

La posición de los tribunales ante la inaplicación de las viejas reglas de revalorización de las pensiones
Reflexiones a propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Social (núm.12) de Barcelona núm 287/2015, de 4 de septiembre

The position of the courts on the non-application of the old rules of pension increases (revaluation)
Thoughts on the judgment of the Labour Court (num. 12) of Barcelona, nº 287/2015, on September 4

JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA UCM

Resumen

El viejo sistema de revalorización se aplicó de forma continua desde su creación en 1997 hasta los tiempos de mayor impacto de la crisis económica y financiera. Las decisiones de los gobiernos han tenido una valoración crítica en la doctrina y una aplicación compleja y desigual en los órganos judiciales, sin que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia haya cerrado el espacio argumental, adquiriendo relevancia ahora los postulados que se fundamentan en la Carta Social Europea y en las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales.

Abstract

The old system was applied revaluation continuously since its inception in 1997 until the times of greatest impact of the economic and financial crisis. The decisions of governments have a critical assessment in doctrine and a complex and uneven application in the courts, without the doctrine of the Constitutional Court on the matter has closed the plot space, becoming important now the assumptions that are based on the European Social Charter and the decisions of the European Committee of Social Rights.

Palabras clave

Revalorización de pensiones, retroactividad, expectativa de derecho, derecho consolidado

Keywords

Pension revaluation, retroactivity, expectation law, consolidated law

1. INTRODUCCIÓN

Las reflexiones que siguen tienen como punto de partida la Sentencia del Juzgado de lo Social (núm. 12) de Barcelona núm. 287/2015, de 4 de septiembre de 2015, que determina “la estimación de la demanda interpuesta por los actores contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), declaro su derecho a percibir una paga única compensatoria de su pensión de jubilación por el desvío del índice de precios al consumo durante el año 2012, calculada sobre un 2,9% de la pensión que percibieron durante el año 2012 y el abono de la pensión de jubilación para el año 2013 incrementada en un 2,9% sobre la pensión que venían percibiendo durante el año 2012”.

La sentencia, trae su origen en el conflicto planteado y referido a la aplicación de las reglas de revalorización. En efecto, como veremos, para el ejercicio 2012, las pensiones se revalorizaron con carácter general en un 1 por ciento, por debajo del IPC real que ascendía al

2,9 (art. 5 RDL 20/2011, art. 42, Ley 2/2012 y art. 2.1 RDL 28/2012, de 30 noviembre). Por esas mismas razones de contención del gasto público, para el año 2012 fue dejada sin efecto la compensación que legalmente estaba prevista para los casos de pérdida de poder adquisitivo de las pensiones a causa de un crecimiento del IPC mayor del calculado inicialmente (art. 2 RDL 28/2012, de 30 de noviembre)¹.

Múltiples son las reflexiones que sugieren la sentencia del Juzgado de Barcelona. La primera, su difícil recorrido. En efecto, el antecedente de la Sentencia del Tribunal Superior del Vasco (núm. 1514/2015 de 8 septiembre; Rec. 2298/2014) que resuelve la impugnación de la Sentencia de Juzgado de los Social núm. 4 de los de Donostia /San Sebastián, de 14 de marzo de 2014., una vez producida la decisión del Tribunal Constitucional en su Sentencia 95/2015, de 14 de mayo y con fundamento y apoyo en su doctrina, hace albergar serias dudas sobre su confirmación. La segunda, el interés en resolver en base a la aplicación de la Carta Social Europea y las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) . La tercera, su temporalidad, en el sentido de que el sistema de revalorización de las pensiones cambió con la Ley 23/2013, de 22 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad. Y finalmente el fondo del asunto, que sugiere reflexiones enfrentadas, de las que se hizo eco el Tribunal Constitucional y se evidenciaron en la confrontación entre la decisión mayoritaria y el voto particular.

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA

El sistema de revalorización de pensiones vigente hasta la reforma operada por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social, ha tenido el siguiente evolutivo.

El origen de modelo podemos situarlo en la reforma operada por Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social.² La Exposición de Motivos de la referida Ley reconoce que se “introduce la garantía de que las pensiones serán actualizadas cada año según la evolución del Índice de Precios al Consumo, manteniendo así los pensionistas el poder adquisitivo de sus pensiones”, pero como dice su precepto regulador no con carácter universal. En efecto el artículo 4 de la referida Ley establece que, “las pensiones que se causen con aplicación de las modificaciones introducidas en la presente Ley, serán revalorizadas al comienzo de cada año, de acuerdo con el Índice de Precios al Consumo previsto para dicho año”. La Ley 26/1985, inició el proceso reformador de las pensiones que hoy continúa y en su filosofía, la revalorización fue concebida como una especie de elemento compensador, de ahí que su aplicación se vinculara a las pensiones reconocidas en aplicación de la reforma.

¹ Al respecto de esta normativa, PANIZO ROBLES, J.A. “La Seguridad Social en los Presupuestos para 2012 (Comentarios a la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012 y a otras disposiciones legales con medidas en materia de Seguridad Social)”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Nº. 352, 2012, págs. 121-196; y “La Seguridad Social en el año 2012 (análisis de las medidas contenidas en el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público)”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Nº. 347, 2012, págs. 5-76.

² Su evolución fue estudiada detenidamente por GETE CASTRILLO, P. “El nuevo derecho común de las pensiones públicas” *Lex Nova*, Valladolid 1997. Más reciente, puede verse DE LA FUENTE LAVÍN, M.: *El sistema de pensiones en España. Evolución y perspectivas de futuro*, Ed. Comares, Granada, 2006.

El modelo fue completado sin ruptura, con la reforma operada por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, estableciendo, que trae su origen en el Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social suscrito entre el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito estatal, CCOO y UGT³. Como reza su Exposición de Motivos “de la revalorización automática de las pensiones, en función de la variación de los precios, a través de la fórmula estable contenida, de forma permanente, en la propia Ley General de la Seguridad Social”, siendo el tenor del artículo 48 de la LGSS, el siguiente:

«Artículo 48. Revalorización⁴.

1. 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 índice de precios al consumo previsto para dicho año.

2. Si el índice de precios al consumo 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 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.

3. 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.»

Finalmente, el apartado 1.3 del artículo 48 fue suprimido por Ley 50/1998, 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

3. CRISIS *VERSUS* REVALORIZACIÓN

Aunque suele pasar desapercibido por la primacía de su finalidad –el mantenimiento del poder adquisitivo–, el coste vinculado a la revalorización de las pensiones, ocupa un espacio de primer orden. Como es sabido, la evolución anual del gasto en pensiones viene determinada por tres componentes: número de nuevas pensiones, revalorización de las vigentes y efecto de la diferencia de cuantía entre las nuevas y las que se dan de baja. El análisis de las cifras correspondientes al largo periodo delimitado por 1986-2013, refleja que

³ Entre las medidas contenidas en este acuerdo se preveía la «Revalorización de las pensiones de Seguridad Social en su modalidad contributiva en función del índice de precios al consumo para cada año, así como compensación o absorción para los casos de discordancia entre el índice previsto y el real»

⁴ La regulación de forma estable de la obligación recogida en este precepto constitucional ha sido «lenta, tardía y progresiva» en palabras de OLARTE ENCABO, S.: “Artículo 48. Revalorización”, en AAVV (MARTÍN VALVERDE, Antonio y GARCÍA MURCIA, Joaquín, Dir.), *Ley General de la Seguridad Social. Comentada y con jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2009, pág. 380.

la actualización anual de las pensiones (revalorización) es el componente con mayor impacto en el incremento del gasto (41,9% del total), seguida de la tasa de sustitución (33,1% del total) y el número de nuevas pensiones (25% del total)⁵.

A pesar del impacto que tiene la revalorización sobre la evolución del gasto en pensiones, la regla del artículo 48 de la LGS se ha venido aplicando regularmente desde su implantación, de lo que deriva un razonable mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones. No obstante, es necesario advertir que el efecto de la actualización anual de las pensiones con el Índice General de Precios no se limita al poder adquisitivo de los beneficiarios de la prestación (suficiencia) sino que afecta muy directamente al gasto total del sistema y, por consiguiente, a su sostenibilidad financiera.

En este orden, las políticas de la Unión Europea⁶ que tienen como objetivo garantizar la sostenibilidad de las pensiones públicas han adquirido gran protagonismo ante la amenaza, de que el envejecimiento de la población, la disminución de la población empleada, y el aumento del déficit público –sobre todo en los períodos de crisis⁷–, hagan inviable el actual sistema público de pensiones, si no se realizan los necesarios ajustes. Ciertamente, es un hecho incontestable⁸ que el principal desafío al que tendrán que hacer frente los sistemas de pensiones europeos en las próximas décadas es el riesgo derivado del continuo y rápido proceso de envejecimiento de la sociedad europea, provocando que la mayor parte del crecimiento futuro del gasto en pensiones de la UE estará determinado por el envejecimiento. La crisis económica, no solo ha precipitado la problemática, sino que ha acelerado las reformas con la finalidad de garantizar la sostenibilidad a largo plazo.

Las circunstancias referidas, unidas a la crisis económica han planteado la reforma en los métodos de revalorización de las pensiones en varios los países de la Unión Europea, incluida España. La línea reformadora ha sido variable⁹, introduciéndose modificaciones en el método de cálculo, estableciéndose la indexación automática o considerando otros indicadores además de la evolución del coste de la vida (IPC): como la evolución de los salarios; la evolución del PIB; utilizando otros parámetros o combinando varios de ellos; e incluso simplemente congelando la cuantía de las pensiones. El coste de la sostenibilidad parece ir asociado a la pérdida del poder adquisitivo¹⁰.

⁵ Los datos referidos y su consideración han sido tomados del trabajo de GARCÍA DIAZ, M.A. “La revalorización de las pensiones en España”, en AAVV. *Los retos financieros del sistema de la Seguridad Social, (XI Congreso nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social)* Murcia, edit. Laborum, 2014, pág.139.

⁶ El estudio de las políticas de pensiones y de empleo en las distintas instituciones de la UE, ha sido realizado exhaustivamente por MORENO ROMERO, F. *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea*, Granada, edit. Comares, 2016.

⁷ La crisis ha propiciado una eficacia hasta entonces desconocida, en términos temporales y de contenido, de las decisiones de la UE, como afirma MORENO ROMERO, F. *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la UE...*cit., pág. 283.

⁸ Así lo advierten DEVESA CARPIO, J.E. y otros. “Reformas de los sistemas de pensiones en La Unión Europea”, *Revista Aranzadi Unión Europea* núm. 2/2015

⁹ Las variantes utilizadas pueden verse en BARCELÓ FERNÁNDEZ, J. *El retraso en la edad de jubilación. Regulación y políticas para la prolongación de la actividad laboral*, Barcelona, edit. Atelier, 2016.

¹⁰ En términos de “nuevo riesgo” es planteado por DEVESA CARPIO, J.E. y otros. “Reformas de los sistemas de pensiones en La Unión Europea”, *Revista Aranzadi Unión Europea* núm. 2/2015

El conjunto de circunstancias económicas y la situación especialmente grave que atravesaba nuestro país, propicio que los sucesivos gobiernos tomaran una serie de medidas destinadas a reducir el gasto público y entre ellas, las referidas a la revalorización de las pensiones. Primero con medidas de emergencia y después cambiando el modelo. Entre las medidas de emergencia, son de referencia las siguientes:

- El Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (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 de la LGSS.94, 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 de la LGSS.94, 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 Texto refundido 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. 27¹¹.
- El Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la seguridad social, dejó sin efecto para el ejercicio 2012, la actualización de las pensiones en los términos previstos en el apartado 1.2 del artículo 48 de la LGSS.94, y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 27 del Texto refundido 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 de la LGSS.94, así como en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 27 del TR de la Ley de Clases Pasivas del Estado. Sin perjuicio de lo anterior, la DA 2ª señalaba que las pensiones se incrementarían un 1% en 2013, de acuerdo con la cantidad legalmente establecida a 31 de diciembre de 2012, y en un 2% todas aquellas pensiones que no superen los 1.000 € mensuales o 14.000 en cómputo anual¹².

¹¹ Para su análisis ver, ERRANDONEA ULAZIA, E. “La «congelación» de pensiones para 2011: una opinión crítica”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 18/2011. BIB 2010\2956

¹² ERRANDONEA ULAZIA, E. “Una crítica a la cuantía de las pensiones tras el RD-Ley 28/2012.” *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 1/2013. BIB 2013\705, quien afirma que, “Puede decirse que el punto más controvertido de esta decisión de no compensar por la pérdida de la diferencia entre el IPC previsto y el real constatado, es el momento en el que se decide esta no aplicación. Esta misma medida de no actualizar el valor de las pensiones si el IPC acumulado resulta superior al previsto, fue adoptada ya por el anterior gobierno socialista; sin embargo, esta decisión se materializó en mayo del año 2010 (junto con la decisión de no revalorizar las pensiones al principio del año siguiente) para ser aplicada de cara a la posible desviación que pudiera producirse a lo largo del año 2011, por lo tanto, esta medida estaba dirigida a derechos que pudieran producirse en el futuro. El gobierno del Partido Popular, sin embargo, adopta esta decisión con fecha de 30 de noviembre de 2012, una vez constatada la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones que fueron revalorizadas en un porcentaje insuficiente al comienzo de año. Y esa decisión de no compensar esa pérdida de valor ya producida se proyecta precisamente sobre las cuantías de pensiones que ya han perdido capacidad adquisitiva a lo largo de los doce meses anteriores, y que tiene que ser compensada según la LGSS y la LCPE. También a éste respecto, SUAREZ CORUJO, B. “Marco presupuestario en tiempos de crisis en el ámbito (...)”

4. CARACTERIZACIÓN DEL MODELO DE REVALORIZACIÓN

Aunque ya es historia, el punto de partida es la determinación, el alcance y caracterización de las previsiones de revalorización que han existido en nuestro ordenamiento y contenidas en el artículo 48 LGSS, antes de la reforma operada por la Ley 23/2013, de 22 de diciembre. La idea es que estas caracterizaciones puedan servir de base a la posterior crítica de la sentencia del Tribunal Constitucional 95/2015, de 14 de mayo.

La idea fuerza impulsada por la reforma operada por la ley 26/1985, de 31 de julio, y confirmada expresamente por la Ley 24/1997, de 15 de julio, es el “carácter automático” de la revalorización de las pensiones, en función de la variación de los precios, a través de la fórmula estable contenida, de forma permanente, en la propia Ley General de la Seguridad Social, como se recogió en la Exposición de motivos de la referida Ley. El carácter automático se evidencia igualmente en la literalidad del artículo 48.1, al determinar que las pensiones “serán revalorizadas”. No existe, por tanto, ningún condicionante.

Igualmente, se concreta el dies a quo y el elemento cuantificante de la revalorización. En efecto, se aplica a comienzos de cada año (el día primero de enero) y se utiliza como parámetro el “índice de precios al consumo previsto para dicho año”.

El segundo apartado de la norma (art.48.2) tiene como finalidad “hacer realidad el mandato del primer apartado” (art.48.1), en el sentido de que la revalorización se efectúe sobre el IPC real, que es el que garantiza el mantenimiento del poder adquisitivo (o lo mejora cuando el IPC real es inferior al IPC previsto). Podíamos decir que ambos apartados del artículo 48 son complementarios y lo que es más importante, forman parte de un todo indisociable, constituyen las dos caras de una misma moneda. Esta reflexión, nos permite incorporar el párrafo segundo a la caracterización que venimos haciendo del modelo, en el sentido de que forma parte de su “carácter automático” y obligatorio. Sin perjuicio de la rotundidad de la Exposición de Motivos de la Ley, a la que ya aludimos, los términos gramaticales utilizados por ambos apartados son inequívocos, el apartado primero refiere a que “serán revalorizadas” y el apartado segundo, refiere a que “se precederá a la correspondiente actualización”. Ambos sin ningún condicionante, como no podía ser de otra forma.

Decíamos que el apartado segundo del artículo 48 hace realidad el modelo, en el sentido de actuar sobre el IPC real, que es lo que subyace a la voluntad del legislador. En efecto, si el párrafo segundo no existiera, cambiaríamos de modelo, sería otro. Estaríamos ante un sistema de revalorización basado en las previsiones del gobierno, que son utilizadas

de seguridad social: Las leyes 2/2012 y 17/2012”. *Revista de Justicia Laboral* núm. 53/2013. BIB 2013\14142, quien afirma que “la decisión de suspender el mecanismo de compensación del artículo 48.1.2 LGSS, plasmada en un Decreto-ley que entra en vigor el 1 de diciembre –es decir, completado ya el ejercicio 2012 a efectos de pensiones–, es torpe desde un punto de vista jurídico, en la medida en que podría ser inconstitucional. La actualización de las pensiones por desviación de la inflación no es una mera expectativa, sino un derecho que al final del mes de noviembre ya se ha devengado conforme a lo que establece la Ley General de Seguridad Social. Por eso es razonable considerar que su inaplicación sobrevenida es, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, contraria a dos principios consagrados en el artículo 9.3 de nuestra Norma Fundamental: el de seguridad jurídica y el de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales”.

en términos de planificación y, por tanto, próximas o alejadas a la realidad del año al que refieren. En definitiva no podríamos decir que el modelo garantiza el poder adquisitivo de las pensiones, dicho siempre en términos relativos.

El modelo, por tanto funciona o se aplica en dos fases. En la primera, se produce una revalorización automática y cuantitativamente “provisional” en función del IPC previsto para el año siguiente. Se pretende de esta forma que el pensionista (los pensionistas) se incorpore a las previsiones del gobierno, aproximando sus pensiones a una realidad provisional. De esta forma el pensionista se enfrenta –desde enero– al año en curso con la pensión mejorada respecto del año vencido. La segunda fase constituye la revalorización real, que se produce también con carácter automático y sin condicionantes, cuando los cálculos establecidos en propio artículo 48.2 (índice de precios acumulado en el periodo noviembre/noviembre) reflejan un IPC real superior al previsto con carácter provisional. En este caso, como dice taxativamente la norma, se “procederá a la correspondiente actualización”.

El siguiente paso es constatar cómo se produce la revalorización real, esto es, como se integra el apartado segundo del artículo 48 en el modelo. El punto de partida en los supuestos en que el IPC real es superior al IPC previsto, es que se produce un doble saldo a favor del pensionista, que es necesario ajustar. El primer saldo, viene determinado por la diferencia entre lo que ha percibido durante el año en curso conforme al IPC provisional y lo que debió percibir conforme al IPC real. Este primer saldo, se liquida en un pago único que se hará efectivo antes del mes de abril del ejercicio posterior. El segundo saldo, es el más importante y de mayor impacto económico en términos de gasto. El incremento de pensión que surja de la aplicación del IPC real (la diferencia con el provisional) se integra en la nómina del pensionista del mes de diciembre, de forma que la pensión definitiva (pensión + revalorización provisional + impacto diferencial del IPC real) constituya la base de cálculo de la revalorización para el siguiente año, que volverá a ser provisional.

Es precisamente esta fórmula de cálculo la que incrementa de forma exponencial el gasto en pensiones, en la medida en que cada año y así sucesivamente la base de cálculo queda incrementada con la correspondiente revalorización que se integra de forma indiferenciada en la pensión

Las operaciones descritas, ponen de manifiesto las afirmaciones ya realizadas, en el sentido de la integración inseparable de los apartados del artículo 48, la funcionalidad de cada apartado (cada mandato contenido) y la vocación finalista e imperativa del segundo apartado, que constituye el cierre y al tiempo completa en términos cualitativos la configuración del modelo.

He dejado para el final de la reflexión, la referencia contenida en el apartado segundo del artículo 48 a la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado, por entender de forma indubitada que no forma parte ni del contenido, ni de la caracterización del modelo.

Como es conocido, la materia presupuestaria es ordenada por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. La ley tiene por objeto la regulación del régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero del sector público estatal (art.1) y dentro de del mismo están “Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la

Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como sus centros y entidades mancomunados” (art. 2.d, en la redacción dada por el apartado uno de la disposición final décima de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009). Por tanto, los Presupuestos Generales del Estado constituyen la expresión cifrada, conjunta y sistemática de los derechos y obligaciones a liquidar durante el ejercicio por cada uno de los órganos y entidades que forman parte del sector público estatal (art.32).

En base a lo anterior, es de obligado cumplimiento que las LPs. incorporen y cuantifiquen todas las cuestiones vinculadas a gastos e ingresos del sistema de la Seguridad Social, cotización, límites al reconocimiento inicial de pensiones, revalorización, pensiones mínimas..., respetando y cuantificando lo regulado en la LGSS. Salvo error, en la LGSS existen 40 referencias a la correspondiente Ley de Presupuestos, en los siguientes términos “...serán los que establezca –fije, determine...– cada año la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado”, sin que ello signifique que los derechos y obligaciones previstos en la LGSS estén condicionados.

En el marco que nos ocupa, la referencia contenida en el artículo 48.2 a la correspondiente Ley de presupuestos (“...se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado.”) es una referencia obligada, en términos de cuantificar las obligaciones a liquidar durante el ejercicio..., en otro caso no existiría partida presupuestaria.

En definitiva, la Ley de presupuestos es el vehículo obligado y necesario para cuantificar y presupuestar el gasto en revalorizaciones sobre derechos ya reconocidos en la LGSS. Dicho en otros términos lo que hace la Ley de Presupuestos en esta materia es simplemente, cumplir el mandato del artículo 48.2 utilizando el IPC fijado por el Instituto Nacional de Estadística.

Las reflexiones hechas anticipan mi discrepancia con la opinión mayoritaria del Tribunal Constitucional reflejada en su Sentencia 95/2015, de 14 de mayo.

5. LA CRONOLOGIA DE LAS DECISIONES JUDICIALES SOBRE LA MATERIA

5.1. Decisiones previas a la STC 95/2015, de 14 de mayo y su rectificación posterior

Entre las posibles decisiones de los juzgados de lo social, he elegido como representativa, la del Juzgado de lo Social núm. 4 de Donostia/San Sebastián (núm. 218/2013, de 6 de junio).

Como reza la sentencia, el actor solicita en su demanda que se declare su derecho a percibir la paga única compensatoria correspondiente al año 2013 en cuantía del índice de precios al consume para el año 2012, un 2,9%, que el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social abonen dicha paga única compensatoria calculada de acuerdo con el incremento del índice de precios al consume para el año 2012, y que se declare su derecho a que la revalorización de su pensión para el año 2013 se realice en función de un incremento del 2,9% sobre la pensión que percibía durante el año 2012, en lugar del 1% que se le ha incrementado el año 2013.

La sentencia sin grandes justificaciones jurídicas, fundamenta su decisión positiva con la siguiente argumentación:

Es cierto que el Gobierno a la hora de establecer la revalorización de las pensiones para el año 2013 ha aprobado una norma como es el Real Decreto-Ley 28/12 de 30 de Noviembre (RCL 2012, 1635), pero esta norma no establece ninguna modificación del sistema de revalorización de pensiones, lo que hace es establecer el importe de la revalorización de esas pensiones para el año 2013, y lo hace sin tener en cuenta las reglas que en esta materia establecen los artículos 48 y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social, y mientras no se cambie esa norma el Gobierno debe respetarla, y como no lo hizo el actor tiene derecho a percibir la paga (mica compensatoria que establece el artículo 48-2 de la Ley General de la Seguridad Social en calculada conforme al índice de precios al consumo para el año 2012, es decir sobre un 2,9%, y tiene también derecho a que se revalore su pensión para el año 2013, en el mismo porcentaje que subió el índice de precios al consumo para el año 2012, es decir en un 2,9%, y todo ella en aplicación de lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley General de la Seguridad Social, en sus números 1 y 2; por todo lo cual no cabe sino estimar la demanda.

En este dialogo judicial, la Sentencia del Tribunal Superior del Vasco (núm. 1514/2015 de 8 septiembre; Rec. 2298/2014), dictada tras la STCO 95/2015, de 14 de mayo, rectifica la decisión del juzgado de lo social en un doble sentido:

- Por un lado, afirma que “Yerra, por tanto, el Juzgado, cuando sostiene que el art. 2.Uno del RDL 28/2012 no ha modificado el art. 48.Uno.2 LGSS, ya que sí lo hizo, al privarle de efectos para el ejercicio 2012. El sentido de ese art. 2.Uno es como si a la regla del art. 48.Uno.2 se le hubiera añadido salvo durante el ejercicio 2012”.
- Por otro, tras advertir que “el propio TSJPV tuvo dudas, tanto por la posible colisión con la prohibición de retroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales (ya que la norma entra en vigor cuando el período de actualización se había consumado), como por el instrumento normativo utilizado para su promulgación (al considerar que no había razones de urgencia para ello)”, concluye que, el Tribunal Constitucional, en su reciente sentencia de 14 de mayo de 2015, ha desestimado la cuestión que planteamos en caso análogo y, con ello, queda libre la vía para que debamos aplicar la regla del art. 2.Uno del RDL 28/2012.

5.2. La doctrina del Tribunal Constitucional en la Sentencia 95/2015, de 14 de mayo

El Pleno del Tribunal Constitucional resuelve en la Sentencia 95/2015, de 14 de mayo, el recurso de inconstitucionalidad núm. 1114-2013, interpuesto por más de 50 diputados integrantes de los Grupos Parlamentarios Socialista, Izquierdo Unida (IU), Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida y Alternativa (ICV-EUIA), Chunta Aragonesista (CHA), La Izquierda Plural, Partido Nacionalista Vasco (EAJ-PNV), Convergencia i Unió (CIU) y Unión Progreso y Democracia (UPyD), contra el art. 2.1 del Real Decreto Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del Sistema de la Seguridad Social. La Sentencia contiene el Voto particular de los Magistrados

Fernando Valdés Dal-Ré y Luis Ignacio Ortega Álvarez, al que se adhieren la Magistrada Adela Asua Batarrita y el Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos¹³

Centrándonos en la fundamentación de la Sentencia que resulta relevante en relación con las reflexiones que he mantenido, conviene destacar la siguiente argumentación:

- Para el Tribunal, los arts. 48.1.2 LGSS y 27.1 del texto refundido 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 Ley de Presupuestos Generales del Estado... 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 gastos.
- La remisión que la LGSS... hacen a la Ley de Presupuestos Generales del Estado 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. Sobre la base de la doctrina constitucional..., el legislador no ha hecho sino reconocer que la actualización de la revalorización de las pensiones efectuada al principio del ejercicio pueda ser modulada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado en función de las circunstancias socioeconómicas concurrentes y, por ello, habilita a la Ley de Presupuestos para que decida cuál es el alcance de la actualización.
- De esta forma y tras el análisis del precepto regulador (art. 48.2) el Tribunal Constitucional entiende que “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 Ley de Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio, para el año 2012 quedó sin efecto por haberse suspendido con anterioridad a su consolidación”. En consecuencia concluye afirmando: “dado que cuando se aprobó el Real Decreto-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”.

Es probable que la decisión del Tribunal traiga su causa no declarada suficientemente, en la situación económica y, en especial de la seguridad social, en el tiempo que se aprueba el Real Decreto Ley y lo que significaba en términos de impacto económico, tanto con carácter inmediato, como de proyección, la aplicación del apartado 2 del artículo 48 de la LGSS. Dicho esto y si así fuera el Tribunal se encontraba con un difícil dilema de compleja solución. No

¹³ Un detallado análisis de la Sentencia puede verse en GARCÍA NINET, J.I. Y BARCELÓ FERNÁNDEZ, J. “¿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”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 4/2015, págs. 147 y ss.

obstante el Tribunal, podría haber acudido a cualquier otra argumentación, e incluso con soluciones ponderadoras, con base en la propia doctrina del Tribunal Constitucional, que como se sabe ha sido bastante tolerante o justificadora de la práctica totalidad de las reformas más importantes en materia de seguridad social; y en especial, a las facultades del legislador, a la especialísima y dramática coyuntura económica y al derecho adquirido por los pensionistas.

Este difícil equilibrio¹⁴, fue puesto claramente de manifiesto por el Voto particular, al afirmar que:

“Desde luego, la privación al pasaje legal combatido de efectos retroactivos ha aprestado desde una perspectiva material una vía cómoda y segura para garantizar el mantenimiento del statu quo introducido por la tan citada disposición legal o, por expresar la misma idea desde otro ángulo, para evitar la potencial multiplicación de reclamaciones instadas por las personas afectadas por la previsión legal discutida de dejar sin efecto la actualización de pensiones, susceptibles de contrarrestar, al menos en parte, el objetivo de moderación de la deuda pública pretendido por el Gobierno al aprobarla. Pero al tiempo de ofrecer estas ventajas para la consecución del propósito político confesado, la motivación empleada para salvar la constitucionalidad del pasaje de la norma de urgencia a examen resulta, de entre todas las que hubieran sido constitucionalmente viables, la que se instala en el escenario más distante de la defensa y desarrollo del Estado social (art. 1.1 CE) y de las garantías y valores constitucionales asociados de modo inescindible a esta noción. Y todo ello, por cuanto la Sentencia de la mayoría, al optar por la decisión que concreta el fallo, renuncia a buscar otras soluciones capaces de aunar y conjugar de manera más equilibrada y proporcionada los intereses en presencia: el de las Administraciones Públicas en asegurar la solvencia económica del sistema de protección social y el de los beneficiarios del propio sistema al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones ya causadas y en fase de disfrute”.

Por el contrario el Tribunal acude a un razonamiento o justificación de discutible consistencia, casi gramatical, que dibuja un sistema de revalorización irreconocible, ajeno a la norma y al pacto social que sustento la reforma en 1997. Lo más preocupante y al tiempo inexplicable, es la falta de valoración en las consecuencias de su doctrina, a pesar de las advertencias, aportaciones y finalmente la construcción jurídica del Voto Particular. Basta con reiterar una sola advertencia, en la LGSS existen 40 referencias con la expresión “...serán los que establezca –fije, determine...– cada año la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado”. Si la interpretación es la que sostiene el TC, en el sentido de que “la remisión que la LGSS ... hace a la Ley de Presupuestos Generales del Estado 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...”, y que por este juego, el derecho reconocido se convierta en una “expectativa que debe ser concretada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio...”, el impacto de su doctrina puede ser

¹⁴ Este difícil equilibrio es puesto de manifiesto desde una perspectiva crítica por BARCELÓ FERNÁNDEZ, J. “La revalorización de las pensiones de jubilación: una medida de insuficiencia y protección contra la pobreza convertida en un instrumento para la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social”, en AAVV. *Los retos financieros del sistema de la Seguridad Social, (XI Congreso nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social)* Murcia, edit. Laborum, 2014, págs. 155-168.

devastadora. En este orden, utilizar una construcción doctrina que puede tener o ser utilizada con efectos derivados, respecto de un sistema (el de revalorización) que cuando se produce la sentencia ya es historia, parece poco razonable.

El impacto referido fue claramente advertido por el Voto Particular, al afirmar que: “La desestimación por la Sentencia del presente recurso de inconstitucionalidad se apoya en un concreto motivo; a saber, la negación del carácter retroactivo del art. 2.1 del citado RDL 28/2012 . En las observaciones que siguen se fundamentará nuestra radical divergencia con esta conclusión, expresada en su aplicación tanto ad casum cuanto a futuros enjuiciamientos. Y es que, como más adelante se hará notar, el razonamiento 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”.

Finalmente, en términos de gasto es fácilmente imaginable el impacto de una decisión afirmativa del TC y su arrastre de futuro, con el correspondiente efecto multiplicador. En la otra cara de la moneda, están los pensionistas que ven como pierden su poder adquisitivo sin posibilidad de reacción. El error del Gobierno fue no propiciar una solución más equilibrada.

5.3. La nueva línea argumental planteada por el Juzgado de lo Social de Barcelona sobre el RDL 28/2012

5.3.1. Los términos del debate según la Sentencia

En la demanda inicial, se sostenía que las previsiones del Real Decreto Ley 28/12 resultaban inconstitucionales en la medida en la que suponían la aplicación restrictiva de una norma más favorable.

Precisamente por el hecho de que se interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra dicha norma, el procedimiento fue suspendido a la espera de su resolución. En fecha de 5 de marzo del 2015, el Tribunal Constitucional dictó Sentencia por la que aceptó la retroactividad del RD Ley 28/12, argumentando, muy resumidamente, que la “revalorización” es una expectativa de derecho y que no cabe entender que el decreto pueda tener efectos retroactivos.

La ampliación de la demanda postula en este caso que el TC no se pronuncia en su STC sobre la inconstitucionalidad de la desvinculación del IPC en la revalorización de las pensiones y que además, el citado RD vulnera lo establecido en la norma europea e internacional ratificada por España.

5.3.2. Fundamentación jurídica y Fallo

La sentencia afronta la fundamentación de su decisión en múltiples decisiones y singularmente en la aplicación de la Carta Social Europea por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS).

En un primer orden, la Magistrada reconoce su competencia al determinar que “... para resolver la cuestión objeto de debate, debe partirse del hecho de que el juez nacional está obligado a aplicar las normas invocadas en la ampliación de la demanda, pues forman parte del ordenamiento jurídico español”.

Igualmente, se libera de la obligada aplicación de la doctrina del TC al entender que “... los razonamientos expuestos en la sentencia transcrita (TC) o el hecho de que se entienda por el TC (sintéticamente) que el sistema de revalorización no sea el indicador de precios al consumo (IPC) como ha sido hasta ahora, no resuelve si el sistema actual que contiene el Real Decreto Ley 28/2012 se ajusta a la normativa internacional en materia de seguridad social”.

Finalmente y tras múltiples referencias constitucionales, jurisprudenciales y doctrinales de todo orden, centra la argumentación que justifica el Fallo en los pronunciamientos del Comité Europeo de Derechos Sociales, en los siguientes términos:

Pues bien, partiendo de todo ello, encontramos que el mencionado Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) ya se ha pronunciado en relación con cuestiones relativas a normas gubernamentales restrictivas de prestaciones de seguridad social basadas en la desfavorable coyuntura económica. En fecha de 7 de diciembre del 2012, adoptó cinco decisiones respecto de cinco reclamaciones que denunciaban las “leyes anti crisis” del año 2010, adoptadas por Grecia, que impusieron una reducción drástica de las pensiones tanto en el sector público como en el privado (reclamación n° NUM027, Federación de Pensionistas asalariados de Grecia c. Grecia; reclamación n° NUM028, Federación Pan Helénica de pensionistas de la función pública c. Grecia; reclamación n° NUM029, Sindicato de pensionistas del personal ferroviario de Atenas Piraeus c. Grecia; reclamación n° NUM030, Federación Pan Helénica de pensionistas de la empresa pública de electricidad c. Grecia y reclamación n° NUM031, Sindicato de pensionistas del Banco Agrícola de Grecia c. Grecia).

En la fundamentación jurídica que resuelve estas sentencias, el CEDS declara que las autoridades de un país no pueden utilizar el pretexto de medidas impuestas desde determinados organismos para eludir los compromisos asumidos en virtud de la Carta Social Europea, que como tal tratado internacional debe ser respetado en el ámbito interno. En particular, expresa que el Art. 12CSE referido al derecho a la seguridad social está concebido más en términos de progresividad que de regresión. Razona por ello que en caso de establecerse restricciones, ellas no deben conducir a una precarización o a una pauperización de la población afectada.

Asimismo, el CEDS razona que “incluso cuando razones relativas a la situación económica de un Estado Parte hacen imposible para un estado mantener su sistema de seguridad social, en el nivel que había alcanzado previamente, es necesario, en virtud de los requisitos del Art. 12.3 para ese Estado Parte mantener el sistema de seguridad social en un estado satisfactorio que tome en cuenta las expectativas legítimas de los beneficiarios del sistema y el derecho de todas las personas al disfrute efectivo del derecho a la seguridad social”. Añade que existe un auténtico compromiso de los Estados Partes de “esforzarse por elevar progresivamente el sistema de la seguridad social a un nivel superior”.

En definitiva, estos razonados puntos de vista conducen a entender que la decisión de revalorizar la pensión de los actores en un 1%, adoptada por el INSS de acuerdo con lo dispuesto en el RD Ley 28/12 de 30 de noviembre, atenta claramente en contra del Art. 12 de la CSE y de la interpretación efectuada por el CEDS, por lo que debemos, en consonancia con ello, revocar tal resolución y declarar el derecho de los actores a percibir una paga única compensatoria de su pensión de jubilación por el desvío del índice de precios al consumo durante el año 2012 calculada sobre un 2,9% de la pensión que percibieron durante el año

2012 y el abono de la pensión de jubilación para el año 2013 incrementada en un 2,9% sobre la pensión que venían percibiendo durante el año 2012.

5.3.3. Apunte final

La sentencia abre una nueva vía de reflexión y argumentación. No cabe duda de la importancia que ha adquirido la CSE como consecuencia de que algunos órganos jurisdiccionales están procediendo, como fundamentación del fallo, a aplicar directamente ese Tratado y la jurisprudencia del órgano que lo interpreta (CEDS)¹⁵, en contra de la normativa nacional que lo vulnera, siendo una situación que carece de precedentes y que, atendiendo a los pronunciamientos que ya se han emitido, supone el inicio de un nuevo camino, el de los órganos de garantía internacional... ¿Quién tiene la última palabra?¹⁶

Cierto es que el CEDS ha sido tajante desde hace tiempo a la hora de valorar la aplicación de la CSE en el contexto de la crisis económica global, habiendo emitido una doctrina que se ha convertido en un principio general de aplicación e interpretación de la CSE, al determinar que “si el aumento del paro pone en peligro los sistemas de seguridad social, en la medida en que el número de beneficiarios aumenta mientras que los ingresos obtenidos por la fiscalidad y de las cotizaciones a la seguridad social disminuyen, las Partes, al suscribir la Carta Social Europea (...) han aceptado perseguir por todos los medios útiles la realización de condiciones aptas para asegurar el ejercicio efectivo de un cierto número de derechos, especialmente el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia social y médica y el derecho a los servicios sociales”¹⁷.

Si bien el precedente de Grecia ante el CEDS es diferente al planteado en materia de revalorización por el Real Decreto Ley 28/12 de 30 de noviembre, es posible que su doctrina no sea suficiente (aunque exige un pronunciamiento expreso) para desmontar y dejar sin aplicación la singular interpretación del TC, en sede de suplicación. La última palabra está todavía por escribirse, aunque probablemente su espacio tenga más interés jurídico que económico.

¹⁵ A este respecto pueden verse, ALFONSO MELLADO, C. L. *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*. Edit. Bormarzo, 2014; JIMENA QUESADA, L.: “La protección internacional de los derechos sociales y laborales. La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales”. *Revista de Derecho Social*, 2014, nº 65 y SALCEDO BELTRÁN, M^a. C. “Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y período de prueba del Contrato de Apoyo a Emprendedores: La aplicación del control de convencionalidad en España”. *Revista jurídica de los Derechos Sociales*, vol.4, núm. 2, 2014.

¹⁶ Como afirma MOLINA NAVARRETE, C. “El control judicial de la reforma de los despidos objetivos, en especial por absentismo, a la luz del Derecho Social Internacional y Comunitario: ¿una experiencia del principio de justicia social universal?”. <http://portal.ugt.org/actualidad/2014/julio/boletin18/Ponencia%20Cristobal%20Molina.pdf>

¹⁷ La referencia la tomo de SALCEDO BELTRÁN, M^a. C. “Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y período de prueba del Contrato de Apoyo a Emprendedores: La aplicación del control de convencionalidad...” cit.