

EL MODELO SOCIAL DE ESTADO EN MANOS DEL GOBIERNO Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. UN CASO MÁS DE DETERIORO DEMOCRÁTICO

Gloria P. ROJAS RIVERO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna
grojas@ull.es

I. EL USO GENEROSO DEL DECRETO-LEY

1. El RD-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de Medidas de Consolidación y Garantía del Sistema de Seguridad Social, procede a regular cuatro cosas: una, a medida que surjan necesidades, autoriza la disposición del Fondo de Reserva de la Seguridad Social durante los ejercicios 2012, 2013 y 2014, hasta un importe máximo equivalente al déficit presupuestario; dos, autoriza un suplemento de crédito para atender al pago de prestaciones por desempleo y compensar la pérdida de recaudación de cotizaciones de 2012; tres, modifica el art. 94 bis.1 de la Ley 29/2006 para precisar el concepto de prestación farmacéutica ambulatoria, y cuatro, deja sin efecto la actualización de las pensiones en el ejercicio 2012 y suspende su revalorización para el ejercicio de 2013 en los términos previstos en los arts. 48 LGSS y 27 de la Ley de Clases Pasivas del Estado (LCPE).

Interesa ahora esta última medida que se regula en el artículo segundo de la norma y cuya motivación se muestra en el apartado II de su exposición de motivos o introducción.

Tenía ocasión de manifestar recientemente¹ cómo en los últimos años, y sobre todo a partir de las últimas reformas laborales, se pone de manifiesto la necesidad de acudir a la parte expositiva de la norma como objeto central de análisis². Teóricamente los preámbulos tienen una naturale-

¹ En M. ÁLVAREZ DE LA ROSA y G. P. ROJAS RIVERO, «La reforma laboral a través de tres preámbulos y cinco nudos esenciales», en A. GONZÁLEZ SANFIEL (dir.), *El Derecho ante la crisis: nuevas reglas de juego*, Barcelona, Atelier, 2013, p. 87.

² M. URRUTIKOETXEA BARRUTIA, «El preámbulo del RD-ley 3/2012, o las retóricas de la manipulación», *RDS*, núm. 57 (2012), p. 19.

za puramente explicativa, de ahí que no sea muy habitual que el jurista acuda a ella para nada; antes al contrario, aquél se dirige esencialmente a la regulación positiva en la tarea de averiguar cómo se resuelven los problemas. Sin embargo, es cada vez más frecuente encontrar estudios jurídicos que reflexionan sobre la exposición de motivos como forma de entender la norma y de buscar las razones que justifican su regulación, lo que ya implica ese interés adicional del jurista, preocupado no sólo de la reglamentación del asunto.

Tiene declarado el TC que «los preámbulos o exposiciones de motivos de las leyes carecen de valor normativo y no pueden ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad» (STC 150/1990), pero que «en la búsqueda de las razones que puedan abonar la legitimidad constitucional de las disposiciones legales adoptadas resulta necesario acudir tanto a la propia exposición de motivos de la norma impugnada como a su tramitación parlamentaria, a efectos de concretar la verdadera voluntad del legislador, pues, conforme hemos reiteradamente afirmado, los preámbulos y los debates parlamentarios “constituyen un elemento importante de interpretación para desentrañar el alcance y sentido de las normas”» (SSTC 15/2000, de 20 de enero, FJ 7.º, y 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 6.º, y también STC 68/2007, de 28 de marzo, FJ 6.º). En efecto, aunque los preámbulos o exposiciones de motivos de las leyes carecen de valor normativo (SSTC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 7.º; 150/1990, de 4 de octubre, FJ 2.º; 173/1998, de 23 de julio, FJ 4.º; 116/1999, de 17 de junio, FJ 2.º, y 222/2006, de 6 de julio, FJ 8.º), sirven, sin embargo, como criterio interpretativo de las disposiciones normativas a las que acompañan para la búsqueda de la voluntad del legislador (SSTC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 7.º, y 222/2006, de 6 de julio, FJ 8.º); esto es, sirven para efectuar una interpretación finalista [STC 83/2005, de 7 de abril, FJ 3.º, a)]. Por su parte, los debates parlamentarios son un elemento importante de interpretación «para desentrañar el alcance y sentido de las normas» (SSTC 108/1986, de 29 de julio, FJ 13; 109/1998, de 29 de mayo, FJ 2.º, y 15/2000, de 20 de enero, FJ 7.º).

2. Se trata en este caso de un decreto-ley, norma con fuerza y valor de ley (STC 29/1982) que emana del ejecutivo y que, en tanto constituye una potestad normativa del gobierno de carácter excepcional, está sometida a un estricto régimen de legitimación constitucional compuesto por tres bloques de exigencias: un presupuesto habilitante constituido por la existencia de «extraordinaria y urgente necesidad» (art. 86.1 CE); el contenido material de la norma no puede afectar al ordenamiento de las ins-

tituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al derecho electoral general (art. 86.1 CE), y un especial procedimiento de control legislativo *ex post* (art. 86.2 y 3 CE), dado que su eficacia definitiva dependerá de una decisión parlamentaria, el acto de convalidación por parte del Congreso. La exposición de motivos, en estos casos, tiene entre sus principales funciones justificar el presupuesto habilitante de la norma, esto es, la existencia de «extraordinaria y urgente necesidad», dado que los otros dos requerimientos resultan ajenos a la misma. En lo que se refiere al procedimiento parlamentario posterior, fue convalidado pero no tramitado como proyecto de ley³.

El RD-ley 28/2012 expone a este respecto que el actual gobierno demostró su compromiso con la revalorización de las pensiones en el RD-ley 20/2011; que ello supuso un esfuerzo importante para el sistema público de protección en un contexto en el que la Seguridad Social tuvo que acudir a sus reservas, y que ello, unido a «otras circunstancias» (¿!), como la necesidad de cumplir con el objetivo del déficit público, obliga con carácter de extraordinaria y urgente necesidad a regular la medida de esta manera, por decreto-ley.

No obstante, se continúa diciendo, en aras de mantener aquel compromiso, las pensiones experimentarán en 2013 un incremento del 1 por 100, y de un 1 por 100 adicional todas aquellas que no superen los 1.000 euros mensuales o 14.000 euros en cómputo anual.

3. Desde luego que la operación justificadora no es precisamente cuidadosa con la exigencia constitucional del presupuesto habilitante que implica que el gobierno explique o exponga las razones de la extraordinaria y urgente necesidad. De hecho, no hay más ilustración al respecto que la necesidad de cumplir con el objetivo del déficit público.

De la misma manera que se ha advertido, en relación con el extendido uso de la fórmula del decreto-ley en las últimas décadas [de un 17,70 por 100 en la legislatura 2000-2004 se pasa a un 42,74 por 100 en la de 2011-2014 (30 sólo en 2012⁴)], del riesgo de que el conjunto de la legislación laboral y de Seguridad Social quede excluido prácticamente en bloque del procedimiento legislativo parlamentario con apoyo en la permanente necesidad de adaptación de la legislación laboral a las necesida-

³ *DS Congreso de los Diputados*, Pleno y Dip. Perm., núm. 81, de 13 de diciembre de 2012 (cve: DSCD-10-PL-81), p. 54.

⁴ http://www.eldiario.es/agendapublica/nueva-politica/abuso-Decreto-Ley-calidad-democracia_0_278922700.html (consultado el 7 de julio de 2014).

des cambiantes de la economía⁵, puede añadirse que ya no es sólo la economía y las penurias que cíclicamente provoca entendidos con carácter general, sino el detalle particular y concreto de apelar al cumplimiento del objetivo del déficit público, lo que acaba en este caso justificando una nueva intervención del gobierno, políticamente criticable⁶, en los derechos de la ciudadanía a través del decreto-ley, que ha pasado a convertirse en el instrumento normativo habitual para gestionar la crisis económica desplazando a la forma jurídica de ley⁷.

4. La escueta explicación de la norma se amplía en el debate de convalidación en el Congreso de los Diputados por parte de la ministra de Empleo, que no hace otra cosa que demostrar que son las exigencias de la economía las que la justifican, pues se refiere al «difícil contexto económico actual» (circunstancias por las que atraviesan las cuentas de la Seguridad Social, indudable incidencia de la crisis económica en el modelo de pensiones, pérdida de ingresos provocada por la brusca caída de la afiliación en más de 2,5 millones de personas entre 2007 y 2011 y encadenamiento de tres trimestres consecutivos con crecimiento económico negativo, y fuerte incremento de los gastos por aumento del número de jubilaciones en 2012 tanto a los sesenta y cinco años como anticipadas) y a «la inexcusable necesidad de que las Administraciones Públicas cumplan los objetivos de estabilidad presupuestaria».

En definitiva, se dice, la evolución del mercado de trabajo desde el comienzo de la crisis y el proceso paulatino de envejecimiento de la población están generando unas tensiones financieras al sistema (déficit contable de 7.900 millones de euros en 2011) que el gobierno tiene la obligación de abordar, por lo que se ha visto obligado a aprobar este real decreto-ley. Declaran que su compromiso con los pensionistas es irrenunciable, pero que el compromiso con España también, y que la reducción del déficit público es fundamental para salir de la crisis, para iniciar el crecimiento económico y volver cuanto antes a la creación de empleo⁸.

⁵ M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral», en VVAA, *La regulación del mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 34, y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, F. VALDÉS DAL RÉ y M.ª E. CASAS BAAMONDE, «La nueva reforma laboral», *RL*, núm. 5 (2012), p. 6.

⁶ M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, 22.ª ed., Madrid, EU Ramón Areces, 2014, p. 141.

⁷ Y. GÓMEZ LUGO, «Decreto ley *versus* ley parlamentaria. Notas sobre el uso de la legislación de urgencia», *Eunomia*, núm. 4 (2013), <http://eunomia.tirant.com/?p=1506>.

⁸ *DS Congreso de los Diputados*, Pleno y Dip. Perm., núm. 81, de 13 de diciembre de 2012 (cve: DSCD-10-PL-81), pp. 5-7.

Como dice el TC, los debates parlamentarios son un elemento importante de interpretación y pueden servir para desentrañar el alcance y sentido de las normas, pero el caso es que esta explicación se ofrece al Parlamento en el momento de la convalidación, pero no, como más arriba se dijo, como debe hacerse, en el momento en que el gobierno promulga la norma. Ciertamente es que la frase «cumplir con el objetivo del déficit público», por repetida hasta la saciedad, dice mucho, incluso a quienes no tienen ni idea de economía.

5. Cumplido pues, de esta manera tan particular, el presupuesto habilitante del decreto-ley y el procedimiento de control legislativo posterior, queda por averiguar si esta norma afecta a instituciones básicas del Estado o a derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I.

La norma dice en su artículo segundo nada menos, pero también nada más, lo que ya anuncia en su exposición de motivos, que se deja sin efecto para el ejercicio 2012 la actualización de las pensiones en los términos de los arts. 48.1.2 LGSS y 27.1.2 LCPE, y que se suspende para el ejercicio 2013 la aplicación de lo previsto en los arts. 48.1.1 LGSS y 27.1.1 LCPE; siendo en realidad más parca la regulación que el preámbulo, pues en ésta no se nombra siquiera la palabra revalorización que titula, incluso, los preceptos aludidos. Esto supone, «dicho en plata», no revalorizar las pensiones para el año 2013 y no abonar a los pensionistas la llamada «paga adicional» por la desviación sufrida durante el año 2012 por el incremento de los precios (1,9 por 100, dado que el IPC acumulado de noviembre de 2011 a noviembre de 2012 resultó ser un 2,9 por 100, y en el año 2012 las pensiones se revalorizaron un 1 por 100). Importante medida de recorte de la cuantía de las pensiones que supuso su congelación en la cuantía existente a finales de 2012 durante todo el 2013⁹.

6. Frente a este RD-ley, en particular frente al último aspecto citado contenido en el apartado 1 del art. 2, 146 diputados de diversos grupos parlamentarios presentan un recurso de inconstitucionalidad con base en la vulneración de los arts. 9.3 y 33 CE. Se argumenta en el mismo que

⁹ Como quiera que la evolución del IPC entre noviembre de 2012 y ese mismo mes de 2013 osciló apenas un 0,2 por 100, la pérdida de capacidad adquisitiva de los pensionistas en los años 2012 y 2013 alcanzó un 2,1 por 100. Cfr. M. RAMOS QUINTANA, «Factor de sostenibilidad e índice de revalorización del sistema de pensiones en España: dimensión constitucional y alcance jurídico», *DL*, núm. 103 (2015), p. 58. Con lo que se ha sacudido la lógica y funcionalidad del art. 48 LGSS, establecido de forma clara para preservar el poder adquisitivo de las prestaciones de larga duración. En este sentido S. GONZÁLEZ ORTEGA, «El nuevo régimen de revalorización de las pensiones», *RL*, núm. 5 (2014), p. 169.

se establece una retroactividad auténtica, de grado máximo, contraria al art. 50 CE que reconoce el derecho a percibir una pensión periódica y actualizada; que se trata de una medida restrictiva que afecta a un derecho individual, subjetivo, incorporado al patrimonio del pensionista, plenamente consagrado y consolidado (art. 9.3 CE), y que implica una expropiación de derechos, con o sin justa causa, pero en todo caso sin indemnización (art. 33.3 CE).

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 49/2015

1. El pleno del TC se pronuncia sobre este recurso 1114/2013 en su Sentencia 49/2015, de 5 de marzo, fallando su desestimación, bien que con voto particular que suscriben cuatro de los doce magistrados.

Sintéticamente, el fundamento jurídico segundo de la Sentencia:

- Aclara los conceptos de revalorización (incremento de la cuantía de las pensiones al comienzo de cada año) y actualización (cantidad a abonar a los pensionistas en caso de que el IPC real sea superior al IPC previsto).
- Expone los avatares legislativos más recientes sobre las pensiones: suspensión de la revalorización para 2011 de las pensiones contributivas con excepción de las mínimas, del SOVI y no contributivas (RD-ley 8/2010); revalorización del 1 por 100 de las pensiones para 2012 (RD-ley 20/2011), pero sin abono de la diferencia entre el IPC real y el previsto por dejarse sin efecto la actualización (RD-ley 28/2012); modificación del sistema de revalorización de las pensiones con nuevas reglas que no afectan al presente recurso (Ley 23/2013).
- Y reproduce el contenido del precepto recurrido —el art. 2.1 RD-ley 28/2012—, las razones expuestas en la exposición de motivos que obligaron con carácter de extraordinaria y urgente necesidad a tomar la medida, y la propia medida: dejar sin efecto la actualización de las pensiones para 2012.

2. El fundamento jurídico tercero, con el fin de responder a la duda de inconstitucionalidad relativa a la retroactividad:

- Expone la doctrina del propio TC sobre el principio de irretroactividad del art. 9.3 CE:

- a) no es un principio general, sino referido exclusivamente a las leyes sancionadoras o restrictivas de derechos individuales;
- b) «restricción de derechos individuales», equiparable a sanción, se refiere a limitaciones en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona;
- c) la incidencia en los derechos en su proyección futura no entra en el campo de la irretroactividad, que sólo se aplica a derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas.

3. El fundamento jurídico cuarto aplica la doctrina expuesta al caso concreto y anuncia el análisis de las posiciones e interpretaciones jurídicas de los recurrentes y del abogado del Estado. Para los primeros se trata de un supuesto de retroactividad auténtica, mientras que para el segundo, una mera expectativa de derecho, condicionado a la fijación de su contenido por la Ley General de Presupuestos del año siguiente.

Comienza el TC afirmando que la revalorización de las pensiones obedece a la necesidad de garantizar su poder adquisitivo de acuerdo con el mandato constitucional de los arts. 50 y 41 CE, y expone su doctrina al respecto:

- Corresponde al legislador determinar el alcance del derecho de los ciudadanos a obtener una pensión (STC 114/1987).
- El art. 50 CE tiende a erradicar situaciones de necesidad determinadas y apreciadas en el contexto general en que se produzcan (STC 127/1987).
- Dicho precepto no obliga a que todas y cada una de las pensiones ya causadas experimenten un incremento anual; no es eso lo que significa la garantía de actualización periódica (STC 134/1987).
- La limitación de la actualización de la capacidad adquisitiva de las pensiones más altas goza de una justificación objetiva y razonable (control de gasto público y principio de solidaridad) (STC 100/1990).

A partir de aquí, se afirma en la sentencia que los arts. 48 LGSS y 27 LCPE no reconocen de forma automática el derecho de los pensionistas a recibir la diferencia entre el IPC estimado y el IPC real, sino que se remiten a la LPGE, y ello porque el legislador ha querido otorgar a esa remisión unos efectos que van más allá de la mera obligación de consignar en

la misma la correspondiente partida de gastos, concediéndole un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización de la revalorización, en función de las circunstancias económicas y sociales, y todo ello con la finalidad de asegurar la suficiencia y solvencia del sistema de Seguridad Social.

Siendo así, la eventual actualización, y, en su caso, devengo, de la diferencia entre el IPC real y el previsto se consolidaría el 31 de diciembre de cada ejercicio. Es en esa fecha cuando se adquiere el derecho a la actualización y cuando se promulga el RD-ley 28/2012 los pensionistas sólo tenían una expectativa que debía concretarse en la LGPE, pero que quedó suspendida con anterioridad.

4. El fundamento jurídico quinto se destina a estudiar la vulneración alegada del art. 33.3 CE, que se ventila rápidamente con el argumento con que se concluyó en el fundamento anterior, esto es, no son expropiables las expectativas de derecho. Se ha privado a los pensionistas de una expectativa pero no de un derecho actual consolidado, por lo que esa privación no es expropiatoria.

III. EL VOTO PARTICULAR

1. El voto particular, más extenso que la fundamentación jurídica de la sentencia, comienza destacando la escasa importancia que parece querer transmitirse sobre el fondo del asunto, dada la «síntesis» sobre la doctrina constitucional aplicada y la «sumariedad» en el tratamiento y solución de la queja de constitucionalidad. Anuncia, a continuación, efectos devastadores ante el razonamiento que conduce a descartar la irretroactividad del precepto impugnado.

Al carecer de valor alguno¹⁰, tampoco tiene sentido dedicar más espacio al voto particular que a la sentencia, pero resultará obligado aunque sólo sea por exponer lo que han de considerarse argumentaciones útiles desde el punto de vista de la reflexión jurídica.

2. La discrepancia parte del presupuesto constitucional de que, aunque el legislador puede adoptar medidas regresivas, no es aceptable la

¹⁰ Respecto a la posibilidad legal y régimen jurídico de los votos particulares de las sentencias judiciales (art. 260.1 LOPJ) véase el llamativo caso de la STS de 22 de diciembre de 2014 (RJ 6638) comentado por M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «Los votos particulares de las sentencias judiciales», *Trabajo y Derecho*, núm. 5 (2015), pp. 9 y ss.

reversibilidad incondicionada; afirmando que la alterabilidad del *status quo* alcanzado en el desarrollo de los derechos sociales y el grado de restricción que pueden sufrir es un debate complejo, y que es inadmisibile una regulación desfavorable respecto de relaciones jurídicas ya consolidadas, nacidas de la confianza de los ciudadanos en la seguridad jurídica, en este caso particular, de la actualización de las pensiones, que no venga acompañada de una justificación de su carácter ineludible.

Recuerdan la consolidada doctrina constitucional respecto a la prohibición de retroacción, entendiendo que la supresión de la actualización de las pensiones en el ejercicio económico del 2012 afecta de lleno y de manera directa a la esfera general de protección de la persona (SSTC 131/2001, 112/2006, 90/2009 y 100/2012), en cuanto se trata de prestaciones sociales que remedian o eliminan situaciones de necesidad ocasionadas en buen número por la pérdida de rentas de trabajo y que son expresión del deber de los poderes públicos de fomentar medidas que contribuyan a garantizar la dignidad de las personas. Además, se limita un derecho individual, causa un indiscutible perjuicio económico y quiebra el principio de neutralidad de los procesos inflacionistas sobre las pensiones causadas, vigente en nuestro sistema de protección social desde 1997.

3. Se discute a continuación la interpretación de la doctrina constitucional aplicada (STC 134/1987) sobre si el art. 50 CE supone obligadamente el incremento anual de las pensiones. Entienden, al respecto, que lo que sostiene dicho pronunciamiento es que la actualización puede no operar respecto de la totalidad de las pensiones causadas; es decir, que el Tribunal no ha reconocido un derecho subjetivo, individualizado, a la actualización de las pensiones, declarando constitucionales las decisiones de moderar el principio de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, siempre y cuando se delimite el ámbito subjetivo conforme a fundados criterios selectivos y diferenciados.

Entienden los firmantes del voto particular que lo que hace el Tribunal es consagrar el canon que de manera obligada ha de informar las medidas restrictivas de las prestaciones sociales y que comporta, como señala en su FJ 5.º, «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».

El precepto impugnado ahora, al dejar sin efecto de manera generalizada e indiferenciada el mantenimiento del poder adquisitivo de todas las pensiones, tanto las de cuantía más baja, incluidas las sujetas al com-

plemento a mínimos, como las de cuantía más alta, incluidas las máximas, atenta al principio de solidaridad que aquella sentencia vincula a la declaración constitucional del art. 1.1 de ser España un Estado social y democrático de Derecho, que propugna valores superiores como la justicia o el deber de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico, y para una renta regional y personal más equitativa (art. 40.1).

4. A continuación se entra en lo resuelto en el fundamento jurídico cuarto relativo a la remisión a la LPGE y a la consideración de que lo suspendido no era más que una mera expectativa de derecho de los pensionistas.

Distinguen tres situaciones jurídicas: una, el momento del devengo de la cantidad derivada de la actualización (fecha incierta en todo caso comprendida en el primer trimestre de cada año); dos, el periodo de cálculo para conocer la concreta evolución del IPC (noviembre a noviembre), y tres, la decisiva cuestión de que la norma impugnada lesiona la prohibición de retroactividad del art. 9.3 CE.

Sobre esta última cuestión se analizan los arts. 48.1.2 LGSS y 27.1.2 LCPE, cuya estructura se descompone en un supuesto de hecho (el IPC acumulado entre el 1 de diciembre de 2011 y el 30 de noviembre de 2012 sobrepasa o excede al IPC previsto por la LPGE para 2012 —1 por 100—) y una consecuencia jurídica (actualización de las pensiones; esto es, abono de la diferencia —1,9 por 100— a los beneficiarios de pensiones causadas con anterioridad a 1 de enero de 2012).

Se trata de una regla jurídica completa cuya consecuencia jurídica está sometida a una condición que, si se cumple, activa el mandato de actualización que se incorpora e integra de manera automática al patrimonio jurídico de los pensionistas. Esto es, de mera expectativa se pasa a «derecho adquirido» o «relación consagrada» o «situación agotada».

5. Razones que avalan esta interpretación:

- La comprensión literal del precepto impugnado («dejar sin efecto algo») presupone la existencia de ese algo.
- La interpretación sistemática de los apartados 1 y 2 (no impugnado) del art. 2 del RD-ley 28/2012. El 2.2 «suspende» para el ejercicio 2013 la revalorización de pensiones conforme al IPC previsto; el 2.1 «no suspende» la actualización, sino que priva o suprime un derecho ya consolidado.

- La interpretación lexicológica de los arts. 48.1.2 LGSS y 27.1.2 LCPE. Se utilizan expresiones que constituyen mandatos imperativos: «se procederá» o «se les abonará». «A la actualización de acuerdo con lo que establezca la LPGE» no desplaza a la ley reenviada la facultad de reconocer o abolir la actualización, sino que difiere a la misma la consignación de los créditos para hacer frente a la correspondiente actualización siempre y cuando se hubiere cumplido la condición.
 - La interpretación gramatical y sistemática de las sucesivas LPGE evidencian el carácter subordinado de las mismas, pues hablan de que los pensionistas «recibirán» una cantidad equivalente a la diferencia. Sólo se recibe aquello a lo que ya se tiene derecho, lo adquirido y consolidado.
 - La actualización de las pensiones, según práctica generalizada de las entidades gestoras, se integra en el patrimonio jurídico de los pensionistas una vez cumplida la condición estipulada por el precepto legal encargado de garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones (caso del reconocimiento y abono a los derechohabientes de los pensionistas fallecidos a lo largo del correspondiente ejercicio anual, titulares de pensiones causadas con anterioridad a 1 de enero de dicho ejercicio, de la parte proporcional de la cuantía de la actualización que el causante hubiere percibido de no haber fallecido).
6. Termina el voto particular con una doble reflexión:
- Sorpresa: ¿por qué no dejar a la LPGE, si se entiende que puede hacerlo, que omitiera la cláusula sobre el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones para el año 2012?, ¿qué sentido tiene haberlo hecho mediante decreto-ley?
 - Preocupación: a partir de la doctrina formulada en esta sentencia, las LPGE asumirían como propia la función de transformar o convertir las simples expectativas de derechos en derechos adquiridos, lo que supondría unos efectos devastadores para la adquisición de derechos frente a instituciones sometidas en su actuación a las LPGE, así como para la consolidación de deudas y obligaciones por estas mismas instituciones.

IV. APOSTILLA

1. En el caso del RD-ley 28/2012, el TC no se ha pronunciado sobre la concurrencia del presupuesto habilitante porque su ausencia no ha sido motivo de inconstitucionalidad alegado por los recurrentes, lo que no es óbice para hacer una breve reflexión al respecto.

Ha quedado ya expuesto, en tono manifiestamente crítico, el excesivo uso por parte del gobierno del decreto-ley como instrumento de regulación habitual y no como herramienta normativa para aquello que es urgente y extraordinario.

El TC ha dicho que esta habilitación al ejecutivo es «restrictiva y exigente, es decir, limitadora» (STC 29/1982) y que a él le corresponde fiscalizar su utilización exigiendo de los órganos políticos la definición «explícita y razonada» de una situación «de extraordinaria y urgente necesidad».

La jurisprudencia constitucional comenzó siendo muy generosa con el ejecutivo en cuanto a la valoración del presupuesto de hecho habilitante, declarando que «no puede pronunciarse a favor de una concreta medida, sino valorar la constitucionalidad de la elegida; si atendiera a aquella pretensión se trasladaría a él una responsabilidad que no corresponde a su función, y entrañaría una injerencia en una decisión política que sólo al gobierno, con el control parlamentario, corresponde» (STC 11/1983). Sin embargo, a pesar de ese rechazo del propio Tribunal a entrar a valorar las zonas de penumbra en las que prevalece la decisión de oportunidad política, nada impide que el control de la constitucionalidad de un decreto-ley abarque también al juicio de razonabilidad y proporcionalidad del instrumento jurídico elegido para hacer frente a la situación de hecho descrita¹¹. Y así se encuentran pronunciamientos en los que se declara la función del Tribunal de constatar la existencia de «una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el decreto-ley se adoptan, de manera que estas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar» (STC 137/2011).

En cuanto a los instrumentos de los que puede valerse el Tribunal para examinar la concurrencia de la «extraordinaria y urgente necesidad» estará «la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al

¹¹ M. CARRILLO, http://elpais.com/diario/2002/06/15/opinion/1024092009_850215.html (consultado el 15 de junio de 2002).

gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son, básicamente, los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación y en el propio expediente de elaboración de la misma, debiendo siempre tener presentes las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación del decreto-ley» (STC 237/2012, recogiendo doctrina expuesta en la STC 137/2011).

La necesidad ha de ser extraordinaria, lo que excluye las situaciones normales de la vida pública, y urgente, lo que implica que de no seguirse este camino las medidas que se quieren adoptar serían ineficaces. Pero hay que justificar la necesidad, y esto ha de hacerse en la exposición de motivos, en el debate de convalidación y en el propio expediente de elaboración de la norma, dice el TC.

Lo cierto es que, se motive mejor o peor, el control o fiscalización del presupuesto habilitante llega tarde cuando los efectos de las medidas adoptadas ya se han materializado o cuando sus vicios quedan subsanados por la tramitación posterior de la norma como proyecto de ley.

Lo lamentable es que los gobiernos en demasiadas ocasiones han hecho de la legislación de urgencia más un instrumento de acción política coyuntural que una vía para afrontar la resolución de problemas que requieren una respuesta inmediata; abusando del decreto-ley, hurtando el debate público parlamentario y debilitando la participación de la ciudadanía en la vida política; deteriorando, en definitiva, la calidad de la democracia con grave afectación al Estado de Derecho¹².

2. La cuestión fundamental planteada en el recurso y resuelta en la sentencia es la de si se han vulnerado la irretroactividad impuesta por el art. 9.3 CE y la prohibida expropiación de derechos del art. 33 CE. Lo que también se podría plantear de haber sido una ley la que regulara la medida y no un decreto-ley.

Otra cosa es si el decreto-ley cuando «suspende la actualización de las pensiones para el año 2012» está afectando a la esfera de protección de la persona, a derechos individuales consolidados que derivan de la aplicación de los arts. 48 LGSS y 27 LCPE, o al derecho derivado del art. 50 CE de que los poderes públicos garanticen unas pensiones periódicamente actualizadas. En fin, si el gobierno se ha extralimitado al regular aspectos

¹² http://www.eldiario.es/agendapublica/nueva-politica/abuso-Decreto-Ley-calidad-democracia_0_278922700.html (consultado el 7 de julio de 2014).

tos que afectan a derechos, deberes y libertades del título I CE por prohibirlo el art. 86.1CE.

Pero no es esto lo que se plantea en el recurso, de tal manera que tanto la sentencia como el voto particular, cuando se refieren a la existencia de derechos afectados o no, a situaciones consolidadas o meras expectativas, o a la esfera general de protección de la persona, lo hacen como respuesta a la duda de constitucionalidad relativa a la retroactividad de la norma, pero no por plantearse el cumplimiento de la exigencia constitucional de que no pueden resultar afectados por esta legislación de urgencia los derechos, deberes y libertades del título I CE. En este sentido, y si así hubiera sido, puede afirmarse que el RD-ley 28/2012, al establecer una medida que afecta con carácter general a derechos y deberes, se excede de los límites constitucionales impuestos a la legislación de urgencia.

3. Respecto al tema de fondo, siendo discutibles los aspectos relativos a la regresividad o no de la norma y su debida justificación, así como la propia interpretación de la doctrina constitucional sobre el art. 50 CE, lo verdaderamente determinante en este caso es la consideración, expuesta en la STC 49/2015, de que la actualización de las pensiones para el año 2012, en los términos reconocidos legalmente (arts. 48.1.2 LGSS y 27.1.2 LCPE vigentes en el momento en que se regula la medida), no es un derecho ya integrado en el patrimonio de los pensionistas, sino una mera expectativa de derecho cuya materialización depende de la LPGE.

La dicción de los citados preceptos era clarísima: si el IPC acumulado, correspondiente al periodo de noviembre del ejercicio anterior a noviembre del ejercicio a que se refiere la revalorización, fuese superior al IPC previsto, y en función del cual se calculó dicha revalorización, *se procederá a la correspondiente actualización*. Obligación que asume el legislador sometida a condición, en este caso suspensiva; si la condición se cumple (y aquí se cumplió) la obligación adquiere plena eficacia. «La obligación condicionada suspensivamente no es aún una obligación, sino que será una obligación que nacerá cuando la condición se cumpla»¹³. ¿Cuál es en este caso la condición? Que el IPC acumulado supere el previsto. ¿Se cumplió? Sí. La obligación nació y ello significa que el derecho se adquiere.

4. Pero la ley no pone el punto y final aquí, sino que tras «se procederá a la correspondiente actualización» continúa diciendo «de acuer-

¹³ M. ALBALADEJO, *Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones*, 8.ª ed., Barcelona, Bosch, 1989, p. 126.

do con lo que establezca la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado». ¿Esta frase forma parte de la condición? El TC ha dicho que sí, que el legislador al remitirse a la LPGE ha querido otorgar a esa remisión unos efectos «que van más allá de la mera obligación de consignar en la misma la correspondiente partida de gastos, concediéndole un margen de discrecionalidad a la hora de concretar la eventual actualización de la revalorización en función de las circunstancias económicas y sociales, y todo ello con la finalidad de asegurar la suficiencia y solvencia del sistema de Seguridad Social».

Es ésta una afirmación que sorprende por absolutamente voluntarista, dado que no es eso lo que se desprende de los preceptos citados. Muy al contrario, la remisión a la LPGE significa lo que entiende la recurrente y razona, con todo lujo de detalles, el ponente del voto particular: en resumen, consignar los créditos necesarios o proveer el oportuno gasto presupuestario para hacer frente «a la correspondiente actualización». Tradicionalmente, «las LPGE no añaden ni quitan nada al contenido de las reglas jurídicas enunciadas en los arts. 48 LGSS y 27 LCPE, reproduciendo en su literalidad tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica» (voto particular).

La condición suspensiva, «si el IPC acumulado fuese superior al previsto», se completa con la consecuencia jurídica, «se procederá a la actualización», y si la LPGE puede no cumplir con ese mandato o modularlo hasta el punto de que la actualización no se corresponda con la diferencia entre el IPC previsto y el acumulado, la obligación asumida por el legislador se estaría derogando por una ley posterior y, en su caso, habría que esperar, ciertamente, a que esa ley se promulgara. ¿Por qué entonces, como se razona acertadamente en el voto particular, no se esperó a que fuera la LPGE la que, en atención a las circunstancias económicas y sociales, adoptara la medida, esto es, no procediera a la actualización? Pues porque no lo puede hacer, porque no lo ha hecho hasta ahora desde 1997, porque cuando se ha procedido a la adopción de una medida similar, la suspensión para el ejercicio 2011 de la revalorización (y, como consecuencia, de la actualización de las pensiones, salvo las mínimas, las del SOVI no concurrentes y las no contributivas), se hizo mediante decreto-ley (RD-ley 8/2010). De poder la ley presupuestaria realizar aquella operación ¿qué consecuencia jurídica ha de atribuirse entonces al decreto-ley?

5. Además sigue diciendo el legislador que «a tales efectos, a los pensionistas cuyas pensiones hubiesen sido objeto de revalorización en el ejer-

cicio anterior *se les abonará la diferencia* en un pago único, antes del 1 de abril del ejercicio posterior». Como puede verse, la ley no está dudando en ningún momento de que esta obligación pueda decaer por la intervención de la ley presupuestaria.

Al señalar la sentencia que los arts. 48.1.2 LGSS y 27.1.2 LCPE no reconocen de forma automática el derecho, sino que se remiten a la LPGE, califica la actualización como de «eventual» afirmando que el devengo, en su caso, de la diferencia entre el IPC real y el previsto, se consolidaría el 31 de diciembre de cada ejercicio. Concluye, entonces, que es en esa fecha cuando se adquiere el derecho a la actualización y cuando se promulga el RD-ley 28/2012 los pensionistas sólo tenían una expectativa que debía concretarse en la LGPE, pero que quedó suspendida con anterioridad.

Tremenda afirmación del TC que otorga a la ley presupuestaria, destinada a autorizar el montante máximo de los gastos del ejercicio económico y a prever los ingresos necesarios para financiarlos, la facultad de convertir, a conveniencia de la mayoría que gobierne, lo que debe ser un derecho en una falacia (técnicamente, expectativa), lo que inquieta no sólo a los firmantes del voto particular, sino a quien esto suscribe.