

Revalorización y actualización de pensiones: Alcance de la STC 49/2015, de 5 de marzo de 2015

Revaluation and pension update: STC 49/2015 scope of 5 march 2015

JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ BERNAT

PROFESOR ASOCIADO DOCTOR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

La suspensión de la actualización de las pensiones en su modalidad contributiva para 2012 planteaba la duda de su encaje en el conjunto de garantías constitucionales. Sin embargo, la STC 49/2015, de 5 marzo ha avalado la constitucionalidad del RD Ley 28/2012 que dejó sin efecto la actualización de las pensiones en relación con el Índice de Precios al Consumo pese a que los arts. 48 TRLGSS y 27 del Real Decreto 670/198 lo garantizaban. A juicio del TC, cuando se dictó el RD Ley 28/2012 los pensionistas sólo tenían una mera expectativa de derecho a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto. Se trata de una decisión cuando menos polémica ya que, por el contrario, cabe postular que cuando se aprueba el art. 2.1 RD Ley 28/2012 el derecho a la actualización de las pensiones estaba consolidado e integrado en el patrimonio individual de los sujetos beneficiarios.

Abstract

The suspension of updating its contributory pensions in 2012 raised the question of its place in the set of constitutional guarantees. However, the STC 49/2015 of 5 March has endorsed the constitutionality of RD Ley 28/2012 which annulled the update of pensions in relation to the Consumer Price Index although the arts. 48 TRLGSS and 27 of the Royal Decree 670/198 guaranteed. According to the TC, when the RD Ley 28/2012 was issued pensioners had only mere expectation right to receive the difference between the actual inflation and the inflation forecast. It is a controversial decision at least because, on the contrary, it is postulated that when is approved art. 2.1 RD Ley 28/2012 the right to update pensions was consolidated and integrated into the individual assets of the subject beneficiaries.

Palabras clave

Seguridad Social, Pensiones, Revalorización, Actualización, Irretroactividad, Expectativas de derechos, Derechos adquiridos

Keywords

Social Security, Pensions, Revaluation, Update, retroactivity, future entitlements, acquired rights

1. LA REVALORIZACIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE PENSIONES: SU SUSPENSIÓN

Una de las cuestiones más relevantes que afecta a la cuantía de las pensiones es la revalorización. Teniendo en cuenta que las pensiones, al menos las de naturaleza contributiva, constituyen una renta de sustitución de las personas cuando finalizan su vida profesional activa (en el caso de la jubilación), lo deseable es que el perceptor de aquellas pueda mantener un nivel de vida similar al que tenía cuando estaba trabajando. Si una vez calculada la pensión, ésta permanece inalterada durante todo el tiempo de su percibo, la depreciación monetaria incidirá en su valor adquisitivo y se producirá un alejamiento del salario al que sustituyen. Precisamente, los mecanismos de revalorización de la cuantía de las prestaciones causadas y reconocidas tratan de evitar el deterioro de la capacidad de compra

de los sujetos beneficiarios que se produce con el paso del tiempo debido a una posible erosión provocada por la inflación.

El establecimiento de técnicas de revalorización no sólo respondería a exigencias de índole técnico-económico, esto es, de mantenimiento de la intensidad protectora y del poder adquisitivo, tal y como se ha apuntado, sino que además se debe subrayar una razón de justicia social como justificante de su existencia en nuestro ordenamiento jurídico, pues en el aumento del nivel de vida de un país interviene el esfuerzo de las distintas generaciones¹. En esta línea se manifiesta el art. 65.10 del Convenio núm. 102 OIT en el que se señala que los pagos periódicos atribuidos a la vejez, por la invalidez y por la muerte del sostén de la familia serán revisados cuando se produzcan variaciones sensibles del nivel de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida.

Por lo demás, la necesidad de la figura de la revalorización en nuestro país se conecta con el mandato del artículo 50 CE de garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Y también con lo previsto en el artículo 41 del mismo texto, que establece para los poderes públicos la obligación de garantizar a todos los ciudadanos, asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad. De ahí que la previsión legal de actualización es el desarrollo de un preciso mandato constitucional de garantizar la suficiencia económica de las pensiones. Aunque es cierto que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (TC), el legislador ordinario ostenta un amplio margen de discrecionalidad al tratarse (en el caso de la Seguridad Social) de derechos de estricta configuración legal², ello no debe interpretarse en el sentido de que aquél ostente una libertad plena e ilimitada.

Las fórmulas de revalorización de las pensiones pueden diseñarse en función de distintos criterios. La más utilizada es aquella que toma como referencia la evolución del coste de la vida. Para ello, se opta por la variable del Índice de Precios al Consumo (IPC), al considerarla representativa del deterioro monetario de la renta disponible dedicada a la compra de los productos de consumo por efecto de la inflación. También nuestro legislador se ha decantado por dicho criterio como forma de actualización de las pensiones hasta la actualidad. Fue la Ley 26/1985 la que incorporó el criterio de vinculación de la revalorización de las pensiones al IPC y posteriormente la Ley 24/1997 la que introdujo la previsión de corrección, en su caso, de la desviación de la revalorización inicial. Esta última norma fue la plasmación de lo que se recogía en la Recomendación número 11 del Pacto de Toledo de 1995, donde se afirmaba que debía garantizarse el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones mediante la revalorización automática de las mismas, en función de la evolución del índice de precios al consumo y a través de fórmulas estables de contenido similar a la aplicada el presente año. Con anterioridad a la aprobación de la Ley 24/1997, el Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social de 1996 contemplaba la revalorización de las pensiones de Seguridad Social en su modalidad

¹ GARCÍA VALVERDE, M^a, “Revalorización e importes máximos y mínimos de pensiones”, en VV.AA. (MONEREO PÉREZ, J. L. y GARCÍA NINET, J. I., dirs.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Granada, Comares, 2004, p. 792.

² Por todas, STC 37/1994, 10 febrero (RTC 1994, 37).

contributiva en función del índice de precios al consumo para cada año, así como compensación o absorción para los casos de variación entre el índice previsto y el real.

La revalorización o recuperación del valor perdido de las pensiones de Seguridad Social se regula en el artículo 48 TRLGSS para las de carácter contributivo y en el artículo 52 del mismo texto legal para las de modalidad no contributiva. Hasta la aprobación de la Ley 23/2013 la revalorización se efectuaba, de forma automática, al comienzo de cada año, en función del índice de precios al consumo previsto para dicho año, lo que incluía igualmente a las pensiones mínimas. Por otro lado, se preveía que en el caso de que las previsiones de inflación hubieran quedado por debajo de la inflación real (correspondiente al periodo comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización) se procedía a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que estableciese la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado. Ello se materializaba abonando la diferencia, en un pago único, a los pensionistas cuyas pensiones hubiesen sido objeto de revalorización en el ejercicio anterior, antes del 1 de abril del ejercicio siguiente. En cuanto al régimen de revalorización previsto para las pensiones de invalidez y jubilación no contributivas, el artículo 52 del TRLGSS sigue estableciendo que serán actualizadas en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, al menos, en el mismo porcentaje que dicha ley establezca como incremento general de las pensiones contributivas de la Seguridad Social.

Por otro lado, en lo que se refiere a las pensiones a cargo del Régimen de Clases Pasivas del Estado, éstas tienen una regulación propia, contenida en el artículo 27 del Real Decreto 670/1987, de 30 de abril, y hasta la Ley 23/2013 se contemplaban los mismos criterios previstos en el art. 48 TRLGSS para las prestaciones contributivas. Según este artículo, las pensiones de clases pasivas, incluido el importe de la pensión mínima y los haberes reguladores que se aplican para determinar la cuantía de las pensiones, se revalorizarán al comienzo de cada año, en función del índice de precios al consumo previsto para dicho año. Además, si el índice de precios al consumo acumulado correspondiente al periodo comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico al que se refiere la revalorización, resulta superior al índice previsto, se procederá a su actualización conforme establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. A tales efectos, se abonará a los pensionistas la diferencia, en un pago único, antes del uno de abril del siguiente ejercicio. Esta ley adopta, por tanto, el mismo criterio de revalorización de pensiones que el mencionado en el artículo 48 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.

La fórmula diseñada hasta la aprobación de la Ley 23/2013 ha desempeñado un papel importantísimo en la garantía del poder adquisitivo de los pensionistas. Es ésta la finalidad que busca atender el art. 48 TRLGSS que lo contempla (como el art. 27 del RD 670/1987): tratar de que los pensionistas afronten mejor los aumentos del coste de la vida. No en vano se considera que con dicho instrumento se lucha contra el riesgo de pobreza de la población pensionista. Este aspecto es el que explica que en nuestro país las revalorizaciones representen una parte sustancial del importe de la nómina de las pensiones. Con ello se pretende que un colectivo débil, con una media de ingresos bajos, sin posibilidad de generar recursos de otro tipo, pueda hacer frente a la variación del índice del coste de la vida.

Pese a la importancia que representa el mecanismo de la revalorización entre los pensionistas, ello no ha impedido que en los últimos años se proceda a actuar sobre el mismo con la finalidad de atenuar sus efectos, como una medida más dentro de la política de austeridad adoptada por nuestro país. Así, en el año 2010 se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, suspendiendo, de forma excepcional para el año 2011, la revalorización de las pensiones del sistema de Seguridad Social, excepto para las pensiones mínimas, las pensiones del extinguido SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas. Al año siguiente, el RD Ley 20/2011, de 30 de diciembre, estableció, en su artículo 5 que las pensiones que abona el sistema de Seguridad Social en su modalidad contributiva, así como de Clases Pasivas del Estado, se incrementarían en un 1 por 100 para el año 2012. En la misma línea, el RD Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de Seguridad Social dejó sin efecto para 2012 la actualización con el IPC de las pensiones, en los términos previstos legalmente, con la excepción de las pensiones mínimas, las del SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas. En la adopción de estas medidas se deja ver la influencia que ejerce tanto el mandato del art. 135 CE que pretende situar la estabilidad presupuestaria por delante de cualquier otro deber o compromiso de los poderes públicos como el art. 11.5 Ley 2/2012 en el que se establece que las Administraciones Públicas de Seguridad Social mantendrán una situación de equilibrio o superávit presupuestario.

La suspensión de la actualización de las pensiones conforme a lo previsto en el art. 2.1 RD Ley 28/2012 constituía una decisión ciertamente polémica si se atiende a dos aspectos fundamentales. El primero de ellos se conecta con razones de oportunidad política, ya que apenas cinco meses atrás la Ley 2/2012, en desarrollo de lo previsto por el RD Ley 20/2011, contempló que las pensiones subirían un 1 por 100, lo que implícitamente incluía también la compensación de la ya entonces más que previsible desviación de esa cifra respecto de la evolución del IPC desde noviembre de 2011 al mismo mes de 2012. Finalmente, el dato de la inflación de referencia fue del 2,9 por 100, por lo que los pensionistas se quedaban sin el abono en un pago único de la diferencia existente: un 1,9 por 100 de la cuantía de la pensión³.

El segundo de los elementos controvertidos cabe situarlo en el plano jurídico ya que la adopción de dicha medida planteaba importantes dudas de constitucionalidad. De hecho, se planteó de forma inmediata un recurso de inconstitucionalidad contra el art. 2.1 RD Ley 28/2012 el cual, una vez admitido a trámite, constituye el objeto de análisis y resolución por parte del TC en la sentencia que examinamos. Con anterioridad a la decisión del máximo intérprete de la Constitución han recaído algunas sentencias de los Juzgados de lo social que han entrado a resolver demandas planteadas con el objetivo de que se reconozca el derecho al abono de la paga única compensatoria por el desvío del IPC durante el año 2012 y, de otro, que se declare el derecho a que la revalorización correspondiente al año 2013 se aplique

³ Al respecto, ampliamente SUÁREZ CORUJO, B., *El sistema público de pensiones. Crisis, reforma y sostenibilidad*, Valladolid, Lex-Nova, 2014, p. 234.

sobre una pensión incrementada en un 2,9 por 100 en lugar de un 1 por 100⁴. También en aplicación ha recaído algún pronunciamiento entrando a resolver estas cuestiones⁵.

2. LOS PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 2.1 RDL 28/2012

La suspensión de la actualización de las pensiones en su modalidad contributiva para 2012 planteaba la duda de su encaje en el conjunto de garantías constitucionales. El primero de los problemas de constitucionalidad se conectaba con una eventual vulneración del art. 86.1 CE ya que se podría llegar a apreciar la falta de concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad para poder dictar el RD Ley 28/2012. Otra de las cuestiones que podían servir para declarar la inconstitucionalidad de aquella medida se centraba en el incumplimiento del principio de suficiencia económica conforme a los arts. 41 y 50 CE. El tercero de los interrogantes en materia constitucional se vinculaba con la posible infracción de los tres principios consagrados en el art. 9.3 CE. Finalmente, el cuarto de los motivos de inconstitucionalidad de la suspensión de la actualización de las pensiones era la posible existencia de una discriminación indirecta por razón de la edad conforme a lo previsto por el art. 14 CE.

En el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el art. 2.1 RD Ley 28/2012 únicamente se ha optado por hacer valer el tercero de los motivos expuestos, esto es, el relativo al problema de la interdicción de la irretroactividad de las normas jurídicas contenida en el art. 9.3 CE. De forma derivada, también se aduce la infracción del art. 33 CE. Del resto de los problemas, los recurrentes han optado por mantenerse al margen. Y es que en el primer caso, aquel que se refiere a una posible vulneración del principio de legalidad, no parece fácil su admisión ya que el TC viene defendiendo que el control sobre el uso abusivo de la facultad legislativa otorgada al Gobierno consiste en verificar la conexión entre el presupuesto habilitante –la extraordinaria y urgente necesidad– y la adopción de la medida legal concreta –el RD Ley–. Y sobre este particular el propio TC ya ha tenido ocasión de pronunciarse al estudiar la constitucionalidad de la reducción de las retribuciones de los funcionarios legitimando la existencia de la situación de extraordinaria y urgente necesidad de este tipo de recortes en base a la crisis económica. En efecto, conforme al Auto de fecha 13 de diciembre de 2011, el TC considera que “(...) siendo el objetivo principal de la norma –el RDL 8/2010– introducir determinadas medidas urgentes y extraordinarias para la contención y reducción del déficit público, es evidente que la reducción de las dos principales partidas del gasto público corriente de la Ley de Presupuestos –los salarios de los empleados públicos y las pensiones públicas– guarda la necesaria conexión de sentido con la situación de urgencia definida, tal y como ha sido exigida por la doctrina constitucional”⁶.

Tampoco los recurrentes aducen en sus motivos de inconstitucionalidad el principio de suficiencia económica. Ello no resulta extraño si tenemos en cuenta que desde sus inicios el TC viene postulando que de los arts. 41 y 50 CE no se desprende que la CE “obligue a que

⁴ Ha reconocido dichos derechos la SJS núm. 4 San Sebastián 6 junio 2013 (AS 2013, 1755). En contra, entre otras, las SSJS núm. 2 Palma de Mallorca 11 marzo 2014 (AS 2014, 790) y núm. 31 Madrid 11 de julio 2013.

⁵ STSJ Castilla La-Mancha 25 noviembre 2014 (AS 2015, 291).

⁶ ATC 179/2011, 13 diciembre 2011 (RTC 2011, 179).

se mantengan todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual”⁷. Ahora bien, al producirse en el año 2012 una congelación de todas las pensiones sin distinción, incluidas las más bajas y las mínimas, no resulta tan insólito plantearse la duda sobre si tal medida erosiona el principio de suficiencia ya que se podría entrar a examinar si en este caso la situación de déficit público serviría para justificar la no revalorización de todas las pensiones o, por el contrario, se tenían que haber actualizado las más bajas, ya que de no optarse por tal medida no se garantizaría el poder adquisitivo de aquellos cuya pensión es su único ingreso o el más importante y sin ella estarían bajo el umbral de la pobreza⁸.

Por lo demás, el recurso tampoco hace referencia al principio de igualdad en su pretensión de considerar inconstitucional el art. 2.1 RD Ley 28/2012, centrandó su atención en el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras de derechos individuales (art. 9.3 CE), en relación con el mandato constitucional de actualización periódica de las pensiones a los efectos de asegurar su suficiencia económica (art. 50 CE).

2.1. Principio de irretroactividad ex art. 9.3 CE: derechos adquiridos o expectativas de derechos

El problema de la interdicción de la irretroactividad de las normas jurídicas contenida en el art. 9.3 CE se constituye en el verdadero dilema a resolver respecto a la incidencia que en este punto presenta la medida de suspensión de la actualización de las pensiones decretada por el Gobierno. En otras palabras, la estimación o desestimación de la constitucionalidad de dicha decisión se apoya en un concreto motivo, a saber, la negación (o no) del carácter retroactivo del art. 2.1 RD Ley 28/2012. Y sobre este particular conviene detenerse brevemente sobre las características fundamentales de aquel principio para comprobar finalmente si se produce una vulneración del precepto constitucional citado.

Y así, se puede destacar, en primer lugar, conforme a reiterada doctrina constitucional, 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. Por tanto, lo que la Constitución veda es la retroactividad de las normas, es decir, la proyección de sus efectos hacia el pasado, no impidiendo, en este sentido, 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. La invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico⁹. Aplicada esta doctrina a los derechos sociales, no cabría, en este sentido, una irreversibilidad absoluta de éstos, dado que el legislador no podría adoptar medidas regresivas respecto a una situación anterior, lo que supondría el sacrificio de otros

⁷ STC 134/1987, 21 julio (RTC 1984, 134).

⁸ En esta línea, TOSCANI, D., “La revalorización de las pensiones en la Ley 23/2013 y su constitucionalidad”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2014.

⁹ SSTC 27/1981, de 20 de julio (RTC 1981, 27) y 6/1983, de 4 de febrero (RTC 1983, 6), entre otras.

valores constitucionales. Ahora bien, reconocida la citada irreversibilidad, ésta no supone el reconocimiento al legislador de una libertad omnímoda al respecto.

En segundo lugar, la alusión que el art. 9.3 CE hace a la restricción de derechos individuales debe equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerar que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (Título I CE) o en la esfera general de protección de la persona¹⁰. Hay que tener en cuenta que cuando se alude al ámbito objetivo de los derechos amparados por la garantía de la irretroactividad constitucional, no cabe restringir aquél exclusivamente al ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas contempladas entre los arts. 14 y 29 CE, sino que su alcance es mucho mayor, lo que incluiría al conjunto de los derechos individuales. Así, el TC asienta el criterio de que esos derechos individuales abarcan otros derechos adicionales a los fundamentales¹¹.

Por último, el tercer presupuesto habilitante del principio de irretroactividad es la exigencia de 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 reformadora. En efecto, lo que el art. 9.3 CE prohíbe es 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 irretroactividad¹². Al respecto, la asentada jurisprudencia constitucional determina que la eficacia y protección del derecho individual dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo, de manera que la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas¹³. De forma más específica, y en el ámbito concreto de los derechos de Seguridad Social, es doctrina asentada del TC que no puede hablarse de derechos adquiridos a que se mantenga un determinado régimen regulador de unas prestaciones a obtener en el futuro, ni existe retroactividad cuando una norma afecta a situaciones en curso de adquisición, pero aún no consolidadas por no corresponder a prestaciones ya causadas¹⁴.

Sobre el primero de los elementos caracterizadores del principio de irretroactividad, cabe entender que ningún problema suscita desde el punto de vista constitucional la suspensión de la revalorización decretada para el siguiente ejercicio económico (año 2013). Se aplicaría, entonces, la doctrina del TC en la que se subraya que la incidencia de la nueva normativa en los derechos no produce ninguna irretroactividad en cuanto a su proyección en el futuro ya que en el caso concreto de las pensiones no se tiene un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las futuras, es decir, de las pensiones respecto a las cuales no se ha

¹⁰ SSTC 104/2000, 13 abril (*RTC* 2000, 104); 131/2001, 7 junio (*RTC* 2001, 131); 112/2006, 5 abril (*RTC* 2006, 112); 89/2009, 20 abril (*RTC* 2009, 89); 90/2009, 20 abril (*RTC* 90, 2009) y 100/2012, 8 mayo (*RTC* 2012, 100).

¹¹ SSTC 65/1987, 21 mayo (*RTC* 1987, 65) y 99/1987, 11 junio (*RTC* 1987, 99).

¹² STC 42/1986, 10 abril (*RTC* 1986, 42).

¹³ SSTC 99/1987, 11 junio (*RTC* 1987, 99) y 178/1989, 2 noviembre (*RTC* 1989, 178).

¹⁴ STC 97/1990, 24 mayo (*RTC* 1990, 97).

producido el hecho que las causa¹⁵. Hay que tener en cuenta que entra dentro del haz de facultades del Gobierno el tomar la decisión sobre las revalorizaciones a efectuar, no pudiendo existir ningún principio de irretroactividad en la decisión de convenir una revalorización fija para el ejercicio 2013, cuestión que también apareció en la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013 (arts. 39 y ss)¹⁶.

Cuestión distinta es la previsión legal contenida en el art. 2.1 RD Ley 28/2012, ya que lo que se deja de atender es la obligación de actualizar las pensiones ya percibidas, las que corresponderían al año 2012. La norma tendría efectos hacia el pasado, contemplando una retroactividad auténtica, por cuanto lo que prevé el art. 48 TRLGSS y el art. 27 del Real Decreto 670/1987, de 30 de abril es un derecho a una actualización de la pensión del ejercicio presupuestario 2012, es decir, respecto de cantidades que ya deberían haberse percibido. Por tanto, la decisión de no atender el derecho a la actualización según el IPC real para el año 2012 fue realizada ex post y tuvo carácter restrictivo, ya que supuso una pérdida efectiva de poder adquisitivo del 1,9 por 100, sustrayendo a los pensionistas una cantidad que les correspondía por un período pasado, el ejercicio 2012¹⁷.

Una vez advertida la primera nota característica del principio de irretroactividad, habría que indagar sobre si la medida legal adoptada de suspender la actualización para el año 2012 afecta a un derecho individual. Y sobre este particular cabría decir que lo que contempla el art. 48.1.2 TRLGSS es un derecho de titularidad individual el cual fue suprimido para el año 2012. Así, la suspensión adoptada trajo como consecuencia la eliminación de un derecho previamente reconocido por el ordenamiento jurídico el cual se erige, junto con el incremento previsto al comienzo de cada año (art. 48.1.1 TRLGSS), en un doble mecanismo de revalorización de las pensiones dirigido a garantizar el mantenimiento de su poder adquisitivo como plasmación legal del mandato constitucional del art. 50 CE. Por tanto, la restricción del Gobierno no afectaba a un derecho genérico, sino a un derecho subjetivo constitucionalmente tutelado¹⁸.

Finalmente, tocaría en último término abordar el tercer elemento a considerar para la aplicación del principio de irretroactividad de las normas jurídicas. En concreto, habría que indagar si la suspensión decretada incidía en una mera expectativa de derecho o, por el contrario, afectaba 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 prevista en la regla del art. 2.1 RD Ley 28/2012. Y en este punto es donde surgen

¹⁵ STC 134/1987, 21 julio (RTC 1984, 134).

¹⁶ TALENS VISCONTI, E. E., "Problemas constitucionales del RD Ley 28/2012, 30 de noviembre, y revalorización de las pensiones. SJS nº 2 Palma de Mallorca 11 marzo 2014 (AS 2014, 790)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 169, 2014, p. 4.

¹⁷ A tal conclusión llegan los autores del recurso de inconstitucionalidad, los cuales consideran que el art. 2.1 RD Ley 28/2012 establece una retroactividad auténtica, una retroactividad de grado máximo a todos los efectos.

¹⁸ A esta conclusión llegan los magistrados que emiten un voto particular a la STC 49/2015, 5 marzo, considerando que la regla jurídica establecida en el art. 2.1 RD Ley 28/2012, "consistente en dejar sin efecto la actualización de pensiones durante el año 2012 prevista en los arts. 48.1.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y 27.1, del texto refundido de Clases Pasivas del Estado (LCPE), 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 (CPE)".

las discrepancias entre lo defendido por los recurrentes y los propios magistrados que emiten un voto particular a la STC 49/2015 y la decisión final del máximo intérprete de la CE. En el primer caso, se postula la existencia de un derecho subjetivo incorporado ya al patrimonio jurídico del pensionista, plenamente consagrado y agotado. En el segundo, se niega tal condición a lo contemplado por el art. 48.1.2 TRLGSS ya que los pensionistas sólo tienen una mera expectativa de derecho.

Y así, para los recurrentes existen tres razones para servir de base para justificar que el derecho a la actualización de las pensiones públicas había llegado a consolidarse en el momento de la entrada en vigor del RD Ley 28/2012. En primer lugar, consideran 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. 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; por 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. De este modo, 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.

En segundo lugar, los recurrentes señalan un segundo elemento a considerar como es la diferencia que cabe establecer entre el momento de consolidación del derecho en el patrimonio del pensionista y el momento formal del surgimiento del deber del devengo de dicha cantidad por parte de la Seguridad Social. Aun cuando el propio art. 48 TRLGSS y el art. 27 del Real Decreto 670/1987, de 30 de abril remiten expresamente a la respectiva Ley de Presupuestos, esta remisión debe interpretarse únicamente a efectos contables ya que la obligación está plenamente asumida por el sistema público y obligatorio de protección. La remisión a la Ley de Presupuestos 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. Y lo relevante a estos efectos es que cuando la citada Ley de Presupuestos procede a incorporar la correspondiente partida de abono del pago único, ésta carece por completo de margen de valoración política o de discrecionalidad jurídica alguna, pues todos los elementos determinantes del pago se encuentran perfectamente determinados. Lo anterior se corrobora con lo ocurrido hasta el 2012 con las sucesivas Leyes de Presupuestos aprobadas, las cuales han dado cumplimiento material al mandato legal contenido en el TRLGSS y en el Real Decreto 670/1987.

Por último, los autores del recurso de constitucionalidad contra el art. 2.1 RD Ley 28/2012 señalan un tercer aspecto a considerar: el caso concreto de pensionistas que han fallecido a lo largo del correspondiente ejercicio presupuestario. Y es que éstos 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.

En la misma línea que los recurrentes, los magistrados autores del voto particular a la STC 49/2015 sostienen que cuando se aprobó el RD Ley 28/2012 existía ya una relación consagrada o agotada incorporada al patrimonio del pensionista. Para éstos, los arts. 48.1.2 TRLGSS y el art. 27.1 del Real Decreto 670/1987 contemplan una estructura jurídica que responde a la noción más canónica y ortodoxa de la regla jurídica: un supuesto de hecho al que se aplica una consecuencia jurídica. Y así, aconteciendo el supuesto de hecho –como así ocurrió, al sobrepasar el índice de precios acumulado correspondiente al período comprendido entre el 1 de diciembre (2011) y el 30 de noviembre del año posterior (2012) al índice previsto por la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2012– debió aplicarse la consecuencia jurídica, esto es, la de actualizar las pensiones. Al cumplirse la condición se debía haber activado el mandato de mantenimiento de las pensiones en lo referente a la actualización, adquiriendo desde entonces los beneficiarios de pensiones ya causadas con anterioridad al inicio de cada ejercicio económico el derecho a la actualización.

A favor de esta tesis, los magistrados subrayan varias razones. De un lado, consideran que el art. 2.1 RD Ley 28/2012 actuaba sobre situaciones jurídicas ya consolidadas si atendemos al tenor literal del mismo ya que la declaración que dicho precepto realiza –“se deja sin efecto para el ejercicio 2012 la actualización de las pensiones en los términos previstos (...)”– no ofrece dudas al respecto: dejar algo sin efectos presupone necesariamente reconocer la existencia de ese algo. En segundo lugar, la interpretación que cabe realizar de la remisión que se realiza a la Ley de Presupuestos no es la de que se produzca un desplazamiento a dicha norma de la facultad de reconocer o de abolir la actualización de pensiones. El sentido de esta remisión es muy diferente, a juicio de los magistrados discrepantes, ya que para éstos estaríamos únicamente ante un diferimiento a dicha norma de la consignación de los créditos para hacer frente “a la correspondiente actualización”, siempre y cuando se hubiere cumplido la condición para que la misma opere de conformidad con los criterios establecidos en los arts. 48 TRLGSS y 27 del Real Decreto 670/1987. En tercer lugar, se insiste en un elemento aportado por los propios recurrentes: 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. 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.

Pese a los argumentos esgrimidos de un lado –recurrentes– y de otro –voto particular–, el TC en su sentencia de 5 marzo opta por considerar en este punto que cuando se dictó el RD Ley 28/2012 los pensionistas sólo tenían una mera expectativa de derecho a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto. La principal objeción que realiza el máximo intérprete de la CE a lo postulado hasta aquí acerca de la existencia de derechos consolidados

cuando se aprobó aquella norma es la referida a la remisión que los arts. 48.1.2 TRLGSS y 27.1 del Real Decreto 670/1987 realizan a la Ley de Presupuestos. Y así, a juicio del TC, dicha remisión no debe entenderse como un mero apunte contable, de manera que la citada Ley debe limitarse a aprobar el crédito presupuestario correspondiente para hacer frente al pago de la diferencia del IPC en el ejercicio económico siguiente. A juicio del TC, si esto fuera así no hubiera sido necesario hacerlo constar expresamente en la Ley, pues la necesidad de aprobar la correspondiente partida de gastos en los presupuestos del Estado se deriva de la obligación de pago antes del 1 de abril del ejercicio económico siguiente. 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, según el TC, 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.

Para corroborar lo anterior, el TC aduce que el eventual devengo de la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto tendría lugar el 31 de diciembre, siendo la Ley de Presupuestos 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 económico a que se refiere la revalorización). 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 Ley de Presupuestos. Por ello, cuando se dictó el RD 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 Ley de Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio, para el año 2012 quedó sin efecto por haberse suspendido con anterioridad a su consolidación.

2.2. Vulneración del art. 33 CE

Otro de los motivos de inconstitucionalidad del art. 2.1 RD Ley 28/2012 era la posible vulneración del art. 33 CE al considerarse por los recurrentes que se había procedido a una expropiación. Así, el citado 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”. Conforme a la doctrina del TC, “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. Más aún, la doctrina jurídica y la jurisprudencia consideran, casi unánimemente, que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales”¹⁹.

Pues bien, de lo anterior se deduce que para que se produjera la infracción pretendida por los recurrentes, esto es, que la norma impugnada tuviera contenido expropiatorio,

¹⁹ STC 108/1986, 29 julio (RTC 1986, 108).

resultaba necesario interpretar con carácter previo que cuando se aprobó el RD Ley 28/2012 existía una relación consagrada o agotada. En efecto, la garantía expropiatoria del art. 33 CE no resulta aplicable si entendemos, como así lo hace el TC, que lo que hace el art. 2.1 de la norma es privar a los pensionistas de una expectativa de derecho y no de un derecho actual consolidado. Por ello, a juicio de nuestro más alto tribunal, la privación no tiene naturaleza expropiatoria al recaer sobre una expectativa.

2.3. El principio de discriminación ex art. 14 CE

La decisión de dejar sin efecto el mecanismo de actualización de las pensiones del art. 48.1.2 TRLGSS y del equivalente art. 27 del Real Decreto 670/1987 podía llegar a suponer una eventual discriminación indirecta. Es éste un aspecto que no aparece en el recurso de inconstitucionalidad y que por tanto el TC no examina, pero que, aunque sea brevemente, merece la pena detenerse ya que la doctrina jurídica sí que ha planteado esta posibilidad. De este modo, no resulta descartable que el art. 2.1 RD Ley 28/2012 suponga una vulneración del art. 14 CE por discriminación indirecta por razón de edad ya que tratándose de una medida legítima no se han tenido en cuenta sus efectos negativos en el colectivo de pensionistas. De entrada, nada impediría utilizar el criterio de la edad como un elemento diferenciador a la hora de configurar regímenes jurídicos particulares, pero para ello resulta imprescindible que concurren razones objetivas justificadas y proporcionadas²⁰.

Respecto de la existencia de una justificación objetiva y razonable para proceder a la no actualización de las pensiones, se ha cuestionado que los efectos de la crisis económica a los que alude el RD Ley 28/2012 pudieran servir por sí solos para tomar aquella decisión. Siendo indiscutibles dichos efectos, lo cierto es que el Estado disponía de otras alternativas que podía haber utilizado con objeto de no hacer recaer sobre el colectivo de los pensionistas una medida que suponía agravar su situación de vulnerabilidad²¹.

En la misma dirección, tampoco esta decisión de no actualizar las pensiones tuvo carácter proporcional. La congelación de las pensiones de forma lineal suponía una pérdida significativa de poder adquisitivo para todos los pensionistas, pero especialmente para perceptores de las más bajas, donde en la mayoría de los casos, para sus titulares son su única fuente de ingreso o el más importante y sin ella caerían bajo el umbral de la pobreza²². Esta medida aplicable al conjunto de pensiones contributivas del sistema, sin diferenciar por clases ni cuantías, desvirtúa el contenido de la garantía constitucional de suficiencia. Como ya se ha señalado, la jurisprudencia del TC hace especial hincapié en señalar que se pueden limitar las pensiones más elevadas en aras de garantizar la suficiencia de las mínimas. Lo anterior remite a otra de las posibles tachas discriminatorias predicables el art. 2.1 RD Ley 28/2012: el de perjudicar seriamente al colectivo de mujeres, produciéndose una discriminación indirecta por razón de género. No en vano hay un mayor número de mujeres receptoras de las pensiones más bajas.

²⁰ STC 63/2011, 16 mayo (RTC 2011, 63).

²¹ SUÁREZ CORUJO, B., *El sistema público...*, op. cit., p. 239.

²² TOSCANI, D., "La revalorización...", op. cit., p. 4.

3. VALORACIÓN DE CONJUNTO: LA PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA

Tal y como se ha destacado, la STC 49/2015, de 5 marzo ha avalado la constitucionalidad del RD Ley 28/2012 que dejó sin efecto la actualización de las pensiones en relación con el Índice de Precios al Consumo pese a que los arts. 48 TRLGSS y 27 del Real Decreto 670/198 lo garantizaban. La decisión jurisdiccional tiene enorme relevancia, al menos en dos aspectos fundamentales. De un lado, rechaza la tesis de los recurrentes de que el derecho a la actualización de las pensiones se vaya consolidando mes a mes. Al contrario, considera el TC que el eventual devengo de la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto tendría lugar el 31 de diciembre. 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 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 ejercicio. De otro lado, también el TC descarta el argumento de los recurrentes de que la remisión que el TRLGSS y el Real Decreto 670/198 hacen a la Ley de Presupuestos es una mera remisión a los efectos de que esta Ley habilite la correspondiente partida del gasto presupuestario. Para aquél 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.

Los argumentos esgrimidos por el TC nos parecen poco rigurosos y como señalan los magistrados discrepantes en su voto particular pueden traer consigo unas consecuencias devastadoras para la adquisición de derechos de las personas. En nuestro caso, compartimos la opinión de los recurrentes de que cuando se aprueba el art. 2.1 RD Ley 28/2012 el derecho a la actualización de las pensiones estaba consolidado e integrado en el patrimonio individual de los sujetos beneficiarios ya que la pensión se va percibiendo periódicamente y se va incorporando al patrimonio jurídico de su titular cada mes. Conviene resaltar, en este sentido, que la revalorización debe entenderse como un elemento más de la fijación de la pensión, incorporándose a la misma, de ahí su integración en el brazo contributivo y su financiación interna por los Presupuestos de la Seguridad Social. Dicho mecanismo, por tanto, es esencial (indisponible) en la configuración del derecho constitucional a la pensión, no existiendo una diferenciación entre la pensión y su posterior actualización, ya que la actualización no es sino un nuevo cálculo del importe inicial en línea con lo exigido por el art. 65.10 del Convenio 102 de la OIT que establece “(l)os montos de los pagos periódicos en curso atribuidos para la vejez (...), para la invalidez y para la muerte del sostén de familia serán revisados cuando se produzcan variaciones sensibles del nivel general de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida”²³.

²³ LÓPEZ GANDÍA, J., “La dimensión constitucional de la reforma de las pensiones”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 2014, p. 42.

Mayores reparos presenta, incluso, el razonamiento del TC acerca de la funcionalidad de la norma presupuestaria en este asunto. No se puede estar acuerdo con la idea de que la remisión que los arts. 48 TRLGSS y el art. 27 del Real Decreto 670/198 realizan a la Ley de Presupuestos pueda interpretarse en el sentido de que dicha norma tenga la capacidad tanto de reconocer como de cercenar el derecho a la actualización, una vez se ha producido el desfase entre el IPC real y el IPC previsto. En línea con los magistrados que emiten un voto particular a la sentencia, si nos atenemos a lo que hasta ahora han ido recogiendo las sucesivas normas presupuestarias se comprueba cómo éstas han venido incorporando una regla de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones que básicamente 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 resultados de lo establecido en otras leyes sustantivas. No parece, al menos hasta ahora, que la Ley de Presupuestos pudiera tener esa función de modular de tal modo el derecho de actualización de las pensiones que conllevara la facultad de eliminar o dejar sin efecto tal derecho.

Sobre este último aspecto, los efectos de la sentencia puedan resultar letales ya que las leyes de presupuestos pueden llegar a asumir como facultad la transformación de simples expectativas de derechos en derechos adquiridos. Si se mantiene la interpretación de la sentencia, se estará reconociendo que no es obligatoria constitucionalmente la actualización en todas las pensiones, puesto que no constituye esta prerrogativa un derecho subjetivo, sino una expectativa de derecho, que queda supeditada a criterios selectivos y diferenciados²⁴. De modo que, como se ha podido apuntar, cuando una Ley conceda algo “a bombo y platillo” si va acompañado de la muletilla “de acuerdo con lo que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado” tendremos que saber, parafraseando al bíblico Job, que lo que el primer legislador te da, el legislador anual de los presupuestos podrá quitártelo, pues como el TC nos alerta ahora, “supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad”²⁵. Desde luego, como el propio TC advierte, el reconocimiento de dicha libertad del legislador encuentra límites. Y además, dicho margen para hacer frente a la actualización de las pensiones se materializa teniendo en cuenta las posibilidades económicas del sistema, ya que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales.

Sin embargo, si se admite que lo que reconoce una norma sustantiva se hace depender de lo establecido por la correspondiente norma presupuestaria, el problema de constitucionalidad se produce por la vía del principio de seguridad jurídica que emana del art. 9.3 CE. Ya se dijo más arriba que resulta difícil defender la existencia de una diferencia esencial entre la pensión de jubilación y su posterior actualización, ya que la actualización no es sino un nuevo cálculo del importe inicial. Pues bien, parece evidente que una modificación como la que estamos comentando –la suspensión del mecanismo de actualización para el 2012– tiene una influencia decisiva en la posición de los pensionistas, que en modo alguno han tenido tiempo suficiente como para adaptarse a una más que previsible pérdida de poder adquisitivo. En este punto entraría en juego del mismo modo el

²⁴ BLÁZQUEZ AGUDO, E. M., “Desde el principio de garantía de la suficiencia de las prestaciones a la necesidad de garantizar la viabilidad del sistema”, *Información Laboral*, núm. 5, 2015 (BIB 2015/1864).

²⁵ RAMÓN CHAVES, J., “El Tribunal Constitucional respalda que el legislador viaje en el tiempo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 903, 2015 (BIB 2015/1292).

principio de confianza legítima como derivación del de seguridad jurídica con el que se protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles. De ahí que no tenga sentido que se garantice por la Constitución el derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones, si este se puede burlar tan fácilmente y de manera permanente. Un cambio sobrevenido, como es el que tiene que ver con la medida adoptada, con los efectos ya descritos quiebra la expectativa legítima que los pensionistas tenían.

