corresponden en la apreciación de aquellas circunstancias socioeconómicas que condicionan la adecuación y actualización del sistema de pensiones»³⁴

d) La limitación de la actualización de la capacidad adquisitiva de las pensiones más altas, «en tanto se encuentra fundada en las exigencias derivadas del control del gasto público y del principio de solidaridad, goza de una justificación objetiva y razonable»³⁵.

El art. 48.1 TRLGSS y el art. 27.1 del TR de la Ley de clases pasivas del Estado contenían dos mandatos diferentes:

1º) Por un lado, la revalorización de las pensiones al comienzo de cada año en función del correspondiente IPC previsto para dicho año (art. 48.1.1 TRLGSS y 27.1 párrafo primero de la Ley de clases pasivas del Estado). Para el año 2012 esa revalorización fue del 1%.

2º) Por otro lado, la actualización de dicha revalorización, de manera que, en el supuesto de que el IPC acumulado, correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior (2011) y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización (2012) fuese superior al índice previsto, «se procedería a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la LPGE » (arts. 48.1.2 TRLGSS y 27.1 de la Ley de clases pasivas).

El art. 2.1 del R.D.-ley 28/2012 dejó sin efecto esta regla para el año 2012, lo que a juicio de los recurrentes vulnera el art. 9.3 CE³⁶.

8. Que a juicio del TC los arts. 48.1.2 TRLGSS y 27.1 del TR de la Ley de clases pasivas del Estado no proceden a reconocer de forma automática a los pensionistas el derecho a recibir la diferencia entre el IPC estimado y el IPC real, sino que se remiten a la LPGE³⁷. La LGPE es un instrumento a través del cual se consigna la previsión de ingresos y

³⁴ Aquí el TC entra en una materia en la que nadie ha entrado y que en modo alguno se ha planteado.

³⁵ Nadie ha planteado aquí nada al respecto, aparte de que ninguna pensión española es alta comparativamente hablando en el entorno europeo e incluso a nivel nacional comparándolas con las de los agentes financieros y bancarios (aunque se con sus inmensos fondos de pensiones) y no se ha tenido en cuenta el de millones de afectados de bajísimas pensiones para sobrevivir. Esta solución gubernamental era solo un buen bocado cara a Bruselas a costa no de la Banca, sino de los pensionistas que estaban esperando que se les actualizara lo que había quedado desactualizado en un 1,9 durante 2012. No es demagogia recordar los fondos de pensiones para los banqueros y otras prebendas multimillonarias, así como sus continuos incrementos de beneficios y demás tarjetas bancarias y gastos suntuosos de alcaldes y demás.

³⁶ Llama la atención la cantidad de veces que se repite el texto controvertido y la escasa contundencia de sus razonamientos desestimatorios del recurso.

³⁷ O sea cabe preguntarse ¿se quiere decir que todo queda en manos de lo que quiera la LGP para 2013, o sea que existe un remisión en bloque para que si existe variación del IPC real sobre el previsto pueda acudir a actualizar las (...)

habilitación de gastos para un determinado ejercicio con la finalidad de hacer frente a las consecuencias económicas derivadas de la aplicación de otras leyes. Pero para que esto sea así no es necesario que dichas leyes contengan una remisión expresa a la LPGE. Luego si en este caso el legislador se remite expresamente a ella es porque ha querido otorgar a esa remisión unos efectos que van más allá de la mera obligación de consignar en la misma la correspondiente partida de gastos³⁸.

9. Considera el TC que la expresión «de acuerdo con lo que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado» supone reconocer al legislador un margen para hacer frente a la actualización de las pensiones en función de las posibilidades económicas del Sistema, sin olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales³⁹.

10. Sobre la base de la doctrina constitucional anteriormente expuesta, el legislador no ha hecho sino reconocer que la actualización de la revalorización de las pensiones efectuada al principio del ejercicio pueda ser modulada⁴⁰ por la LPGE en función de las circunstancias socioeconómicas concurrentes y, por ello, habilita a la LGPE para que decida cuál es el alcance de la actualización.

11. El eventual devengo de la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto tendría lugar el 31 de diciembre, siendo la LPGE el instrumento para determinar el quantum de esa actualización. El período de generación de dicha actualización es el año natural, coincidiendo con el ejercicio presupuestario y con el período a que se refiere tanto la pensión como su eventual revalorización y actualización, pero sin poder confundir ese período con la regla de cálculo que prevé la norma (de noviembre del ejercicio anterior a noviembre del ejercicio

pensiones si lo estima oportuno y sin criterio alguno y en la cuantía que quiera? Entonces para que precisamos de los arts. 48.1.2 del TRLGSS y 27.1 del TR de la Ley de clases pasivas del Estado ¿no están de más?

³⁸ Tal vez sea porque es necesario constatar las variaciones habidas de un año al otro y así establecer los porcentajes de la subida, entre otras cosas para así cumplir el Estado con los pensionistas, pero no dejándolo a su libérrima voluntad, sino obligatoriamente si se dan los presupuestos de hecho de la norma. A la LPGE para 2013 solamente le cabía aplicar las consecuencias previstas ex ante si se daba el presupuesto de hecho. Nada más ni nada menos.

³⁹ A nuestro juicio, estamos ante un deber legal y constitucional que hay que cumplirlo anualmente a través de la LPGE, pues estamos ante un derecho perfecto, consolidado, solamente pendiente de que se hagan las anotaciones contables correspondientes en la LPGE para su pago en el mes de abril.

No obstante, una y otra vez, como carente de argumentos y apegados a una mala y deficiente interpretación literal de la norma, se vuelve a decir machaconamente que la remisión que la LGSS y la Ley de clases pasivas del Estado hacen a la LPGE no es, por tanto, una mera remisión a los efectos de que esta Ley habilite la correspondiente partida del gasto presupuestario, sino que supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización de la revalorización en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento existentes, todo ello con la finalidad de asegurar la suficiencia y solvencia del sistema de Seguridad Social.

Realmente este último argumento nos recuerda las pensiones asistenciales más rancias, cuando prácticamente desde el poder público se ejercía la beneficencia sobre seres humanos que carecían de derechos y se hacía según los escasos medios sobrantes del poder central o local. Aquí se está tratando de prestaciones contributivas especialmente, que son fruto de muchos años de trabajo y de cotización y de colaboración en el mantenimiento del sistema social, habiendo cumplido el pensionista o su causahabiente durante muchos años, día a día, mes a mes, año a año, con las exigencias impuestas por el legislador para obtener con seguridad el derecho a una pensión, no sometida a las veleidades de la fortuna ni a los caprichos de los políticos de turno; no quedando en manos de las decisiones de oportunidad. En el orden de prioridades el gobernante no puede dejar de cumplir con los mandatos constitucionales a favor de otras políticas, por ej. armamentísticas.

⁴⁰ Sería conveniente vieran los escritores de esta STC en el Diccionario de la RALE qué significa la palabra modular.

económico a que se refiere la revalorización). Es decir, la referencia de noviembre a noviembre es una mera regla de cálculo por razones presupuestarias, pero la eventual actualización de la revalorización se devengaría y, por tanto, se consolidaría, el 31 de diciembre de cada ejercicio⁴¹. Sólo en ese momento podría hablarse de un derecho adquirido a la actualización de la revalorización de las pensiones realizada en los términos previstos en la LGPE. Por ello, cuando se dictó el R.D.-ley 28/2012 los pensionistas sólo tenían una mera expectativa a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto, expectativa que debiendo ser concretada por la LPGE en cada ejercicio, para el año 2012 quedó sin efecto por haberse suspendido⁴² con anterioridad a su consolidación.⁴³

12. En consecuencia, dado que cuando se aprobó el R.D.-ley 28/2012 no existía una relación consagrada o agotada incorporada al patrimonio del pensionista, sino una mera expectativa, hay que rechazar que la norma cuestionada haya incurrido en retroactividad auténtica o de grado máximo prohibido por el art. 9.3 CE.

13. Sobre el tema de la expropiación (art. 33.3 CE), cabe recordar que este precepto dispone que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública, o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes». Como señala la STC 108/1986, «no define la Constitución qué deba entenderse exactamente por expropiación de ‘bienes y derechos’, pero dado que el precepto se remite a ‘lo dispuesto por las Leyes’, parece que hay que referirse a la legislación vigente, que acoge un concepto amplio respecto al posible objeto de la expropiación». Pues bien, de acuerdo con esa legislación, falta en el art. 2.1 del R.D.-ley 28/2012 un elemento indispensable para que pueda calificarse la no actualización de las pensiones de medida expropiatoria, cual es que «sólo son expropiables y, por tanto indemnizables, la privación de bienes y derechos o incluso intereses patrimoniales legítimos aun no garantizados como derechos subjetivos (por ejemplo, las situaciones en precario); pero en ningún caso lo son las expectativas. La doctrina jurídica y la jurisprudencia consideran, casi unánimemente, que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futuros» (FJ 20). En consecuencia, la norma impugnada resulta acorde con el art. 33.3 CE en la medida en que su aplicación no ha supuesto la expropiación de derechos patrimoniales consolidados, solamente se ha privado a los pensionistas de una expectativa.

Por todo lo anterior se desestima el recurso de inconstitucionalidad, con el siguiente voto particular.

5. EL VOTO PARTICULAR⁴⁴

Los magistrados discrepantes estiman que la STC debió declarar inconstitucional y nulo el art. 2.1 del R.D.-ley 28/2012, en conexión con los arts. 10.1, 41 y 50 de la CE.,

⁴¹ Olvidan que las pensiones se pagan por meses y se van devengando mes a mes hasta vencer el año.

⁴² Lo que dice la norma controvertida es que queda sin efectos, no que se suspenda.

⁴³ O sea que solo se consolidaba al vencer el mes de noviembre y fue abortado por el gobierno de modo exabrupto (valga la licencia) al término de dicho mes.

⁴⁴ Los formulan los magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré y don Luis Ignacio Ortega Alvarez al que se adhieren la magistrada doña Adela Asua Batarrita y el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos

significando, que el efecto más perceptible de la sistemática elegida reside en la escasa importancia que parece querer transmitirse sobre el fondo del asunto, de suerte tal que el razonamiento del Pleno que conduce a descartar la irretroactividad del precepto impugnado puede desplegar unos efectos devastadores en lo que concierne a la identificación del momento de maduración y reconocimiento de derechos y obligaciones por los poderes públicos.

5.1. ¿En base a que se desestimó el Recurso?

La desestimación se apoyó fundamentalmente en la negación del carácter retroactivo del art. 2.1 del R.D.-ley 28/2012, diciendo que no estamos ante derechos adquiridos o consolidados, sino ante meras expectativas.

5.2. ¿Cuál es el valor, contenido y alcance de los textos constitucionales declarativos de derechos?

Señalan los magistrados discrepantes que el reconocimiento de determinados derechos por la CE no es una mera declaración vacía de contenido, sino que está en plena coherencia con la calificación de nuestro Estado como social y democrático de Derecho (art. 1.1), sin que sea suficiente el aseguramiento formal de esos derechos, siendo adicionalmente exigible su garantía material y debido cumplimiento.

5.3. ¿Irreversibilidad de los derechos sociales? El sentido de las distintas opciones políticas en el desarrollo constitucional

Aceptan y entienden que el pluralismo político implica la posibilidad de que, dentro del marco constitucional, sean posibles diversas opciones legislativas de configuración de los derechos sociales, atendiendo a las diversas prioridades políticas, siendo, por otra parte, evidente que las decisiones precedentes nunca pueden vincular de forma absoluta a las futuras. Ahora bien, el debate acerca de la alterabilidad o inalterabilidad del *statu quo* alcanzado en el desarrollo de los derechos sociales es sensiblemente más complejo.

5.4. ¿Pero cabe cualquier medida en cualquier tiempo y bajo cualquier gobierno? La reserva de lo posible en el orden social

El legislador podría adoptar medidas consideradas regresivas respecto a la situación anterior, pues los derechos sociales, y en particular en materia de seguridad social, están condicionados por lo que podemos calificar de reserva de lo posible. Pero semejante conclusión no consiente la adopción de cualquier medida y de cualquier modo.

Señalada la inviabilidad de la irreversibilidad absoluta, no es aceptable, sin más, su opuesto, la reversibilidad incondicionada o, lo que es lo mismo, el reconocimiento al legislador de una libertad omnímoda al respecto; lo que es perfectamente admisible es que la aplicación de la legislación ordinaria esté presidida por un principio interpretativo restrictivo de los eventuales recortes sociales.

El legislador es el máximo responsable de que los principios rectores constitucionales desplieguen toda su eficacia jurídica; esto es, la CE configura derechos sociales jurídicamente exigibles, pues no de otra forma puede entenderse el art. 53.3 CE, que

expresamente ha querido remitir la decisión sobre la concreción en derechos de los principios socioeconómicos constitucionales al plano de la legislación ordinaria. Ni que decir tiene que entre ellos se encuentra los arts. 41 y 50 CE, que obligan a los poderes públicos a garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de numerosos colectivos de ciudadanos, la mayor parte de ellos socialmente vulnerables y en estado de necesidad.

5.5. ¿De qué estamos hablando cuando hablamos de remediar situaciones de necesidad? Medios para erradicarla

El TC tiene declarado que las previsiones constitucionales en la materia suponen que pase a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, de suerte que el legislador no hace, pues, sino apreciar esas necesidades, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades de medios y las necesidades de los diversos grupos sociales.

5.6. El reconocimiento del derecho a la actualización de las pensiones deriva de la Ley 24/1997 ¿Cómo se justifica el retroceso practicado; qué razones de fondo se han dado? ¿Bastan las razones de la crisis; no había más alternativa menos dolorosa? ¿Cómo se justifica tan duro cambio?

La reversibilidad no puede significar que esa decisión restrictiva pueda hacerse sin justificar el alcance de las nuevas decisiones, sino que deberán darse unos supuestos o condiciones que expliquen el porqué de tal retroceso, lo que, en el caso, hubiera exigido analizar la fundamentación de la decisión adoptada por el legislador de urgencia, pues es ineludible una justificación del cambio introducido.

5.7. La nueva regulación in peius contra derechos consolidados comporta un atentado contra la confianza y la seguridad jurídica debidas

Parece inadmisibles una regulación que, al afectar desfavorablemente a relaciones jurídicas ya consolidadas, nacidas de la confianza de los ciudadanos en la seguridad jurídica aplicable a la actualización de las pensiones, no venga acompañada de una justificación de su carácter ineludible, ya que, en caso contrario, puede suponer su inconstitucionalidad derivada del incumplimiento de concretos mandatos constitucionales, que ya habían sido concretados efectivamente por el legislador⁴⁵.

5.8. ¿Qué es pensión adecuada con alcance general o universal? ¿Cómo se justifican los cambios y retrocesos radicales? ¿Qué justifica la vuelta atrás?

Como afirma la STC 134/1987, el concepto de pensión adecuada del art. 50 CE no puede considerarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que pueda prescindirse de las

⁴⁵ En otras palabras, el legislador regula de una determinada forma lo que le manda la CE y cuando le viene en ganas lo suspende o elimina a favor de otros derechos económicos menores, sin otros razonamientos que los lugares comunes de la época de crisis y sin contraste de opiniones con quienes representan a tantos o más que los representados por el PP, abusando así de su mayoría absoluta de escaños.

circunstancias sociales y económicas de cada momento y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales.

No puede resultar indiferente al TC que el derecho social reconocido constitucionalmente, aun no teniendo en la CE detalles precisos sobre su alcance y extensión, haya tenido ya un concreto desarrollo que en un momento determinado quiere ser suprimido. Dado que las circunstancias pueden variar, podrá cambiar también la regulación, pero no de cualquier modo, sino con total justificación, valorando los criterios de preferencia en la imposición de la restricción.

5.9. El tema de la retroacción de las disposiciones. Alcance. La dignidad de los pensionistas

En el precepto impugnado concurren, y de manera ejemplar, los dos elementos que, de conformidad con esta consolidada jurisprudencia en la materia, identifican el objeto de la prohibición de retroacción. En primer lugar, la regla jurídica establecida en ese precepto legal, consistente en dejar sin efecto la actualización de pensiones durante el año 2012 prevista en los arts. 48.1.2 del TRLGSS y 27.1, del TR de la Ley de clases pasivas del Estado, constituye una medida limitativa de un derecho individual del que eran titulares todas las personas que, a fecha 31 de diciembre de 2011, tenían causadas bien pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social bien pensiones cubiertas por el régimen de clases pasivas del Estado.

La supresión de la actualización de las pensiones en el ejercicio económico del 2012 afecta de lleno y de manera directa a la esfera general de protección de la persona. En el capítulo de los derechos sociales promovidos y gestionados por los poderes públicos con vistas a la efectiva y real implantación de un Estado social (art. 1.1 CE), las prestaciones sociales destinadas a «la reducción, remedio o eliminación de situaciones de necesidad» (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17) y ocasionadas en un buen número por la pérdida de las rentas de trabajo ocupan un lugar de primer orden; hasta tal punto, que tales prestaciones pueden calificarse con toda propiedad como expresión del deber de los poderes públicos de fomentar cuantas medidas contribuyan a garantizar la dignidad que corresponde a todas las personas por su condición de seres humanos (art. 10.1 CE). La dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo en consecuencia, *un minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales no conlleven un menoscabo para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona.

5.10. Perjuicio económico visible causado a los pensionistas, pues dejan de cobrar ese 1,9% anual de la diferencial del IPC. Quebrantamiento del principio de neutralidad de los procesos inflacionistas sobre las pensiones causadas

El carácter restrictivo de la medida adoptada por el Gobierno mediante aquella norma de urgencia ocasionó a los beneficiarios de las pensiones, que a 1 de enero de 2012 ya se habían revalorizado en el porcentaje del 1 por 100, correspondiente al incremento del Índice de precios al consumo (IPC) previsto en la LPGE para ese mismo año, un indiscutible perjuicio económico, equivalente a la diferencia entre el aumento del IPC previsto y del real, cifrado a 30 de noviembre en un 1,9 por 100. Por este lado, el precepto impugnado vino a

quebrar el principio de neutralidad de los procesos inflacionistas sobre las pensiones causadas, vigente en nuestro sistema de protección social desde 1997, haciendo recaer sobre las economías personales de los pensionistas, vulnerables y precarias la mayoría de ellas, dos tercios de la pérdida total de su poder adquisitivo; o, por enunciar la misma idea desde otro ángulo, desplazando a estas economías la carga de asumir dos tercios del crecimiento del coste de la vida.

5.11. Acerca del canon de solidaridad, informante de las medidas restrictivas de prestaciones sociales: que ha de informar las medidas restrictivas de las prestaciones sociales

La STC 134/1987 vino a consagrar el canon –olvidado o pasado por alto por la Sentencia de la mayoría– que de manera obligada ha de informar las medidas restrictivas de las prestaciones sociales. Este canon es el principio de solidaridad que comporta «el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados con independencia, incluso, de las consecuencias puramente económicas de estos sacrificios». El precepto impugnado dejó sin efecto de manera generalizada e indiferenciada el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de 2012, equiparando, desde la doble óptica subjetiva y objetiva, las pensiones de cuantía más baja, incluso las sujetas al complemento a mínimos, con las de cuantía más alta, incluidas las situadas en el nivel máximo. Tal regla jurídica de semejante contenido normativo confronta y agrede sin miramiento alguno el principio de solidaridad, que mantiene estrechas vinculaciones con «ciertas declaraciones constitucionales, como el ser España un Estado social y democrático de Derecho que propugna entre otros valores superiores de su ordenamiento la justicia (art. 1.1) o el deber de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa.

5.12. La retroactividad interdicta por el art. 9.3 CE: la que incide sobre derechos «consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas»

La retroactividad interdicta por el art. 9.3 CE resulta aplicable exclusivamente a los derechos individuales, entendidos éstos en los términos anteriormente expuestos, siempre y cuando se trate de derechos «consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas». Por consiguiente y para este Tribunal, solo cabrá apreciar que una norma es retroactiva, a los efectos del precitado art. 9.3 CE, cuando incide sobre «relaciones consagradas» y afecta a «situaciones agotadas» (STC 116/2006).

Según STC, el precepto impugnado no pertenece a la categoría de normas retroactivas, conclusión ésta que se basa en la función que se asigna a la remisión que tanto el TRLGSS como del TR de la Ley de clases pasivas del Estado hacen a la LPGE, remisión que, en el decir de dicha Sentencia, no tiene el alcance de mera habilitación de la «correspondiente partida del gasto presupuestario», sino el de atribución al legislador de «un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento existentes» (FJ 5).

La presente resolución entiende que, en la medida en que en la data de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 28/2012 (1 de diciembre de 2012) ni se había aún aprobado la ley presupuestaria ni tampoco había expirado la fecha para la consolidación de la actualización de pensiones, «los pensionistas solo tenían una mera expectativa a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto, expectativa que, debiendo ser concretada por la LPGE en cada ejercicio, para el año 2012 quedó sin efecto por haberse suspendido con anterioridad a su consolidación» (FJ 5). «En consecuencia, dado que cuando se aprobó el R.D.-ley 28/2012 no existía una relación consagrada o agotada incorporada al patrimonio del pensionista, sino una mera expectativa, hemos de rechazar que la norma cuestionada haya incurrido en un supuesto de retroactividad auténtica o de grado máximo prohibido por el art. 9.3 CE» (FJ 5, *in fine*).

Los magistrados discrepantes no comparten esta tesis, dejando expresa constancia de su radical divergencia poniendo de manifiesto sus sorprendidos y negativos efectos sobre la determinación del momento de la efectiva maduración de los derechos y obligaciones en el sector público.

5.13. ¿Cuál es el momento de devengo de la cantidad económica derivada de la actualización de pensiones?

Para la STC, la «eventual actualización de la revalorización «se devengaría»y, por tanto, se consolidaría el 31 de diciembre de cada ejercicio» (FJ 5). A juicio del Voto Particular, es este un criterio que viene desmentido por los arts. 48.1.2 TRLGSS y 27.1, párrafo segundo, del TR de la Ley de clases pasivas del Estado, que definen esa secuencia temporal en términos simétricos; a saber: «a los pensionistas cuyas pensiones se hubieran causado o revalorizado en el ejercicio anterior, se les abonará la diferencia en un pago único, antes del primero de abril del ejercicio posterior». El momento del devengo se identifica así en fecha incierta, pero en todo caso comprendida en el primer trimestre de cada anualidad.

La segunda situación es el período de cálculo para conocer la concreta evolución del IPC y poder fijar la diferencia entre los IPC previsto y real, período que, una vez más, los pasajes legales citados del TRLGSS y el TR de la Ley de clases pasivas del Estado enuncian con notable claridad: «entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiera la revalorización»⁴⁶. Este período de cálculo cumple una función sustantiva de primer orden, pues acota la secuencia temporal dentro de la cual se procede a la concreción de la segunda de las piezas que articula el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones. Una vez revalorizadas las pensiones al inicio de cada ejercicio económico conforme al IPC previsto, el mantenimiento comporta la actualización de las pensiones ya revalorizadas en una cantidad equivalente al diferencial entre ese IPC y el real, diferencial éste fijado a lo largo de dicho período de cálculo.

La tercera y última de las situaciones jurídicas es la verdaderamente decisiva a efectos de la configuración del art. 2.1 del R.D.-Ley como norma que lesiona la prohibición de retroactividad *ex* art. 9.3 CE. A juicio de los magistrados los arts. 48.1.2 TRLGSS y 27.1,

⁴⁶ A nuestro entender, las pensiones ya estaban revalorizadas al inicio del periodo de 2012, luego solamente se trataba de actualizarlas.

párrafo segundo, del TR de la Ley de clases pasivas del Estado poseen una misma estructura jurídica.

El supuesto de hecho lo constituye una situación definida del modo siguiente: el índice de precios al consumo acumulado correspondiente al período comprendido entre el 1 de diciembre (2011, en el caso a examen) y el 30 de noviembre del año posterior (2012, en el caso a examen) sobrepasa o excede («es superior a favor de los beneficiarios de pensiones causadas con anterioridad al 31 de diciembre de 2011», en el lenguaje legal) al índice previsto por la LPGE para el ejercicio 2012 (el 1 por 100, en el caso a examen).

La consecuencia jurídica es la actualización de pensiones; es decir, el abono del diferencial entre ambos índices de precios al consumo a los beneficiarios de pensiones causadas con anterioridad al 1-1-2012.

La consecuencia jurídica de los preceptos está sujeta, sin embargo, a condición, consistente en que, durante el tan citado período, el IPC real haya sido superior, efectivamente, al IPC previsto.

En suma, el cumplimiento de la condición comporta la maduración o consumación del tan mencionado derecho a la actualización, que se incorpora e integra de manera automática en el patrimonio jurídico de los pensionistas; de cada uno de ellos al que resulte de aplicación el supuesto de hecho. O por expresar esta misma idea con el lenguaje de este Tribunal, la ejecución de la condición lleva aparejada la transformación de la actualización de pensiones de una simple expectativa en un «derecho adquirido» o, si se quiere, en una «relación consagrada» o una «situación agotada».

El derecho de actualización de las pensiones se retrotrae a la fecha que define el comienzo de su disfrute, coincidente con el 1 de enero de cada anualidad, concluyendo, con criterios de normalidad, con la secuencia de clausura o cierre, convergente ahora con el 31 de diciembre de esa misma anualidad.

5.14. ¿En que consiste dejar sin efecto para el ejercicio 2012 la actualización de las pensiones en los términos previstos?»?

Presupone necesariamente, de entrada, reconocer la existencia de ese algo; y también lleva implícita la producción de efectos. Solo pueden dejarse sin efectos aquellas situaciones jurídicas ya consolidadas o agotadas. Este primer argumento ya descarta, en sí mismo considerado, la tesis sostenida por el pronunciamiento del que se diverge, privando de la necesaria consistencia interpretativa a la configuración jurídica de la actualización de pensiones como una mera expectativa hasta tanto en cuanto no se apruebe y entre en vigor la ley presupuestaria. En segundo lugar y como resultante de lo anterior, también sustrae de fuerza hermenéutica a la consecuencia jurídica predicable del pasaje legal combatido, que no consistiría en haber dejado sin efectos la actualización de pensiones, sino en haberla «suspendido con anterioridad a la consolidación».

5.15. El quid de la cuestión: supresión y no suspensión. El papel de la LPGE

El art. 2.1 del R.D.-ley 28/2012 no procedió a suspender, ni temporal ni indefinidamente, la actualización de pensiones; su alcance, bien distinto, residió en privar,

abolir, cesar o suprimir el derecho, ya consolidado, a la percepción por los pensionistas de la segunda fracción que garantiza el mantenimiento del poder adquisitivo de sus pensiones. El alcance del giro gramatical «se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la respectiva LPGE » no consiente una inteligencia como la abogada por la Sentencia. Atendiendo a criterios de simple construcción gramatical, la expresión *de acuerdo* con la LGPE no desplaza a la ley reenviada la facultad de reconocer o de abolir la actualización de pensiones; su sentido, bien diferente, es el de diferir a dicha norma la consignación de los créditos para hacer frente «a la correspondiente actualización», siempre y cuando, como ya se ha argumentado en reiteradas ocasiones, se hubiere cumplido la condición para que la misma opere de conformidad con los criterios establecidos en aquellos preceptos legales, cumplimiento que en efecto tuvo lugar. Utilizando una fórmula de estilo, las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado han venido incorporando a su estructura interna una regla de «mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones», sistemáticamente ubicada entre las disposiciones adicionales.

La ordenación jurídica por las leyes de presupuestos de la actualización de pensiones responde, en su estructura, a la lógica propia de las cláusulas que proceden a la consignación de créditos o deudas ya causados y consolidados a resultas de lo establecido en otras leyes sustantivas

5.16. La neutralidad no respetada en este caso de la inflación sobre las pensiones

Los actos de las EEGG del sistema de Seguridad Social, de manera sistemática e ininterrumpida desde la implantación en nuestro ordenamiento del principio de neutralidad del proceso inflacionario sobre las pensiones, vienen a avalar, la tesis aquí sostenida y, por tanto, a desmentir la argumentación que sustenta la desestimación por la Sentencia de la inexistencia de lesión del art. 9.3 CE por el art. 2.1 del R.D.-ley 28/2012.

Tales actos se concretan en el reconocimiento y el abono a los derechohabientes de los pensionistas fallecidos a lo largo del correspondiente ejercicio anual, titulares de pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de ese mismo ejercicio, de la parte proporcional de la cuantía de la actualización de pensiones que el causante hubiere recibido en caso de no haberse producido el óbito.

El interrogante que emerge de inmediato de esta práctica es de fácil enunciado: si la actualización de pensiones se consolidase, como sostiene la Sentencia, a 31 de diciembre de cada año, una vez aprobada la oportuna ley de presupuestos, de modo que hasta esa fecha los pensionistas no tuvieran más que expectativas de derechos y no derechos adquiridos ¿cuál sería el título jurídico que fundamentaría el abono de la diferencia entre los IPC previsto y real por las entidades gestoras de las pensiones de la Seguridad Social y de clases pasivas del Estado? Descartado que ese abono pudiera venir motivado por razones de benevolencia o altruismo de esas entidades con quienes tienen la condición de derechohabientes del pensionista fallecido, el interrogante enunciado tiene una respuesta tan rápida como sencilla. Dicho abono se debe al modo como se integra la actualización de pensiones en el patrimonio jurídico de los pensionistas; a saber, una vez cumplida la condición estipulada por los preceptos legales encargados de garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, los efectos de ese cumplimiento se retrotraen al 1 de enero del año en el que se produce el fallecimiento, madurando su cuantía de forma progresiva a lo largo de ese año.

6. CONCLUSIÓN GENERAL

Se debe convenir que de los artículos 41 y 50 de la CE nace la necesidad de la revalorización periódica de las pensiones, de forma que las pensiones mantengan, al menos, su poder adquisitivo, dado que el principal objetivo de cualquier sistema de pensiones es proporcionar unas pensiones suficientes y adecuadas que permitan a los pensionistas mantener unas condiciones de vida suficientes, sin perjuicio de los distintos mecanismos necesarios para compatibilizarlo con el equilibrio financiero y la sostenibilidad del sistema de pensiones, pero tampoco sin que las dificultades financieras justifiquen la expropiación del total de la revalorización de las pensiones que ya han sido devengadas, aunque no totalmente liquidadas, circunstancia que parece no haber sido declarada inconstitucional, por simple conveniencia de equilibrio financiero.