

La perplejidad y preocupación de Fernando Valdés Dal-Ré por la reversibilidad de los derechos sociales (Su voto particular ante la suspensión de la actualización de las pensiones para 2013 llevada a cabo por el RD-ley 28/2012¹)

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia
Subdirector de la Revista Derecho de la Seguridad Social Laborum
Subdirector de la Revista Crítica de Relaciones Laborales Laborum
 <https://orcid.org/0000-0001-5054-8822>

I. ORIGEN DEL VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ

El RD-ley 28/2012, de 30 noviembre en su artículo segundo “Actualización y revalorización de pensiones”, vino a establecer lo siguiente:

“Uno. Se deja sin efecto para el ejercicio 2012 la actualización de las pensiones en los términos previstos en el apartado 1.2 del artículo 48 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril.

Dos. Se suspende para el ejercicio 2013 la aplicación de lo previsto en el apartado 1.1 del artículo 48 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, así como en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril”.

El Gobierno lo justificaba en atención al elevado déficit del sistema de Seguridad Social durante el ejercicio de 2012, con las consiguientes tensiones de liquidez que se iban acentuar al mes siguiente (diciembre) por el abono de dos mensualidades, ordinaria y extraordinaria, de las pensiones de la Seguridad Social. Hacía valer su compromiso con la revalorización de las pensiones y recordaba que la primera medida que se adoptó en materia de pensiones fue la de actualizarlas en un uno por ciento, a través del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. Y ello supuso un esfuerzo importante para el sistema en un contexto en el cual la Seguridad Social ha tenido que acudir a sus reservas. Por otro lado, había que cumplir con el objetivo del déficit público y por ello el Gobierno se veía abocado a con carácter de extraordinaria y urgente necesidad a dejar sin efecto la actualización de las pensiones en el ejercicio 2012 y a suspender la revalorización de las pensiones para el ejercicio de 2013 en los términos previstos en el artículo 48 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS), y en el artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril (LCP)².

¹ Análisis de los votos particulares de las SSTC 133, 129/2015, de 8 de junio y 49/2015, de 5 marzo de 2015.

² Sin perjuicio de lo anterior y en aras de mantener el compromiso adquirido en materia de pensiones, tanto las abonadas por el sistema de la Seguridad Social como las de Clases Pasivas, experimentarán en 2013 un incremento

II. LAS RAZONES INVOCADAS POR LOS RECURRENTES PARA UTILIZAR LA VÍA DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

La reacción ante la suspensión de la revalorización para 2013 no se hizo esperar y 146 diputados integrantes de los Grupos Parlamentarios Socialista, Izquierdo Unida, Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida y Alternativa, Chunta Aragonesista, La Izquierda Plural, Partido Nacionalista Vasco, Convergencia i Unió y Unión Progreso y Democracia, interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra el art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre (recurso núm. 114-2013).

Los motivos del recurso en síntesis fueron los siguientes: En primer lugar se recuerda el marco constitucional del sistema de pensiones (art. 1.1, 41 y 50 Constitución)³.

-Y luego analiza el desarrollo del mandato legal de revalorización de las pensiones, recogido en el art. 48 de la LGSS (texto refundido de 1994)⁴.

Partiendo de ello los recurrentes consideran que la suspensión de la actualización de las pensiones en su modalidad contributiva para 2013 es contraria a la retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales garantizada constitucionalmente (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).

Afirmaban los recurrentes que la prohibición de retroactividad constitucionalmente tutelada pretende otorgar plena seguridad jurídica al ciudadano de que los derechos subjetivos plenamente adquiridos en el pasado y que son exigibles frente a terceros en todo caso, no pueden ser expropiados de su patrimonio jurídico a resultas de una posterior decisión política del poder legislativo a consecuencia de un determinado cambio normativo⁵.

Además, señalan que la Constitución prohíbe la retroactividad de las normas, es decir, la proyección de sus efectos hacia el pasado, al tiempo que se interpreta que la Constitución no impide la eficacia inmediata de la norma hacia el futuro a partir de la entrada en vigor de la misma. Lo que se prohíbe es la retroactividad auténtica, pero no así la denominada retroactividad impropia, que depende de otras circunstancias conectadas con la seguridad jurídica y la previsibilidad de actuación futura de cada sujeto en atención al principio de protección de la confianza legítima.

Se considera por los recurrentes que el art. 2.1 del RD-ley 28/2012 “... establece una retroactividad auténtica, una retroactividad de grado máximo a todos los efectos”. Como expresamente se contempla en el mencionado precepto, lo que se deja de atender es la obligación de actualizar las pensiones ya percibidas, las correspondientes al año 2012. Tiene la norma efectos hacia el pasado, por cuanto que lo que contempla el art. 48 LGSS y el art. 27 de LCP es un derecho a una actualización de la pensión del ejercicio presupuestario 2012, es decir, respecto de cantidades que ya deberían haberse percibido”. Se trata de una retroactividad prohibida por la Constitución (art. 9.3) al ser restrictiva para derecho los derechos individuales. Teniendo en cuenta que no estamos ante 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.

Y finalizan su recurso señalando que el precepto denunciado se vulnera el art. 33.3 CE, pues la norma resulta ser, objetivamente ya que no en su dicción literal, una norma de contenido expropiatorio

del uno por ciento. No obstante, se incrementarán en un uno por ciento adicional todas aquellas pensiones que no superen los 1.000 euros mensuales o 14.000 euros en cómputo anual. Véase apartado II de la justificación del RD-ley 28/2012, de 30 noviembre.

³ Antecedente 3 letra a).

⁴ Antecedente 3 letra b).

⁵ Antecedente 2 letra c)

y que lo es sin respetar la exigencia contenida en el art. 33.3 CE de que tal efecto expropiatorio sea compensado por la correspondiente indemnización.

III. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El TC comienza dando cuenta del recurso interpuesto y de la evolución que ha tenido el art. 48 LGSS y el art. 27 de la LCP⁶. Y después pasa a analizar la doctrina del propio TC sobre el principio de irretroactividad recogido en el art. 9.3 CE, en los siguientes términos:

- 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 individuales⁷.
- La expresión «restricción de derechos individuales» del art. 9.3 CE ha de 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 (del título I de la Constitución) o en la esfera general de protección de la persona⁸.
- El art. 9.3 CE prohíbe la incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad 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 expectativas⁹.

A tenor de los criterios expuestos el TC entiende que lo primero que debe determinarse es si en el momento en que se dictó el Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del Sistema de la Seguridad Social, los pensionistas tenían una mera expectativa de derecho a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC estimado para el año 2012 o, por el contrario, tenían un derecho consolidado, asumido e integrado en su patrimonio.

Pues bien, el TC entiende que el mandato constitucional, en virtud del cual los poderes públicos deberán garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad (art. 50 CE), así como «prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad» (art. 41 CE), debe tener en cuenta (recordando decisiones suyas anteriores sobre la actualización y límites de las pensiones) que:

- Corresponde al legislador determinar el alcance del derecho de los ciudadanos a obtener y la correlativa obligación de los poderes públicos de otorgar una pensión durante la tercera edad, estableciendo los requisitos y condiciones que se precisen para hacer efectivo ese derecho¹⁰.

⁶ Fundamentos de Derecho 1 y 2. Se reseña las distintas reformas e incidencias en los mismos desde 1997 por: Ley 24/1997, de 15 julio (modificación de la forma de llevarlo a cabo); RD-ley 8/2010, de mayo (suspensión de su revalorización para 2011); RD-ley 20/2011, de 30 diciembre (no abono de las diferencias entre IPC previsto y real); y el nuevo modelo de revalorización de pensiones fruto de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre.

⁷ Ver SSTC 27/1981, 20 julio; 6/1983, 4 febrero; 150/1990, 4 octubre; 173/1996, de 31 de octubre (FJ 3).

⁸ Ver SSTC 104/2000, de 13 de abril (FJ 6); 131/2001, de 7 de junio (FJ 5); 112/2006, de 5 de abril (FJ 17); 89/2009, de 20 de abril (FJ 4); 90/2009, de 20 de abril (FJ 4), y 100/2012, de 8 de mayo (FJ 10).

⁹ SSTC 99/1987, de 11 de junio (FJ 6 b); y 178/1989, de 2 de noviembre (FJ 9).

¹⁰ En este sentido STC 114/1987, de 6 de julio (FJ 3).

- El art. 50 CE pretende erradicar situaciones de necesidad, que habrán de ser determinadas y apreciadas, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. Lo que supone que, el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento¹¹.
- El precepto constitucional, no obliga a que todas y cada una de las pensiones ya causadas experimenten un incremento anual. La garantía de actualización periódica, no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones. Al fijar un límite a la percepción de nuevas pensiones o al negar la actualización durante un tiempo de las que superan ese límite el legislador no rebasa el ámbito de las funciones que le corresponden en la apreciación de aquellas circunstancias socioeconómicas que condicionan la adecuación y actualización del sistema de pensiones¹².
- La limitación de la actualización de la capacidad adquisitiva de las pensiones más altas, en tanto se encuentra fundada en las exigencias derivadas del control del gasto público y del principio de solidaridad, goza de una justificación objetiva y razonable¹³.

Pues bien el TC entendió que el art. 48.1 LGSS y art. 27.1 de la LCP contienen dos mandatos diferentes: a) Por un lado, la revalorización de las pensiones al comienzo de cada año en función del correspondiente IPC previsto para el mismo; y b) La actualización de dicha revalorización, de manera que, que en el supuesto de que el IPC acumulado, correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización fuese superior al índice previsto, se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la Ley de presupuestos generales del Estado (LPGE).

Y es en este último punto donde hace descansar su razonamiento al entender que: la expresión «de acuerdo con lo que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado» supone reconocer al legislador un cierto margen para hacer frente a la actualización de las pensiones en función de las posibilidades económicas del Sistema, sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales¹⁴. La remisión que la LGSS y la LCP hacen a la LPGE no es, por tanto, una mera remisión a los efectos de que esta Ley habilite la correspondiente partida del gasto presupuestario, sino que supone el reconocimiento al legislador de un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización de la revalorización en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento existentes, todo ello con la finalidad de asegurar la suficiencia y solvencia del sistema de Seguridad Social. El legislador lo que ha hecho es reconocer que la actualización de la revalorización de las pensiones efectuada al principio del ejercicio pueda ser modulada por la LPGE en función de las circunstancias socioeconómicas concurrentes y, por ello, habilita a la LPGE para que decida cuál es el alcance de la actualización.

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 generales del Estado 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

¹¹ Véase STC 127/1987, de 16 de julio (FJ 4).

¹² En este sentido STC 134/1987, de 21 de julio (FJ 5).

¹³ Ver STC 100/1990, de 30 de mayo (FJ 3).

¹⁴ Véase STC 134/1987, de 21 de julio (FJ 5).

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. 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. En consecuencia, 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.

Y por último en relación con la vulneración denunciada del art. 33 CE el TC señala que de acuerdo con esa legislación falta en el art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012 un elemento indispensable para que pueda calificarse la no actualización de las pensiones de medida expropiatoria, cual es que «sólo son expropiables y, por tanto indemnizables la privación de bienes y derechos o incluso intereses patrimoniales legítimos aun no garantizados como derechos subjetivos (por ejemplo, las situaciones en precario); pero en ningún caso lo son las expectativas. 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 o futuros¹⁵.

IV. EL VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO VALDÉS DAL-RÉ¹⁶

Comienza con una “elegante” y acertada crítica a la decisión adoptada por sus compañeros “... la estructura interna de la Sentencia se mueve entre una loable síntesis, limitada a describir los términos del proceso (fundamentos jurídicos 2 y 3) así como la doctrina elaborada por este Tribunal acerca del denominado «principio de irretroactividad» (fundamento jurídico 4), y una similar sumariada en el tratamiento y solución de la queja de inconstitucionalidad, que en ocasiones termina instalada en una inconsistencia o, al menos, liviandad argumental (fundamento jurídico 5). Probablemente, el efecto más perceptible de la sistemática elegida reside en la escasa importancia que parece querer transmitirse sobre el fondo del asunto.” Y en lo destacado en negrita no le falta razón. A continuación, se centra –básicamente- en destacar el motivo concreto del fallo con el que se disiente: negar el carácter retroactivo del art. 2.1 del RD-ley 28/2012. Y en los razonamientos siguientes muestra su radical discrepancia advirtiendo que 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. La negación de irretroactividad del precepto citado –señala- puede ofrecer ventajas para la consecución del propósito político confesado (se refiere a los argumentos empleados por el Gobierno en la justificación del RD-ley 28/2015), que no eran otros que la moderación de la deuda pública), pero resulta, de entre todas las soluciones 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, 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.

El eje principal de la discrepancia se centra en un doble y combinado presupuesto constitucional:

- a) Que reconocimiento de determinados derechos por la Constitución no es una mera declaración vacía de contenido, sino que presenta plena coherencia con la calificación de nuestro Estado como social y democrático de Derecho (art. 1.1).

¹⁵ Con remisión a la STC 108/1986, de 29 julio (FJ 20).

¹⁶ El voto es formulado también por el Magistrado Luis Ignacio Ortega Álvarez, a dicho voto particular se adhieren los Magistrados Adela Asua Batarrita y Juan Antonio Xiol Ríos.

- b) El aseguramiento formal de esos derechos no es suficiente, siendo adicionalmente exigible su garantía material y debido cumplimiento.

Por ello el problema a resolver debe partir de discernir la conformidad constitucional de una decisión de los poderes públicos de recortar o rebajar algunos de los aspectos previamente reconocidos en el ámbito de los derechos sociales. Se trata en definitiva de una cuestión relacionada con la denominada irreversibilidad de los derechos sociales. Si bien admite que no se defiende la irreversibilidad absoluta de los derechos sociales que, aplicada a las circunstancias del presente caso, vendría a significar que, una vez que se ha regulado legalmente la actualización de las pensiones, toda medida regresiva que afectara al contenido de tal regulación estaría viciada de inconstitucionalidad. Por tanto, se admite que el legislador podría adoptar medidas consideradas regresivas respecto a la situación anterior –pues los derechos sociales, y en particular en materia de seguridad social, están condicionados por lo que se podría calificar de reserva de lo posible–, pero eso no tiene que llevar a la adopción de cualquier medida y, de cualquier modo. El problema será el grado de restricción que pueden sufrir los derechos sociales.

Pues bien partiendo de lo anterior el voto particular recuerda que el reconocimiento del derecho a la actualización de las pensiones deriva de la Ley 24/1997, 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social<?>por lo que una eventual supresión de este derecho, como la llevada a cabo por el Real Decreto-ley impugnado para el año 2012, plantea cuestiones de mayor complejidad que las que la Sentencia pretende, exigiendo examinar los términos y condiciones que han de satisfacerse para que un retroceso en el nivel ya conseguido de derechos sociales, en este caso en relación con las pensiones, sea conforme con la Constitución.

La reversibilidad no puede significar que esa decisión restrictiva pueda hacerse sin justificar el alcance de las nuevas decisiones, sino que deberán darse unos supuestos o condiciones que expliquen el porqué de tal retroceso, lo que, en el caso, hubiera exigido analizar la fundamentación de la decisión adoptada por el legislador de urgencia, pues es ineludible una justificación del cambio que se quiere introducir. Lo que resulta inadmisibles es una regulación que, al afectar desfavorablemente a relaciones jurídicas ya consolidadas, nacidas de la confianza de los ciudadanos en la seguridad jurídica aplicable a la actualización de las pensiones, no venga acompañada de una justificación de su carácter ineludible, ya que, en caso contrario, puede suponer su inconstitucionalidad derivada del incumplimiento de concretos mandatos constitucionales, que ya habían sido concretados efectivamente por el legislador.

Por otra parte, se reconoce que el art. 50 CE “*Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad ...*”¹⁷, no se puede considerar aisladamente, sino debe tenerse en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales. Ahora bien, no puede resultar indiferente que el derecho social reconocido constitucionalmente, aun no teniendo en el texto constitucional detalles precisos sobre su alcance y extensión, haya tenido ya un concreto desarrollo que en un momento determinado quiere ser suprimido. Una decisión restrictiva con respecto al nivel de protección previamente reconocido coloca a éste en la obligación de justificar de modo mucho más exigente el porqué de la disminución o restricción.

Pues bien, partiendo de lo anterior, el voto discrepante pasa a analizar si esta retroacción de derechos se ajusta a la doctrina elaborada por el TC en torno al art. 9.3 de la CE. Y ello le lleva a considerar que la medida introducida por el art. 2.1 del RD-ley 28/2012 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 y que la supresión de la actualización de las pensiones en el

¹⁷ Véase STC 134/1987, de 21 julio (FJ5).

ejercicio económico del 2012 afecta de lleno y de manera directa a la esfera general de protección de la persona.

A mayor abundamiento continúa haciendo unas observaciones complementarias en relación con los razonamientos de fallo con el que se discrepa, básicamente en referencia a la interpretación que hace de la STC 134/1987, de 21 de julio, concretamente en su FJ 5 sobre que la garantía de la actualización periódica de las pensiones de las personas de la tercera edad *ex art. 50 CE* no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones. Si bien se añade que es necesario la lectura íntegra de dicho fundamento se llegaría a entender en realidad, que lo que se quiere decir es que la conformidad constitucional de las decisiones de moderar el principio de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, es correcta siempre y cuando esas decisiones delimiten su ámbito subjetivo conforme a fundados criterios selectivos y diferenciados. En definitiva, la STC 134/1987, vino a consagrar el canon —olvidado o pasado por alto en el fallo cuestionado— que de manera obligada ha de informar las medidas restrictivas de las prestaciones sociales.

Prosigue en su cuestionamiento del fallo mayoritario mostrando su más radical divergencia en torno a si el precepto impugnado pertenece a la categoría de normas restrictivas, y aquí entra en el detalle de los razonamientos de la posición mayoritaria que considera que se abordan de forma parcial, sumaria y en ocasiones errada o, al menos equívoca:

- a) El momento del devengo de la cantidad económica derivada de la actualización de las pensiones¹⁸.
- b) El período de cálculo para conocer la concreta evolución del IPC y poder determinar la diferencia del previsto con el real¹⁹.
- c) Si la configuración del art. 2.1 del RD-Ley 28/2015, lesiona la prohibición de retroactividad del art. 9.3 CE. En este último punto es donde especialmente centra su crítica al fallo mayoritario.

Entiende que los arts. 48.1.2 LGSS y 27.1, LCP poseen una misma estructura jurídica, lo que no puede ser de otro modo dada su más estricta identidad gramatical. Dicha estructura responde a la noción más canónica y ortodoxa de la regla jurídica, descomponiéndose en un supuesto de hecho y en una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho lo constituye una situación definida del modo siguiente: el índice de precios al consumo acumulado correspondiente al período comprendido entre el 1 de diciembre (2011, en este caso) y el 30 de noviembre del año posterior (2012, en este caso) sobrepasa o excede («es superior a favor de los beneficiarios de pensiones causadas con anterioridad al 31 de diciembre de 2011»), como dice la norma al índice previsto por la LPGE para el ejercicio 2012. La consecuencia jurídica será la actualización de pensiones; es decir, el abono del diferencial entre ambos índices de precios al consumo a los beneficiarios de pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de 2012. El cumplimiento de la condición comporta la maduración o consumación del

¹⁸ Para la posición mayoritaria del TC la eventual actualización de la revalorización «se devengaría» y, por tanto, se consolidaría el 31 de diciembre de cada ejercicio» (FJ 5). Criterio que a juicio del magistrado discrepante es erróneo conforme a lo normado en los arts. 48.1.2 LGSS y 27.1, párrafo segundo, de la Ley de Clases Pasiva, a saber: «a los pensionistas cuyas pensiones se hubieran causado o revalorizado en el ejercicio anterior, se les abonará la diferencia en un pago único, antes del primero de abril del ejercicio posterior». El momento del devengo se identifica así en fecha incierta, pero en todo caso comprendida en el primer trimestre de cada anualidad

¹⁹ Al igual que antes se ha anotado la posición mayoritaria es errónea al considerarlo como «una mera regla de cálculo por razones presupuestarias» (FJ 5). A juicio del Magistrado discrepante, efectivamente es una regla de cálculo; pero ni es una mera regla, de carácter instrumental, ni su alcance normativo se agota en el ámbito presupuestario. Este período de cálculo cumple una función sustantiva de primer orden, pues acota la secuencia temporal dentro de la cual se procede a la concreción de la segunda de las piezas que articula el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.

tan mencionado derecho a la actualización, que se incorpora e integra de manera automática en el patrimonio jurídico de los pensionistas; de cada uno de ellos al que resulte de aplicación el supuesto de hecho.

En apoyo de esta tesis hacer valer múltiples razones:

- Una comprensión literal del precepto impugnado, a tenor del cual «*se deja sin efecto para el ejercicio 2012 la actualización de las pensiones en los términos previstos*»
- El propio giro gramatical de los arts. 48.2.1 LGSS y 27.1 LCP «*se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado*». La expresión *de acuerdo* con la LGPE no desplaza a la ley reenviada la facultad de reconocer o de abolir la actualización de pensiones; su sentido, bien diferente, es el de diferir a dicha norma la consignación de los créditos para hacer frente «*a la correspondiente actualización*»,
- Una intelección gramatical y sistemática de las disposiciones que en las sucesivas de la LPGE se han ocupado del tema aquí a debate evidencia el carácter subordinado de las mismas; muestra, en efecto, que las leyes de presupuestos, una vez verificado el cumplimiento de la condición que los arts. 48.1.2 LGSS y 27.1 LCP, denuncian para la adquisición por los pensionistas del derecho a la actualización de pensiones.

Y recuerda además los actos propios de las entidades gestoras de la Seguridad Social que de manera sistemática e ininterrumpida desde la implantación en nuestro ordenamiento del principio de neutralidad del proceso inflacionario sobre las pensiones, vienen a avalar, la tesis aquí sostenida por el voto discrepante y, por tanto, a desmentir la argumentación que sustenta la desestimación por la Sentencia de la inexistencia de lesión del art. 9.3 CE por el art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012. Tales actos se concretan en el reconocimiento y el abono a los derechohabientes de los pensionistas fallecidos a lo largo del correspondiente ejercicio anual, titulares de pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de ese mismo ejercicio, de la parte proporcional de la cuantía de la actualización de pensiones que el causante hubiere recibido en caso de no haberse producido el óbito.

El voto concluye con dos interesantes interrogantes que se plantea. Si la actualización de pensiones se consolida o adquiere a 31 de diciembre de cada ejercicio, perteneciendo al legislador presupuestario, «en atención a las circunstancias sociales y económicas en cada momento existentes», no solo la facultad de moderar o adecuar el diferencial existente tras la comparación entre los IPCs previsto y real, sino adicionalmente, y con mayor intensidad, la de conceder o suprimir la propia actualización, *¿cuál es la consecuencia jurídica atribuible al art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, norma adoptada por razones de extraordinaria y urgente necesidad?* Y por otro lado si se entiende que la consecuencia de la decisión del Gobierno de «dejar sin efecto», mediante un instrumento dotado del rango y fuerza de la ley, las previsiones legales sobre la actualización de pensiones no ha sido la supresión de derechos adquiridos, sino la mera suspensión de un derecho aún no consolidado, *¿este mismo efecto no se podría haber alcanzado mediante la simple omisión por la Ley de presupuestos del Estado para el año 2013 de la cláusula sobre mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones en el año 2012?*

V. UNA]

Con el voto particular se podrá o no estar de acuerdo, pero desde luego los razonamientos que se recogen son muy solventes, atinados y de difícilmente rebatibles.

De hecho este voto particular ha sido muy analizado y debatido por la doctrina, más que el propio fallo mayoritario²⁰

Aquí se comparte que el art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012 “... *no procedió a suspender, ni temporal ni indefinidamente, la actualización de pensiones; su alcance, bien distinto, residió en privar, abolir, cesar o suprimir el derecho, ya consolidado, a la percepción por los pensionistas de la segunda fracción que garantiza el mantenimiento del poder adquisitivo de sus pensiones*” –recogiendo las palabras del Magistrado discrepante-. De aceptar la tesis mayoritaria, se estará admitiendo que el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos no está en la Constitución y su desarrollo, sino que queda al abur de las normas presupuestarias. Y no se olvide que la falta de justificación (denunciada en el voto particular) podría suponer una discriminación indirecta por razón de la edad, al hacer recaer los recortes sociales en el colectivo de pensionistas sin justificación alguna, vulnerando en consecuencia el art. 14 de la CE.

²⁰ Por ejemplo, MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “Revalorización y actualización de pensiones: la STC 49/2015, de 5 de marzo”, número extra 1/2016, *Revista Derecho de la Seguridad Social Laborum* págs. 15-26