

LA ACTUALIZACIÓN Y REVALORIZACIÓN DE PENSIONES Y EL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD

*Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional
49/2015, de 5 de marzo*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS*

SUPUESTO DE HECHO: Se interpuso recurso de inconstitucionalidad, por más de cincuenta diputados, respecto del artículo 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social. En dicha norma, se dejaba 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.

RESUMEN: Se argumenta la posible inconstitucionalidad de la norma por parte de los recurrentes en que se vulnera el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales y se produce una expropiación de derechos y pensiones adecuadas y actualizadas. Frente a ello, el Pleno del Tribunal Constitucional, aunque con un robusto voto particular en contra, determina que dicha norma no es inconstitucional ya que la revalorización de pensiones no es un derecho adquirido de los pensionistas por lo que es posible la retroactividad en la aplicación de la norma. Tampoco, por dicho motivo, puede entenderse que se haya producido una expropiación de derechos, con lo que no cabría ningún tipo de indemnización.

* Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN: LA REVALORIZACIÓN Y SU OBJETO
2. LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA REVALORIZACIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE PENSIONES EN LA LGSS
3. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 2.1 DEL RD-LEY 28/2012, DE MEDIDAS DE CONSOLIDACIÓN Y GARANTÍA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL
 - 3.1. Sobre los derechos adquiridos y el principio de retroactividad
 - 3.2. El momento del devengo del derecho a la actualización por la desviación del IPC previsto
 - 3.3. La “imposible” vulneración del art. 33.3 CE
 - 3.4. Un argumento contradictorio (y peligroso) en el voto particular a esta sentencia
4. LA REVALORIZACIÓN DE PENSIONES TRAS LA LEY 23/2013, DE 23 DE DICIEMBRE, REGULADORA DEL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD

1. INTRODUCCIÓN: LA REVALORIZACIÓN Y SU OBJETO

Las prestaciones económicas que otorgan los sistemas de Seguridad Social como medidas de reparación de los riesgos cubiertos, especialmente las de larga duración, son especialmente sensibles a las modificaciones del valor de la moneda y a las variaciones del coste de la vida¹.

El fin de la revalorización anual de las pensiones es, sin duda, el mantenimiento del poder adquisitivo o la protección del nivel de vida de los pensionistas frente al constante incremento de los precios. Por ello, si la cuantía inicial quedara “congelada e inmutable al paso del tiempo, la erosión económica le haría perder su valor adquisitivo y quedaría devaluada e insuficiente para ir cubriendo decorosamente la situación de necesidad. De aquí que sea preciso arbitrar medidas de revalorización de prestaciones causadas y reconocidas”².

La revalorización de las pensiones viene, desde mediados del siglo pasado, prevista y recogida en los artículos 65.10 y 66.8 del Convenio 102 de la OIT

¹ El mecanismo de actualización o revalorización se ha pensado normalmente para las pensiones ya que el resto de las prestaciones económicas, en la medida en que su duración es previsiblemente inferior y la forma de determinación de las mismas está más pegada a los últimos salarios recibidos por el trabajador, no se suelen ver afectadas de forma tan importante por las variaciones del coste de la vida.

² Como indica Almansa Pastor, J.M., en su *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, 7º Ed, Madrid, 1991, pág. 335,

sobre la Seguridad Social (norma mínima) “*Los montos de los pagos periódicos en curso... serán revisados cuando se produzcan variaciones sensibles del nivel general de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida*”.

Lo que evidentemente no establece dicho Convenio es el modo en que deba de hacerse tal revalorización, dejándose a cada Estado la forma que estime más oportuna para llevarla a cabo.

Por dicho motivo, y para revalorizar y actualizar las pensiones causadas, los distintos ordenamientos, de forma particular y de conformidad con las características y posibilidades de sus sistemas de Seguridad Social, han diseñado diversos procedimientos que permiten evitar la devaluación de las pensiones públicas: incrementarlas en la misma proporción que los salarios; revisarlas para adaptarlas a las nuevas condiciones económicas cuando el Gobierno lo estime oportuno; actualizarlas en proporción a lo realmente aportado por el trabajador al sistema; o, quizás, el más “justo socialmente” por su automaticidad que sería revalorizarlas de acuerdo a los índices del coste de la vida³. En cualquier caso, se trata de garantizar la efectividad de la propia función prestacional.

Independientemente del sistema que se use, todos ellos suponen un incremento importante de los gastos de la Seguridad Social en pensiones, por ello, el verdadero problema es la obtención de medios de financiación o recursos para hacer frente a éstas revalorizaciones, especialmente en épocas de crisis, donde la recaudación de cotizaciones disminuye tanto por la elevación de las tasas de desempleo lo que reduce el número de activos cotizantes, como por la disminución de los salarios de los activos, que son las bases de la cotización, medida que imponen las empresas para mantener los niveles de empleo.

Evidentemente, la revalorización de pensiones tienen dos hechos causantes: uno es el paso del tiempo ya que las mismas han de revalorizarse de forma periódica. El otro es la inflación o elevación de precios, ya que ello produce la devaluación de pensiones y la consecuente pérdida del poder adquisitivo de las mismas.

Hay dos elementos reguladores importantes dentro de la revalorización en nuestro ordenamiento vigente en el momento al que se refiere la sentencia que se comenta: el primero es el propio sistema o método de revalorización, que ha tenido diversas regulaciones a lo largo de nuestra historia reciente en materia de Seguridad Social, como posteriormente se comentará, aunque en los últimos

³ Cfr. Paul Durand, *La política contemporánea de Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 1991, págs.. 346 y sigs.

tiempos con una cierta estabilidad a causa de la inclusión de un sistema “semiautomático” de revalorización de las pensiones de conformidad al incremento previsto del Índice de Precios al Consumo (IPC)⁴.

Pues bien, “con objeto de que no quede(n) desvalorizada(s) con el transcurso del tiempo, atendida la finalidad alimenticia de la prestación y el mandato constitucional contenido en el art. 50 CE de garantía del nivel adquisitivo de las pensiones”⁵, el segundo elemento que se utilizó para completar ese sistema “semiautomático”, y debido a que no había una adaptación inicial al nivel de precios del consumo real, sino estimado, desde 1997⁶, fue el establecimiento de una cláusula de actualización correctora de las desviaciones del IPC previsto: la llamada “actualización” de las pensiones. Esto es, como indica el art. 48.1.2 de la LGSS (vigente en el momento en que se dictó el RD-Ley 28/2012 que da origen al recurso de inconstitucionalidad que resuelve la STC 49/2015): *“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.”*⁷.

⁴ Insistimos, ha de tenerse en cuenta que la redacción actual del art. 48 de la LGSS, tras la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad abandona la referencia, salvo para el límite máximo de revalorización, al IPC.

⁵ Como indica Rivas Vallejo, P., en “Cuantía de la prestación”, AAVV Pensiones por Jubilación o Vejez, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág. 256.

⁶ Aunque realmente, la primera vez que se contempló una norma de este tipo fue con la DA 5º de la 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, en la que se indicaba que si el IPC creciera más de los previsto en la revalorización realizada por Decreto cada primeros de año, dichas desviaciones se tendrán en cuenta al año siguiente para mejorar las pensiones, pero solo aquéllas que fueran inferiores al SMI.

⁷ Como indican González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S., “Más aún, en el caso de que se produjera una desviación al alza entre el IPC previsto y el real (lo que podía comprobarse al final del ejercicio económico para el cual se hubiera hecho la previsión), la LGSS obligaba a una actualización, que se abonaba en una sola paga, *sin que en ningún caso pudiera fijarse una actualización inferior a la diferencia producida entre el IPC previsto y el real.*”, en *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo blanch, 8º Ed, Valencia, 2014, pág. 202.

Por ello, quedaba claro que cuando el legislador utilizaba el término revalorización lo hacía para referirse al incremento de la cuantía de las pensiones al comienzo de cada año y el término actualización lo usaba para hacer referencia a la cantidad que debía abonarse a los pensionistas en caso de desviación, esto es, cuando que el IPC real hubiera sido superior al IPC previsto que sirvió para la revalorización de las pensiones a inicio del año natural. Ello es una cuestión importante puesto que lo que se recurre ante el Tribunal Constitucional es precisamente la norma que “deja sin efecto” para el ejercicio del 2012: la actualización de las pensiones a causa de la desviación prevista del IPC.

2. LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA REVALORIZACIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE PENSIONES EN LA LGSS

El Derecho de la Seguridad Social, como derecho prestacional que es y afectado enormemente por las posibilidades económicas, es *per se* temporal. Las sucesiones legislativas y normativas son constantes, a veces de forma vertiginosa en momentos de crisis. Esto es lo que ha ocurrido respecto de la revalorización de las pensiones en nuestro sistema de Seguridad Social.

De una lectura conjunta de los artículos 41 y 50 CE se desprende la obligación de los poderes públicos de mantener un sistema de Seguridad Social que garantice “prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad”, ello habrá de hacerlo al menos para la tercera edad, “mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas”. Este encaje constitucional “parcial, imperfecto e implícito” permite garantizar la suficiencia de las pensiones cosa que no podría hacerse si la cuantía de las mismas “fuera invariable a lo largo del tiempo”, por lo que “la actualización del valor económico de las pensiones para su adecuación al nivel de vida ha de relacionarse con esta exigencia constitucional”⁸.

Ahora bien, lo que no fija el mandato constitucional es el modo, sistema o mecanismo de actualización o revalorización de pensiones que deba seguirse, dejando su concreción al legislador ordinario. La opción o técnica de revalorización a elegir es indiferente para la Constitución, lo verdaderamente importante es que “permita cumplir con la garantía constitucional a que sirve este mecanismo: proteger la capacidad adquisitiva frente a la variación del coste de la

⁸ Así lo indica Olarte Encabo, S., en *El derecho a prestaciones de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 2007, pág. 94.

vida”⁹. No obstante, la elección de un modelo de revalorización automático siempre será mucho mejor que otros más flexibles que permitan un alto grado de discrecionalidad a la hora de aplicar la revalorización de las pensiones.

Como se dijo anteriormente, son diversas las posibles fórmulas para proceder a la revalorización de las pensiones, y como veremos a continuación, el legislador español no ha tenido nunca una posición firme al respecto, dependiendo de la época en la que nos encontráramos, y de las posibilidades económicas del sistema ha podido ser: discrecional, esto es, cuando y en el modo que quisiera el Gobierno de turno; en otros períodos se han adoptado revalorizaciones de forma automática y reglada, aunque a veces de forma parcial, esto es, que no afectaban a todas las pensiones; e incluso ha habido revalorizaciones no uniformes, lo que suponía que el incremento no era idéntico para todas, favoreciendo especialmente las pensiones más bajas, que, por aplicación del principio de suficiencia prestacional que proclama el art. 41 de la CE, han sido revalorizadas mayor proporción que el resto de las pensiones¹⁰.

Creemos firmemente que la revalorización de las pensiones no es sino una característica de las mismas, forma parte del derecho a la pensión que se ha adquirido, por ello, nacida una pensión la misma ha de ser revalorizable como necesidad de que se ajuste o conserve el nivel de vida o poder adquisitivo de los pensionistas. Podría decirse por ello que las pensiones substitutivas de las rentas de activo, pueden concebirse como pensiones “dinámicas”¹¹. Carácter dinámico que proviene necesariamente del carácter duradero o a largo plazo de las mismas.

La revalorización de pensiones se introdujo por vez primera por la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, lo que fue incorporado al TR de la LGSS de 1974 en su art. 92, revalorización, por tanto, parcial pues estaba referida únicamente a las pensiones del régimen general.

Por otra parte, la 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 preveía la revalorización exclusivamente de las pensiones causadas a su

⁹ Como indican Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C y Quesada Segura, R., en *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2014, pág. 242.

¹⁰ Indica Gete Castrillo, P. que “La revalorización de pensiones adolece de un régimen jurídico caracterizado por la diversidad, la asistematicidad, y, frecuentemente, la divergencia o asincronía entre la norma y la realidad”, en *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1997, pág. 597 y sigs.

¹¹ Nuevamente, Gete Castrillo, P., en *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, op. cit., pág. 595.

amparo, dejando al margen el resto de las pensiones, anteriormente obtenidas; si bien, en la práctica, se vino utilizando dicho mecanismo para la actualización de las restantes pensiones, pues así lo reconocía ya el art. 92 LGSS de 1974 –en cumplimiento del art. 50 CE- y porque ya se venía haciendo así en las Leyes Presupuestarias anuales¹².

El texto original de la LGSS, RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en su art. 48 establecía la revalorización de las pensiones por jubilación o incapacidad permanente, contributivas, siempre que las mismas se hubiesen hallado aplicando las bases reguladoras establecidas desde la Ley 26/1985. Estableciéndose como medida de revalorización, al comienzo de cada año, el IPC previsto para dicho año.

Para el resto de pensiones, la revalorización sería “periódica” (no necesariamente anual) teniendo en cuenta entre otros factores indicativos: la elevación del nivel medio de los salarios, el Índice de Precios al Consumo y la evolución general de la economía, así como las posibilidades económicas del sistema de la Seguridad Social.

Y como regla de cierre, se preveía una actualización de las pensiones contributivas por las desviaciones que pudieran producirse sobre las previsiones de inflación que se adoptaran anualmente. Esta regla de cierre se aplicaba para la mejora de todo tipo de pensiones que fuesen “inferiores al salario mínimo interprofesional”.

La Ley 24/1997 estableció la revalorización automática de las pensiones en función del IPC previsto para ese año¹³. Por lo que las pensiones contributivas de la Seguridad Social, incluido el importe de la pensión mínima, se revalorizarían al comienzo de cada año “en función del correspondiente índice de precios al consumo previsto para dicho año”¹⁴.

¹² Así lo indica, Rivas Vallejo, P., en “Cuantía de la prestación”, op. cit., pág. 257. Recuérdese también que han podido excluirse conceptos de la revalorización anual como, por ejemplo, los recargos de prestaciones, los complementos por mínimos.

¹³ Como indican Pumar Beltrán, N y Revilla Esteve, N., “A diferencia de la normativa anterior, la reforma de 1997 ha fijado los criterios de actualización en el mismo articulado de la LGSS en vez de remitir la oportunidad de tales criterios a disposiciones reglamentarias lo que refuerza la estabilidad en cuanto a los mecanismos de actualización empleados.”, en Artículo 48, *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Dir. Alarcón Caracuel, MR Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág. 311.

¹⁴ Se suprimió el art. 48.3 de la LGSS indicaba que el resto de las pensiones reconocidas por el sistema de la Seguridad Social serían revalorizadas periódicamente por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, teniendo en cuenta, entre otros factores indicativos, la elevación del nivel medio de los salarios, el Índice de Precios al Consumo y la evolución general

Pero también dicha norma introdujo de forma definitiva, y para todo tipo de pensiones, como regla específica la actualización de las pensiones, consecuencia lógica de elegir un sistema de revalorización automático de acuerdo no a la inflación real del año anterior, sino a la previsión de la inflación para cada año natural. Así pues, como la revalorización de las pensiones se realizaba en función de tal estimación de variación de precios al comienzo de cada año (IPC) y podía resultar que esa estimación no fuera exacta bien por ser inferior o superior a la variación real, la LGSS estableció la actualización para reparar las posibles desviaciones o errores de cálculo; regla se ha convertido en un “principio de neutralidad” de los procesos inflacionistas, ya que a los pensionistas afectados se les abonaría la diferencia en un pago único antes del 1 de abril del ejercicio posterior¹⁵. Pero, también se producía una “actualización en sentido inverso”, ya que si el IPC previsto en la revalorización resultara superior al realmente producido, “las diferencias existentes serán absorbidas en la revalorización que corresponda aplicar en el siguiente ciclo económico”.

La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social mejoró la situación de forma importante ya que eliminó la “actualización en sentido inverso”, evitando que se produjeran “bajadas” o “reducciones” en las futuras revalorizaciones a modo de compensación con los “indebidos” incrementos, al errarse por el Gobierno en la estimación del IPC.

Como consecuencia de la crisis económica, la revalorización y actualización de pensiones ha sufrido distintos avatares legislativos en los últimos años. Así, el art. 4 del RD-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, procedió a suspender lo previsto en el artículo 48.1.1 LGSS, esto es, la revalorización de pensiones para 2011, con la excepción de las pensiones mínimas contributivas, las del SOVI y las no contributivas. También, para el ejercicio de 2011 se suspendió, aunque

de la economía, así como las posibilidades económicas del sistema de la Seguridad Social. El resultado final es que el resto de pensiones venían a revalorizarse de forma homogénea a las contributivas por las correspondientes LPGE y Reales Decretos de Revalorización.

¹⁵ Indicaba el art. 48.1.2 introducido por la Ley 24/1997 que: “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.”

parcialmente, la llamada “actualización de pensiones” por el desvío del IPC, “excepto para las pensiones mínimas del Sistema de la Seguridad Social, las pensiones del extinguido SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas”.

Asimismo, para 2012, el art. 5 del RD-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público estableció la revalorización en un 1% y, además, ese año no se abonó la actualización, diferencia entre el IPC real y el IPC previsto ya que el RD-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de Seguridad Social dejó sin efecto la actualización para 2012; precepto que es la causa de recurso de inconstitucionalidad resuelto por la STC 49/2015 que ahora se comenta.

Finalmente, el sistema de revalorización de pensiones ha sido modificado por la Ley 23/2013 reguladora del factor de sostenibilidad, en el sentido que más abajo se indicará.

3. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 2.1 DEL RD-LEY 28/2012, DE 30 DE NOVIEMBRE, DE MEDIDAS DE CONSOLIDACIÓN Y GARANTÍA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Los artículos 48 de la LGSS y 27 de la Ley Clases Pasivas regulan, como anteriormente se ha dicho, la revalorización de pensiones, en cumplimiento del mandato constitucional previsto en el artículo 50 CE.

Por su parte, el art. 2.Uno del Real Decreto-Ley 28/2012, referido a la “actualización y revalorización de pensiones”, vino a dejar sin efecto para el ejercicio 2012 la actualización de las pensiones en los términos que se preveía en los vigentes, en aquél momento, arts. 48.1.2 de la LGSS y 27.1 de la Ley de Clases Pasivas (LCP) del Estado. Esto es, ello suponía eliminar el abono de pago único de la diferencia que supuso la desviación de la estimación del Gobierno en el IPC que sirvió para calcular la revalorización del ejercicio anterior, fruto de la actualización que se dejaba sin efecto¹⁶.

¹⁶ “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 respec-

Para “rematar”, el art. 2.Dos del RD-Ley 28/2012, citado, suspende para el ejercicio 2013 la aplicación de lo previsto en los apartados primeros de los arts. 48.1 de la LGSS y del art. 27.1 de la LCP, o sea, la revalorización de las pensiones para el ejercicio correspondiente¹⁷.

Los motivos argumentados en la Exposición de Motivos de esta norma para adoptar tales drásticas medidas era único: “el elevado déficit del sistema de Seguridad Social y la necesidad de cumplir con el objetivo de déficit público”.

Se recurre la inconstitucionalidad del art. 2. Uno del RD-Ley 28/2012, esto es, el “dejar sin efecto la actualización”, pero no la suspensión de la revalorización de la totalidad de las pensiones. Los motivos de inconstitucionalidad del que argumentan los recurrentes se basan en tres concretos preceptos:

- El art. 50 CE donde se establece la garantía de las pensiones “adecuadas y periódicamente actualizadas” y la suficiencia económica de las pensiones.
- El art. 9.3 CE que prohíbe la retroactividad de las normas restrictivas de derechos.
- Y, finalmente, el art. 33.3 CE al entender que con dicha norma se produce una expropiación de derechos “sin indemnización de los expropiados”.

Ha de recordarse que el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado anteriormente sobre la cuestión de la limitación de la revalorización anual en la STC 34/1987, de 21 de julio, declarando constitucional la limitación establecida por el legislador en la revalorización, por aplicación del principio de solidaridad, a la pensiones máximas o por suma de pensiones concurrentes o compatibles que superen la cuantía máxima anual¹⁸. Pero es una cuestión, que no es idéntica a lo que se analiza en la STC 49/2015, de 5 de marzo

3.1. Sobre los derechos adquiridos y el principio de retroactividad

El problema transitorio de la Seguridad Social tiene diversas manifestaciones, pero a grandes rasgos se pueden concretar en dos: respecto de las prestaciones causadas (derechos adquiridos) y respecto de las prestaciones no causadas (derechos en curso de adquisición).

tiva 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.”

¹⁷ “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”.

¹⁸ Precisamente, uno de los magistrados disidentes de la STC 49/2015, que ahora se comenta, hizo un análisis de la misma en “Sobre la constitucionalidad del establecimiento de topes máximos a las pensiones”, RL t. II, 1987, de Valdés Dal Ré, F.

El principio de irretroactividad en los términos tradicionalmente asumidos ha sido considerado, sin duda, el principio clásico del Derecho Transitorio. El principio de irretroactividad ha sido “un canon de actuación prescrito al legislador y/o al interprete o aplicador del Derecho, que se concretaba en la prohibición general, con excepciones, de que las leyes tuvieran, o se aplicaran con, carácter retroactivo”¹⁹. La idea clásica que subyace en esta cuestión es que las normas nuevas no pueden alcanzar en su aplicación a los derechos adquiridos porque no tienen efectos retroactivos. Se trata de hacer intangibles las situaciones y derechos agotados en todas sus manifestaciones y efectos antes del inicio de la vigencia de la nueva Ley. La otra cara de este principio, la retroactividad, supone una “técnica jurídica más al servicio del legislador, que consistiría en una aplicación hacia el pasado de la nueva norma, en aquéllos supuestos en que se considere que concurren razones que así lo exijan”²⁰.

El Tribunal Constitucional se centra de forma especial en la argumentación de los recurrentes sobre la prohibición de la retroactividad, pero desgraciadamente no se para a reflexionar sobre la dimensión constitucional del art. 50 CE que establece la garantía, por parte de los poderes públicos, de pensiones adecuadas y “periódicamente actualizadas”.

Pues bien, tras hacer un sucinto recorrido por su propia doctrina referida al principio de irretroactividad, en aplicación del art. 9.3 CE, recuerda que dicho principio no es general sino que está referido a leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de derechos individuales²¹. Por lo que, fuera de dichas situaciones, no regiría el principio de irretroactividad y, por supuesto, tampoco en los derechos en curso de adquisición o en “su proyección hacia el futuro” ya que no pueden tener efecto retroactivas las normas que afecten “a derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros o condicionados y expectativas”²².

¹⁹ Sobre la cuestión, véase, Quintero Lima, G. *Derecho Transitorio de la Seguridad Social*, La Ley- UCIII, Madrid, 2006, págs. 155 y sigs.

²⁰ Nuevamente, Quintero Lima, G. *Derecho Transitorio de la Seguridad Social*, op. cit., pág. 162.

²¹ Se refiere con esto a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona (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; 100/2012, de 8 de mayo, FJ 10). El art. 9.3 CE es una norma con alto grado de indefinición que no indica en qué consiste la irretroactividad, ni cuáles son las disposiciones sancionadoras ni cuáles son los derechos individuales, por ello ha sido el TC el que ha tenido que ir desarrollando esta cuestión con su propia doctrina.

²² Como se indica en las SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b), 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9 ó 112/2006, de 5 de abril, FJ 17.

Ha quedado bien claro a lo largo del tiempo que el Derecho de la Seguridad Social es uno de los más inestables a causa de los azotes de la economía. Por ello, frente a la “imposibilidad”²³ de aumentar las cuotas para obtener mayores ingresos para financiar el sistema, es muy común variar las condiciones de acceso a las prestaciones, siempre con el pretendido objetivo de consolidar, sostener o garantizar el sistema. Evidentemente, el acceso a las pensiones cambia de forma veloz en muchas ocasiones, y no hay una irreversibilidad en tales situaciones. Es una rama del ordenamiento en la que se modifica con cierta frecuencia la normativa afectando a los derechos en curso de adquisición de los cotizantes que algún día esperan ser beneficiarios del sistema, ya que a lo largo de sus carreras de seguro han podido modificarse, en más de una ocasión, sin duda, de las condiciones de acceso a las prestaciones.

Por ello, el Tribunal Constitucional, en la sentencia que se comenta, se dedica a analizar si el derecho a actualización supone un derecho perfecto, consolidado o es simplemente una expectativa de derecho.

Es curioso que para determinar si la actualización es o no un derecho adquirido, aprovecha el Tribunal Constitucional, de forma parcial y alterada, la doctrina de las STC 134/1987, de 21 de julio, referida, como se dijo anteriormente, a la limitación de la revalorización de las pensiones máximas y concurrentes, estableciendo una máxima errónea: el art. 50 “no obliga a que todas y cada una de las pensiones ya causadas experimenten un incremento anual”. Evidentemente, esta forma de soslayar el tema es un exceso en la interpretación ya que dicha sentencia se fijaba en las pensiones más altas que cumplían sobradamente el principio de suficiencia prestacional al que se refiere el art. 41 CE y porque se justificaba de forma objetiva y razonable la limitación de la revalorización en las exigencias derivadas del control del gasto público y del principio de solidaridad²⁴.

²³ La imposibilidad no es técnica sino de carácter político ya que aunque se argumenta, con un razonamiento económico no demostrado, que la subida de cotizaciones impediría la creación de empleo, lo que hay detrás es algo lógico: ningún partido político se atrevería poner en sus programas electorales una subida de impuestos o cotizaciones.

²⁴ Más aún, y como acertadamente indica el voto particular, “la Sentencia 134/1987 vino a consagrar, en efecto, el canon - por cierto, olvidado o pasado por alto por la Sentencia de la mayoría - que de manera obligada ha de informar las medidas restrictivas de las prestaciones sociales. Este canon, llamado a cumplir un relevante papel en los juicios de constitucionalidad sobre tales medidas, es el principio de solidaridad que, en su aplicación al tema debatido, comporta “el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados con independencia, incluso, de las consecuencias puramente económicas de estos sacrificios” (FJ 5).”

Ha de recordarse que lo que se está analizando aquí no es la revalorización de forma directa, sino la actualización de la revalorización conforme a la posible desviación del IPC previsto. Por lo 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” (arts. 48.1.2 LGSS y 27.1 de la Ley de Clases Pasivas del Estado).

El error está precisamente en que el Tribunal Constitucional entiende no hay un reconocimiento automático de la revalorización afirmando que tanto la LGSS como 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*”. Entiende que dicha remisión es constitutiva siendo la LPGE la determinante de la existencia de dicha actualización. Pero parece que el Alto Tribunal no observó con atención el art. 48.1.2 de la LGSS, vigente en dicho momento, porque dicho precepto es claro: producida la desviación en el cálculo a causa del error del Gobierno en su estimación anual de la inflación “se procederá a la correspondiente actualización”. Se trata de un futuro con carácter imperativo. Por lo que se obliga con ello al Estado, respecto de los pensionistas afectados por ese error de cálculo, a abonarles (la norma dice concretamente “se les abonará”) la diferencia en un pago único, antes de 1 de abril del ejercicio posterior. Y ello porque, como anteriormente se indicó, la actualización forma parte de la revalorización de pensiones al suponer un incremento de las mismas por la desviación en las previsiones del IPC que sirvió para revalorizarlas. En palabras del propio Tribunal Constitucional: “*El legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisla sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse...y no provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se produzcan perplejidades*” SSTC 46/1990, de 15 de marzo y 146/1993, de 29 de abril.

Tampoco puede estarse de acuerdo, como indica el TC, con 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.

La revalorización de las pensiones es una característica constitucional de las mismas, en palabras del Voto Particular a la misma, “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)”. Hemos dicho anteriormente, que mientras que exista un sistema de revalorización que

sirva para detener los efectos de la inflación sobre las pensiones, el criterio o modo que se adopte por el legislador para conseguir dicho objetivo es indiferente (aunque lo suyo sería que fuese automático y estable en el tiempo, cosa que no siempre ha ocurrido en nuestra legislación de Seguridad Social). Pero la actualización es algo distinto ya que es el complemento de una revalorización “mal calculada” por el legislador al aplicar un índice estimativo. El derecho a la actualización nació con la revalorización realizada en el año anterior, ya que sirve para completar o compensar una situación injusta o no ajustada a la realidad que exige (exigía, mejor dicho) la norma de aplicación del IPC real.

Evidentemente, nuestro Tribunal Constitucional en numerosas sentencias²⁵ nos ha recordado que el sistema tiene sus posibilidades limitadas porque ha de administrar medios económicos escasos y de ahí que, en materia de revalorización, pueda el legislador tener cierto margen de discrecionalidad para la determinación de la misma (por ejemplo, índice o porcentaje a aplicar), pero no creemos que dicha discrecionalidad pueda aplicarse a las actualizaciones por desviación ya que el derecho a la revalorización de la pensión ya nació en el ejercicio en curso (a principios de año) pero se realizó conforme a un parámetro defectuoso que la actualización pretende reparar. Por lo que si una norma posterior, como puede ser la LPGE, decide “no actualizar” está afectando a un derecho ya nacido, estando proscrita la retroactividad en tales situaciones porque la pensión revalorizada ya pertenecía a la esfera patrimonial del pensionista²⁶. En definitiva, se trataba de un derecho subjetivo perfecto, aunque mal calculado.

3.2. El momento del devengo del derecho a la actualización por la desviación del IPC previsto

Como regla general, en Seguridad Social, las pensiones se devengan por mensualidades naturales vencidas, salvo las pagas extraordinarias que tienen otro momento de devengo (art. 42 LGSS). Este, quizás, sea el punto de partida para interpretar el momento del devengo de la revalorización y actualización de las pensiones.

El Tribunal Constitucional indica que sólo en el 31 de diciembre de cada año podría hablarse “de un derecho adquirido a la actualización de la revalorización de las pensiones”, argumentando que lo que establece el art. 48.1.2 de la LGSS sobre la desviación del IPC acumulado de noviembre del ejercicio ante-

²⁵ Por todas, la STC 134/1987, de 21 de julio, FJ 5.

²⁶ Por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 y 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9.

rior a noviembre del ejercicio en que se produce la revalorización, es “una regla de cálculo que prevé la norma”. Por lo que, continúa diciendo, “la eventual actualización de la revalorización se devengaría y, por tanto, se consolidaría, el 31 de diciembre de cada ejercicio”²⁷.

Mucho nos tememos que no han reparado que es realmente el mes de noviembre de cada año en el que el legislador ordinario ha de escrutar si había o no un desfase en el cálculo para proceder a la actualización. Por ello, llegado el 31 de octubre del año natural, el IPC acumulado nos dirá la existencia de error o no en el cálculo de la revalorización producida en ese año en curso. Es cierto que el período de “noviembre a noviembre” es una regla de cálculo. Pero, además, es mucho más que eso: es el momento que el legislador ha determinado para reconocer su acierto o error respecto de la previsión del IPC que utilizó a principios de ese año para la revalorización de las pensiones. Y tiene efectos constitutivos ya que reconoce el desacierto a efectos de su necesaria y obligatoria reparación o compensación a través de la actualización de pensiones. Este, justamente, podría pensarse como el momento en que se devengaría la actualización, aunque más abajo veremos que no es nuestro parecer.

Momento que, además, no coincide con el de pago, ya que tanto la revalorización como la actualización suponen una importantísima cantidad de dinero (a abonar por el Estado al conjunto de los pensionistas), por lo que de haber un error en la previsión del IPC que perjudique al beneficiario, habrá de corregirse con la actualización, debiendo ser abonada la diferencia antes de 31 de abril del año siguiente, siendo una cuantía complementaria y reparadora de la correspondiente revalorización defectuosa de las pensiones del ejercicio anterior.

Abundando en esta cuestión, ha de recordarse que la supresión de la actualización de las pensiones se refiere a pensionistas que eran beneficiarios de una revalorización por ser titulares de una pensión a 31 de diciembre de 2011, sobre todo y especialmente porque sus pensiones en dicho ejercicio fueron revalorizadas por la LPGE para ese año en un 1%. Evidentemente, la no aplicación de

²⁷ En palabras del voto particular que pueden compartirse plenamente: “Como equívocamente hace notar la Sentencia, este período es algo más y algo diferente de “una mera regla de cálculo por razones presupuestarias” (FJ 5). Es, desde luego, 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.* Una vez revalorizadas las pensiones al inicio de cada ejercicio económico conforme al IPC previsto, el mantenimiento comporta la actualización de las pensiones ya revalorizadas en una cantidad equivalente al diferencial entre ese IPC y el real, diferencial éste fijado a lo largo de dicho período de cálculo.”

la actualización de pensiones hizo “recaer sobre las economías personales de los pensionistas, vulnerables y precarias la mayoría de ellas, dos tercios de la pérdida de su poder adquisitivo”, como acertadamente indica el voto particular de esta sentencia.

Pues bien, devengo es el principio contable por el cual todo ingreso o gasto nace en la etapa de compromiso, siendo común en el ámbito de la contabilidad que los efectos de las transacciones o hechos económicos se registren cuando ocurran. En cualquier caso, son diversos, tanto en el ámbito de la contabilidad pública como en el de la contabilidad de empresas, los métodos para llevar las cuentas. Como regla general internacionalmente admitida se acepta que los ingresos se contabilicen cuando han sido obtenidos y los gastos se contabilizarán cuando se han generado, incluso si el dinero no ha sido pagado o recibido. En el ámbito jurídico, el concepto es algo distinto, pero como se verá inmediatamente, tienen cierta relación. Para el Derecho, el momento del devengo es el de adquisición del derecho a alguna percepción por cualquier título.

Desde el punto de vista económico, al tratarse de cuentas públicas y de grandes cantidades, para la contabilización e inclusión los gastos en actualización de pensiones se pospone a la siguiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, la cual lo único que puede establecer es su “aplicación contable” o incluso, lo que es improbable, que dicho complemento se integrara en las pensiones para sus futuras revalorizaciones²⁸. En definitiva, de lo que se trata es de la modificación del criterio de contable en las cuentas públicas para estas cuestiones. Por ello, para los gastos o costes que produzcan la actualización de pensiones se aplicará el “criterio de caja”, haciendo una excepción al “criterio de devengo” que es el que se produce respecto de la revalorización “ordinaria” y que sí se incluye en la Ley de Presupuestos anual anterior²⁹.

Por ello, no puede entenderse como acertada la concepción que tiene el Tribunal Constitucional en esta sentencia sobre el devengo de la actualización en

²⁸ Vid SSTS de 23 de noviembre de 1994, RJ, 1994, 9241 y de 2 de febrero de 1999; RJ 1999, 1948.

²⁹ Que es como se prevé para algunas cuestiones en el Plan General de Contabilidad Pública, por ejemplo, para algo muy similar a la actualización, los casos de periodificación de intereses que afecten a varios períodos, vid. Barea Tejeiro, J, en “El nuevo Plan General de Contabilidad Pública y el Plan de Contabilidad Nacional”, Rev. Española de Financiación y Contabilidad, Vol. XXIV, nº 79, 1994, pág. 356. En este sentido, Gil Herrera, L., indica que el criterio de devengo, implantado con carácter general en contabilidad nacional, no se utiliza a nivel micro, sobre todo en los presupuestos, lo cual exige, nuevamente, realizar ajustes a la información de base suministrada por la contabilidad pública, en *La contabilidad pública y la contabilidad nacional: enlace micro-macro contable*, Edit. IEF, Madrid, 2006, pág. 63.

el sentido de que “la eventual actualización de la revalorización se devengaría y, por tanto, se consolidaría, el 31 de diciembre de cada ejercicio”. Y, por supuesto, tampoco es acertada, por confundir el momento del devengo con el del pago, la apreciación del voto particular de esta sentencia que indica que “el momento del devengo se identifica así en fecha incierta, pero en todo caso comprendida en el primer trimestre de cada anualidad”.

Como se ha dicho, podría pensarse que el devengo del derecho a la actualización se produce cuando se observa la desviación a 31 de octubre del año en que han sido revalorizadas las pensiones de acuerdo a la estimación o IPC previsto.

Podría incluso manejarse otra interpretación más estricta del momento del devengo, que es la que aquí se mantiene. Y es que la actualización no es otra cosa que pagar “atrasos” por error de cálculo. El devengo de tales cuantías sería en el mismo que el de la revalorización errónea que las genera, otra cosa es el momento que el legislador se ha marcado para conocer cuando se produce dicha desviación (a 31 de octubre del año en curso, respecto del mes de noviembre del año anterior). Existiendo desviación se debería producir la retroactividad automática, ya que como decía la norma, con ello “se procederá a la correspondiente actualización”. Dicho de otro modo, desde el prisma del jurídico, el conocimiento del derecho a la actualización lo es desde el momento en que se descubre la desviación en la fecha prevista, pero al ser la actualización un complemento de la revalorización realizada al inicio de cada año, el devengo de la misma, la adquisición de este derecho, debe de correr el mismo camino en su devengo que el de la revalorización de la pensión que se encarga de “reparar”, ya que son dos caras de una misma cuestión, y ello independientemente de cuando la misma sea abonada.

La llamada que la norma hace a la Ley de Presupuestos “de acuerdo con lo que la misma establezca” no es otra cosa que hacer publico y notorio a nivel de normativo el reconocimiento del porcentaje de desviación para determinar la cuantía de la actualización de las pensiones y aplicar, por ello, el “criterio de caja” para incluir los gastos del “desacuerdo” o “desviación” del IPC previsto por el Gobierno para el año en curso en los Presupuestos del año siguiente³⁰. Tal y como acertadamente indica el voto particular, la regulación de las distintas

³⁰ Nuevamente, en palabras del voto particular “la expresión de acuerdo con la LGPE no desplaza a la ley reenviada la facultad de reconocer o de abolir la actualización de pensiones; su sentido, bien diferente, es el de diferir a dicha norma la consignación de los créditos para hacer frente ‘a la correspondiente actualización’, siempre y cuando, como ya se ha argumentado en reiteradas ocasiones, se hubiere cumplido la condición para que la misma opere de conformidad con los criterios establecidos en aquellos preceptos legales.”

Leyes de Presupuestos de la actualización de las pensiones ha respondido siempre, “en su estructura, a la lógica propia de las cláusulas que proceden a la consignación de créditos o deudas ya causados y consolidados a resultas de lo establecido en otras leyes sustantivas”.

En definitiva, con aquella normativa vigente, tras el conocimiento de la desviación, el derecho a la actualización nacía, con efectos retroactivos, para adherirse a la revalorización producida por la estimación del IPC a principios de año cuando se aplicaba el porcentaje de revalorización de acuerdo con la LPGE que rige el año natural. Coincidiendo el devengo de la actualización con el devengo del incremento de la revalorización producida por el IPC previsto de forma incorrecta, a principios de ese año.

No hay, definitivamente, una “mera expectativa a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto”, como dice el Tribunal Constitucional, sino un derecho perfeccionado aunque incompleto o mal determinado y por lo cual debió de aplicarse el principio de interdicción de la retroactividad de las normas desfavorables.

3.3. La “imposible” vulneración del art. 33.3 CE

El segundo de los argumentos de los recurrentes que solicitan la inconstitucionalidad del art. 2.Uno del Real Decreto-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de Seguridad Social, la vulneración del art. 33.3 CE no puede contemplarse con la doctrina emanada en esta sentencia sobre la actualización de las pensiones.

Así, de trámite podría decirse, es la argumentación referida a la causa que entendía la inconstitucionalidad de dicho precepto por vulnerar el art. 33.3 CE por haberse producido una expropiación sin indemnización a favor de los expropiados. Evidentemente, si el TC en el FJ 5º de la Sentencia que se comenta indica que no existe un derecho a la actualización, sino que ello es una mera expectativa, evidentemente cae por su propio peso la expropiación ya que no hay privación de bienes ni derechos del pensionista.

3.4. Un argumento contradictorio (y peligroso) en el voto particular a esta sentencia

Esta sentencia tiene un interesante voto particular en el que los magistrados disidentes se preguntan por el grado de restricción de los derechos sociales y aunque entienden que no puede existir una irreversibilidad absoluta para reducir los derechos sociales indicando que “es perfectamente admisible que la aplicación de la legislación ordinaria esté presidida por una principio interpretativo restrictivo de los eventuales recortes sociales”.

Lo que ocurre es que el voto particular tiene, entre los muchos plausibles, un argumento algo contradictorio ya que indica que las decisiones restrictivas, *sensu contrario*, podrían hacerse justificando el alcance de las nuevas decisiones, “dándose unos supuestos o condiciones que expliquen el porqué de tal retroceso”³¹. Lo que viene a decirse es que si el recorte social está bien fundado daría pie a la irreversibilidad de los derechos sociales.

Desde luego es un argumento con doble filo, ya que dentro del propio Tribunal Constitucional, habrán, como los hay, magistrados que crean que la argumentación del Gobierno ante un recorte social por la “carencia de capacidad financiera para soportar los costes de una determinada medida en época de crisis y que, de no hacerlo así, se pondría en peligro todo el sistema de protección social” (que es básicamente la argumentación esgrimida para justificar todos los recortes sociales), es más que suficiente para justificar el retroceso en los derechos. De hecho, es posible que ante tales, aparentemente sólidos, argumentos una gran parte de la ciudadanía, incluyendo a los beneficiarios de pensiones, lo entenderían como parte de la carga de solidaridad que han de soportar o sufrir los ciudadanos “para contribuir a salir de la crisis”. La cuestión sería el cómo explicar a la ciudadanía que los recortes en protección social no son sólo una cuestión económica sino, lo más importante, una opción política-ideológica frente a otras muchas posibles formas de ejercer las políticas de gobierno. Ello será verdaderamente difícil de explicar en cualquier sentencia.

En mi opinión, y reiterando lo que más arriba comenté, la actualización de las pensiones al ser un recálculo de una revalorización del año anterior incorrectamente realizada, es una cuantía complementaria o compensatoria del error de cálculo que forma parte de los derechos adquiridos o consolidados y por ello se encuentran dentro del patrimonio de los pensionistas beneficiarios de la revalorización anterior, por lo que su alteración o supresión a través de una norma a la que se otorga carácter retroactivo, ataca de forma brutal al principio de seguridad jurídica que debe presidir estas relaciones jurídicas; convirtiendo inconstitucional a dicha norma. Y, por supuesto, ninguna argumentación del legislador o

³¹ “Nos parece 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.” O más adelante indican: “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”.

del gobierno sería válida para reducir o eliminar este derecho, especialmente cuando ello afecte a la insuficiencia prestacional.

Señala García de Enterría que según la doctrina del Tribunal Constitucional cabría, hipotéticamente, admitir también un límite a la actividad normativa del poder legislativo en el principio de protección de la confianza legítima, singularmente en relación con el tema de la retroactividad de las leyes. Pero hasta la fecha presente el Tribunal Constitucional nunca ha anulado una ley por ese motivo ni tampoco ha declarado la inconstitucionalidad de una ley formal por no prever en sus determinaciones una reparación patrimonial de los perjuicios económicos que pudieran derivarse de la violación de tal principio. Y, de seguir así, creo que nunca lo veremos³².

4.. LA REVALORIZACIÓN DE PENSIONES TRAS LA LEY 23/2013, DE 23 DE DICIEMBRE, REGULADORA DEL FACTOR DE SOSTENIBILIDAD

La revalorización supone un fuerte incremento anual de los gastos en pensiones, por ello han surgido diversas propuestas para aminorar o ralentizar dichos costes. Más aún, el azote de la crisis ha supuesto, como acaba de verse, que se haya llegado a suspender la actualización de las pensiones o se haya limitado la revalorización a porcentajes que nada tienen que ver con la realidad de la evolución de los precios o del coste de la vida, produciendo claramente un perjuicio en la capacidad adquisitiva de los beneficiarios de las pensiones.

Desde luego, son tiempos difíciles para evitar la pérdida del poder adquisitivo de los pensionistas. Inicialmente, el RD-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, suspendió la revalorización automática de las prestaciones para el 2011 y, posteriormente, el RD-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social estableció, como se dijo anteriormente, una revalorización de pensiones en el 1% y la eliminación de la actualización por el desvío en la previsión del IPC de la revalorización producida. Ello ha dado origen a la STC 49/2015, de 3 de marzo, de la que nos hemos ocupado, por la que se considera constitucional dejar sin efecto la actualización de pensiones.

³² En “El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador”, en La responsabilidad patrimonial del estado (II), Boletín del ICAM, número 24, enero 2003.

Pero, sin duda, el mayor ataque a la determinación de las pensiones de vejez o jubilación y a la revalorización de las pensiones se ha producido con la Ley 23/2013 en la que se establecen nuevos métodos de determinar las pensiones de vejez o jubilación y también de revalorizar las pensiones. Mecanismos pensando más en el control del déficit del sistema que en el derecho de los pensionistas a pensiones dignas y acordes a sus aportaciones a lo largo de su carrera laboral y a la revalorización para evitar la depreciación.

Por lo que se refiere al factor de sostenibilidad, consecuencia de las recomendaciones de la Comisión del Pacto de Toledo, el art. 8 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, introdujo el denominado factor de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, en la DA 59^a de la LGSS, de modo que, a partir del 2027, los parámetros fundamentales del sistema se revisarán por las diferencias entre la evolución de la esperanza de vida a los 67 años de la población en el año en que se efectúe la revisión y la esperanza de vida a los 67 años en 2027. Dichas revisiones se efectuarán cada 5 años, usando las previsiones realizadas por los organismos competentes. Y es que la sostenibilidad financiera del sistema pasa por tener en cuenta las consideraciones demográficas (tas de natalidad y esperanza de vida), el cese precoz en la actividad de los trabajadores de edad avanzada y la salud del mercado de trabajo, entendiendo como tal las tasas de empleo existentes³³.

Por lo que nos interesa, referido a la revalorización de pensiones, evidentemente, el legislador para cumplir formalmente la garantía constitucional de la revalorización de pensiones, ha modificado por enésima vez el art. 48 de la LGSS (a través del art. 7 de la Ley 23/2013) creando el llamado Índice de Revalorización Automática, lo que supone abandonar “la indexación previa del incremento de las pensiones al IPC como garantía completa de la conservación de su poder adquisitivo de las pensiones”³⁴. Se trata de la introducción de una fórmula matemática que toma diversos elementos o variables: los ingresos del sistema, el número de pensiones contributivas de la Seguridad Social, la variación interanual de la pensión media y los gastos del sistema.

³³ Vid, Sempere Navarro, A.V, en “El factor de sostenibilidad del sistema”, en AAVV; *Reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*. Dir. Sempere Navarro y Fernández Orrico, Thomson Reuters –Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pág. 215.

³⁴ Como indican González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S., en *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, op.cit, pág. 203.

Pensando en el más que probable resultado negativo, sobre todo en épocas como la actual en la que las tasas de desempleo son altas y los ingresos por cotizaciones disminuyen, el legislador “bondadoso” ha establecido una garantía mínima de incremento anual de las pensiones, estableciéndose en un 0,25%. De otro lado, también establece un máximo de revalorización, teniendo en cuenta por vez primera en toda esta formulación, el IPC; dicho tope máximo se fija en el IPC del año anterior incrementado en un 0,5%. Desde luego, con la fórmula diseñada para determinar el IRA es casi imposible que se llegue a este tope máximo.

Aunque el factor de sostenibilidad se aplicará a las pensiones que se causen a partir del 2019, el Índice de Revalorización Automática ya está en vigor, aunque no en pleno funcionamiento. Por ello, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 2014 y 2015 (Leyes 22/2013, de 23 de diciembre y 36/2014, de 26 de diciembre, respectivamente) han fijado una revalorización directa del 0,25 en las pensiones. Cuantía que, por supuesto, nada tiene que ver con el IPC previsto o real de tales anualidades.

De hecho, con el método establecido, que como se ha dicho, aún no está en funcionamiento pleno, no se produce un ajuste real de las pensiones a los cambios de los precios, a la inflación, sino parcial. Ello provoca una devaluación de las pensiones a lo largo de los años, evitando la función de seguridad económica que es propia de las pensiones, sobre todo de las más bajas. Formalmente, todas las pensiones se incrementan anualmente de forma automática. Materialmente, al elevarse en cuantía inferior al incremento de los precios, lo que se produce es una depreciación progresiva de las pensiones. Nos hemos olvidado la contribución que los pensionistas actuales, a lo largo de su vida como activos, han realizado a la prosperidad de nuestro país.

Al final, el sistema adoptado parece seguir una revalorización “cuando se pueda, como se pueda y en la medida en que la economía nacional lo permita”³⁵.

Como el nuevo art. 48 de la LGSS, tras la Ley 23/2013 de Factor de Sostenibilidad, no tiene como fin garantizar la capacidad adquisitiva de las pensiones, sino evitar el déficit del sistema de Seguridad Social, se ha dicho que ello “quiebra determinadas garantías constitucionales –la suficiencia, la prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo y la seguridad jurídica-. De ahí, la total viabilidad, a nuestro juicio, de Recurso de Inconstitucionalidad

³⁵ Como recuerda, Gete Castrillo, P. “El nuevo derecho común de las pensiones públicas”, op. cit., pág. 598.

presentado contra esta Ley, aunque ya veremos qué dice y cuando el “supremo intérprete” constitucional”³⁶. Aunque mucho nos tememos que con una doctrina como la emanada de la STC 49/2015, de 5 de marzo, nuestro Tribunal Constitucional atenderá más a la importancia de la economía que a las necesidades de las personas.

³⁶ Nuevamente, Monereo Pérez, Molina Navarrete y Quesada Segura en *Manual de Seguridad Social*, op. cit., pág. 243.