

Sección del Tribunal Constitucional**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

7580 *Sala Segunda. Sentencia 128/2015, de 8 de junio de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 6397-2014. Planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, 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. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, expropiación de derechos y pensiones adecuadas y actualizadas: STC 49/2015 (constitucionalidad del precepto sobre actualización y revalorización de pensiones).*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Adela Asua Batarrita, Presidenta, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6397-2014, promovida por la Sala de lo Social, con sede en Burgos, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León contra el art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de Seguridad Social, por posible vulneración de los arts. 9.3 y 33 CE. Han formulado alegaciones el Fiscal General del Estado, el Abogado del Estado y el Letrado de la Administración de la Seguridad Social. Ha sido Ponente el Magistrado don Juan José González Rivas, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 27 de octubre de 2014 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un oficio de la Sala de lo Social, con sede en Burgos, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León al que se acompaña, junto con el testimonio del procedimiento ordinario núm. 206-2014, Auto de 8 de octubre de 2014, en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación el art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de Seguridad Social, por posible vulneración de los arts. 9.3 y 33 CE.

2. Los antecedentes procesales de la cuestión de inconstitucionalidad planteada son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Una pensionista interpuso demanda ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en reclamación de actualización de la pensión solicitando que se declarase el derecho a percibir la paga única compensatoria a que se refiere el apartado 1.2 del art. 48 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), derivada de la diferencia que resulta entre el índice en función del cual se calculó dicha revalorización, que fue del 1 por 100 y el índice de precios al consumo acumulado correspondiente al período comprendido entre noviembre de 2011 y noviembre de 2012, que fue del 2,9 por 100, en la parte proporcional correspondiente al período comprendido entre el 1 de enero y el 30 de noviembre de 2012, ambos inclusive. Asimismo, solicitaba que se declarase el

derecho a que la revalorización de la pensión en 2013 se efectúe sobre la cuantía de la pensión a 1 de enero de 2012, actualizada con la diferencia que resulta entre el índice en función del cual se calculó la revalorización en aquella fecha, que fue del 1 por 100, y el índice de precios al consumo acumulado correspondiente al período comprendido entre noviembre de 2011 y noviembre de 2012, que fue del 2,9 por 100.

b) El Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos dictó Sentencia el 20 de mayo de 2014 estimando la demanda, declarando «el derecho de la demandante a que se considere como pensión del año 2012 la señalada en el apartado segundo del relato histórico de la presente incrementada en un 2,9 por 100 y que la misma sirva de base para el incremento acordado en el año 2013 y 2014», así como «el derecho de la actora a percibir las diferencias correspondientes al año 2012 que son la diferencia entre el 1 por 100 aplicado y el 2,9 por 100 debido».

c) Interpuesto recurso de suplicación por el INSS contra la mencionada Sentencia, la Sala de lo Social señaló para su deliberación y fallo el día 3 de septiembre de 2014.

d) Concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, el órgano judicial dictó providencia de 3 de septiembre de 2014 por la que acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que alegasen sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012 en relación con lo dispuesto en la Ley 2/2012, de 29 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2012 por vulneración de los arts. 9.3 y 33 CE.

e) El Ministerio Fiscal mostró su conformidad con el planteamiento de la cuestión. El resto de las partes no formularon alegaciones

3. Por Auto de 8 de octubre de 2014 la Sala de lo Social, con sede en Burgos, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León acordó plantear la presente cuestión de inconstitucionalidad y del análisis de su contenido interesa destacar los siguientes puntos:

a) Tras exponer los antecedentes de hecho, los fundamentos de derecho comienzan con un recordatorio de la obligación de plantear cuestión de inconstitucionalidad que recae sobre el órgano judicial así como de los límites constitucionales del decreto-ley.

b) A continuación se examina la doctrina constitucional sobre la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales prevista en el art. 9.3 CE. El órgano judicial afirma ser consciente del «espíritu restrictivo» que inspira la interpretación del supuesto de la prohibición de retroactividad. Por ello, señala que lo primero que hay que despejar es si en el caso existe un derecho individual desde la consideración restrictiva apuntada por el Tribunal Constitucional, lo que entiende que merece una respuesta positiva. En segundo lugar, analizará si, aun siendo de grado máximo, carece realmente de justificación habilitante, puesto que este Tribunal Constitucional admite que «la prohibición de retroactividad operaría plenamente y solo exigencias del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio» (STC 197/1992).

c) El Auto señala que el sistema de pensiones vigente es un sistema contributivo, en virtud del cual los trabajadores en activo cotizan a dicho sistema para que en el caso de que se produzca la contingencia objeto de protección se les reconozca el derecho a percibir la prestación correspondiente, siendo una de las contingencias previstas la jubilación, ante la cual se le reconoce el derecho a percibir una pensión que es proporcional al salario que percibió, y que constituyó su fuente de subsistencia durante su vida activa. Una vez que un trabajador pasa a la situación de jubilación, se establece un mecanismo para que no pierda el poder adquisitivo de la pensión que tiene derecho a percibir como consecuencia de su previa contribución al sistema y este es el sistema de revalorizaciones de las pensiones, sistema que establece el art. 50 CE, para evitar que como consecuencia del incremento del coste de la vida, en unos años las pensiones reconocidas pierdan su esencia y produzca un empobrecimiento de los pensionistas.

Afirma que el desarrollo del art. 50 CE se ha realizado a través del art. 48 LGSS, que regula la revalorización de las pensiones, estableciendo una regla de carácter general que

no admite ninguna excepción: «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». El apartado 2 del mismo art. 48.1 LGSS establece el periodo que se debe tener en cuenta para el cálculo del índice de precios al consumo («el periodo comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico al que se refiere la revalorización») y un mecanismo para compensar las posibles desviaciones que se produzcan si el índice de precios al consumo previsto es inferior al que finalmente resulta: este mecanismo es la paga compensatoria, que cubre la diferencia si el coste de la vida es superior al aumento del importe de la pensión en el año correspondiente, y que debe abonarse según la misma norma antes del 1 de abril del ejercicio posterior. Y la misma regla establece el art. 27 de la Ley de clases pasivas del Estado.

Indica que el único límite al importe de la revalorización de las pensiones contributivas se establece en el art. 49 LGSS: la revalorización de las pensiones no podrá superar el importe de la pensión máxima que se establezca para cada año en la correspondiente Ley de presupuestos generales del Estado, sumado en su caso al importe anual íntegro ya revalorizado de las otras pensiones públicas percibidas por su titular.

Sentado lo anterior, el órgano judicial señala que el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad es si la supresión de la paga compensatoria que dispone el art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012 «vulnera un derecho causado, consolidado y devengado, conforme al art. 50 CE, afectando de forma retroactiva a derechos adquiridos y con la vulneración del art. 9.3 CE que prohíbe la retroactividad de las disposiciones procesales (sic) restrictivas de los derechos fundamentales».

El Auto declara que «la concepción realmente cualificada del interés general que reconoce la jurisprudencia comunitaria, no justifica que la pretensión de reducir el gasto público, por muy urgente y necesaria que sea, constituya sin más un «bien común» que abra la puerta a exceptuar los básicos principios constitucionales de irretroactividad y seguridad jurídica; principios constitucionales que sí cabe identificar, en cambio, con el interés general de los pensionistas».

Por todo ello, la Sala acuerda elevar cuestión de inconstitucionalidad en los siguientes términos:

«El artículo 2.1 del Real Decreto Ley 28/2012 que deja sin efecto para el ejercicio 2012 la actualización de las pensiones en los términos previstos en el apartado 1.2 del artículo 48 de la Ley General de la Seguridad Social y en el párrafo 2 del punto 1 del artículo 27 de la Ley de Clases Pasivas y como quiera que el Real Decreto entró en vigor 1-12-2012, una vez transcurrido el periodo previsto en el artículo 48 de la Ley General de la Seguridad Social para llevar a cabo la aplicación de la anualidad (nov-2011-nov 2012) y que la Ley 2/2012 de 29 de junio de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, ninguna previsión realiza para el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, vulnera:

- a) lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución española por el que se garantiza la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos fundamentales individuales, y
- b) el artículo 33 de la Constitución española, de entender que por parte del aludido art. 2.1 del RDL 28/2012 serían objeto de expropiación los derechos de los perceptores de pensiones de seguridad social por cuanto son un derecho económico incorporado al patrimonio de aquellos, aunque no haya sido abonado pero sí devengado puesto que entendemos que dichos preceptos son aplicables al caso y el fallo depende de su validez, no siendo posible acomodar por otra vía interpretativa dichos preceptos al ordenamiento constitucional.»

4. El Pleno de este Tribunal, a propuesta de la Sección Tercera, acordó admitir a trámite la cuestión mediante providencia de 2 de diciembre de 2014; deferir a la Sala Segunda su conocimiento; dar traslado de las actuaciones recibidas al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del

Ministro de Justicia, y al Fiscal General del Estado al objeto de que, en el improrrogable plazo de quince días, pudieran personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimasen convenientes; comunicar la resolución a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, a fin de que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35 LOTC, permaneciese suspendido el proceso hasta que este Tribunal resolviese efectivamente la cuestión; y publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado».

5. Por escrito registrado el 9 de diciembre de 2014 el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó a este Tribunal la decisión de la Mesa de que se diera por personada a la Cámara y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC, con remisión a la Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones, y a la asesoría jurídica de la Secretaría General.

Mediante escrito registrado el 17 de diciembre de 2014, el Presidente del Senado comunicó a este Tribunal el acuerdo de la Mesa para que se diera por personada a la Cámara y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. Mediante escrito presentado en el Registro de este Tribunal el 12 de diciembre de 2014 el Letrado de la Administración de la Seguridad Social se personó en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social y por medio de otrosí solicitó que, a los efectos de representación y defensa del Instituto Nacional de la Seguridad Social, se designase indistintamente a los Letrados de la Administración de la Seguridad Social destinados en el servicio jurídico delegado central en dicho instituto.

7. Por diligencia de ordenación de 15 de diciembre de 2014 se acordó tener por personado y parte al Letrado de la Administración de la Seguridad Social y conforme establece el art. 37.2 LOTC, se le concedió un plazo de quince días para que formulase las alegaciones que estimase convenientes.

8. El Abogado del Estado por escrito registrado el 26 de diciembre de 2014 se personó interesando la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad por las razones que, resumidamente, se exponen a continuación:

a) Comienza su escrito el Abogado del Estado partiendo de la configuración constitucional del sistema de Seguridad Social. En este sentido señala que nuestro sistema de Seguridad Social previsto en el art. 41 CE está caracterizado constitucionalmente por consistir en una garantía institucional que deja al legislador su configuración en atención a las circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél y cita en este sentido varias Sentencias del Tribunal Constitucional.

b) Sentados los elementos configuradores del Sistema de Seguridad Social así como de la naturaleza de las pensiones públicas y la capacidad legal que tiene el legislador para adecuarlas a las circunstancias de cada momento, el Abogado del Estado pasa a examinar los elementos que configuran la eventual aplicación del principio de irretroactividad consagrado en el art. 9.3 CE, en concreto qué entiende el Tribunal Constitucional por «derechos individuales» y el nivel de irretroactividad que admite.

En relación con los derechos individuales señala el Abogado del Estado que el Tribunal Constitucional los identifica con los «derechos fundamentales y libertades públicas o la esfera general de protección de la persona» considerando que el calificativo «restrictivo» tiene un cierto matiz sancionador (STC 43/1986).

Afirma que la actualización de las pensiones conforme al IPC del año en curso, no constituye un derecho consolidado integrado en el patrimonio del pensionista, muy al contrario, constituye, a su juicio, una mera expectativa de derecho y, como mucho, un derecho condicionado a la fijación de su contenido por la Ley de presupuestos del año siguiente si existe diferencia entre el IPC previsto y el acumulado a noviembre del ejercicio económico correspondiente. El art. 48.1.2 LGSS no establece una actualización automática de las pensiones sino que lo somete a un presupuesto, que exista una diferencia entre el IPC previsto en la actualización del año correspondiente recogida en la Ley de

presupuestos de dicho año y el IPC acumulado a un mes concreto, noviembre del ejercicio en curso.

Si se cumple ese presupuesto podrán actualizarse las pensiones «de acuerdo con lo que establezca la respectiva Ley de presupuestos generales del Estado», esto es, la actualización no es automática sino que, sólo podrá realizarse en los términos que fije la Ley de presupuestos generales; condiciona la existencia del derecho a que tal derecho se regule en la Ley de presupuestos generales, de manera que la existencia de un diferencial en el IPC previsto y el acumulado a noviembre del año en curso, es un presupuesto necesario para que nazca la expectativa de derecho, y la existencia de esta expectativa es el presupuesto para que, en los términos que fije la Ley de presupuestos generales se actualicen las pensiones, en su caso.

Es por ello, añade, que el art. 48.1.2 LGSS continúa diciendo que «a tales efectos, a los pensionistas cuyas pensiones hubiesen sido objeto de revalorización en el ejercicio anterior», esto es, reafirma que no por el mero hecho de la existencia de diferencial en el IPC se actualiza la pensión, sino que habrá que estar a la regulación propia de la Ley de presupuestos generales. Y ello no podría ser de otra manera ya que será la Ley de presupuestos de cada ejercicio quien fijará los «gastos» a cargo del Estado, que integran el contenido mínimo esencial de la propia ley.

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

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

Recuerda que se exigiría, además, que la medida eventualmente restrictiva fuera, a su vez, de «matiz sancionador», circunstancia que no concurriría en el supuesto objeto de debate cuya única finalidad es garantizar la viabilidad y suficiencia del sistema.

c) Sobre la base de la argumentación anterior, repasa el Abogado del Estado los tipos de retroactividad a que puede referirse el art. 9.3 CE y recuerda que la STC 182/1997, de 28 de octubre, delimitó en qué supuestos pueden establecerse medidas retroactivas de derechos individuales: cuando existan exigencias cualificadas de interés público. De este modo, indica que la medida adoptada obedece a imperiosas circunstancias de índole económica que afectan a la subsistencia y sostenibilidad del sistema y así se recoge en la exposición de motivos del Real Decreto-ley.

d) Por último, sobre la vulneración del art. 33 CE señala que la alegada vulneración de este precepto parte de la consideración de la existencia de un derecho adquirido incorporado al patrimonio, por tanto, argumentada la inexistencia de tal derecho adquirido, no concurre el juego del art. 33 CE alegado.

9. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social por escrito registrado el 7 de enero de 2015 interesa también la desestimación de la cuestión.

Tras recordar los antecedentes de la presente cuestión, analiza la configuración constitucional del derecho a la Seguridad Social y el derecho a una pensión adecuada y periódicamente actualizada, así como la doctrina de este Tribunal Constitucional respecto

a la conservación de los derechos adquiridos y sobre la aplicación del principio de irretroactividad en el sistema normativo de la Seguridad Social.

Así, señala que la doctrina de este Tribunal Constitucional concibe el régimen público de Seguridad Social como una garantía institucional de un sistema razonable de protección determinado por los condicionantes económicos y las necesidades sociales a proteger. Indica que el carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema suponen que el Sistema de Seguridad Social se configure legalmente, gozando el legislador a tal efecto de un amplio margen de disposición. Asimismo, afirma que el Tribunal Constitucional interpreta con precaución el deber de actualización periódica de las pensiones dejando en manos del legislador la decisión de actualizar o no, y en su caso, en qué cuantía, las pensiones devengadas al condicionar la acción normativa a las disponibilidades económicas, a las necesidades concurrentes y al cumplimiento del principio de solidaridad que como señala la STC 134/1987, FJ 5, «obliga a sacrificar los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados con independencia incluso de las consecuencias económicas de estos sacrificios».

Recuerda que este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de establecer una doctrina respecto al mantenimiento de los derechos adquiridos y la prohibición de la irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales en materia de Seguridad Social en diversas Sentencias entre las que cita las SSTC 89/2009, de 20 de abril; 66/1990, de 5 de abril; 134/1987, de 21 de julio y 65/1987, de 21 de mayo.

Señala que de la jurisprudencia constitucional se desprende que no existe una exigencia constitucional que obligue necesariamente a revalorizar las pensiones de manera que el art. 50 CE establece una actualización periódica pero no determina la periodicidad ni la cuantía y alcance de la revalorización. Al contrario, la jurisprudencia constitucional vincula la revalorización y actualización de las pensiones a los recursos disponibles, a la situación económica del Estado en cada momento y a la ponderación de las necesidades sociales concurrentes.

Afirma que, el art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/ 2012, en cuanto deja sin efecto las medidas relativas a la actualización de las pensiones y al abono del pago único previstas en el art. 48.1.2 LGSS, no violenta los arts. 41 y 50 CE, ni afecta en principio a ningún derecho individual en los términos contemplados en el art. 9.3 CE, sino al contrario, lo que verdaderamente ha de ser tutelado por imperativo constitucional es que no se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución de Seguridad Social, lo que el Tribunal Constitucional ha entendido que no se produce con ocasión de una limitación de la revalorización de las pensiones. Y añade que en determinadas circunstancias una medida como la controvertida puede hacer posible el mantenimiento de los rasgos esenciales del sistema.

Recuerda que el art. 48.1 LGSS en la redacción vigente en la fecha del proceso, establece respecto a la revalorización de las pensiones contributivas que esta se producirá anualmente en función del correspondiente índice de precios al consumo (IPC previsto para dicho año). Esta previsión, no es más que un parámetro fijado por aproximación que puede producirse o no. En tal sentido ante la eventualidad de que tales previsiones no coincidan con la realidad se estableció un mecanismo suplementario que pretendía garantizar el poder adquisitivo de las pensiones. Se establece, así, un mecanismo corrector consistente en que una vez conocido el incremento efectivo del IPC real en un período objetivamente determinado, la pensión se actualice en la cuantía correspondiente a la diferencia constatada y se efectúe en un pago único la diferencia entre la pensión percibida de acuerdo con el incremento de los precios previsto y realmente acontecido, tomándose como parámetro temporal de comprobación el periodo correspondiente entre el 1 de diciembre del año anterior y el 30 de noviembre del año al que correspondió la previsión. Ahora bien, indica que en coherencia con la doctrina del Tribunal Constitucional plasmada en las SSTC 134/1987 y 97/1990, el legislador toma la precaución de condicionar la medida a la ponderación de las disponibilidades presupuestarias y de las necesidades sociales, de manera que condiciona la efectividad de la medida a que se contemple la actualización de la diferencia y del pago único en la correspondiente Ley de presupuestos

generales del año siguiente. En este sentido, afirma que los dos puntos del apartado 1 del art. 48 LGSS exigen una interpretación conjunta, de manera que la efectividad de los derechos programados en ambos puntos se condiciona al principio de legalidad presupuestaria.

A su juicio, la regla establecida en el art. 48.1.1 LGSS se configura como una norma programática cuya efectividad e imperatividad depende de la disposición normativa que se efectúe en la correspondiente Ley de presupuestos generales del Estado de cada ejercicio. Señala que la LGSS no exige, explícitamente, que el complemento de actualización sea necesariamente equivalente a la diferencia entre el IPC previsto y el IPC real. La existencia de tal diferencia será uno de los requisitos para el eventual nacimiento del derecho pero no determina, necesariamente, el reconocimiento de un complemento o paga adicional equivalente a la diferencia.

Insiste en señalar que la norma establece que para que quede colmado el derecho a la actualización de las pensiones y al percibo del complemento adicional, resulta preciso que su reconocimiento se incorpore a la Ley de presupuestos generales del Estado del año siguiente. En tal sentido, considera que la Ley de presupuestos generales del Estado ha de ser un mero trasunto contable de la obligación legal contenida en la LGSS, al margen de contravenir lo dispuesto expresamente en el art. 48.1.2 LGSS, supone deslegitimar al legislador presupuestario que vendría imposibilitado, por ejemplo, para ajustar los gastos a los ingresos del Estado, aún a sabiendas de que el desfase pudiera ocasionar la quiebra o deterioro grave de las cuentas públicas y en definitiva, del propio Estado.

Señala también que no se puede equiparar el devengo de esta paga con el de las gratificaciones extraordinarias reguladas en el art. 31 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET). La paga única prevista en el art. 48.1.2 LGSS se devenga y perfecciona con su reconocimiento en la Ley de presupuestos generales del Estado por determinación legal, mientras que el art. 31 LET concibe las gratificaciones extraordinarias como percepciones salariales devengadas en períodos superiores al mes, y prorrateables por la voluntad de las partes.

Añade que lo que hace el art. 48.1.2 LGSS es cuantificar la diferencia entre los IPC previsto y reales tomando como período de cálculo del incremento de los precios entre los meses de noviembre a noviembre de distintos años, pero la revalorización se realiza desde enero a diciembre, de manera que una cosa es el período de cálculo tomado para determinar la revalorización y otra muy distinta el período al que se aplica la revalorización que coincide con el año natural. Afirma que la actualización por diferencias en la revalorización y el nacimiento del derecho a la paga, nace a partir del momento en que tiene vigencia la Ley de presupuestos generales del Estado que lo reconoce, es decir, a partir del 1 de enero del año siguiente. Al establecer como parámetro de cálculo el período de noviembre a noviembre lo que se pretende es facilitar al legislador presupuestario el cálculo de las obligaciones que, si considera, puede incluir en la Ley de presupuestos generales del Estado por mor de la norma programática establecida en el art. 48.1.2 LGSS, pero en modo alguno determina un período de devengo.

En consecuencia, para el Letrado de la Administración de la Seguridad Social no existe consolidado un derecho subjetivo perfecto al abono de un pago único por la diferencia entre el incremento del IPC previsto en la Ley de presupuestos generales del Estado para 2012 y el real, producido durante el intervalo diciembre de 2011 y noviembre de 2012.

Por último, afirma que al no existir un derecho subjetivo a la actualización y al abono de la controvertida paga única, tampoco podemos afirmar que el art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012 actúe retroactivamente limitando o restringiendo esos supuestos derechos adquiridos y previos que no son tal, ni tampoco se puede sostener, como señala la STC 67/1990 de 5 de abril que «haya existido una privación de tal «derecho» sino la supresión de una ventaja o beneficio que por tanto no incide en el derecho reconocido por el artículo 33.3 CE».

10. El Fiscal General del Estado presentó escrito de alegaciones ante este Tribunal el 8 de enero de 2015 interesando la estimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Comienza su escrito el Fiscal General delimitando el contenido de la cuestión, ya que entiende que en el auto de planteamiento de la cuestión el Tribunal Superior de Justicia cuestiona el art. 2.1 del Real-Decreto-ley 28/2012 de 30 de noviembre y este precepto hace referencia a la suspensión de lo previsto en el art. 48 apartado 1.1 de la Ley general de Seguridad Social, y lo dispuesto en el art. 27 apartado 1 párrafo segundo de la Ley de clases pasivas del Estado. Estos dos preceptos cuya suspensión se acuerda en realidad contienen dos reglas distintas, una relativa al sistema de revalorización anual de las pensiones que cada norma regula y una segunda relativa a la llamada «paga compensatoria única» que se establece para compensar la pérdida adquisitiva que el pensionista haya podido sufrir en el periodo del último año. La confusión que pretende aclarar para poder delimitar el alcance de la cuestión tal como la configura el Tribunal cuestionante, se basa en que no dice claramente cuál de las dos reglas es la que se considera que puede ser contraria a los arts. 9.3 y 33 CE.

A su juicio, no cabe ninguna duda que cuestiona la norma en la que el legislador fija la forma de actualización anual de las pensiones, la prevista para el año siguiente, concretamente en el caso que nos ocupa para el año 2013, a esta revalorización se refiere continuamente el órgano judicial, sin embargo la otra regla, la de determinación de la paga compensatoria, sólo incidentalmente la menciona. Señala el Fiscal General que el Tribunal considera que los derechos que nacen de ambas reglas, la de revalorización anual y la de fijación de paga única compensatoria, gozan de la misma naturaleza, y se consolidan simultáneamente en el tiempo, pero en su opinión esto no es cierto y por eso entiende que deberían haberse tratado separadamente las razones que podrían cuestionar la constitucionalidad de una norma y la otra.

Recuerda seguidamente la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de proscripción de la irretroactividad de las normas partiendo del desarrollo que se ha dado de los conceptos de normas sancionadoras no favorables y de normas restrictivas de derechos individuales, ya que solo éstas tienen en principio limitada la retroacción. Así, destaca de la doctrina constitucional que no existe una imposibilidad de revisar las normas fiscales o económicas, lo que es obvio, pues lo contrario supondría en la práctica impedir a los órganos de gobierno ejecutar una verdadera política económica.

El Fiscal General del Estado señala que no comparte que en el caso que nos ocupa es obvia la vulneración por parte del Decreto-ley, cuando suspende las normas generales del art. 48 LGSS, de la retroactividad, y lo hace respecto a las dos reglas que establece dicho precepto, la primera relativa a la fijación del incremento, para el año 2013, con arreglo al real índice de precios al consumo, y la fijación del pago único, compensatorio de la pérdida del poder adquisitivo durante el año 2012. Parte el Fiscal General de la distinta índole de ambas retroacciones, la primera sería de las denominadas impropias, ya que la suspensión busca causar el efecto de que las pensiones del año 2013 no se incrementen más del 1 por ciento, (excepcionalmente el 2 por 100), pero aunque lo relaciona con un hecho actual, cual es la fijación del aumento del IPC en 2,9 por 100, lo realiza antes de que se haya consolidado la situación, ya que lo hace el 30 de noviembre. A su juicio en este supuesto el Gobierno se ha limitado a tomar una de esas decisiones incluidas en la posibilidad de dictar normas que modifiquen la política fiscal o económica, conveniente para solventar la grave crisis económica. Por eso aunque el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León cuestiona esta suspensión como infractora de la Constitución, no puede compartir ese cuestionamiento.

Sin embargo, afirma que cosa distinta es la decisión de suspender la aplicación de la paga única que debería realizarse antes del 1 de abril de 2013, pero que se determina con arreglo al aumento del índice de precios comprendido entre los días 1 de diciembre de 2011 y 30 de noviembre de 2012 y teniendo en cuenta que el Decreto-Ley entra en vigor el 1 de diciembre de 2012, está incurriendo, a su juicio, en supuesto de retroactividad auténtica, ya que vincula efectos a un hecho ya consumado y consolidado.

Considera que se trata, por tanto, de un derecho económico, consolidado, ya incorporado al patrimonio del perceptor de la pensión, y su privación se encuadraría en un supuesto de expropiación prohibida en el art. 33.3 CE; lo que se posterga es simplemente

el pago, pero el derecho a la percepción se va consolidando día a día, de tal manera que si la norma se hubiere incrustado en la mitad del término, deberíamos entender que serían derechos adquiridos y no susceptibles de privación aquellos que correspondieran a la porción de tiempo transcurrido y entrarían en el ámbito de la retroactividad impropia los derechos económicos que se generaran desde la publicación de la norma hasta la conclusión del plazo. Afirma que si no se hizo antes el pago es porque faltaba la constatación matemática de la cuantía; como depende del índice de precios al consumo, la cuantía de este no se podía conocer hasta esa fecha de 30 de noviembre.

A su juicio, la remisión que el art. 48 LGSS hace a la Ley de presupuestos no puede considerarse una postergación del derecho a lo que determine esa Ley, ya que la actualización se produce de forma automática cuando el instituto nacional de estadística fija ese índice, limitándose la Ley presupuestaría a fijar el apunte contable, no se deja pendiente de aprobación de la Ley de presupuestos nada más que el reflejo contable de una obligación nacida y consolidada en tiempo anterior.

Por lo que se refiere al art. 33.3 CE señala que este precepto prohíbe aquellas actividades confiscatorias que supongan privaciones de derechos adquiridos al margen de los concretos supuestos legalmente establecidos. La posible violación de este art. 33 CE será una consecuencia de la existencia de retroactividad prohibida en que entiende el Fiscal General ha incurrido el legislador en el precepto cuestionado.

11. Por providencia de 3 de junio de 2015 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 8 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La Sala de lo Social con sede en Burgos del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de Seguridad Social, por posible vulneración de los arts. 9.3 y 33 CE.

El Fiscal General del Estado solicita la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad, conforme ha quedado expuesto en los antecedentes de la presente resolución. El Abogado del Estado y el Letrado de la Administración de la Seguridad Social solicitan su desestimación, por entender que el derecho a la actualización de las pensiones no estaba consolidado cuando se dictó el precepto cuestionado.

2. La duda de constitucionalidad planteada por el órgano judicial ha sido resuelta por este Tribunal en las SSTC 49/2015, de 4 de marzo; 95/2015, de 14 de mayo, y 109/2015, de 28 de mayo, a cuya doctrina hemos de remitirnos, en la que hemos declarado que el art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del Sistema de la Seguridad Social, no vulnera los arts. 9.3 y 33 CE.

En efecto, según señala la STC 49/2015, para valorar si la norma cuestionada vulnera el art. 9.3 CE es necesario determinar con carácter previo si en el momento en que se dictó el Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, 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, si por el contrario, tenían un derecho consolidado, asumido e integrado en su patrimonio. A este respecto, afirma la Sentencia que, los arts. 48.1.2 LGSS y 27.1 del texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado no proceden a reconocer de forma automática a los pensionistas el derecho a recibir la diferencia entre el IPC estimado y el IPC real, sino que se remiten a la Ley de presupuestos generales del Estado. La expresión «de acuerdo con lo que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado» contenida en dichos preceptos «supone reconocer al legislador un cierto margen para hacer frente a la actualización de las pensiones en función de las posibilidades económicas del Sistema» (FJ 5).

En este sentido, recuerda que, conforme ha señalado este Tribunal, la «garantía de actualización periódica, no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones. Al fijar un límite a la percepción de nuevas pensiones o al negar la actualización

durante un tiempo de las que superan ese límite, el legislador no rebasa el ámbito de las funciones que le corresponden en la apreciación de aquellas circunstancias socioeconómicas que condicionan la adecuación y actualización del sistema de pensiones» (STC 134/1987, de 21 de julio, FJ 5); y, que la limitación de la actualización de la capacidad adquisitiva de las pensiones más altas, «en tanto se encuentra fundada en las exigencias derivadas del control del gasto público y del principio de solidaridad, goza de una justificación objetiva y razonable» (STC 100/1990, de 30 de mayo, FJ 3). Sobre la base de esta doctrina constitucional, la STC 49/2015, de 4 de marzo, sostiene que «el legislador no ha hecho sino reconocer que la actualización de la revalorización de las pensiones efectuada al principio del ejercicio puede ser modulada por la Ley de presupuestos generales del Estado en función de las circunstancias socioeconómicas concurrentes y, por ello, habilita a la Ley de presupuestos para que decida cuál es el alcance de la actualización». De este modo, concluye que «cuando se dictó el Real Decreto-ley 28/2012 los pensionistas sólo tenían una mera expectativa a recibir la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto, expectativa que debiendo ser concretada por la Ley de presupuestos generales del Estado en cada ejercicio, para el año 2012 quedó sin efecto por haberse suspendido con anterioridad a su consolidación». En definitiva, 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, se rechaza que la norma cuestionada haya incurrido en un supuesto de retroactividad auténtica o de grado máximo prohibido por el art. 9.3 CE.

Por lo que se refiere a la vulneración del art. 33 CE, la STC 49/2015 afirma que 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, siguiendo lo dispuesto en la STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 20, «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 futuros». De ello se deduce que, la norma impugnada resulta acorde con el art. 33 CE en la medida en que su aplicación no ha supuesto la expropiación de derechos patrimoniales consolidados, pues de lo que se ha privado a los pensionistas es de una expectativa, pero no de un derecho actual consolidado, por lo que, esa privación no es expropiatoria.

3. Los razonamientos expuestos, de acuerdo con la doctrina contenida en la STC 49/2015, de 4 de marzo, conducen a la conclusión que esta cuestión debe ser desestimada.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, ocho de junio de dos mil quince.—Adela Asua Batarrita.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Antonio Narvárez Rodríguez.—Firmado y rubricado.