

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias

Sala Segunda. Sentencia 96/2015, de 25 de mayo de 2015. Recurso de amparo 5619-2012. Promovido por General Yagüe 8, S.L., en relación con la inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones que formuló frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Burgos desestimatoria del recurso sobre resolución sancionadora dictada por la Junta de Castilla y León. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso): inadmisión sin motivación de un incidente de nulidad de actuaciones (STC 204/2014).

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 Narvárez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 5619-2012, promovido por la entidad mercantil General Yagüe 8, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales don Fernando Ruíz de Velasco Martínez de Ercilla y asistida por el Letrado don Juan Antonio Gallego Cantero, contra la providencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Burgos de 17 de julio de 2012, por la que se inadmitió el incidente de nulidad planteado frente a la Sentencia de dicho Juzgado de fecha 1 de septiembre de 2011, por la que se desestimaba recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente. Ha comparecido la Letrada de la Junta de Castilla y León. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado el día 27 de septiembre de 2012, don Fernando Ruíz de Velasco Martínez de Ercilla, Procurador de los Tribunales y de la entidad mercantil General Yagüe 8, S.L., interpuso recurso de amparo frente a la resolución a la que se ha hecho mención en el encabezamiento.

2. La demanda de amparo tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) La entidad demandante interpuso recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Burgos, de 1 de septiembre de 2011, que desestimó el recurso contencioso-administrativo planteado contra una resolución de la Junta de Castilla y

León que le había impuesto una multa de 800 € y la clausura de un establecimiento, del que es titular, por plazo de diez días. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León declaró inadmisibile el recurso de apelación en Sentencia de 4 de mayo de 2012, al considerar que la dictada por el Juzgado no era apelable por razón de la cuantía del asunto en el que había recaído.

b) La entidad demandante promovió entonces incidente de nulidad de actuaciones frente a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Burgos; aducía la lesión de su derecho a la defensa causante de indefensión (art. 24 CE), del principio de igualdad (art. 14 CE), y del principio de seguridad jurídica (art. 9 CE); subsidiariamente alegaba también la incongruencia en la que, a su juicio, incurría la Sentencia. El órgano judicial, en providencia de 17 de julio de 2012, declaró que «a la vista del recurso de nulidad presentado y resultando que en el mismo no se pone de manifiesto defectos de forma que hayan causado indefensión ni violación de derechos fundamentales sino simplemente disconformidad con la interpretación que realiza el juzgador sobre determinados preceptos, procede ex artículo 228.1 LEC la inadmisión a trámite del mismo».

c) El recurso de amparo se dirige, exclusivamente, contra la citada providencia de 17 de julio de 2012 y pide que se revoque la misma, con reposición de las actuaciones al momento anterior al que fue dictada, a fin de obtener una resolución sobre las pretensiones instadas en el incidente formulado.

3. La entidad demandante aduce que el incidente de nulidad de actuaciones que promovió fue inadmitido inmotivadamente por el Juzgado y que ello ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva. Explica que, dado que el incidente tiene como finalidad exclusiva la reparación de vulneraciones de derechos fundamentales susceptibles de amparo, su inadmisión indebida abre la vía a que la jurisdicción constitucional se pronuncie sobre aquéllas, que es sobre lo único que podría haberse pronunciado el órgano judicial ordinario de no haber inadmitido indebidamente el incidente. Se refiere en su demanda a la STC 153/2012, de 16 de julio, estimatoria de un recurso de amparo muy similar al presente, que fue interpuesto por el mismo Letrado y que se refiere a la misma supuesta lesión referida al mismo órgano judicial. Entiende que la providencia impugnada ha utilizado una resolución tipo, absolutamente inmotivada, pues vale para cualquier resolución, y sin que se haya hecho la menor reflexión ni referencia a ninguno de los motivos que debidamente argumentados se contenían en el incidente de nulidad de actuaciones. Por todo ello, vulnera los derechos y garantías recogidos en el art. 24 CE.

Finalmente, mediante otrosí, solicita que para el caso de otorgarse el amparo, se insta a que se resuelva sobre las vulneraciones que se denuncian en el incidente de nulidad, estimándose, en su caso, las pretensiones que en el mismo se contienen.

4. Por providencia de 9 de octubre de 2014, la Sección Tercera de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), interesar al Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León para que, en el plazo de diez días, remitiera certificación o copia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación núm. 21-2012. Asimismo, se interesó al Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 2 de Burgos para que en el mismo plazo remitiera testimonio del procedimiento ordinario núm. 14-2010 y emplazara a quien hubiera sido parte en el procedimiento; se instó, además, a la Delegación territorial de la Junta de Castilla y León para que enviara testimonio del expediente sancionador núm. 120-2008. Por último, se

requirió al Procurador don Fernando Ruíz de Velasco, para que aportara escritura original del poder, lo que cumplimentó el 20 de octubre de 2014.

5. Mediante escrito de 20 de noviembre de 2014, la Letrada de la Junta de Castilla y León, se personó en el presente proceso.

Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal, de 21 de noviembre de 2014, se tuvo por personada a la Letrada de la Junta de Castilla y León; se tuvieron por recibidos los testimonios solicitados y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, se dio vista de las actuaciones por un plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convengan.

6. La Letrada de la Junta de Castilla y León cumplimentó el trámite conferido mediante escrito registrado en este Tribunal el 29 de diciembre de 2014, interesando la denegación del amparo solicitado.

Entiende que el incidente de nulidad que la empresa recurrente interpuso no estaba suficientemente argumentado en cuanto a las supuestas lesiones de derechos fundamentales que imputaba a la Sentencia desestimatoria de su inicial recurso. Se limitaba a mencionar, sin más, la vulneración de los arts. 14, 24.1 y 120.3 CE pero no se concretaba en el incidente de nulidad por qué la Sentencia habría vulnerado todos esos derechos. Tampoco se especificaba qué conducta o en qué momento procesal se conculcaron los mismos; es por ello por lo que se rechazó el incidente, argumentando el órgano judicial que no se alegaban las vulneraciones concretas de derechos fundamentales sino, simplemente, meras discrepancias con la Sentencia dictada.

Por último, se opone a lo solicitado mediante otrosí en la demanda de amparo relativo a las supuestas quejas de fondo planteadas a través del incidente de nulidad, puesto que la única resolución judicial recurrida en amparo es la providencia que inadmite el incidente de nulidad.

7. El Ministerio Fiscal cumplimentó el trámite con fecha 22 de enero de 2015, interesando la estimación de la demanda.

Como punto de partida, considera el Ministerio público que es preciso delimitar el objeto del recurso de amparo, que no puede ser otro, a su juicio, que la providencia impugnada que inadmite el incidente de nulidad intentado por la parte recurrente. Descarta de este modo que el Tribunal pueda pronunciarse sobre las quejas que a través de tal incidente pretendían denunciarse, y ello, por no haber sido impugnada la Sentencia que, en su caso, las habría ocasionado, ni haberse argumentado sobre tales lesiones en la demanda de amparo.

En cuanto al fondo, considera que el amparo debe ser otorgado porque se ha producido una lesión en el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte demandante al haberse inadmitido sin motivación el incidente de nulidad que planteó. Entiende que la providencia cuestionada en su contenido nada aporta sobre cuál sea la razón de rechazar el incidente, limitándose a decir que no se aprecian defectos de forma y sólo se concibe una simple disconformidad con la interpretación que realiza el juzgador, pero omite cualquier referencia a las dos denuncias de violación de la tutela judicial que refiere el demandante, por un lado la incorrecta aplicación de la doctrina sobre reincidencia y, de otro, la no respuesta a su petición de aplicación retroactiva de determinadas normas que le son más favorables. Es decir, rechaza el incidente pero sin ofrecer realmente razón alguna de tal improcedencia.

Con cita constante de la STC 153/2012, en la que se otorgó el amparo solicitado en un supuesto similar, sitúa, con el recurrente, la lesión en el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos legalmente previstos y concluye sus alegaciones afirmando que, en el presente caso, la providencia de inadmisión carece absolutamente de motivación y aunque la doctrina constitucional reduce el campo de control del derecho de acceder a los recursos, dada su configuración legal, esta reducción no puede ser tan grande que no permita la constatación de la existencia de motivación, que en este supuesto no se da. La decisión del Juez de Burgos de rechazar la pretensión carece de toda motivación, o es tan insuficiente que prácticamente es inexistente, y con ese silencio privó a la entidad recurrente del acceso al incidente de nulidad y con ello vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE. En definitiva, entiende que es procedente que el Tribunal otorgue el amparo solicitado.

8. Por providencia de 21 de mayo de 2015 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 25 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Es objeto del presente recurso de amparo la providencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Burgos, de 17 de julio de 2012, por la que se inadmitió el incidente de nulidad planteado frente a la Sentencia de dicho Juzgado de fecha 1 de septiembre de 2011, por la que se desestimaba recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente.

El Ministerio Fiscal, a través de las alegaciones realizadas, ha solicitado la estimación de la demanda, puesto que, a su juicio, se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE, de la mercantil recurrente, al haber sido rechazado sin motivación alguna el incidente de nulidad que planteó frente a la Sentencia desestimatoria de su recurso contencioso-administrativo. Por su parte, la representación procesal de la Junta de Castilla y León se ha opuesto al otorgamiento del amparo, negando la lesión de derecho fundamental alguno, con base en los argumentos expuestos en los antecedentes.

La entidad demandante de amparo reiteró sus argumentos alegando que la resolución recurrida es inmotivada y responde a un modelo estereotipado sin reflexión ni referencia a los motivos que se argumentaron en el escrito de presentación del incidente de nulidad.

Aunque ninguna de las partes comparecidas ha puesto en duda la especial trascendencia constitucional de este recurso, que es requisito para su admisión de conformidad con los arts. 49.1 y 50.1 b) de nuestra Ley Orgánica, esta condición de requisito de admisión y por consiguiente de orden público procesal (entre otras, STC 113/2012, de 24 de mayo, FJ 2, y las allí citadas) así como exigencias de certeza y buena administración de justicia (STEDH de 20 de enero de 2015, caso Arribas Antón contra España, apartado 46) obligan a explicitar el cumplimiento de ese requisito para hacer así reconocibles los criterios empleados al efecto por este Tribunal.

En el presente caso, a la luz de las sentencias de este Tribunal que se mencionará en los fundamentos siguientes, debe señalarse que la resolución judicial impugnada debió inspirarse en la doctrina constitucional contenida en ellas, en contra de lo que hizo el juzgador, de suerte que el asunto da ocasión al Tribunal Constitucional de garantizar el cumplimiento de su jurisprudencia en la materia, que en este conjunto de resoluciones queda aclarada en sus exactos términos y extremos [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 b)], evitando dudas ulteriores sobre su alcance que puedan dar lugar a nuevas inaplicaciones objetivas de la

misma, y atendiendo así a uno de los criterios legales que dotan de especial trascendencia constitucional al recurso de amparo, citado en el art. 50.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a saber: aquél que se dirige a velar por la aplicación y general eficacia de la Constitución (por todas, STC 21/2015, de 16 de febrero, FJ 2).

2. Nos encontramos ante el problema de la falta de motivación de las resoluciones judiciales que rechazan los incidentes de nulidad planteados frente a otras previas. De entrada debe ser matizado, compartiendo el criterio del Ministerio Fiscal, que el objeto del presente recurso de amparo lo constituye, exclusivamente, la providencia de 17 de julio de 2012, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Burgos, por la que se inadmitía el incidente de nulidad planteado frente a la Sentencia, sin que puedan ser analizadas por este Tribunal las quejas que frente a ésta se plasmaron en el incidente rechazado. Y ello porque la demanda de amparo se dirige exclusivamente contra la providencia señalada y, además, porque nada se argumenta en esta sede sobre las hipotéticas lesiones ocasionadas por la Sentencia dictada. Conforme a reiterada doctrina constitucional, por todas, STC 140/2014, de 11 de septiembre, FJ 3, no corresponde al Tribunal «reconstruir de oficio las demandas, supliendo las razones que las partes no hayan expuesto, por ser carga procesal de quien pide amparo constitucional no solamente abrir la vía para que podamos pronunciarnos, sino también proporcionar la fundamentación fáctica y jurídica que razonablemente es de esperar y que se integra en el deber de colaborar con la justicia del Tribunal Constitucional».

Por tanto, al igual que hemos hecho en casos similares anteriores, por todas, SSTC 153/2012, de 16 de julio; 9/2014, de 27 de enero; 204/2014, de 15 de diciembre, y 91/2015, de 11 de mayo, debemos contraer nuestro examen al control de la vulneración del derecho de acceso al recurso que se imputa a la referida providencia, tal y como se solicita expresamente por la recurrente.

Debemos recordar con carácter previo al análisis del fondo del asunto, la función que cumple el incidente excepcional de nulidad de actuaciones como instrumento de tutela de los derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria, tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Como dijimos en la STC 153/2012, de 16 de julio, «el incidente de nulidad de actuaciones asume, tras la configuración del nuevo amparo constitucional, una función esencial de tutela y defensa de los derechos fundamentales que puede y debe ser controlada por este Tribunal cuando las hipotéticas lesiones autónomas que en él se produzcan tengan “especial trascendencia constitucional”. No puede considerarse como un mero trámite formal previo al amparo constitucional sino como un verdadero instrumento procesal que, en la vía de la jurisdicción ordinaria, podrá remediar aquellas lesiones de derechos fundamentales que no hayan “podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario” (art. 241.1 LOPJ). En definitiva, el incidente de nulidad de actuaciones, sirve, como así ha querido el legislador orgánico, para reparar aquellas lesiones de cualquier derecho fundamental que no puedan serlo a través de los recursos ordinarios o extraordinarios previstos por la ley; su función en materia de tutela de derechos es, por tanto, la misma, en el ámbito de aplicación que le otorga el art. 241.1 LOPJ, que la realizada como consecuencia de la interposición de un recurso ordinario o extraordinario y como tal debe ser atendida por los órganos judiciales». Una deficiente tutela de los derechos denunciados por parte del órgano judicial puede dejar al recurrente sin ningún tipo de protección en aquellos casos en los que las vulneraciones en las que supuestamente incurriera la resolución impugnada a través del incidente de nulidad de actuaciones, carecieran de trascendencia constitucional.

3. En el supuesto que nos ocupa, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Burgos, frente a un exhaustivo escrito de interposición de un incidente de nulidad contra

una previa Sentencia de dicho órgano judicial, se limitó a acordar su inadmisión a trámite mediante la providencia ahora impugnada, con la afirmación de que «no se pone de manifiesto defectos de forma que hayan causado indefensión ni violación de derechos fundamentales sino simplemente disconformidad con la interpretación» llevada a cabo.

El juicio sobre dicha respuesta debe realizarse a partir del canon relativo al derecho de acceso al recurso (art. 24.1 CE), pues, aunque el incidente de nulidad de actuaciones no constituye un recurso en sentido estricto, es un cauce procesal que, al tener por objeto la revisión de resoluciones o actuaciones procesales, debe ser enjuiciado por este Tribunal desde el canon propio del derecho de acceso al recurso legalmente establecido (SSTC 57/2006, de 27 de febrero, FJ 3; y 157/2009, de 25 de junio, FJ 2). Desde esta perspectiva, es preciso recordar que el control de las resoluciones judiciales de inadmisión de recursos por la jurisdicción constitucional es meramente externo y debe limitarse a comprobar si contienen motivación y si han incurrido o no en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica, evitando toda ponderación acerca de su corrección jurídica (por todas, STC 7/2015, de 22 de enero).

Aplicando el indicado canon a la resolución impugnada podemos concluir que el órgano judicial vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE, de la demandante de amparo, privándole de la tutela de los derechos fundamentales que proclama el art. 53.2 CE. En su respuesta, el órgano judicial, cuanto menos, tendría que haber ofrecido una argumentación suficiente sobre los motivos de la no admisión a trámite del incidente de nulidad de actuaciones. La inadmisión de plano sin más explicación que la de no encontrarse la Sentencia incurso en el art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), ofrece una ratio decidendi claramente errónea respecto a la resolución aquí impugnada. Debe concluirse por ello que el órgano judicial realizó una interpretación constitucionalmente contraria a lo dispuesto sobre el contenido susceptible de control a través del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241.1 LOPJ que, tras la nueva regulación, resulta procedente ante cualquier vulneración de derechos fundamentales impugnables en amparo (art. 53.2 CE).

En atención a lo expuesto, resulta procedente la estimación del recurso de amparo, con nulidad de la providencia de 17 de julio de 2012 y la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado, para que se dicte una nueva resolución judicial que resulte respetuosa con el derecho fundamental reconocido, resolviéndose, si procede, la admisión para que se tramite y resuelva en forma legal el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la recurrente.

FALLO

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

Ha decidido

Estimar el presente recurso de amparo interpuesto por la mercantil General Yagüe 8, S.L., y, en consecuencia:

1.º Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la providencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Burgos, de 17 de julio de 2012, dictada en el procedimiento ordinario núm. 14-2010.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la providencia anulada, para que se dicte nueva resolución judicial respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

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

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

Sala Primera. Sentencia 97/2015, de 25 de mayo de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 5391-2013. Planteada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en relación con el artículo 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales: extinción, por pérdida de objeto, de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 83/2015).

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente; doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García y don Juan Antonio Xiol Ríos, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5391-2013, promovida por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en relación con el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Ha comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado. Ha intervenido el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Santiago Martínez-Vares García, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 23 de septiembre de 2013 se registró en este Tribunal Constitucional un oficio de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, fechado el 19 de septiembre de 2013, al que se acompañaba, junto al testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto de ese mismo órgano judicial de 11 de julio de 2013, por el que se acordaba plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, por posible vulneración del art. 9.3 CE.

2. Los antecedentes de hecho del planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad son los siguientes:

a) Ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, el 4 de abril de 2013, se formuló por la sección estatal del sindicato Confederación General de Trabajadores en la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (en adelante, AEAT), demanda de conflicto colectivo, contra la Agencia, la sección estatal de la AEAT del sindicato de Comisiones Obreras (CC OO), el consejo sindical nacional del Sindicato Independiente Agencia Tributaria (SIAT-USO), el sector de la Agencia Estatal de Administración Tributaria del sindicato Unión General de Trabajadores (UGT) y el sector nacional de la AEAT del sindicato Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF), que dio lugar a los autos núm. 149-2013. La citada organización sindical pretendía en su demanda que se condenara a la AEAT, previo el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad a reconocer el derecho del personal laboral de la AEAT: i) a percibir íntegra la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012; ii) subsidiariamente, el reconocimiento del derecho a percibir la parte proporcional de la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012, correspondiente a los servicios prestados en el periodo comprendido entre el 1 de junio y el 14 de julio de 2012.

b) En fecha 29 de abril de 2013, se interpuso demanda por la federación de servicios a la ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CCOO), SIAT-USO, la federación de servicios públicos de la Unión General de Trabajadores (FSP-UGT) y CSIF, contra la AEAT, que dio lugar a los autos núm. 199-2013. Las referidas organizaciones solicitaban: i) que se declare contraria a Derecho la aplicación de los arts. 2 y 6 del Real Decreto-ley 20/2012, y en consecuencia se reponga a la situación anterior a la medida adoptada por la AEAT que se ha hecho efectiva en la nómina de diciembre de 2012; ii) subsidiariamente se declare el derecho de los trabajadores a percibir la parte proporcional de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 correspondiente a los días devengados con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, de 1 de junio al 14 de julio de 2012.

c) El día del juicio, las partes solicitaron y la Sala acordó, acumular ambas demandas. Concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, por providencia de la Sala de 31 de mayo de 2013, se acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que alegasen sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 2 del citado Real Decreto-ley 20/2012, por posible vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE), en la medida en que suprime el derecho de los trabajadores a percibir cuantías de la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 ya devengadas a la fecha de entrada en vigor de dicho Real Decreto-ley (15 de julio de 2012).

d) Por escrito de 13 de junio de 2013, FSC-CCOO, FSP-UGT y CSIF, estimaron pertinente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. En el mismo sentido se manifestaron SIAT y la sección estatal de CGT en la AEAT mediante escritos presentados el 24 de junio de 2013. Por su parte, el Abogado del Estado, en representación de AEAT, se opuso al planteamiento de la cuestión mediante escrito de 18 de junio de 2013. Y finalmente el 26 de junio de 2013, se presentó escrito por el Ministerio Fiscal en el que se afirmaba que el juicio de relevancia estaba correctamente planteado, sin que ello supusiese compartirlo.

e) Por Auto de 11 de julio de 2013, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012.

3. En el Auto de 11 de julio de 2013, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional considera que el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 podría vulnerar el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales que garantiza el art. 9.3 CE, con fundamento en los razonamientos que a continuación se resumen:

a) Tras una síntesis de los antecedentes de hecho y la transcripción del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, se señala que está claro que tal disposición suprime la percepción de la paga extraordinaria del mes de diciembre del año 2012 para el personal laboral del sector público, y que lo hace a partir de su entrada en vigor (15 de julio de 2012), sin precisar excepciones por derechos ya devengados. Estima la Sala que el Gobierno es plenamente consciente de la posibilidad de que haya comenzado a devengarse la paga extraordinaria cuya percepción se suprime, en tanto que en el apartado 1 del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 se indica que la medida afecta a las cuantías «que corresponda percibir», en tiempo verbal no condicional, admitiendo que el derecho ya se ha generado, no obstante lo cual cierra la puerta a su abono.

Desde esa perspectiva, entiende la Sala que no es posible interpretar el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 considerando que cabe abonar aquella parte de la paga extraordinaria de diciembre que ya se hubiera devengado a la fecha de la entrada en vigor de la citada norma. Así, por mucho que ya se hubiera devengado la paga extraordinaria correspondiente a catorce días (del 1 al 14 de julio), la aplicación del citado art. 2 impediría su abono. Atendiendo a la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que se cita, según la cual las pagas extraordinarias son salario diferido y se devengan día a día, entiende la Sala que el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 podría considerarse contrario al art. 9.3 CE, que garantiza la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales y la seguridad jurídica, puesto que se estaría suprimiendo el derecho ya generado a percibir la parte proporcional de la paga extraordinaria devengada antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012. Siendo ese el enunciado del precepto cuestionado, la Sala no comparte el criterio mantenido por el sindicato CC OO en sus alegaciones (que postula la posibilidad de interpretar la norma en el sentido de que la supresión de la paga solo se aplicaría respecto de la cuantía devengada a partir del 15 de julio de 2012).

Expuesto lo que precede, indica la Sala que la norma cuestionada es determinante para el resultado del litigio y no admite una interpretación que lo acomode a la Constitución, dado que una de las pretensiones formuladas por los demandantes es, justamente, que se mantenga incólume la percepción de la parte ya devengada de la paga extraordinaria de diciembre de 2012, a pesar de lo dispuesto en el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012. Posteriormente se hace referencia a las alegaciones realizadas por las partes y el Ministerio Fiscal en el trámite de audiencia, y se señala que tras ellas subsiste la duda de inconstitucionalidad.

b) Seguidamente se refiere la Sala a la doctrina constitucional sobre la prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE) y señala que, conforme a dicha doctrina, solo puede afirmarse que una norma es retroactiva a los efectos del citado precepto cuando incide sobre «relaciones consagradas» y afecta a «situaciones agotadas». El espíritu restrictivo que impregna el art. 9.3 CE queda plasmado en la STC 89/2009, de 20 de abril, que ha aclarado que la mención de ese precepto constitucional a la «restricción de derechos individuales» ha de entenderse referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. A la vista de lo anterior, lo primero que hay que preguntarse es si en este caso estamos ante un derecho individual en el sentido apuntado desde esa consideración restrictiva, lo que entiende la Sala que merece una respuesta positiva. En tal sentido, se prosigue afirmando que los derechos retributivos del personal del sector público pertenecen a la esfera general de protección de la persona consagrados en el art. 35.1 CE, que reconoce

el derecho a la remuneración suficiente (lo que, en principio, se correspondería sólo con el salario mínimo interprofesional) y también el derecho al trabajo (una de cuyas notas esenciales es su carácter remunerado). Por su parte la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por el legislador en cumplimiento del mandato contenido en el art. 35.2 CE, reconoce en su art. 31 el derecho del trabajador a dos gratificaciones extraordinarias al año, una en Navidad y otra en el mes que se determine por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores; a su vez, el art. 27 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público, dispone que «las retribuciones del personal laboral se determinarán de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo, respetando en todo caso lo establecido en el art. 21 del presente Estatuto», precepto este último –concluye la Sala– que vincula las retribuciones de los funcionarios y del personal laboral del sector público a los límites fijados en las Leyes de presupuestos del Estado.

Partiendo de este enfoque, se señala que el Tribunal Constitucional ha venido admitiendo con naturalidad el encaje en el supuesto de hecho del art. 9.3 CE en el caso de normas que, como la cuestionada, se inspiran en la finalidad de la contención del gasto público mediante la reducción retributiva. En este sentido se citan la STC 330/2005, de 15 de diciembre (en la que se niega que la regulación de la retribución para el personal de una Administración autonómica vulnere el art. 9.3 CE pero por motivos distintos a su no consideración como derechos individuales a los que alude el precepto) y el ATC 162/2012, de 13 de septiembre (que rechaza que la reducción de las retribuciones impuesta legalmente afecte al art. 9.3 CE, pero no por no tratarse de derechos individuales protegibles sino por no poseer efectos retroactivos al examinarse una regulación pro futuro). A la vista de todo ello, se considera que en el presente caso nos encontramos ante derechos individuales amparables por el principio de interdicción de retroactividad (art. 9.3 CE).

c) A continuación analiza la Sala si el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, al establecer la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 para el personal laboral del sector público, supone una retroactividad prohibida por el art. 9.3 CE, esto es, la que incide sobre los efectos jurídicos ya producidos al amparo de una norma anteriormente vigente. Para ello, considera preciso determinar si el derecho a la paga extraordinaria de diciembre estaba ya consolidado, asumido e integrado en el patrimonio de los trabajadores cuando entró en vigor el Real Decreto-ley 20/2012 o si, por el contrario, se trataba de una expectativa de derecho, o de un derecho futuro o condicionado.

Pues bien, indica la Sala que dado que la regulación legal de las pagas extraordinarias no ofrece respuesta a este interrogante (se limita a fijar el momento de su percepción), se ha de tener en cuenta la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en unificación de doctrina que se cita, que configura la paga extraordinaria como de devengo diario y de cobro aplazado. Tras ello, se pregunta la Sala si la posible inconstitucionalidad del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 puede operar tomando como referencia un criterio jurisprudencial y llega a la conclusión de que la configuración normativa del derecho a las pagas extraordinarias se ve complementada por su configuración jurisprudencial, por lo que la respuesta ha de ser afirmativa. Se añade a este respecto que no estamos ante un pronunciamiento aislado de un tribunal menor, sino ante jurisprudencia, que, además, ha sido dictada en unificación de doctrina. Por ello, el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el devengo diario de las pagas extraordinarias «se alza con valor normativo complementario, salvaguardando la pureza de la ley, de modo que forma una unidad con la misma como parámetro de inconstitucionalidad del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012».

Teniendo en cuenta todo lo anterior, concluye la Sala que «estamos ante un derecho que se genera día a día, incorporándose como tal al acervo patrimonial de los trabajadores», y que, «en el caso examinado, al ser la paga extra de diciembre de 2012 de devengo semestral a partir del 1 de julio de 2012, por disponerlo así el convenio colectivo de aplicación», a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012 ya se había devengado y generado el derecho a la parte proporcional a catorce días de trabajo que, sin embargo, el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 suprime, operando, con ello, «una retroactividad auténtica o de grado máximo».

d) Se pregunta a continuación la Sala en su Auto de planteamiento de la cuestión si, aun siendo esa retroactividad de grado máximo, puede resultar justificada por concurrir exigencias cualificadas del bien común que podrían imponerse excepcionalmente (STC 197/1992, de 19 de noviembre). La Abogacía del Estado alegó, en este sentido, la exigencia de unos fuertes ajustes presupuestarios provocados por la situación de crisis económica, y sostiene que la necesidad de reducir el déficit público que inspira la norma cuestionada constituiría ese objetivo de procurar el bien común y proteger el interés general, lo que permitiría exceptuar la interdicción de retroactividad. Discrepa la Sala de esta conclusión, por cuanto considera que la crisis económica podría acaso justificar determinadas medidas restrictivas de derechos individuales como la cuestionada, pero no puede abrir la puerta, sin más, a que esas restricciones operen de modo retroactivo. Entiende la Sala que la excepción a la irretroactividad recogida en la doctrina constitucional debe interpretarse de forma restrictiva y que no cabe extenderla a toda medida de interés general. En otras palabras, estima la Sala que la reducción del déficit público puede justificar muchas medidas pero no reúne la nota de cualificación absolutamente excepcional que sería necesaria para sacrificar el principio constitucional de seguridad jurídica que sustenta la irretroactividad, en aras del bien común, y que es el interés general lo que se ataca cuando se niega a quienes han prestado sus servicios al sector público el derecho a percibir el salario correspondiente. Se hace referencia también en el Auto de planteamiento a algunos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los que –según la Sala– este Tribunal mantiene una concepción cualificada del «interés general» y descarta 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 cabría identificar, en cambio, con el interés general de los ciudadanos.

e) Finalmente, la Sala se plantea la posibilidad de que estemos ante una expropiación legislativa de derechos, pero rechaza tal posibilidad en tanto que la previsión en este caso de una hipotética compensación o devolución futura de cantidades en modo alguno resultaría asimilable al justo precio al que alude la Ley de expropiación forzosa. Añade que ni está garantizada, ni es propiamente una devolución, puesto que las cuantías detraídas se transformarían en aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguro en los términos que establezca el legislador, sujetas, además, al previo cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria. Por otra parte, el carácter meramente hipotético y condicionado de la devolución de las cantidades detraídas a raíz de la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012, «diluye cualquier brizna de proporcionalidad de la compensación que pudiera alegarse para justificar la injerencia retroactiva y se aleja del todo del concepto de expropiación legislativa de derechos».

Por todo lo expuesto, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional concluye que el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, en su aplicación al personal laboral del sector público, ha podido vulnerar el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales previsto en el art. 9.3 CE, al no contemplar excepción alguna respecto de las cuantías ya devengadas al momento de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012.

4. Por providencia de 22 de octubre de 2013, el Pleno de este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, deferir el conocimiento de la misma conforme al art. 10.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) a la Sala Primera y dar traslado de la demanda y documentos presentados al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, a través del Ministro de Justicia, y al Fiscal General del Estado, para que en el improrrogable plazo de quince días pudieran personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimasen convenientes (art. 37.3 LOTIC). Asimismo se ordenó, de un lado, comunicar esa resolución a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional a fin de que, de conformidad con el art. 35.3 LOTIC, permaneciese suspendido el proceso hasta que este Tribunal resolviese definitivamente la presente cuestión, y de otro lado, publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado», para que en lo quince días siguientes, quienes fuera parte en el procedimiento de conflicto colectivo pudieran personarse, llevándose a efecto la publicación en el núm. 262, de 1 de noviembre de 2013.

5. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 31 de octubre de 2013, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó la decisión de la Mesa de esa Cámara de personarse en el presente proceso constitucional, ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTIC.

6. Mediante escrito presentado en el registro General de este Tribunal el 6 de noviembre de 2013, el Presidente del Senado comunicó el acuerdo de la Mesa de la Cámara de personarse en el presente proceso constitucional, ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTIC.

7. Por escrito registrado en este Tribunal el 14 de noviembre de 2013, el Abogado del Estado se personó en el presente proceso constitucional y formuló las alegaciones que a continuación se sintetizan. Comienza señalando que aunque el Auto de planteamiento cuestiona la totalidad del extenso art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, sin embargo se refiere en realidad solo al apartado 2.2 del art. 2, es decir, a la aplicación de la supresión de la paga extraordinaria de diciembre al personal laboral del sector público. Además, precisa que no se cuestiona genéricamente la referida supresión, sino que tan solo se reprocha al legislador el que no haya incluido una disposición transitoria por la cual se hubiera exceptuado de la mencionada supresión la parte proporcional de la paga extraordinaria que se entiende devengada del 1 al 15 de julio, fecha esta última de entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012. En definitiva, entiende que lo que se plantea es una inconstitucionalidad por omisión y que la consecuencia que podría derivarse no sería la declaración de inconstitucionalidad del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, sino simplemente la de imponer al legislador, con respecto a su libertad de configuración, el establecimiento de una expresa excepción a la supresión de la paga extraordinaria de Navidad (la correspondiente a la parte proporcional de los días 1 al 15 de julio de 2012).

Precisado lo anterior, el Abogado del Estado pasa a contestar los puntos argumentales del Auto de planteamiento, y comienza negando que nos encontremos ante una «disposición sancionadora no favorable o restrictiva de derechos individuales» en el sentido del art. 9.3 CE. Se indica, en tal sentido, que una norma que aspira a la contención del gasto de personal (como principal componente del gasto público) no es ni una norma sancionadora, ni una norma restrictiva de derechos en el sentido constitucional de la expresión. Tampoco el art. 35.1 CE (derecho a una remuneración suficiente) comprendería el derecho al «mantenimiento» de una determinada retribución con independencia de la coyuntura económica, ni permitiría afirmar que una reducción salarial es una norma constitucionalmente restrictiva de derechos en el sentido del art. 9.3 CE.

Subsidiariamente, para el caso de que este Tribunal apreciase que sí nos encontramos ante una «disposición restrictiva de derechos individuales», el Abogado del Estado niega que la norma cuestionada establezca una retroactividad proscrita por el art. 9.3 CE. En este sentido, señala que, de acuerdo con la doctrina constitucional sólo la retroactividad «auténtica o de grado máximo» (que supone la incidencia sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas) está incluida en la prohibición de ese precepto constitucional, no estándolo, por el contrario, la retroactividad «impropia o de grado medio» (que incide en situaciones jurídicas actuales aún no concluidas), pero que puede tener relevancia constitucional desde la perspectiva de la protección de la seguridad jurídica. Pues bien, según el Auto de planteamiento, la cuestión radica en determinar si el derecho a la paga extraordinaria de Navidad, en cantidad proporcional a los días 1 al 15 de julio, «estaba ya consolidado, asumido e integrado en el patrimonio de los trabajadores cuando entró en vigor» el Real Decreto-ley 20/2012, o si, por el contrario, se trataba de una expectativa de derecho o de un derecho futuro o condicionado.

Señala el Abogado del Estado que la propia Sala reconoce en el Auto de planteamiento de la cuestión que la regulación legal de las pagas extraordinarias no ofrece respuesta a esa pregunta, siendo el Tribunal Supremo el que ha hecho referencia a su devengo diario y cobro aplazado en su jurisprudencia. No obstante, a juicio del Abogado del Estado resulta evidente que una determinada interpretación jurisprudencial de un precepto legal no puede erigirse en parámetro de constitucionalidad de otra norma de rango legal, o lo que es lo mismo, no puede pretenderse la inconstitucionalidad de esta última sobre la base del modo en que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha configurado una determinada partida salarial. Al contrario, es la jurisprudencia la que tiene que adaptarse a lo que disponga el legislador. Prosigue diciendo que el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 ha entendido, precisamente, que las gratificaciones extraordinarias se devengan en el momento del pago; concepción esta, por otro lado, perfectamente conforme con los arts. 26 y 31 de la Ley del estatuto de los trabajadores, así como con la doctrina de este Tribunal Constitucional en relación con los tributos de hecho imponible duradero (y respecto de los que el legislador puede modificar algunos aspectos por medio de disposiciones legales dictadas precisamente durante el período impositivo en el que deben surtir efectos) de los que se ha dicho que se estaría afectando a hechos imponibles aún no consumados (STC 176/2011, de 8 de noviembre). Trasladando esa doctrina a la legislación laboral, cabe entender que las gratificaciones extraordinarias se generan en un período determinado, si bien no surten efecto ni se incorporan propiamente al patrimonio del trabajador hasta el momento en que deben abonarse, por lo que el legislador puede modificarlas durante el período de generación. En suma, entiende el Abogado del Estado que no hay en este caso una eficacia retroactiva, dado que el Real Decreto-ley 20/2012 incide sobre una paga extraordinaria que todavía no se ha percibido.

Seguidamente sostiene el Abogado del Estado que aún en el caso de que se considerase que la norma supone una retroactividad auténtica, concurrirían excepcionales circunstancias de interés público que la justificarían. Recuerda en este sentido que, de conformidad con la doctrina constitucional (STC 173/1996, de 31 de octubre) y con la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 26 de abril de 2005), pueden reputarse conforme a la Constitución modificaciones con cualquier grado de retroactividad cuando existieran claras exigencias de «interés general». Aplicando tal doctrina al presente caso, considera que la medida cuestionada encontraría su justificación en un interés público relevante, como lo es el de la necesidad de realizar fuertes ajustes presupuestarios en el marco de una crisis económica sin precedentes, siendo la reducción de las retribuciones prevista en el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 una medida extraordinaria de «contención de gastos de personal» que tiene por finalidad «contribuir a la consecución del inexcusable objetivo de estabilidad presupuestaria derivado del marco constitucional y de la Unión Europea».

En tal sentido, se hace referencia a lo indicado al respecto en el preámbulo y exposición de motivos del Real Decreto-ley 20/2012 y en el debate de convalidación de la norma, así como a los datos ofrecidos en los sucesivos informes anuales del Banco de España de 2008, 2009, 2010 y 2011. También se señala que este Tribunal no se ha mostrado ajeno a la gravedad de la crisis económica que atraviesa la zona euro, habiéndose hecho eco de la profunda crisis presupuestaria en diversas resoluciones (singularmente, entre otros, en el ATC 160/2011, de 22 de noviembre). Teniendo en cuenta todo lo anterior, se afirma que en la senda de consolidación fiscal pactada con los órganos de la Unión Europea, España se ha visto obligada a una fuerte reducción del déficit del 8,9 por 100 en 2011 al 6,3 por 100 del PIB en 2012, lo que ha exigido adoptar importantes medidas de reducción del gasto público. Se recuerda, asimismo, que la estabilidad presupuestaria es un principio constitucional que vincula a todos los poderes públicos y, en fin, que el análisis de la norma cuestionada ha de partir del contexto recesivo descrito.

No comparte el Abogado del Estado que el Auto de planteamiento trate de restringir los supuestos en los que procede limitar el principio de irretroactividad y de seguridad jurídica al identificar el «bien común» con «los grandes valores que cohesionan la sociedad» o con «los derechos fundamentales», considerando, de esta manera, que la reducción del déficit no constituye un bien común. Entiende que tal postura chocaría con la doctrina constitucional que ha señalado que basta con la concurrencia de cualificadas exigencias «del bien común o de interés general» para admitir tales restricciones, «razón por la cual, pueden reputarse conforme a la Constitución modificaciones con cualquier grado de retroactividad cuando “existieran claras exigencias de interés general”» (por ejemplo, para evitar operaciones de elusión fiscal). Así las cosas, afirma el Abogado del Estado que no existe razón para negar la concurrencia de un «interés general» dada la situación descrita de grave crisis económica (al borde, incluso, del rescate financiero de España cuando se adoptó la medida cuestionada).

Finalmente, niega el Abogado del Estado que las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos citadas por el Auto de planteamiento puedan servir para avalar la tesis mantenida en el mismo, ya que a diferencia de lo que ocurre en el presente caso, en tales supuestos se alegaron intereses difusos para proceder a la aplicación retroactiva de una medida que no la justificaban desde la perspectiva de la proporcionalidad. Se recuerda que, por el contrario, en el presente caso no existen motivos «difusos», sino concretos de interés general, y que en realidad no asistimos a una reducción del sueldo de los empleados públicos sino a una «congelación» de la paga extra de diciembre con previsión de su devolución mediante su aportación a planes de pensiones en un horizonte no lejano (2015), eso sí, en función de las necesidades y del equilibrio presupuestario. En definitiva, se concluye diciendo que ante el interés público a que se trata de atender, resulta absolutamente proporcionado que únicamente se exija como sacrificio a los empleados públicos el aplazamiento temporal del abono de la parte proporcional de la paga extraordinaria correspondiente a los días 1 a 14 de julio, que es lo único que se discute en la presente cuestión de inconstitucionalidad. Por todo ello, se interesa la desestimación de la cuestión.

8. Por escrito registrado en este Tribunal el 18 de noviembre de 2013, el Fiscal General del Estado evacuó el trámite de alegaciones, solicitando la declaración de inconstitucionalidad del precepto cuestionado, por considerarlo contrario al principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales que garantiza el art. 9.3 CE.

Coincidiendo con lo expuesto en el Auto de planteamiento de la cuestión, considera el Fiscal que los derechos retributivos de los trabajadores están integrados en la «esfera general de protección de la persona» que contempla este Tribunal como límite a la eficacia de la norma retroactiva, en concreto, se enmarcarían dentro del derecho al trabajo y a la remuneración

suficiente que prevé el art. 35.1 CE. En este sentido prosigue diciendo que si bien no llegan a comprometerse en este caso derechos fundamentales o libertades públicas, sí que se ven concernidos derechos individuales que son expresión directa de la esfera general de protección de la persona. Además, afirma que la idea de sanción resultará robustecida en este caso desde el momento en que se pretende extraer del patrimonio de los ciudadanos y sin indemnización, un bien o un derecho del que ya dispone.

Llegados a este punto, pasa a analizar si la norma cuestionada contiene un grado de retroactividad permitido por el art. 9.3 CE a la luz de la doctrina constitucional que se sintetiza. Y llega a la conclusión de que resulta obvia la supresión por la norma de un efecto jurídico ya agotado, en tanto derecho incorporado definitivamente al patrimonio de los trabajadores, a quienes la aplicación retroactiva de la norma obligaría a la devolución de parte de los salarios ya percibidos, pues como afirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las gratificaciones extraordinarias se devengan día a día. A la vista de la interpretación de la legalidad ordinaria por el máximo órgano jurisdiccional a quien compete dicha función, resulta evidente, a juicio del Fiscal General del Estado, que las pagas extraordinarias se devengan día a día, incorporándose cada jornada al patrimonio del trabajador, y ello con independencia de que su efectiva percepción tenga lugar en el último mes del período (salario devengado pero de percepción diferida). De este modo, sostiene que la privación de la cantidad correspondiente a dicho período supondría la restricción injustificada de un derecho individual que como tal prohíbe el art. 9.3 CE. Además, entiende que el criterio del Auto de planteamiento tendría el respaldo de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2013 (caso N.K.M. v. Hungría), que declaró la vulneración del art. 1 del protocolo núm. 1 anexo al Convenio por un acto de privación de la cuantía de una indemnización (cantidad devengada pero no percibida) por cese a una funcionaria, señalándose que «los bienes» en el sentido del citado art. 1 son «bienes existentes» o activos, en los que el solicitante puede tener por lo menos una «expectativa legítima» de que esta se realizará. Y entiende que en el caso ahora examinado sí existía esa expectativa legítima conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al tratarse de cantidades de devengo diario.

Prosigue diciendo que, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional no rechaza la posibilidad de una actuación extraordinaria por parte de los poderes públicos para que, en atención a la excepcionalidad de determinadas circunstancias o exigencias del bien común, pueda dotarse de eficacia retroactiva máxima a una normativa privativa de derechos. Sin embargo, tal hipótesis no puede suponer un aval genérico para que con esa excusa el poder público pueda conducirse apartándose de una expresa previsión legal, añadiéndose que el art. 33 CE impide la expropiación de bienes o derechos por causa de utilidad pública o interés social si no se acompaña de un justiprecio. Entiende, en suma, que los compromisos meramente posibilistas contemplados en la norma relativos a genéricas aportaciones a futuros fondos carecen de la mínima concreción para que les alcance el calificativo de justo precio debido. Es más, aquellas intenciones parcialmente reparatoras se refieren a la supresión de las cantidades a devengar a lo largo de todo el semestre y no específicamente al período al que se concreta la cuestión de inconstitucionalidad, en tanto que se centra exclusivamente en el período ya devengado, y en concreto, en el transcurrido durante las fechas comprendidas entre la correspondiente al inicio del cómputo del devengo de la paga extraordinaria y la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012 (15 de julio de 2012).

El Fiscal General del Estado concluye sus alegaciones precisando que en el Auto de planteamiento no se cuestiona todo el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 sino sólo su apartado 2.2, ya que es el que resulta aplicable para resolver el pleito sometido al conocimiento de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (referido en exclusiva a personal laboral y no

a personal funcionario o estatutario). Asimismo, en cuanto a los efectos de la hipotética declaración de inconstitucionalidad, se indica que tratándose de un supuesto de retroactividad máxima en relación con derechos ya integrados en el patrimonio de sus titulares, el efecto en caso de una declaración de inconstitucionalidad habría de limitarse al período ya mencionado comprendido entre las fechas del 1 y el 15 de julio de 2012.

9. Por providencia de veintiuno de mayo de 2015 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 25 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, precepto que, en lo que aquí importa, dispone para el personal del sector público definido en el art. 22. 1 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de presupuestos generales del Estado para 2012, la supresión de la paga extraordinaria (o equivalente) del mes de diciembre de 2012. En síntesis, la Sala entiende que el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, en su aplicación al personal laboral del sector público, puede vulnerar el principio constitucional de interdicción de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE), al no contemplar excepción alguna respecto de las cuantías ya devengadas al momento de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012 (esto es, desde el 1 al 14 de julio de 2002).

En los términos en que han sido recogidos en los antecedentes de esta Sentencia, el Fiscal General del Estado coincide con el juicio de inconstitucionalidad formulado por el Auto de planteamiento de la cuestión, por lo que interesa la estimación de la misma, mientras que el Abogado del Estado solicita su desestimación.

2. Con carácter previo al análisis de la cuestión planteada conviene realizar una serie de precisiones para acotar debidamente el objeto de la misma y el alcance de nuestro enjuiciamiento.

a) Así, en primer lugar, resulta obligado advertir, en consonancia con lo manifestado en sus alegaciones respectivas por el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado, que si bien, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional plantea la cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 en su integridad, lo cierto es que de los razonamientos que se contienen en el Auto de planteamiento se infiere sin dificultad que no se cuestiona todo el precepto sino sólo «en su aplicación al personal laboral del sector público» (como se precisa expresamente en la parte dispositiva del Auto). Ello se conecta lógicamente con el juicio de relevancia, correctamente expresado por el órgano judicial, pues la cuestión de inconstitucionalidad trae causa de un proceso de conflicto colectivo promovido por varios sindicatos con motivo de la supresión, por aplicación de las previsiones contenidas en el Real Decreto-ley 20/2012, de la paga o gratificación extraordinaria de diciembre de 2012 al personal laboral de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), proceso en el que lo pretendido por los demandantes con carácter subsidiario a la pretensión principal (referida a que no se aplique en este organismo público la medida de supresión de la paga extra de diciembre de 2012) es justamente que se declare el derecho de los trabajadores de la AEAT a percibir la parte proporcional de la paga extra de diciembre de 2012 que consideran ya devengada al momento de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, porque, de acuerdo con el art. 9.3 CE en relación con el art. 33.3 CE, no cabe que la supresión de esa paga extra por el Real Decreto-ley 20/2012 tenga efectos retroactivos.

De este modo, en los términos que ha sido planteada, la presente cuestión de inconstitucionalidad debe entenderse referida al apartado 1 del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, que establece la reducción de retribuciones en 2012 para todo el personal del sector público definido en el art. 22.1 de la Ley 2/2012, de presupuestos generales del Estado para 2012, como consecuencia de la supresión de la paga o gratificación extraordinaria de diciembre de 2012, y al apartado 2.2 del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, que se refiere específicamente a la supresión de la paga o gratificación extraordinaria de diciembre de 2012 o equivalente al personal laboral del sector público.

b) Por otra parte debe tenerse en cuenta que no se cuestiona por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional la medida de supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 en sí misma considerada (que es la pretensión principal que se deduce por los demandantes en el proceso a quo, como se ha dicho), sino sólo en cuanto su aplicación haya podido suponer la infracción del principio de irretroactividad establecido en el 9.3 CE, al no contemplar excepción alguna respecto de las cuantías que se entienden ya devengadas de dicha paga extra (en concreto, catorce días del mes de julio de 2012) a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012 (que tuvo lugar el 15 de julio de 2012, conforme a su disposición final decimoquinta), ni fijar indemnización alguna por la supresión de un derecho patrimonial. A esta concreta duda de constitucionalidad (planteada a partir de la pretensión subsidiaria en el proceso a quo) deberá, pues, ceñirse nuestro enjuiciamiento.

3. Delimitado el alcance de nuestra decisión, debemos remitirnos a lo dicho recientemente en nuestra STC 83/2015, de 30 de abril sobre la posible pérdida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, como consecuencia de lo establecido en la disposición adicional duodécima de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2015, que bajo el epígrafe «Recuperación de la paga extraordinaria y adicional del mes de diciembre de 2012», establece, en su apartado 1.1, que cada Administración pública, en su ámbito, podrá aprobar el abono de cantidades en concepto de recuperación de los importes efectivamente dejados de percibir como consecuencia de la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 por aplicación del Real Decreto-ley 20/2012, siendo esas cantidades equivalentes a la parte proporcional correspondiente a los primeros cuarenta y cuatro días de la paga extraordinaria suprimida; según establece en su apartado 1.2; y en su apartado segundo dispone las reglas para el abono de dichas cantidades al personal del sector público estatal (entre el que se encuentran los trabajadores de la AEAT), previsiones cuya aplicación efectiva se ha llevado a cabo en el ámbito del sector público estatal conforme a las instrucciones contenidas en la resolución conjunta de las Secretarías de Estado de Presupuestos y Gastos y de Administraciones Públicas de 29 de diciembre de 2014 (publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 2 de enero de 2015), en la que se precisa que «el reconocimiento del derecho a recuperar las cantidades dejadas de percibir se produce por imperativo de la propia Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2015 y produce sus efectos a partir de este último año, por lo que todas las cantidades que se reconozcan en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional constituyen percepciones correspondientes al ejercicio de 2015».

En el presente caso, ha de estarse a lo dispuesto en el apartado III de la referida instrucción, que contiene las reglas aplicables al personal laboral del sector público estatal al que no le resulte de aplicación el III convenio colectivo único del personal laboral al servicio de la Administración general del Estado, pues en esta situación se encuentra el personal incluido en el ámbito de aplicación del convenio de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, según resulta del párrafo segundo del apartado segundo del art. 1 del III convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración general Del Estado, publicado por resolución de 3 de noviembre de 2009 («BOE» núm. 273, de 12 de noviembre de 2009), al que le es de

aplicación el IV convenio colectivo del personal laboral de la AEAT, publicado por resolución de 23 de junio de 2006 («BOE» núm. 164, de 11 julio 2006).

En el fundamento jurídico tercero, de la STC 83/2015, tras recordar la reiterada doctrina constitucional sobre los efectos extintivos del objeto del proceso constitucional en las cuestiones de inconstitucionalidad, como consecuencia de la derogación o modificación de la norma legal cuestionada, pusimos de manifiesto que, era innegable la incidencia que tenía la medida contenida en la disposición adicional duodécima de la Ley 36/2014, de presupuestos generales del Estado para 2015 sobre la pretensión deducida el pleito a quo, «que afecta de modo determinante a la subsistencia del presente proceso constitucional, dada la estrecha vinculación existente entre toda cuestión de inconstitucionalidad y el procedimiento judicial de que dimana».

En la presente cuestión de inconstitucionalidad se plantea si la supresión del derecho de los trabajadores de la entidad de derecho público –AEAT– a percibir la parte proporcional (en concreto, catorce días) de la paga extra de diciembre de 2012, por entenderse ya devengada al momento de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, contraviene el art. 9.3 CE, en relación con el art. 33.3 CE. En esos términos planteada la cuestión es obligado concluir como hicimos en la STC 83/2015 que «la recuperación por esos trabajadores de la parte proporcional correspondiente a los primeros 44 días de la paga extra de diciembre de 2012, en virtud de lo establecido en la citada disposición adicional duodécima de la Ley 36/2014, de Presupuestos Generales del Estado para 2015, supone la satisfacción extraprocésal de la pretensión deducida en el proceso laboral sobre la que se articula la presente cuestión. Esto la hace perder su objeto, al ser tal satisfacción extraprocésal uno de los posibles supuestos de extinción de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 6/2010, FJ 2; AATC 945/1985, de 19 de diciembre; 723/1986, de 18 de septiembre, y 485/2005, de 13 de diciembre)».

Conforme a lo expuesto, la regulación contenida en la citada disposición adicional duodécima de la Ley 36/2014, de presupuestos generales del Estado para 2015, determina la extinción de la presente cuestión de inconstitucionalidad, pues, «aun cuando el enjuiciamiento constitucional de la norma cuestionada sigue siendo posible y esta plantea un problema constitucional de interés, ya no se trataría de un juicio de constitucionalidad en concreto, al que se refiere el art. 163 CE, sino en abstracto, sin efectos para el caso, lo que resulta improcedente en toda cuestión de inconstitucionalidad» (por todas, STC 6/2010, FJ 3; y en el mismo sentido AATC 340/2003, de 21 de octubre, FJ único; y 75/2004, de 9 de marzo, FJ único).

FALLO

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

Ha decidido

Declarar la extinción de la presente cuestión de inconstitucionalidad por desaparición sobrevenida de su objeto.

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

Dada en Madrid, a veinticinco de mayo de dos mil quince.–Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Firmado y rubricado.

Sala Segunda. Sentencia 98/2015, de 25 de mayo de 2015. Recurso de amparo 6628-2013. Promovido por don Carlos Quintana Peña en relación con la inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones que formuló frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Sevilla, en proceso de propiedad horizontal. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso): inadmisión sin motivación de un incidente de nulidad de actuaciones (STC 204/2014).

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 el recurso de amparo núm. 6628-2013, promovido por don Carlos Quintana Peña, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Mar Martínez Bueno y asistido por el Abogado don José María Sánchez Torres, contra la providencia de 26 de septiembre de 2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Sevilla, dictada en el procedimiento de juicio ordinario de propiedad horizontal núm. 963-2008, que inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones formalizado contra la Sentencia núm. 48/2010, de 3 de marzo. Ha comparecido el Procurador don Luciano Rosch Nadal, en nombre y representación de la comunidad de propietarios del edificio sito en la calle Felipe II, núm. 20, de Sevilla. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 13 de noviembre de 2013, la Procuradora de los Tribunales doña Mar Martínez Bueno, actuando en nombre y representación de don Carlos Quintana Peña, presentó recurso de amparo constitucional contra la providencia de 26 de septiembre de 2013 citada en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda son, en síntesis, los siguientes:

a) En el Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Sevilla se siguió procedimiento de juicio ordinario a iniciativa de la comunidad de propietarios del edificio de la calle Felipe II núm. 20 de esa ciudad, entablado contra el hoy recurrente en amparo y un hermano de éste en tanto que nudos propietarios de dos locales sitos en el mismo y en razón de alteraciones en su estructura realizadas sin contar con el acuerdo unánime de la junta de propietarios. Se solicitaba la declaración de ilegalidad de la obra ejecutada, mediante la que habían puesto en comunicación, a través de una escalera interior y rompiendo el forjado, los dos locales, así como que se les obligase a derruir lo construido y volver las cosas a su primitivo estado.

b) Tras diversos intentos de emplazamiento personal a los demandados, practicados con resultado siempre negativo en diferentes domicilios (obtenidos algunos de ellos de la Agencia Tributaria y del Instituto Nacional de Estadística), el juzgador acordó la práctica de la diligencia por edictos. Posteriormente, no habiendo comparecido dentro del plazo para contestar a la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el art. 496.1 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), fueron declarados en situación de rebeldía procesal por providencia de 18 de septiembre de 2009.

c) Celebrada la audiencia previa con la sola presencia de la parte actora, dictó Sentencia el Juzgado, el día 3 de marzo de 2010, con estimación en su integridad de las pretensiones de la parte demandante. La Sentencia fue notificada por edictos en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía» de 21 de enero de 2011.

d) El día 23 de septiembre de 2013, el recurrente en amparo formalizó incidente de nulidad de actuaciones contra la Sentencia de 3 de marzo de 2010, solicitando la nulidad de todo lo actuado desde la resolución de admisión a trámite de la demanda. Alegaba la violación del derecho a la tutela judicial sin indefensión (art. 24.1 CE), denunciando una actuación torticera de la parte actora, que según decía y trataba de acreditar conocía su verdadero domicilio, y asimismo la infracción de lo dispuesto en el art. 156 LEC, al no haberse intentado la citación personal en todos los domicilios obtenidos tras la averiguación judicial acordada en su momento y llevada a efecto con la Agencia Tributaria y el Instituto Nacional de Estadística.

e) El remedio procesal fue inadmitido por la providencia recurrida en amparo, de 26 de septiembre de 2013, cuyo tenor literal es el siguiente: «Planteado incidente excepcional de nulidad de actuaciones por el Procurador Jesús Tortajada Sánchez en nombre y representación de Carlos Quintana Peña, en el que se solicita la nulidad de actuaciones, y no estando esta cuestión legalmente prevista en el artículo 228.1 de la L.E.C., acuerdo la inadmisión a trámite del incidente de nulidad».

3. La parte demandante de amparo denuncia la vulneración del art. 24.1 CE por la providencia de 26 de septiembre de 2013, recién transcrita, por su manifiesta falta de motivación, al no dar la más mínima explicación de la conclusión que alcanza, así como por lo erróneo de dicha motivación, toda vez que la inadmisión acordada revelaría una interpretación rigorista de los requisitos legales de acceso al incidente de nulidad de actuaciones, no entendiéndose la razón por la que el juzgador considera que el supuesto enjuiciado no está legalmente previsto en el art. 228.1 LEC.

Por todo ello, solicita que se declare la nulidad de la providencia de referencia, se reconozca su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y se le restablezca en la integridad del mismo con la retroacción de las actuaciones al momento anterior al del dictado de aquélla, para que se pronuncie de nuevo el órgano judicial de manera respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

4. En virtud de providencia de la Sala Segunda de este Tribunal, de 21 de julio de 2014, se acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y, habiéndose previamente interesado la remisión de certificación de las actuaciones jurisdiccionales, se requirió al Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Sevilla para que efectuara los emplazamientos correspondientes.

5. En escrito registrado en este Tribunal el día 15 de septiembre de 2014, don Luciano Rosch Nadal, Procurador de los Tribunales, solicitó que se le tuviera por personado y parte en nombre de la comunidad de propietarios del edificio sito en el núm. 20 de la calle Felipe II de Sevilla.

6. Por ATC 225/2014, de 22 de septiembre, se denegó la suspensión solicitada en la demanda, con arreglo a lo dispuesto en el art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC).

7. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal, de 1 de octubre de 2014, se tuvo por personado y parte al Procurador de la comunidad de propietarios mencionada y se acordó abrir un plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, de conformidad con el art. 52.1 LOTC, para que pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieren.

8. La representación procesal de la Comunidad de propietarios del edificio sito en el núm. 20 de la calle Felipe II de Sevilla evacuó el trámite de alegaciones el día 31 de octubre de 2014, interesando la denegación del amparo interesado.

Rechaza en su escrito que existiera fraudulenta maquinación procesal para impedir la notificación al ahora recurrente; denuncia que el demandante hace una relación interesada sobre la forma en que fue practicado el emplazamiento; afirma que no es cierto que la comunidad de propietarios conociera el domicilio donde podría haberse llevado a efecto la notificación personal; cita resoluciones judiciales que a su juicio revelan que no hubo tampoco infracción del art. 156 LEC y, finalmente, en cuanto a la verdadera alegación de la demanda de amparo (quiebra del derecho a la motivación del art. 24.1 CE por parte de la providencia recurrida), sostiene que el juzgador no tenía obligación de hacer mayores consideraciones, ya que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 228.1 LEC, puede acordarse la inadmisión mediante providencia sucintamente motivada, lo que resultó satisfecho, más aún a la vista de la actuación maliciosa de los demandados, fehacientemente acreditada.

Por lo demás, resalta que el deber de motivación aducido ha sido abordado en la STC 184/1998, de 28 de septiembre, y entre otras adicionales en las que se citan en la misma, por lo que el recurso que nos ocupa carecería de especial trascendencia constitucional.

9. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional registró su escrito el día 4 de noviembre de 2014. A su criterio, la providencia recurrida carece absolutamente de motivación. Con su silencio argumental privó al recurrente del acceso al incidente de nulidad y de una respuesta sobre sus alegaciones en garantía del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24. 1 CE). En razón de ello, compartiendo lo pedido por el recurrente, solicita la nulidad de la providencia de 26 de septiembre de 2013 y la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a que fuera dictada, para que por el Juez de Primera Instancia núm. 24 de Sevilla se dicte otra nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

10. Por providencia de 21 de mayo de 2015, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 25 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El demandante de amparo dirige su queja contra la providencia de 26 de septiembre de 2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Sevilla, dictada en el procedimiento de juicio ordinario de propiedad horizontal núm. 963-2008, que inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones formalizado contra la Sentencia núm. 48/2010, de 3 de marzo.

Denuncia la demanda que la citada providencia ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), como consecuencia de la falta de motivación con la

que se declaró la inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones, en los términos que recogimos en los antecedentes de este pronunciamiento constitucional. El Ministerio Fiscal ha solicitado el otorgamiento del amparo, de acuerdo con la tesis del demandante, oponiéndose en cambio la representación procesal de la Comunidad de Propietarios que intervino como parte actora en el proceso judicial y se ha personado en este procedimiento, que considera adicionalmente que el recurso carece de especial trascendencia constitucional [art. 50.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)].

2. Al no articularse queja alguna frente a la Sentencia de 3 de marzo de 2010, que no es objeto del presente recurso de amparo, al igual que ocurriera en el enjuiciado en la STC 153/2012, de 16 de julio, o en el de la STC 204/2014, de 15 de diciembre, debemos contraer nuestro examen al control de la pretendida vulneración del art. 24.1 CE que se imputa a la providencia de 26 de septiembre de 2013, tal y como se solicita expresamente por el recurrente.

Frente a ello, no puede prosperar la objeción de carencia de especial trascendencia constitucional del recurso [art. 50.1 b) LOTIC] aducida por la comunidad de propietarios personada, toda vez que, como prueban precisamente las Sentencias que cita, u otras dictadas recientemente por este Tribunal y que serán objeto de referencia en los próximos fundamentos jurídicos, la resolución judicial impugnada debió inspirarse en la doctrina constitucional contenida en ellas, en contra de lo que hizo el juzgador, de suerte que el asunto da ocasión al Tribunal Constitucional de garantizar el cumplimiento de su jurisprudencia en la materia, que en este conjunto de resoluciones queda aclarada en sus exactos términos y extremos [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 b)], evitando dudas ulteriores sobre su alcance que puedan dar lugar a nuevas inaplicaciones objetivas de la misma, y atendiendo así a uno de los criterios legales que dotan de especial trascendencia constitucional al recurso de amparo, citado en el art. 50.1 b) LOTIC, a saber: aquél que se dirige a velar por la aplicación y general eficacia de la Constitución (por todas, STC 21/2015, de 16 de febrero, FJ 2).

Bastará añadir, por lo demás, que es a este Tribunal a quien corresponde apreciar si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional, que «encuentra su momento procesal idóneo en el trámite de admisión contemplado en el art. 50.1 LOTIC» (STC 192/2012, de 29 de octubre, FJ 2). Así lo hizo esta Sala, que no encuentra razones para alterar la decisión entonces adoptada.

3. El concreto objeto del recurso nos obliga a recordar, una vez más, con carácter previo al análisis del fondo del asunto, la función que cumple el incidente excepcional de nulidad de actuaciones como instrumento de tutela de los derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

El protagonismo otorgado en la reforma a los Tribunales ordinarios a través de ese remedio procesal, acentuando su función como primeros garantes de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y con el fin de lograr que la tutela y defensa de esos derechos por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria, es puesta en conexión en nuestra doctrina con el requisito de la especial trascendencia constitucional [art. 50.1 b) LOTIC], pues debe tenerse en cuenta en el proceso judicial que —de no tener el caso especial trascendencia constitucional— se trataría de la última vía que permitiría la reparación de la vulneración denunciada. Por ello hemos señalado que: i) cuando el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones resulte procedente, su inadmisión supone una preterición del mecanismo de tutela pertinente ante la jurisdicción ordinaria; ii) no puede considerarse el incidente como un mero trámite formal previo al amparo constitucional sino como un verdadero instrumento procesal que, en la vía de la jurisdicción ordinaria, podrá remediar aquellas lesiones de

derechos fundamentales que no hayan «podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario» (STC 9/2014, de 27 de enero, FJ 3) [arts. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 228 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), en la redacción dada por el art. 15.128 de Ley 13/2009, de 3 noviembre, que es la norma que cita la providencia recurrida en este recurso de amparo]; o, en fin, iii) el órgano judicial debe, salvo que se den las causas de inadmisión de plano, en cuyo caso podrá realizarse una motivación sucinta, tramitar el incidente y razonar suficientemente, en todo caso, la decisión adoptada.

4. En el asunto planteado en el recurso de amparo a examen, el Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Sevilla inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones ya referido, limitándose a afirmar que «planteado incidente excepcional de nulidad de actuaciones por el Procurador Jesús Tortajada Sánchez en nombre y representación de Carlos Quintana Peña, en el que se solicita la nulidad de actuaciones, y no estando esta cuestión legalmente prevista en el artículo 228.1 de la L.E.C., acuerdo la inadmisión a trámite del incidente de nulidad».

El juicio sobre dicha respuesta debe realizarse a partir del canon propio del derecho de acceso al recurso, pues, aunque el incidente de nulidad de actuaciones no constituye un recurso en sentido estricto, es un remedio procesal que, al tener por objeto la revisión de resoluciones o actuaciones procesales, queda encuadrado en aquella vertiente del art. 24.1 CE. Desde esta perspectiva, como es sabido, el control de las resoluciones judiciales de inadmisión por parte de la jurisdicción constitucional es meramente externo y debe limitarse a comprobar si contienen motivación, si han incurrido o no en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica, evitando toda ponderación acerca de su corrección jurídica (STC 204/2014, FJ 4, por todas).

Como recordara la STC 20/2012, de 16 de febrero, FJ 5, desde la Sentencia de Pleno 37/1995, de 7 de febrero, este Tribunal ha subrayado el diferente relieve constitucional que posee el derecho de acceso a la jurisdicción y el de acceso a los recursos legalmente establecidos. Aunque ambos derechos se encuentran ínsitos en el art. 24.1 CE, el derecho a acceder a la justicia es un componente medular del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el precepto constitucional y que no viene otorgado por la ley, sino que nace de la Constitución misma. Por el contrario, el derecho a acceder a los recursos legales se incorpora al derecho fundamental en la concreta configuración que reciba de cada una de las leyes de enjuiciamiento que regulan los diferentes órdenes jurisdiccionales, salvo en lo relativo al derecho del condenado a la revisión de su condena y la pena impuesta.

No habiendo razonado la providencia recurrida la inviabilidad del incidente por reiterar indebidamente lo ya planteado y resuelto en instancias previas (STC 205/2007, de 24 de septiembre, FJ 2) o por motivos de otro carácter, el fundamento de la inadmisión del remedio procesal ha quedado ceñido a la retórica declaración contenida en el pronunciamiento impugnado, a saber: no estar la cuestión planteada legalmente prevista en el artículo 228.1 LEC.

Desde ese prisma concluimos que el órgano judicial vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo (art. 24.1 CE), privándole de la tutela de los derechos fundamentales que proclama el art. 53.2 CE. En efecto, el órgano judicial tendría que haber ofrecido una motivación suficiente, aunque fuera sucinta, que justificase la no admisión a trámite del incidente de nulidad de actuaciones por dicha causa, motivación que sin embargo no se ha explicitado por referencia a ningún elemento que hiciera al incidente inequívocamente improcedente.

Bajo esas circunstancias, como dijéramos en la citada STC 204/2014, FJ 4, el órgano judicial debió, cuando menos, haber motivado suficientemente su decisión de inadmisión, haciendo ver la auténtica ratio decidendi. Y no lo hizo, por lo que, en atención a lo expuesto, resulta procedente la estimación del recurso de amparo, con nulidad de la providencia de 26 de septiembre de 2013 y la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a su aprobación, para que se dicte una nueva resolución judicial que resulte respetuosa con el derecho fundamental reconocido (derecho de acceso al recurso, art. 24.1 CE).

FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Carlos Quintana Peña y, en consecuencia:

1.º Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerle en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la providencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Sevilla de 26 de septiembre de 2013, dictada en el procedimiento de juicio ordinario de propiedad horizontal núm. 963-2008, que inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones formalizado contra la Sentencia núm. 48/2010, de 3 de marzo.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la providencia anulada, para que se dicte nueva resolución judicial respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

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

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

Sala Primera. Sentencia 99/2015, de 25 de mayo de 2015. Recurso de amparo 1082-2014. Promovido por doña María Elena Mariscal del Castillo en relación con la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sobre convocatoria de pruebas selectivas, por promoción interna, en la Administración general de la Junta de Andalucía. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías: negativa no arbitraria ni irrazonable a plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STC 27/2013).

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García y don Juan Antonio Xiol Ríos, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1082-2014, promovido por doña María Elena Mariscal del Castillo, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Gema Sainz de la Torre Vilalta y bajo la dirección del Letrado don José María Campos Daroca, contra la Sentencia de 24 de octubre de 2013, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 369-2013 interpuesto contra la Sentencia de 26 de febrero de 2013, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Sevilla, dimanante del procedimiento abreviado núm. 417-2011. El recurso de amparo también se interpone contra el Auto de fecha 14 de enero de 2014, que desestima el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la Sentencia de 24 de octubre de 2013 antes citada. Ha sido parte la Letrada de la Junta de Andalucía, en la representación que ostenta. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Presidente don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. La Procuradora de los Tribunales doña Gema Sainz de la Torre Vilalta, en nombre y representación de doña María Elena Mariscal del Castillo y bajo la dirección letrada de don José María Campos Daroca, interpuso demanda de amparo contra las resoluciones que se mencionan en el encabezamiento de esta Sentencia, mediante escrito registrado en este Tribunal el 24 de febrero de 2014.

2. El recurso de amparo trae causa de los siguientes antecedentes:

a) En virtud de la Orden de 16 de marzo de 2009 de la Consejería de Justicia y Administración Pública se convocaron pruebas selectivas, por el sistema de promoción interna, para ingreso en diferentes cuerpos de funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía.

b) La demandante de amparo participó en el procedimiento de promoción interna convocado por dicha Orden para el ingreso en el Cuerpo de Gestión Administrativa de la Junta de Andalucía, especialidad Administración General. Superada la fase de oposición, y tras presentar sus méritos, la ahora recurrente no fue incluida en la lista provisional de aprobados, discrepando de la valoración efectuada de su antigüedad y presentando alegaciones al respecto. Dichas alegaciones no fueron tenidas en cuenta en ese punto y, con fecha 6 de agosto de 2010, se publicó resolución con la relación definitiva de aprobados, sin inclusión de la demandante. Por parte de ésta se presentó recurso de alzada frente a la citada resolución, que fue desestimado por resolución de 20 de diciembre de 2010 de la Consejería de Hacienda y Administración Pública (Secretaría General para la Administración Pública), si bien, interpuesto recurso contencioso-administrativo, éste fue posteriormente estimado por Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Sevilla, de 20 de junio de 2012.

Tras hacerse pública la resolución de 3 de noviembre de 2010 de oferta de vacantes a los aspirantes seleccionados, ésta fue recurrida en reposición por la demandante, desestimándose por resolución de 17 de febrero de 2011. La ahora recurrente también recurrió en reposición la Resolución de 15 de diciembre de 2010 de la Secretaría General para la Administración

Pública, por la que se nombran funcionarios de carrera a los aspirantes que habían superado el proceso selectivo de referencia, procediéndose también a su desestimación por resolución de 1 de marzo de 2011. Con posterioridad, asimismo se recurrió en alzada la relación complementaria a la definitiva de los aprobados en el referido proceso de promoción interna, de fecha 3 de febrero de 2011, que nuevamente fue desestimada por resolución de 14 de marzo de 2011 de la Consejería de Hacienda y Administración Pública (Secretaría General para la Administración Pública), de la Junta de Andalucía.

c) Frente a esta última resolución, la demandante de amparo interpuso recurso contencioso-administrativo. En síntesis, su discrepancia se concretaba en que, en el indicado proceso de promoción interna, no se había valorado como mérito el período de tiempo prestado como laboral o funcionaria interina de la Administración con anterioridad a adquirir la condición de funcionaria de carrera. Según adujo, el baremo aplicable de la orden de convocatoria indicaba literalmente que «la antigüedad se computará por años completos de servicio o fracción superior a seis meses, valorándose hasta un máximo de 2 puntos», sin hacer distinción alguna respecto a la condición de personal funcional o no. Remarca al respecto el diferente criterio seguido por la misma Administración en otros procedimientos, por lo que denuncia el carácter arbitrario de la decisión recurrida, con infracción del deber de sometimiento de la Administración a la ley (art. 103 CE). Asimismo, rechaza que la actuación administrativa pueda justificarse en la ejecución de la Sentencia núm. 370/2006, de 10 de julio, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Granada): de un lado, porque dicha Sentencia no era aún firme, dado que estaba pendiente de resolución el recurso de casación; y de otro lado, porque la citada Sentencia se refería a un proceso relativo a un concurso de méritos (art. 54 del Decreto 2/2002, de 9 de enero) y no a un proceso de promoción interna como el cuestionado [art. 31 b) del Decreto 2/2002]. Igualmente, entre otros argumentos, adujo que resultaba de aplicación directa la Directiva 99/70/CE, que consagra la plena equiparación entre el personal temporal y el fijo, y en cuyo apartado cuarto de la cláusula cuarta se indica que «los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas»: en concreto, señaló que la actuación seguida por la Junta de Andalucía resultaba contraria a esta Directiva, no estando permitida una valoración diferenciada en el desempeño del puesto de trabajo por parte de quien es funcionario de carrera con respecto al funcionario interino –en apoyo de esta idea se citan las SSTJUE de 22 de diciembre de 2010 y de 8 de septiembre de 2011–.

d) Por Sentencia de 26 de febrero de 2013, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Sevilla desestimó el referido recurso contencioso-administrativo. Por apreciar identidad con lo resuelto, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 27 de noviembre de 2012, el Juzgado reprodujo algunos de sus fundamentos, cuyo contenido venía a descartar la existencia de discriminación y de vulneración de la Directiva 99/77 (sic), con cita de la STS de 3 de septiembre de 2010 y señalando la inexistencia de vulneración de la sentencia de 11 (sic) de septiembre de 2011.

e) Frente a la Sentencia anterior, la demandante interpuso recurso de apelación, con fundamento esencialmente en las siguientes alegaciones. De una parte, se adujo la errónea valoración de la prueba y la falta de valoración de los documentos aportados por la actora: entre otros, la ya citada Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Sevilla, de 20 de junio de 2012 –que estimaba la demanda presentada por la recurrente en relación con la relación definitiva de aprobados–, así como la documentación acreditativa de que la demandante accedió al cuerpo de funcionarios por oposición libre, en la que no se computó su antigüedad, por lo que no había duplicidad en la valoración de sus servicios. De

otra parte, se alegaba vulneración de la normativa de aplicación: la Orden de convocatoria [anexo I, apartado c), el art. 31 b) del Decreto 2/2002], la cláusula cuarta de la Directiva 99/70/CE, el art. 24 CE, así como numerosas sentencias al respecto –entre otras, la STJUE de 11 (sic) de septiembre de 2011–.

f) Mediante Sentencia de 24 de octubre de 2013, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, procedió a desestimar el referido recurso de apelación. En esta Sentencia, el Tribunal rechaza que exista error de valoración de prueba o infracción del ordenamiento jurídico, remarcando que el criterio reiterado es el contenido en la sentencia de instancia, en atención a las siguientes consideraciones.

Por un lado, indica que, dado que la redacción dada al art. 54 del Decreto 2/2002 por el Decreto 528/2004 había sido expulsada del ordenamiento, la convocatoria del concurso se ajustó al texto original del citado Decreto 2/2002, en cuyo art. 54 –relativo al baremo general en los concursos de méritos– se indica que no podrá valorarse la antigüedad de los servicios prestados y reconocidos con anterioridad a la adquisición de la condición de funcionario, por lo que la antigüedad a la que se refiere el art. 31 b) en los concursos de promoción interna es la poseída sólo y exclusivamente desde que se adquiere la condición de funcionario de carrera. Por ello, indica, la base de la convocatoria se ajusta al Decreto y ha sido estrictamente respetada por la comisión, que sólo valoró la antigüedad de la actora como funcionaria de carrera. Además, añade que de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2010 no cabe deducir que en ella se reconoce la antigüedad de los servicios previos reconocidos como interino, reiterando que, por remisión al baremo general, sólo es valorable la antigüedad en la condición de funcionario de carrera, no como interino.

Por otro lado, razona que la decisión de la Administración no es contraria a la doctrina del Tribunal Supremo, ni a la Directiva comunitaria 99/70, ni por tanto a la STJUE de 11 (sic) de septiembre de 2011. Al respecto reproduce un extracto de la STS de 3 de septiembre de 2010, señalando que, aunque cualquier actuación administrativa de nombramiento funcional debe seguir los principios constitucionales de mérito y capacidad, «ello no significa que los procesos de designación sean iguales y tengan el mismo nivel de exigencia en lo relativo a la publicidad y los méritos valorables, pues es una obviedad que existen diferencias entre, de un lado, los procesos selectivos que son seguidos para el acceso como funcionarios de carrera y para la provisión de puestos de carácter definitivo y de otro, los que son aplicables para nombramientos provisionales o funcionarios interinos»; además, «[a] lo anterior debe sumarse que no puede ser invalidada como legítima política de personal, la que se quiere incentivar a los funcionarios de carrera valorando de manera significativa la experiencia desarrollada con esa condición y en puestos obtenidos y desempeñados con carácter definitivo»; por último, concluye que lo que se deriva de lo dicho «es que existiendo datos objetivos para esa diferente valoración de la experiencia y de la antigüedad que aquí se discuten, no es de acoger la vulneración del principio de igualdad y consiguiente infracción de los arts. 14 y 23 de la C.E. que se demanda por la Asociación, como tampoco la infracción de la Directiva 99/70 y del art 20 1 A) de la Ley 30/1984». De ello deduce la sentencia de apelación que el Tribunal Supremo considera que existen razones objetivas para la diferencia de trato, lo que entiende se acentúa en el supuesto de la promoción interna.

Por último, reitera su afirmación de que el criterio aplicado no es contrario a la Directiva comunitaria 99/70 –como declaró el Tribunal Supremo– ni a la STJUE de 11 (sic) de septiembre de 2011: «en primer lugar porque el supuesto de hecho enjuiciado difiere notablemente del actual, ya que aquél se refería a la antigüedad de diez años como funcionario de carrera como requisito de acceso para suplir la falta de titulación, no como mérito y porque la propia

Sentencia afirma con rotundidad en su parte dispositiva, que debe excluirse toda diferencia de trato entre los funcionarios de carrera y los interinos basada en el mero hecho de que éstos tienen una relación de servicio de duración determinada, salvo que razones objetivas en el sentido de la cláusula 4 apartado 1, justifiquen el trato diferente. Esas razones y datos objetivos ya se exponen en la STS de 3 de septiembre de 2010, por el distinto nivel de exigencia en lo relativo a la publicidad y méritos valorables en uno y otro nombramiento, aunque finalmente se accediera a la función pública por oposición libre». A lo anterior añade que «la promoción interna está regulada en el Estatuto Básico, como un derecho de progresión de la carrera de los funcionarios, por lo que los requisitos y los méritos exigen que se posean en esa condición de funcionario de carrera».

g) La demandante interpuso incidente de nulidad de actuaciones contra dicha Sentencia. En él puso de relieve que la indicada Sentencia hacía una interpretación de la Directiva 1999/70/CE que resultaba antitética a la STJUE de 8 de septiembre de 2011 (asunto C-177/2010), dado que ésta sólo permite un distinto trato de la valoración de los servicios prestados como funcionario de carrera o interino con la condición de que dichos servicios hayan sido de distinta calidad: tal condición, considera, es sin embargo obviada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que justifica el distinto trato por la mera forma de acceso a la función pública. Añadía también que, conforme al art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso enjuiciado, en que existían dudas interpretativas, no era facultativo, sino obligatorio. Recordaba asimismo que dentro del derecho a la tutela judicial efectiva se incluye el derecho al juez predeterminado por la ley, al juez natural y la aplicación del derecho con arreglo al sistema de fuentes vigentes, señalando que el juez interno está obligado a aplicar la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus resoluciones prejudiciales. Tras estas consideraciones, concluía que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia había lesionado su derecho a la tutela judicial (art. 24 CE), que incluye el que los órganos judiciales se atengan al sistema de fuentes, en el que se integra el Derecho de la Unión Europea; y por extensión, añadía, se lesionaba el derecho a la igualdad de los funcionarios de carrera con servicios prestados como funcionarios interinos, pues, sin razones objetivas, ven que esos servicios previos como interinos no les son computados a los efectos de concursos de traslados o de promoción interna, en contra de lo indicado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Finalmente, solicitaba se declarara la nulidad de las actuaciones, con retroacción del recurso de apelación al momento correspondiente para que se procediera a plantear cuestión prejudicial, todo ello en atención al art. 24 CE, que establece el derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin indefensión.

h) Por Auto de fecha 14 de enero de 2014, el Tribunal de apelación desestimó el incidente de nulidad planteado, en atención a que: i) se había respetado el derecho de tutela judicial, aunque la parte discrepara del pronunciamiento y razonamientos jurídicos de la sentencia; ii) no se había causado indefensión porque dichos razonamientos jurídicos analizan las cuestiones planteadas por las partes, incluida la STJUE citada y la aplicación de su doctrina al caso de autos; y iii) el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde al órgano jurisdiccional que no ha advertido las dudas interpretativas suscitadas por las partes.

3. La demanda de amparo atribuye a las resoluciones impugnadas la lesión de los arts. 24.1 y 24.2 CE, concretamente por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, en su manifestación de derecho al proceso debido, al juez predeterminado por la ley y a la motivación de las resoluciones.

Dando cuenta de las sucesivas reclamaciones interpuestas, la demandante señala que la cuestión de la discrepancia se concreta en la no valoración por la Administración, como mérito

en el proceso de promoción interna, del período de tiempo en que estuvo ocupando puestos de trabajo en virtud de nombramiento en interinidad, es decir, por un nombramiento provisional. Asimismo, transcribiendo algunos de sus apartados (63 a 84), alude a la STJUE de 8 de septiembre de 2011 (asunto C-177/2010), en la que, según indica, se concluyó que, en una promoción interna y salvo que concurren razones objetivas –no bastando la mera alusión a la temporalidad de la relación–, valorar de forma distinta el tiempo de servicios prestado como funcionario interino y como funcionario de carrera es contrario a la Directiva 1999/70/CE –en concreto, a la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada–, que resulta de aplicabilidad directa al personal funcionario de la Junta de Andalucía. Al respecto considera que, en virtud de la eficacia directa y primacía que tiene el Derecho comunitario en nuestro ordenamiento jurídico, la referida argumentación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es aplicable al supuesto de la ahora recurrente, siendo indiferente que ese período de servicios se tenga en cuenta como condición de acceso o como mérito a valorar. También remarca que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia alude a una Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 2010, que no pudo tener a la vista la STJUE de 8 de septiembre de 2011; e igualmente reprocha a la Sentencia de apelación su afirmación de que la doctrina de dicha Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no es aplicable al supuesto enjuiciado por el hecho de que una cosa es que los servicios previos a adquirir la condición de funcionario se computen como requisito para participar en un proceso de promoción interna –caso de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea– y otra que se valoren como mérito –caso examinado–, señalando que el Tribunal Superior de Justicia no explica la justificación de esa diferencia de trato.

En concreto, la recurrente aduce que la interpretación de las resoluciones recurridas vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en su manifestación de acceso al proceso debido, por cuanto que, al negarse a aplicar la doctrina sentada en la STJUE de 8 de septiembre de 2011, el juez nacional incurre en arbitrariedad o error manifiesto en la elección de la norma aplicable, dejando sin efecto el sistema de fuentes, lo que coloca en evidente indefensión a la demandante. Asimismo, y con cita de las SSTC 90/1990 y 126/1994, expone que, desde la perspectiva del art. 24.1 CE, deben rechazarse las resoluciones que carezcan de motivación o que la ofrecida sea insuficiente, así como también aquellas que incorporen una fundamentación caprichosa, en que resulte imposible encontrar un nexo lógico entre la decisión y la argumentación: esa desconexión autoriza a hablar de ausencia de motivación, como ocurre en los casos en que se produce una selección arbitraria o manifiestamente irracional de la norma aplicable, aquellos en que se incurre en error patente, y también, cuando el juez se desvincula del sistema de fuentes establecido. Además, de manera específica reprocha al Auto resolutorio del incidente de nulidad que carece de motivación por manifiesta insuficiencia en contraste con el escrito de planteamiento, sin que pueda solventarse «con cuatro renglones de fundamentación».

También, con apoyo en la jurisprudencia comunitaria y en el texto del art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea [entre otras, SSTJCCEE de 27 de marzo de 1963, asunto Da Costa y acumulados; y de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit], razona sobre la obligatoriedad de los pronunciamientos prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre todos los órganos judiciales nacionales que conozcan del mismo asunto, sin perjuicio de que éstos puedan o deban formular nuevas cuestiones prejudiciales. Con fundamento en la citada normativa y jurisprudencia, afirma que, en el caso enjuiciado, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía debía o bien seguir la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o bien, si existían dudas interpretativas –«como afirma el Auto de 23 de abril de 2012» (sic)–, plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en atención a esa comentada diferencia entre los supuestos de uno y otro caso. Lo que no cabe, entiende, es erigirse en Juez comunitario en vía de interpretación del Derecho de la Unión Europea, cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya se ha

pronunciado sobre un caso análogo, cuya diferencia con el presente no justifica la inaplicación de la Directiva. En consecuencia, considera que la indicada cuestión prejudicial resultaba obligada (SSTC 58/2004 y 194/2006), pues el Juez nacional carece de competencia objetiva al respecto y no tiene la condición de Juez predeterminado por la ley. Consiguientemente, explica, la omisión de la cuestión prejudicial en este caso implica una vulneración del derecho al Juez predeterminado por la ley reconocido en el art. 24.2 CE.

Por todo lo expuesto, la recurrente termina interesando la estimación del recurso de amparo por haberse vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, así como la nulidad de las resoluciones impugnadas, con retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno para que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) dicte nueva Sentencia en la que aplique la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o, subsidiariamente, plantee cuestión prejudicial ante este último Tribunal si es que tuviera dudas sobre su aplicabilidad o sobre el contenido de la Directiva 99/70/CE.

4. Tras ser aportados diversos documentos requeridos a la demandante por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal, de fecha 27 de febrero de 2014, y una vez acreditada fehacientemente la representación de la Procuradora doña Gema Sainz de la Torre Vilalta, por providencia de 3 de noviembre de 2014, la Sala Primera del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite la demanda de amparo. Asimismo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), acordó dirigir atenta comunicación al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, a fin de que, en el plazo de diez días, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación núm. 369-2013. Asimismo, acordó dirigir atenta comunicación al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Sevilla, para que en plazo que no exceda de diez días, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al procedimiento abreviado núm. 417-2011, debiendo previamente emplazarse, para que pudieran comparecer en el recurso de amparo en el término de diez días, a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo.

5. Mediante escrito registrado el 26 de noviembre de 2014, la Letrada de la Junta de Andalucía solicitó se le tuviera por comparecida y parte en el presente procedimiento constitucional.

6. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal de 27 de noviembre de 2014 se tuvieron por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Sevilla, así como el escrito de la Letrada de la Junta de Andalucía, a quien se tiene por personada y parte en nombre y representación de dicha Junta de Andalucía. Asimismo, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, se dio vista de todas las actuaciones, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que, dentro de dicho término, pudieran presentar las alegaciones que a su derecho conviniera.

7. Mediante escrito registrado el 26 de diciembre de 2014, la Letrada de la Junta de Andalucía formuló sus alegaciones, solicitando la desestimación del recurso de amparo. Tras compendiar el objeto del recurso de amparo, los antecedentes del proceso, el contenido de las resoluciones jurisdiccionales recaídas en el mismo y la normativa que estima de aplicación al presente caso, colige que no ha existido vulneración de los derechos fundamentales invocados en la demanda.

En relación con el derecho a una resolución fundada en Derecho y debidamente motivada, considera que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía analiza debidamente la adecuación del acto impugnado a la normativa autonómica, a la Constitución, al Derecho de la Unión Europea e, incluso, acude a la STJUE de 8 de septiembre de 2011, aplicando su doctrina y concluyendo que la no valoración como mérito de la antigüedad adquirida como funcionario interino es conforme al Derecho comunitario, por apreciar razones objetivas que justifican el diferente trato. Por ello, indica, no se trata de una resolución inmotivada, debiendo rechazarse que se haya inaplicado la doctrina de la STJUE de 8 de septiembre de 2011 y afirmando, por el contrario, que se ha respetado el sistema de fuentes establecido. Conforme a una consolidada doctrina constitucional recogida, entre otras en las SSTC 13/2012, de 30 de enero, FJ 3; 3/2011, de 14 de febrero, FFJJ 3 y 5, y 183/2011, de 21 de noviembre, FFJJ 5 y 7, el derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho (art. 24.1 CE) exige que las resoluciones judiciales contengan los elementos y razones de juicio que exterioricen los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y, además, que la motivación sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y, por tanto, no sea fruto de un error patente o de la arbitrariedad. Sin embargo, añade, el art. 24.1 CE no garantiza el derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que se vean afectados otros derechos constitucionales distintos al de la tutela judicial efectiva. En el presente caso, a juicio de la representación procesal de la Junta de Andalucía, la Sentencia combatida en amparo lleva a cabo una interpretación debidamente razonada de la normativa y jurisprudencia aplicables al caso, sin incurrir en manifiesta arbitrariedad o irrazonabilidad, con independencia de su acierto o desacierto últimos. Por ello, indica que debe rechazarse la vulneración del derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho.

En cuanto a la lesión del derecho al Juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) por no haberse planteado cuestión prejudicial comunitaria, la Letrada de la Junta de Andalucía razona sobre el art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea y sistematiza la doctrina constitucional sobre esta materia, con abundante cita de resoluciones de este Tribunal (SSTC 21/1991, 58/2004, 78/2010, 27/2012, etc.). En relación con el presente caso, considera que el Tribunal Superior de Justicia no albergó duda sobre la interpretación y aplicación del Derecho comunitario para la resolución del asunto, sino que, por el contrario, procedió a su aplicación, partiendo incluso de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Añade que, además, «ninguna de las partes, en ningún momento procesal, plantea la existencia de esas dudas interpretativas del derecho comunitario que hubieren hecho preciso el planteamiento de la cuestión prejudicial comunitaria», señalando que «[N]o es sino hasta después de haberse dictado la sentencia firme cuando la parte recurrente, de forma claramente indebida, plantea, a través de la vía del incidente de nulidad de actuaciones, su discrepancia con la interpretación y aplicación de la Directiva 1999/70 CE a la luz de la doctrina de la sentencia 8 de septiembre de 2011, pero no antes»: tal incidente de nulidad, recuerda, fue rechazado, al no advertir el Tribunal dudas interpretativas. Finalmente, descarta que resulte de aplicación al caso la doctrina recogida en las SSTC 58/2004 y 78/2010, pues el Tribunal no ha omitido la aplicación de la norma de Derecho interno ni tampoco la norma de la Unión Europea. En fin, por las razones expuestas concluye que el hecho de no haber planteado cuestión prejudicial comunitaria no ha infringido el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE).

8. Por escrito registrado el 7 de enero de 2015 la demandante evacuó el trámite de alegaciones, en el cual ratificó íntegramente el contenido del escrito de demanda. Además, aportó documentación relativa a una denuncia formulada por el sindicato Unión Sindical de trabajadores y trabajadoras de Andalucía (USTEA) ante la Comisión Europea, por el incumplimiento, por parte del Estado español, del principio de no discriminación recogido en

la cláusula cuatro, apartado cuarto de la Directiva 1999/70/CE, poniendo de relieve que, en su tramitación, las alegaciones del Estado español no habían satisfecho a la Comisión Europea.

9. Por escrito registrado el día 23 de enero de 2015, el Ministerio Fiscal formuló sus alegaciones. Tras exponer los antecedentes del caso, señala que, en un supuesto similar, el Tribunal Constitucional ha dictado Sentencia de fecha 18 de diciembre de 2014, en la que ha procedido a desestimar el recurso de amparo núm. 4007-2012, al considerar que la Sentencia entonces recurrida había exteriorizado los criterios jurídicos que fundamentaban su decisión, sin incurrir en arbitrariedad o irrazonabilidad. En el caso ahora enjuiciado, y aunque dice echar de menos que las Sentencias de instancia y apelación hubieran incluido un discurso argumentativo en la línea recomendada en los apartados 72 a 74 STJUE de 8 de septiembre de 2011 respecto a la naturaleza de la función desempeñada como funcionario interino y la del puesto a que aspiraba, el Fiscal considera que, de conformidad con la citada Sentencia del Tribunal Constitucional, cabe constatar que la sentencia de apelación ofrece una motivación suficiente desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el diferente trato que merece la antigüedad devengada como funcionario interino y la consolidada como funcionario de carrera: se explican suficientemente las razones de la solución ofrecida y se considera que ésta no es contraria a la Directiva 1999/70/CE y a la STJUE de 8 de septiembre de 2011. En cuanto al no planteamiento de la cuestión prejudicial por el órgano judicial, el Fiscal se apoya también en la indicada STC de 18 de diciembre de 2014, así como en el contenido de la STC 58/2004 (FFJJ 9 y 10), y finalmente pone de relieve que, tanto en su sentencia como en el Auto resolutorio del incidente de nulidad, el Tribunal Superior de Justicia descarta la existencia de dudas interpretativas y explica la solución a la que llega por las razones que señala, que no cabe tachar de arbitrarias o incursas en error patente, respetando así el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la demandante de amparo.

Asimismo recuerda que la referida Sentencia constitucional descarta también la vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías del art. 24.2 CE, en la medida en que si al órgano judicial no le asaltaban dudas, no cabía formularle censura alguna en sede constitucional por no haber planteado cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En línea también con lo dicho en la STC de 18 de diciembre de 2014, considera que, en relación con el Auto de 14 de enero de 2014, debe decaer la queja de la demandante sobre «lo críptico de la fundamentación». Finalmente, en cuanto a la denuncia de la vulneración al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), recuerda que la Sentencia constitucional procede a su desestimación, una vez afirmada la motivación de la resolución por la Sala de apelación y la inexistencia de dudas sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial.

Por todo lo dicho, el Fiscal concluye que procede desestimar el presente recurso de amparo por no haberse producido la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión y al juez ordinario predeterminado por la ley (arts. 24.1 y 24.2 CE).

10. Por providencia de 21 de mayo de 2015 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 25 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La demanda de amparo se dirige contra la Sentencia de 24 de octubre de 2013, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla), en cuya virtud se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm.

11 de Sevilla, en el procedimiento abreviado núm. 417-2011. Asimismo, la demanda también se interpone contra el Auto de 14 de enero de 2014, que desestima el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la citada Sentencia.

Para la demandante, las decisiones judiciales combatidas lesionan el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocido en el art. 24.1 CE, así como su derecho al proceso debido. En síntesis, sostiene que las resoluciones dictadas han inaplicado la doctrina recogida en la STJUE de 8 de septiembre de 2011, en relación con el alcance y contenido de la cláusula cuatro, apartado cuarto, de la Directiva 1999/70. Por ello, entiende que el órgano judicial ha incurrido en error manifiesto o arbitrariedad al seleccionar la norma aplicable, lo que se traduce en una motivación insuficiente y en un apartamiento del sistema de fuentes preestablecido.

La recurrente también afirma que el órgano judicial lesionó su derecho al juez ordinario predeterminado por ley (art. 24.2 CE). Sustenta este alegato en el hecho de que el Tribunal de apelación no aplicó al caso la doctrina asentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia anteriormente referenciada, ni tampoco planteó cuestión prejudicial ante este organismo, a lo cual estaba obligado de conformidad con lo previsto en el art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.

Para la representación procesal de la Junta de Andalucía el recurso de amparo debe ser desestimado, pues no aprecia vulneración alguna de los derechos fundamentales que se invocan en la demanda. Por un lado, considera que la sentencia resolutoria del recurso de apelación ofrece una motivación suficiente y aplica la doctrina emanada de la STJUE de 8 de septiembre de 2011, sin incurrir en manifiesta arbitrariedad o irrazonabilidad. Por otro lado, considera que el órgano judicial no albergó dudas acerca de la interpretación y aplicación de la normativa de la Unión Europea y, en consecuencia, el hecho de no plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no conculca el derecho de la demandante al juez ordinario predeterminado por la ley. También señala que esta temática relativa a las dudas interpretativas del derecho comunitario que hubieren hecho preciso el planteamiento de la referida cuestión fue ajena al debate procesal, pues hasta la interposición del incidente de nulidad de actuaciones no manifestó la demandante su discrepancia con la interpretación y aplicación de la Directiva 1999/70/CE, a la luz de la STJUE de 8 de septiembre de 2011.

Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa también la desestimación del recurso de amparo, apoyando su conclusión en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2014, dictada en un caso similar.

2. Ciertamente, como apunta el Ministerio Fiscal, el asunto planteado en este recurso de amparo coincide sustancialmente con el resuelto por el Pleno de este Tribunal en la STC 212/2014, de 18 de diciembre. Por ello, sin perjuicio de las adaptaciones necesarias, en el enjuiciamiento de las quejas aquí formuladas habremos de atender a la argumentación y conclusiones establecidas en la citada Sentencia constitucional.

De entrada, antes de abordar lo que propiamente constituye el fondo del presente recurso, conviene detenerse a analizar la alegación formulada por la Letrada de la Junta de Andalucía, que considera que la censura vinculada a la interpretación y aplicación del Derecho comunitario y el no planteamiento de la cuestión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sólo fue suscitada en el incidente de nulidad de actuaciones.

Al respecto, ha de señalarse que, en el caso ahora enjuiciado, el examen de las actuaciones pone de relieve que la hoy recurrente en amparo ya en la demanda de recurso contencioso-administrativo –y después en el escrito de formulación del recurso de apelación– procedió a alegar la aplicación directa de la cláusula cuarta, apartado cuarto, de la Directiva 99/70/CE, haciendo alusión al contenido de las SSTJUE de 22 de diciembre de 2010 y de 8 de septiembre de 2011 (C-177/2010), y considerando que el criterio aplicado por la Administración de la Junta de Andalucía resultaba contrario al Derecho comunitario y su interpretación, apreciación esta que, por el contrario, no fue compartida por las respectivas sentencias de instancia y apelación. Ciertamente, es en el escrito de interposición del incidente de nulidad de actuaciones cuando, vista la interpretación y aplicación de la normativa comunitaria realizada por la sentencia de apelación, la demandante reprocha al Tribunal Superior de Justicia no haber formulado cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, solicitándole su planteamiento. Ahora bien, como ya hicimos en la referida STC 212/2014, de 18 de diciembre, con apoyo en la STJUE de 18 de julio de 2013, C-136/2012 (apartados 28 a 31), debemos recordar que el sistema instaurado por el art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea establece una cooperación directa entre el Tribunal de Justicia y los órganos judiciales nacionales, conforme a un procedimiento ajeno a toda iniciativa de las partes, de ahí que corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente determinar y formular las cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del Derecho de la Unión, que sean necesarias para resolver el litigio principal (FJ 2). Por ello, igual que concluimos en la indicada STC 212/2014, FJ 2, también aquí ha de reiterarse que el hecho de que ninguna de las partes –en especial, la demandante– hubiera instado expresamente el planteamiento de la cuestión prejudicial hasta el incidente de nulidad de actuaciones, en nada empece la admisibilidad del presente recurso de amparo, teniendo en cuenta además que, en este caso y como se ha dicho, la denuncia relativa a la contradicción entre el criterio de la Administración y la interpretación y aplicación del Derecho comunitario ya fue introducida en fase de instancia por la ahora recurrente.

3. Entrando ya en el fondo, y a la vista de los términos en que ha sido planteado el presente recurso de amparo, en primer lugar procede resolver si la decisión adoptada por el Tribunal de apelación contraviene el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en su faceta relativa a la obtención de una resolución motivada y fundada en Derecho (art. 24.1 CE). De acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, este derecho significa: i) que la resolución judicial ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y ii) que la motivación ha de estar fundada en Derecho o, lo que es lo mismo, que sea consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad; ahora bien, como también hemos reiterado, el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que afecte al contenido de otros derechos constitucionales distintos al de tutela judicial efectiva, de ahí que la simple discrepancia de las partes con una resolución judicial, aun fundada en otra interpretación posible de la legalidad aplicada, incluso por plausible que ésta resulte, no convierte el correspondiente razonamiento judicial en arbitrario o manifiestamente irrazonable ni, menos aún, obliga a este Tribunal a elegir entre las interpretaciones posibles cuál es la que debe prevalecer (por todas, STC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 5).

De manera específica, con relación a la decisión del órgano judicial sobre el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la jurisprudencia constitucional ha señalado que tal decisión corresponde, de forma exclusiva e irrevisable, al órgano judicial que resuelve el litigio, no existiendo vulneración alguna de los derechos garantizados por el art. 24.1 CE cuando el Juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre

la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio y decide por ello no plantear la consulta (STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 10). Por ello, en la STC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 6, descartamos que, en el caso allí enjuiciado, la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial por el órgano judicial pudiera lesionar el art. 24.1 CE, dado que la Sentencia recurrida se justificaba en una interpretación de la legalidad ordinaria y de la jurisprudencia aplicables en relación con la ejecución interna del Derecho de la Unión Europea, que estaba razonada y que no resultaba manifiestamente irrazonable o arbitraria, tratándose de una resolución judicial que no podía calificarse a primera vista como no fundada en Derecho, con independencia de su acierto o desacierto últimos, sin que correspondiera a este Tribunal entrar a examinar si otras interpretaciones también posibles debían prevalecer sobre aquélla.

En resumen, y según dijimos en la STC 212/2014, «desde la perspectiva del art. 24.1 CE, el canon de control establecido respecto del planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no difiere del que este Tribunal ha fijado, con carácter general, para las decisiones judiciales que son fruto de la interpretación y aplicación del Derecho al caso concreto» (FJ 3). Consiguientemente, en relación con la temática sobre la que versa el presente recurso, en esta instancia constitucional lo único que nos corresponde ponderar es si las resoluciones judiciales impugnadas están fundadas en Derecho y son fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria.

4. En este juicio cabe empezar por señalar que, en su fundamentación, la Sentencia recurrida en amparo expuso los razonamientos jurídicos que le llevan a declarar que la decisión de la Administración de valorar entre los méritos la antigüedad adquirida únicamente como funcionaria de carrera –y no como interina– no contraviene la Directiva 1999/70 ni la doctrina reflejada en la STJUE de fecha 8 de septiembre de 2011. Asimismo, implícitamente consideró innecesario plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este criterio fue corroborado en el Auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones, en el que de forma explícita se afirma que el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde al órgano jurisdiccional, que no ha advertido dudas interpretativas.

En concreto, los motivos que el Tribunal de apelación aduce en su Sentencia para declarar esa adecuación a la referida Directiva y a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea citada son, en esencia, los siguientes: a) el supuesto de hecho analizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea difiere del actual, pues aquél versaba sobre un proceso de promoción interna en el que la antigüedad como funcionario de carrera no se valoraba como mérito, sino como requisito de acceso para suplir la falta de titulación; b) la existencia de razones objetivas que justifican un tratamiento diferenciado de la antigüedad, tales como el distinto nivel de exigencia en cuanto a la publicidad y méritos valorables en los procesos selectivos para el acceso como funcionarios de carrera y para la provisión de puestos definitivos, frente al exigido para nombramientos provisionales o funcionarios interinos; y c) no puede ser invalidada, como legítima política de personal, aquélla que pretende incentivar a los funcionarios de carrera, valorando de manera significativa la experiencia desarrollada en esa condición y en puestos obtenidos y desempeñados con carácter definitivo.

Esta argumentación expuesta por el órgano judicial coincide en gran medida con la ofrecida en la Sentencia que fue objeto del recurso de amparo resuelto en la ya mencionada STC 212/2014, por lo que, igual que allí (FJ 4), también en el presente procedimiento cabe extraer las siguientes conclusiones en cuanto al carácter motivado y fundado de la resolución recurrida. De un lado, cabe afirmar que la Sentencia dictada por el Tribunal de apelación exterioriza adecuadamente cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión adoptada, de manera que las partes han podido conocer la posición del órgano de enjuiciamiento sobre

la cuestión que ahora nos ocupa. De otro lado, abstracción hecha del juicio que merezcan las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de apelación sobre la incidencia, en el presente caso, de la doctrina recogida en la STJUE de 8 de septiembre del 2011, lo cierto es que los argumentos expuestos sobre tal cuestión no incurren en arbitrariedad ni adolecen de falta de razonabilidad, pues, al fin y al cabo, la referida argumentación explícita de manera suficiente las consideraciones de índole jurídica que sustentan la decisión finalmente adoptada por el órgano judicial, para quien la desestimación de lo pretendido por la demandante no contraviene lo estatuido por la Directiva 1999/70 ni la doctrina enunciada en la reiterada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Debemos insistir en que a este Tribunal no le corresponde pronunciarse sobre el eventual acierto de la decisión finalmente adoptada, ni tampoco alumbrar otras interpretaciones que pudieran resultar más plausibles. Los órganos judiciales son los únicos competentes, ex art. 117.3 CE, para resolver sobre las materias de estricta legalidad ordinaria.

De manera específica, tampoco cabe admitir la queja de la demandante relativa a la insuficiencia de motivación del Auto de 14 de enero de 2014, por el que se resuelve el incidente de nulidad de actuaciones, dado que en él, de forma sucinta, pero suficiente, se explican las razones de la decisión judicial de desestimar el citado incidente.

En consecuencia, hemos de concluir que la fundamentación ofrecida por el Tribunal de apelación no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocido en el art. 24.1 CE.

5. En conexión con la anterior conclusión, y atendiendo de nuevo a lo dicho en la reiterada STC 212/2014 (FJ 5), también hemos de rechazar que exista vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE). De acuerdo con la doctrina constitucional antes expuesta, el órgano judicial es competente para valorar la eventual aplicación de la normativa de la Unión Europea al caso concreto, de manera que si a dicho órgano no le asaltan dudas sobre ese particular, en esta sede constitucional no cabe formular censura alguna por no plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, salvo por deficiencias de motivación. Pues bien, en el presente caso, ya se ha dicho que el Tribunal de apelación argumentó motivadamente que el hecho de no valorar en el procedimiento de promoción interna la antigüedad que la demandante consolidó como funcionaria interina no contraviene la doctrina enunciada en la STJUE de 8 de septiembre de 2011, sin que conste que dicho órgano hubiera tenido dudas sobre la necesidad de plantear cuestión prejudicial sobre ese aspecto; muy al contrario, en el Auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones se afirma de manera explícita que el órgano jurisdiccional no ha advertido dudas interpretativas al respecto. Por ello, no es dable apreciar la vulneración de ninguna garantía esencial del proceso debido.

Otro tanto cumple decir respecto del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), cuya vulneración denuncia la demandante. Los argumentos hasta ahora expuestos sirven ya para desechar esa queja. Además, a mayor abundamiento y como también indicamos en la STC 212/2014 (FJ 5), no resulta ocioso traer a colación nuestra doctrina sobre el contenido y alcance del derecho fundamental enunciado, que según hemos afirmado «exige, fundamentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional» (por todas, STC 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 5). En atención a la doctrina expuesta, es patente que el hecho de no haber planteado cuestión prejudicial queda extramuros de la garantía cuya lesión invoca la demandante.

Descartadas, pues, las diferentes lesiones de los derechos fundamentales denunciadas en esta sede constitucional, procede desestimar el amparo solicitado.

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 el recurso de amparo interpuesto por doña María Elena Mariscal del Castillo.

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

Dada en Madrid, a veinticinco de mayo de dos mil quince.–Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Firmado y rubricado.

Sala Primera. Sentencia 100/2015, de 25 de mayo de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 1629-2014. Planteada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife, en relación con el artículo 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales: extinción, por pérdida de objeto, de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 83/2015).

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García y don Juan Antonio Xiol Ríos, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1629-2014 promovida por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife, en relación con el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Ha comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado. Ha intervenido el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Santiago Martínez-Vares García, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 18 de marzo de 2014 se registró en este Tribunal Constitucional un oficio del Juzgado de lo Social núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife, fechado el 11 de marzo de 2014, al que se acompañaba, junto al testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto de ese

mismo órgano judicial de 10 de marzo de 2014, por el que se acordaba plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (convalidado por el Congreso de los Diputados ex art. 86.2 CE en su sesión de 19 de julio de 2012), por posible vulneración de los arts. 9.3 y 33.3 CE.

2. Los antecedentes de hecho del planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad son los siguientes:

a) Al Juzgado de lo Social núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife le fue turnada demanda de conflicto colectivo interpuesta por la federación de servicios públicos de la Unión General de Trabajadores de Canarias (FSP-UGT), que dio lugar a los autos núm. 25-2014. La citada organización sindical pretendía en su demanda que se declarase el derecho de los trabajadores del Instituto de Astrofísica de Canarias a percibir la cuantía íntegra de la paga extraordinaria de diciembre de 2012, condenando a la demandada al abono íntegro de la misma; subsidiariamente, pretendían que no se descontase de la paga extra de diciembre la parte ya devengada cuando entró en vigor el Real Decreto-ley 20/2012. Asimismo solicitaban con carácter subsidiario que se reconociera y declarara que la privación de la paga extraordinaria de diciembre o equivalente, da derecho a los trabajadores afectados a ser indemnizados conforme a los arts. 33.3 y 106.2 CE.

b) Concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, por providencia de 7 de febrero de 2014 del Juzgado, se acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que alegasen sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 2 del citado Real Decreto-ley 20/2012, por posible vulneración de los arts. 9.3 y 33.3 CE, en la medida en que la supresión de la totalidad de la paga extraordinaria de diciembre de 2012, «sin excepcionar la parte proporcional de la misma devengada hasta el momento de entrada en vigor del Real Decreto- Ley 20/2012, podría considerarse una norma retroactiva restrictiva de derechos individuales y una expropiación forzosa de un derecho patrimonial sin verse acompañada de la correspondiente indemnización».

c) Por escrito registrado el 13 de febrero de 2014, la federación de servicios públicos de la Unión General de Trabajadores de Canarias (FSP-UGT), estimó pertinente el planteamiento de la cuestión. Con fecha 20 de febrero de 2014, se presentó escrito del Ministerio Fiscal en el que se afirmaba que se daban los requisitos procesales suficientes para plantear la cuestión, sin entrar en el fondo de la misma. Finalmente el Abogado del Estado, en representación del Instituto de Astrofísica de Canarias, se opuso al planteamiento de la cuestión por escrito registrado el 5 de marzo de 2014.

d) Por Auto de 10 de marzo de 2014, el Juzgado de lo Social núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

3. En el Auto de 10 de marzo de 2014, el Juzgado de lo Social núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife considera que el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 podría vulnerar el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales que garantiza el art. 9.3 CE, en relación con el art. 33.3 CE, con fundamento en los razonamientos que a continuación se resumen:

a) Tras una síntesis de los antecedentes de hecho y la transcripción del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, se señala que está claro que tal disposición cuando establece la supresión del pago de la totalidad de la paga extraordinaria del mes de diciembre del año 2012 para el personal laboral del sector público, no hace excepción alguna de la parte proporcional que en su caso ya pudiera haberse devengado. Afirma que una reiterada jurisprudencia, que no puede ser desconocida por el legislador sin motivos justificados de interés general, configura la paga extraordinaria como de devengo diario y cobro aplazado, de modo que no puede dejarse retroactivamente sin efecto tal jurisprudencia, sin mediar la indemnización adecuada conforme al art. 33.3 CE, al afectar la retroactividad a derechos de contenido patrimonial concreto.

Considera que cabría entender que el precepto cuestionado reduce las percepciones del personal del sector público pendientes de devengo y abono, pero no fijando (para el personal que cobra dos pagas extraordinarias al año) un determinado porcentaje de reducción (porcentaje que, en cambio, si se fija para el personal sin pagas extraordinarias, con pagas extras prorrateadas por meses, o con más de dos pagas extras anuales), sino remitiéndose en cuanto al importe (de la reducción) al equivalente a la paga extraordinaria de diciembre de 2012. Sostiene que así entendido, no se produciría una supresión de una paga extraordinaria incluyendo las partes proporcionales ya devengadas, sino una reducción de las retribuciones de 2012 pendientes de devengarse con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, y el no abono de la paga extraordinaria en el mes correspondiente de pago sería simplemente, una forma de ejecutar esa reducción. Esa interpretación, que a juicio del Magistrado proponente haría el precepto conforme con los arts. 9.3 y 33.3 CE, sin embargo, no se aviene con la regulación positiva que se refiere a la supresión durante el año 2012 de la «paga extraordinaria del mes de diciembre y la paga adicional de complemento específico o pagas adicionales equivalentes del mes de diciembre».

Por todo lo expuesto, el Juzgado de lo Social núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife concluye que el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, en su aplicación al personal laboral del sector público, ha podido vulnerar el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales previsto en el art. 9.3 CE, en relación con el art. 33.3 de la Constitución respecto a la supresión de un derecho patrimonial sin compensación adecuada.

4. Por providencia de 6 de mayo de 2014, el Pleno de este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, deferir a la Sala Primera, el conocimiento de la misma conforme al art. 10.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y dar traslado de la demanda y documentos presentados al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, a través del Ministro de Justicia, y al Fiscal General del Estado, para que en el improrrogable plazo de quince días pudieran personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimasen convenientes (art. 37.3 LOTC). Asimismo se ordenó, de un lado, comunicar esa resolución al Juzgado de lo Social núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife a fin de que, de conformidad con el art. 35.3 LOTC, permaneciese suspendido el proceso hasta que este Tribunal resolviese definitivamente la presente cuestión, y de otro lado, publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado», lo que se llevó a efecto en el núm. 116, de 13 de mayo de 2014, concediendo un plazo de quince días a partir de la publicación del referido edicto para que, de conformidad con lo establecido en el art. 37.2 LOTC, quienes fuesen parte en el conflicto colectivo núm. 25-2012, seguido ante el Juzgado de lo Social núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife, pudieran personarse ante este Tribunal.

5. Mediante escrito presentado en el registro general de este Tribunal el 19 mayo de 2014, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó la decisión de la Mesa de esa Cámara

de personarse en el presente proceso constitucional, ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. Mediante escrito presentado en el registro general de este Tribunal el 11 de mayo de 2014, el Presidente del Senado comunicó la decisión de la Mesa de esa Cámara de personarse en el presente proceso constitucional, ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

7. Por escrito registrado en este Tribunal el 20 de mayo de 2014, el Fiscal General del Estado evacuó el trámite de alegaciones, solicitando la declaración de inconstitucionalidad del precepto cuestionado, por considerarlo contrario al principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales que garantiza el art. 9.3 CE.

Coincidiendo con lo expuesto en el Auto de planteamiento de la cuestión, considera el Fiscal que los derechos retributivos de los trabajadores están integrados en la «esfera general de protección de la persona» que contempla este Tribunal como límite a la eficacia de la norma retroactiva, en concreto, se enmarcarían dentro del derecho al trabajo y a la remuneración suficiente que prevé el art. 35.1 CE. En este sentido prosigue diciendo que si bien no llegan a comprometerse en este caso derechos fundamentales o libertades públicas, sí que se ven concernidos derechos individuales que son expresión directa de la esfera general de protección de la persona. Además, afirma que la idea de sanción resultará robustecida en este caso desde el momento en que se pretende extraer del patrimonio de los ciudadanos y sin indemnización, un bien o un derecho del que ya dispone.

Llegados a este punto, pasa a analizar si la norma cuestionada contiene un grado de retroactividad permitido por el art. 9.3 CE a la luz de la doctrina constitucional que se sintetiza. Y llega a la conclusión de que resulta obvia la supresión por la norma de un efecto jurídico ya agotado, en tanto derecho incorporado definitivamente al patrimonio de los trabajadores, a quienes la aplicación retroactiva de la norma obligaría a la devolución de parte de los salarios ya percibidos, pues como afirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las gratificaciones extraordinarias se devengan día a día. A la vista de la interpretación de la legalidad ordinaria por el máximo órgano jurisdiccional a quien compete dicha función, resulta evidente, a juicio del Fiscal General del Estado, que las pagas extraordinarias se devengan día a día, incorporándose cada jornada al patrimonio del trabajador, y ello con independencia de que su efectiva percepción tenga lugar en el último mes del período (salario devengado pero de percepción diferida). De este modo, sostiene que la privación de la cantidad correspondiente a dicho período supondría la restricción injustificada de un derecho individual que como tal prohíbe el art. 9.3 CE. Además, entiende que el criterio del Auto de planteamiento tendría el respaldo de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2013 (caso N.K.M. v. Hungría), que declaró la vulneración del art. 1 del protocolo núm. 1 anexo al Convenio por un acto de privación de la cuantía de una indemnización (cantidad devengada pero no percibida) por cese a una funcionaria, señalándose que «los bienes» en el sentido del citado art. 1 son «bienes existentes» o activos, en los que el solicitante puede tener por lo menos una «expectativa legítima» de que esta se realizará. Y entiende que en el caso ahora examinado sí existía esa expectativa legítima conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al tratarse de cantidades de devengo diario.

Prosigue diciendo que, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional no rechaza la posibilidad de una actuación extraordinaria por parte de los poderes públicos para que, en atención a la excepcionalidad de determinadas circunstancias o exigencias del bien común, pueda dotarse de eficacia retroactiva máxima a una normativa privativa de derechos. Sin embargo, tal hipótesis no puede suponer un aval genérico para

que con esa excusa el poder público pueda conducirse apartándose de una expresa previsión legal, añadiéndose que el art. 33 CE impide la expropiación de bienes o derechos por causa de utilidad pública o interés social si no se acompaña de un justiprecio. Entiende, en suma, que los compromisos meramente posibilistas contemplados en la norma relativos a genéricas aportaciones a futuros fondos carecen de la mínima concreción para que les alcance el calificativo de justo precio debido. Es más, aquellas intenciones parcialmente reparadoras se refieren a la supresión de las cantidades a devengar a lo largo de todo el semestre y no específicamente al período al que se concreta la cuestión de inconstitucionalidad, en tanto que se centra exclusivamente en el periodo ya devengado, y en concreto, en el transcurrido durante las fechas comprendidas entre la correspondiente al inicio del cómputo del devengo de la paga extraordinaria y la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012 (15 de julio de 2012).

El Fiscal General del Estado concluye sus alegaciones precisando que en el Auto de planteamiento no se cuestiona todo el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 sino sólo su apartado 2.2, ya que es el que resulta aplicable para resolver el pleito sometido al conocimiento del Juzgado de lo Social núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife (referido en exclusiva a personal laboral y no a personal funcionario o estatutario). Asimismo, en cuanto a los efectos de la hipotética declaración de inconstitucionalidad, se indica que tratándose de un supuesto de retroactividad máxima en relación con derechos ya integrados en el patrimonio de sus titulares, el efecto en caso de una declaración de inconstitucionalidad habría de limitarse al período ya mencionado comprendido entre las fechas del 1 y el 15 de julio de 2012.

8. Por escrito registrado en este Tribunal el 30 de mayo de 2014, el Abogado del Estado se personó en el presente proceso constitucional y formuló las alegaciones que a continuación se sintetizan. Comienza señalando que aunque el Auto de planteamiento cuestiona la totalidad del extenso art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, sin embargo se refiere en realidad solo al apartado 2.2 del art. 2, es decir, a la aplicación de la supresión de la paga extraordinaria de diciembre al personal laboral del sector público. Además, precisa que no se cuestiona genéricamente la referida supresión, sino que tan solo se reprocha al legislador el que no haya incluido una disposición transitoria por la cual se hubiera exceptuado de la mencionada supresión la parte proporcional de la paga extraordinaria que se entiende devengada del 1 al 15 de julio, fecha esta última de entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012. En definitiva, entiende que lo que se plantea es una inconstitucionalidad por omisión y que la consecuencia que podría derivarse, no sería la declaración de inconstitucionalidad del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, sino simplemente la de imponer al legislador, con respecto a su libertad de configuración, el establecimiento de una expresa excepción a la supresión de la paga extraordinaria de Navidad (la correspondiente a la parte proporcional de los días 1 al 15 de julio de 2012).

Precisado lo anterior, el Abogado del Estado pasa a contestar los puntos argumentales del Auto de planteamiento, y comienza negando que nos encontremos ante una «disposición sancionadora no favorable o restrictiva de derechos individuales» en el sentido del art. 9.3 CE. Indica, que una norma que aspira a la contención del gasto de personal (como principal componente del gasto público) no es ni una norma sancionadora, ni una norma restrictiva de derechos en el sentido constitucional de la expresión. Tampoco el art. 35.1 CE (derecho a una remuneración suficiente) comprendería el derecho al «mantenimiento» de una determinada retribución con independencia de la coyuntura económica, ni permitiría afirmar que una reducción salarial es una norma constitucionalmente restrictiva de derechos en el sentido del art. 9.3 CE.

Subsidiariamente, para el caso de que este Tribunal apreciase que sí nos encontramos ante una «disposición restrictiva de derechos individuales», el Abogado del Estado niega que la norma cuestionada establezca una retroactividad proscrita por el art. 9.3 CE. En este sentido, señala que, de acuerdo con la doctrina constitucional sólo la retroactividad «auténtica o de grado máximo» (que supone la incidencia sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas) está incluida en la prohibición de ese precepto constitucional, no estándolo, por el contrario, la retroactividad «impropia o de grado medio» (que incide en situaciones jurídicas actuales aún no concluidas), pero que puede tener relevancia constitucional desde la perspectiva de la protección de la seguridad jurídica. Pues bien, según el Auto de planteamiento, la cuestión radica en determinar si el derecho a la paga extraordinaria de Navidad, en cantidad proporcional a los días 1 al 15 de julio, «estaba ya consolidado, asumido e integrado en el patrimonio de los trabajadores cuando entró en vigor» el Real Decreto-ley 20/2012, o si, por el contrario, se trataba de una expectativa de derecho o de un derecho futuro o condicionado.

Para el Abogado del Estado resulta evidente que una determinada interpretación jurisprudencial de un precepto legal no puede erigirse en parámetro de constitucionalidad de otra norma de rango legal, o lo que es lo mismo, no puede pretenderse la inconstitucionalidad de esta última sobre la base del modo en que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha configurado una determinada partida salarial. Al contrario, es la jurisprudencia la que tiene que adaptarse a lo que disponga el legislador. Prosigue diciendo que el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 ha entendido, precisamente, que las gratificaciones extraordinarias se devengan en el momento del pago; concepción esta, por otro lado, perfectamente conforme con los arts. 26 y 31 de la Ley del estatuto de los trabajadores, así como con la doctrina de este Tribunal Constitucional en relación con los tributos de hecho imponible duradero (y respecto de los que el legislador puede modificar algunos aspectos por medio de disposiciones legales dictadas precisamente durante el período impositivo en el que deben surtir efectos) de los que se ha dicho que se estaría afectando a hechos imponibles aún no consumados (STC 176/2011, de 8 de noviembre). Trasladando esa doctrina a la legislación laboral, cabe entender que las gratificaciones extraordinarias se generan en un período determinado, si bien no surten efecto ni se incorporan propiamente al patrimonio del trabajador hasta el momento en que deben abonarse, por lo que el legislador puede modificarlas durante el período de generación. En suma, entiende el Abogado del Estado que no hay en este caso una eficacia retroactiva, dado que el Real Decreto-ley 20/2012 incide sobre una paga extraordinaria que todavía no se ha percibido.

Seguidamente sostiene el Abogado del Estado que aún en el caso de que se considerase que la norma supone una retroactividad auténtica, concurrirían excepcionales circunstancias de interés público que la justificarían. Recuerda en este sentido que, de conformidad con la doctrina constitucional (STC 173/1996, de 31 de octubre) y con la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 26 de abril de 2005), pueden reputarse conforme a la Constitución modificaciones con cualquier grado de retroactividad cuando existieran claras exigencias de «interés público». Aplicando tal doctrina al presente caso, considera que la medida cuestionada encontraría su justificación en un interés público relevante, como lo es el de la necesidad de realizar fuertes ajustes presupuestarios en el marco de una crisis económica sin precedentes, siendo la reducción de las retribuciones prevista en el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 una medida extraordinaria de contención de gastos de personal que tiene por finalidad contribuir a la consecución del inexcusable objetivo de estabilidad presupuestaria derivado del marco constitucional y de la Unión Europea.

En tal sentido, se hace referencia a lo indicado al respecto en el preámbulo y exposición de motivos del Real Decreto-ley 20/2012 y en el debate de convalidación de la norma, así como a los datos ofrecidos en los sucesivos informes anuales del Banco de España de 2008, 2009,

2010 y 2011. También se señala que este Tribunal no se ha mostrado ajeno a la gravedad de la crisis económica que atraviesa la zona euro, habiéndose hecho eco de la profunda crisis presupuestaria en diversas resoluciones (singularmente, entre otros, en el ATC 160/2011, de 22 de noviembre). Teniendo en cuenta todo lo anterior, se afirma que en la senda de consolidación fiscal pactada con los órganos de la Unión Europea, España se ha visto obligada a una fuerte reducción del déficit del 8,9 por 100 en 2011 al 6,3 por 100 del PIB en 2012, lo que ha exigido adoptar importantes medidas de reducción del gasto público. Se recuerda, asimismo, que la estabilidad presupuestaria es un principio constitucional que vincula a todos los poderes públicos y, en fin, que el análisis de la norma cuestionada ha de partir del contexto recesivo descrito.

No comparte el Abogado del Estado que el precepto infrinja el art. 33.3 CE. Con cita de la STC 227/1988, de 29 de noviembre, sostiene que no existe una privación singular de un derecho adquirido, sino un aplazamiento en el pago y una regulación general para todos los empleados públicos que precisa la configuración legal de las gratificaciones extraordinarias, que no está sujeta a garantía de indemnización prevista en el art. 33.3 CE. Insistiendo en que incluso en el supuesto que se entendiera lo contrario, el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 establece la compensación fijada en su apartado cuarto, sobre el que ninguna consideración realiza el Auto de planteamiento. Por todo ello, se interesa la desestimación de la cuestión.

9. Por providencia de 21 de mayo de 2015 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 25 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Social núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, precepto que, en lo que aquí importa, dispone para el personal del sector público definido en el art. 22.1 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de presupuestos generales del Estado para 2012, la supresión de la paga extraordinaria (o equivalente) del mes de diciembre de 2012. En síntesis, el Juez entiende que el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, en su aplicación al personal laboral del sector público, puede vulnerar el principio constitucional de interdicción de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE), al no contemplar excepción alguna respecto de las cuantías ya devengadas al momento de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012 (esto es, desde el 1 al 14 de julio de 2012).

En los términos en que han sido recogidos en los antecedentes de esta Sentencia, el Fiscal General del Estado coincide con el juicio de inconstitucionalidad formulado por el Auto de planteamiento de la cuestión, por lo que interesa la estimación de la misma, mientras que el Abogado del Estado solicita su desestimación.

2. Con carácter previo al análisis de la cuestión planteada conviene realizar una serie de precisiones para acotar debidamente el objeto de la misma y el alcance de nuestro enjuiciamiento.

a) Así, en primer lugar, resulta obligado advertir, en consonancia con lo manifestado en sus alegaciones respectivas por el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado, que si bien el Juzgado de lo Social núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife plantea la cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 en su integridad, lo cierto es que de los razonamientos que se contienen en el Auto de planteamiento se infiere sin dificultad

que no se cuestiona todo el precepto sino sólo «en su aplicación al personal laboral del sector público» (como se precisa expresamente en la parte dispositiva del Auto). Ello se conecta lógicamente con el juicio de relevancia, correctamente expresado por el órgano judicial, pues la cuestión de inconstitucionalidad trae causa de un proceso de conflicto colectivo promovido por la federación de servicios públicos de la Unión General de Trabajadores de Canarias con motivo de la supresión, por aplicación de las previsiones contenidas en el Real Decreto-ley 20/2012, de la paga o gratificación extraordinaria de diciembre de 2012 al personal laboral del Instituto de Astrofísica de Canarias, proceso en el que lo pretendido por los demandantes con carácter subsidiario a la pretensión principal (referida a que no se aplique en esta empresa la medida de supresión de la paga extra de diciembre de 2012) es justamente que se declare el derecho de los trabajadores de dicho organismo público a percibir la parte proporcional de la paga extra de diciembre de 2012 que consideran ya devengada al momento de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, porque, de acuerdo con el art. 9.3 CE en relación con el art. 33.3 CE, no cabe que la supresión de esa paga extra por el Real Decreto-ley 20/2012 tenga efectos retroactivos.

De este modo, en los términos que ha sido planteada, la presente cuestión de inconstitucionalidad debe entenderse referida al apartado 1 del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, que establece la reducción de retribuciones en 2012 para todo el personal del sector público definido en el art. 22.1 de la Ley 2/2012, de presupuestos generales del Estado para 2012, como consecuencia de la supresión de la paga o gratificación extraordinaria de diciembre de 2012, y al apartado 2.2 del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, que se refiere específicamente a la supresión de la paga o gratificación extraordinaria de diciembre de 2012 o equivalente al personal laboral del sector público.

b) Por otra parte debe tenerse en cuenta que no se cuestiona por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife la medida de supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 en sí misma considerada (que es la pretensión principal que se deduce por los demandantes en el proceso a quo, como se ha dicho), sino sólo en cuanto su aplicación haya podido suponer la infracción del principio de irretroactividad establecido en el 9.3 CE en relación con el art. 33.3 CE, al no contemplar excepción alguna respecto de las cuantías que se entienden ya devengadas de dicha paga extra (en concreto, catorce días del mes de julio de 2012) a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012 (que tuvo lugar el 15 de julio de 2012, conforme a su disposición final decimoquinta), ni fijar indemnización alguna por la supresión de un derecho patrimonial. A esta concreta duda de constitucionalidad (planteada a partir de la pretensión subsidiaria en el proceso a quo) deberá, pues, ceñirse nuestro enjuiciamiento.

3. Delimitado el alcance de nuestra decisión, debemos remitirnos a lo dicho recientemente en nuestra STC 83/2015, de 30 de abril, sobre la posible pérdida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, como consecuencia de lo establecido en la disposición adicional duodécima de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2015, que bajo el epígrafe «recuperación de la paga extraordinaria y adicional del mes de diciembre de 2012», establece, en su apartado 1, que cada Administración pública, en su ámbito, podrá aprobar el abono de cantidades en concepto de recuperación de los importes efectivamente dejados de percibir como consecuencia de la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 por aplicación del Real Decreto-ley 20/2012, siendo esas cantidades equivalentes a la parte proporcional correspondiente a los primeros cuarenta y cuatro días de la paga extraordinaria suprimida; y en su apartado 2 dispone las reglas para el abono de dichas cantidades al personal del sector público estatal (entre el que se encuentran los trabajadores del Instituto de Astrofísica de Canarias), previsiones cuya aplicación efectiva se ha llevado a cabo en el ámbito del sector público estatal conforme a las instrucciones

contenidas en la resolución conjunta de las Secretarías de Estado de Presupuestos y Gastos y de Administraciones Públicas de 29 de diciembre de 2014 (publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 2 de enero de 2015), en la que se precisa que «el reconocimiento del derecho a recuperar las cantidades dejadas de percibir se produce por imperativo de la propia Ley de presupuestos generales del Estado para 2015 y produce sus efectos a partir de este último año, por lo que todas las cantidades que se reconozcan en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional constituyen percepciones correspondientes al ejercicio de 2015».

En el presente caso, ha de estarse a lo dispuesto en el apartado III de la referida instrucción, que contiene las reglas aplicables al personal laboral del sector público estatal al que no le resulte de aplicación el III convenio colectivo único del personal laboral al servicio de la Administración general del Estado, pues en esta situación se encuentra el personal incluido en el ámbito de aplicación del convenio del Instituto Astrofísico de Canarias, según resulta del párrafo segundo del apartado segundo del art. 1 del III convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración general del Estado, publicado por resolución de 3 de noviembre de 2009 («BOE» núm. 273, de 12 de noviembre de 2009), al que le es de aplicación el I convenio colectivo de la empresa Instituto Astrofísico de Canarias, publicado por resolución de 19 de abril de 2004 («Boletín Oficial de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife», núm. 66, de 21 de mayo de 2004).

En el fundamento jurídico tercero, de la STC 83/2015, tras recordar la reiterada doctrina constitucional sobre los efectos extintivos del objeto del proceso constitucional en las cuestiones de inconstitucionalidad, como consecuencia de la derogación o modificación de la norma legal cuestionada, pusimos de manifiesto que, era innegable la incidencia que tenía la medida contenida en la disposición adicional duodécima de la Ley 36/2014, de presupuestos generales del Estado para 2015 sobre la pretensión deducida en el pleito a quo, «que afecta de modo determinante a la subsistencia del presente proceso constitucional, dada la estrecha vinculación existente entre toda cuestión de inconstitucionalidad y el procedimiento judicial de que dimana.»

En la presente cuestión de inconstitucionalidad se plantea si la supresión del derecho de los trabajadores del Consorcio Público de Gestión —Instituto de Astrofísica de Canarias— a percibir la parte proporcional (en concreto, catorce días) de la paga extra de diciembre de 2012, por entenderse ya devengada al momento de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, contraviene el art. 9.3 CE, en relación con el art. 33.3 CE. En esos términos planteada la cuestión es obligado concluir como hicimos en la STC 83/2015 que «la recuperación por esos trabajadores de la parte proporcional correspondiente a los primeros 44 días de la paga extra de diciembre de 2012, en virtud de lo establecido en la citada disposición adicional duodécima de la Ley 36/2014, de Presupuestos Generales del Estado para 2015, supone la satisfacción extraprocesal de la pretensión deducida en el proceso laboral sobre la que se articula la presente cuestión. Esto la hace perder su objeto, al ser tal satisfacción extraprocesal uno de los posibles supuestos de extinción de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 6/2010, FJ 2; AATC 945/1985, de 19 de diciembre; 723/1986, de 18 de septiembre; y 485/2005, de 13 de diciembre).» (FJ 3).

Conforme a lo expuesto, la regulación contenida en la citada disposición adicional duodécima de la Ley 36/2014, de presupuestos generales del Estado para 2015, determina la extinción de la presente cuestión de inconstitucionalidad, pues, «aun cuando el enjuiciamiento constitucional de la norma cuestionada sigue siendo posible y esta plantea un problema constitucional de interés, ya no se trataría de un juicio de constitucionalidad en concreto, al que se refiere el art. 163 CE, sino en abstracto, sin efectos para el caso, lo que resulta improcedente en toda

cuestión de inconstitucionalidad» (por todas, STC 6/2010, FJ 3; y en el mismo sentido AATC 340/2003, de 21 de octubre, FJ único; y 75/2004, de 9 de marzo, FJ único).

FALLO

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

Ha decidido

Declarar la extinción de la presente cuestión de inconstitucionalidad número 1629-2014, por desaparición sobrevenida de su objeto.

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

Dada en Madrid, a veinticinco de mayo de dos mil quince.–Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Firmado y rubricado.

Sala Segunda. Sentencia 101/2015, de 25 de mayo de 2015. Recurso de amparo 3874-2014. Promovido por don Jean Basile Catris, sucedido procesalmente por doña Sofía Rossomolinos Ep Catris, respecto de las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial de Madrid en proceso de liquidación de sociedad de gananciales. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (resolución fundada en Derecho): Sentencia que establece una presunción de ganancialidad del bien controvertido (STC 102/2014).

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 Narvárez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3874-2014, promovido por don Jean Basile Catris, sucedido procesalmente por doña Sofía Rossomolinos Ep Catris en su condición de administradora de la herencia del demandante, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Manglano Thovar y asistida por la Abogada doña Isabel Winkels Arce, contra la providencia de 12 de mayo de 2014 dictada por la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, recaída en recurso de apelación núm. 813-2013, por la que se inadmite a trámite el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, y contra la Sentencia de la misma Sección de fecha 31 de marzo de 2014, que estimaba en parte el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alcobendas en fecha 14

de febrero de 2013. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Juan José González Rivas, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 18 de junio de 2014, la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Manglano Thovar, en nombre y representación de Jean Basile Catris, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se citan en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del recurso, son, en síntesis, los siguientes:

a) El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alcobendas, en el juicio verbal núm. 780-2012, dictó Sentencia en fecha 14 de febrero de 2013, estimando en lo sustancial la demanda promovida por el hoy recurrente contra su esposa, doña Carla Amar Villar, y declaró que procedía la liquidación de la sociedad de gananciales de ambos litigantes, sin incluir en el activo de la misma, por considerarlo un bien privativo del marido, una finca rústica en Lozoyuela.

b) Frente a dicha Sentencia, se interpuso recurso de apelación por doña Carla Amar Villar, tramitado con el núm. 813-2013 en la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó Sentencia en fecha 31 de marzo de 2014, en la que estimaba el recurso e incluía la referida finca de Loyozuela en el activo de la sociedad de bienes gananciales.

c) Por escrito, presentado en fecha 6 de mayo de 2014, la representación procesal de don Jean Basile Catris planteó incidente de nulidad de actuaciones contra la citada Sentencia. En su escrito denunciaba la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su manifestación del derecho a una resolución fundada en derecho, al entender manifiestamente irrazonable la decisión, puesto que se afirmaba un engaño a la esposa en la adquisición de la finca controvertida a partir de una donación del dinero con el que se pagó el precio de la compraventa que hicieron los padres a su hijo (el demandante), lo que es absolutamente legal, sin que se explique en qué consiste el engaño.

d) Este incidente fue inadmitido por providencia de 12 de mayo de 2014, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Dada cuenta del escrito presentado por la Procuradora doña Paloma Manglano Thovar, en nombre y representación de don Jean Basile Catris promoviendo Incidente de nulidad de actuaciones contra la Sentencia dictada el 31 de marzo de 2014, y no ha lugar a su admisión a trámite.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno, de conformidad con lo establecido en el artículo 228 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

3. En su demanda de amparo, el recurrente aduce que se ha vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), lesión que imputa a la providencia de fecha 12 de mayo de 2014, en su manifestación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, así como a la Sentencia de fecha 31 de marzo de 2014, en este caso por ser manifiestamente irrazonable la motivación de la decisión.

En la primera alegación, la que se dirige contra la providencia que resolvió el incidente de nulidad, el recurrente, tras invocar la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de admisibilidad del incidente de nulidad, afirma que aquella ha fluctuado de un primer momento histórico en que no concebía el Tribunal la providencia de inadmisión como posible portadora de una lesión autónoma, sino anclada en la propia vulneración del derecho que se alegara en el incidente de nulidad, y una segunda fase que comenzaría con la STC 107/2011, de 20 de junio, en el que parece acogerse el criterio de la autonomía de la propia motivación del rechazo del incidente como capaz por sí solo de generar la violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Como consecuencia de estas afirmaciones, el recurrente alega la doble vulneración de la tutela judicial en las dos resoluciones: la providencia que inadmite el incidente, por absoluta falta de motivación, y la Sentencia que, a su juicio, contiene una motivación manifiestamente errónea. Por ello solicita, primero que se declare la nulidad de la providencia y después que se entre por el Tribunal en el fondo del asunto, se declare el error en que incurre la Sentencia y se dicte otra en su lugar.

4. Por providencia de 23 de octubre de 2014 la Sala Segunda acordó conocer del presente recurso de amparo, admitir a trámite la demanda y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), requerir a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimosegunda, así como al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alcobendas, para que el plazo de diez días remitieran testimonio, respectivamente, del recurso de apelación núm. 813-2013 y del juicio verbal núm. 780-2012, interesándose al tiempo que se emplazara a quienes fueron parte en el procedimiento, a excepción del recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

5. Por escrito presentado en fecha 19 de diciembre de 2014, por la Procuradora doña Paloma Sánchez Oliva, en representación de doña Carla Amar Villar, se puso en conocimiento de la Sala el fallecimiento del demandante don Jean Basile Catris.

6. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de fecha 22 de diciembre de 2014 se requirió a la representación de la actora para que, en el plazo de diez días, alegara a su derecho, compareciendo doña Sofía Rossomolinos Ep Catris, representada por la Procuradora doña Paloma Manglano Thovar, en su condición de administradora de la herencia del demandante y solicitó que se acordara la sucesión procesal y el mantenimiento de las pretensiones sustentadas en el presente recurso de amparo por don Jean Basile Catris.

7. Por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Segunda de 21 de enero de 2015, se tuvo por personada y parte a la Procuradora doña Paloma Manglano Thovar, en nombre y representación de doña Sofía Rossomolinos Ep Catris, como sucesora procesal del recurrente, y se acordó, a tenor de lo dispuesto en el art. 52.1 LOTIC, dar vista de todas las actuaciones del presente recurso de amparo por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieran.

8. La representación procesal de la entidad demandante de amparo, formuló sus alegaciones mediante escrito que tuvo su entrada en el Registro General de este Tribunal el día 23 de febrero de 2015, en el que reprodujo sustancialmente las alegaciones realizadas en su escrito de la demanda y recordó, en apoyo de sus pretensiones, la doctrina establecida en la STC 204/2014, de 15 de diciembre.

9. El Fiscal ante este Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 6 de marzo de 2015, interesando el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en su modalidad de acceso al recurso, por falta de motivación de la providencia recurrida, declarando su nulidad y con retroacción de actuaciones al momento procesal anterior al dictado de la misma, para que se dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

El Fiscal precisa, en primer lugar, que en la demanda se pretende no solo la nulidad de la providencia de inadmisión del incidente, sino también la de la Sentencia de apelación, por lo que, siguiendo la doctrina de este Tribunal, si se entiende que la providencia no ha dado ni siquiera mínimamente una respuesta en derecho a la solicitud de nulidad, procede declarar dicha providencia nula y retrotraer las actuaciones al momento anterior a su dictado, pues la procedencia o no del incidente de nulidad es cuestión que compete al órgano judicial que dictó la resolución, debiendo quedar la cuestión relativa a la suficiente motivación de la Sentencia supeditada a la valoración del propio órgano jurisdiccional.

Alega, con cita de las SSTC 43/2010, de 26 de julio, y 153/2012, de 16 de julio, que una respuesta incorrecta o incompleta dada en el incidente de nulidad puede producir el efecto de dejar huérfano de protección al ciudadano, pues no toda violación procesal de un derecho fundamental podrá ser sometida al escrutinio del más alto intérprete de la doctrina constitucional, ya que puede existir la quiebra del derecho fundamental pero no cumplirse el requisito de la especial trascendencia constitucional. Los únicos requisitos legales que pueden dar lugar a un rechazo de plano del incidente son: que la alegación no lo sea de uno de los derechos fundamentales del art. 53.2 de la Constitución y que éste haya podido alegarse antes de que se ponga fin al proceso o que la resolución no fuera firme porque frente a ella cupiera cualquier recurso, ordinario o extraordinario.

La providencia objeto de este amparo es tan parca que no niega ni afirma la existencia de derecho fundamental, aunque consta que se invocó el derecho del art. 24 CE, y nada dice sobre los otros requisitos que deben cumplirse y cuya ausencia podría dar lugar a la inadmisión. Ello lleva inevitablemente a apoyar el amparo interesado, por entender que la falta total de motivación de la providencia es suficiente para devolver la cuestión a la Audiencia para que proceda a restaurar ese derecho cuya violación se denuncia.

Finalmente, aduce el Fiscal que si bien el recurrente no alega, expresamente, en su escrito de amparo el derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los recursos, obviamente hay que decir que la providencia de 12 de mayo de 2014, al inadmitir el incidente de nulidad de actuaciones, sin motivación, ha vulnerado ese derecho de acceso al recurso, pues aunque este incidente de nulidad no se conciba en puridad como un recurso en el sentido estricto, al tratarse de un expediente para permitir la revisión de actuaciones o resoluciones judiciales, debe examinarse desde el canon propio de acceso al recurso legalmente establecido.

Por todo ello solicita que por este Tribunal se acuerde la nulidad de la providencia de 12 de mayo de 2014 y la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado, sin que deba entrarse en el contenido de la Sentencia de apelación de fecha 31 de marzo de 2014, pues ello supondría desnaturalizar el incidente de nulidad tal como lo concibe la doctrina actual de este alto Tribunal.

10. Por providencia de 21 de mayo de 2015 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 25 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de 31 de marzo de 2014 dictada por la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, recaída en recurso de apelación núm. 813-2013, y contra la providencia por la que se inadmite a trámite el incidente excepcional de nulidad de actuaciones dictada por la misma Sección, de fecha 12 de mayo de 2014.

En la demanda de amparo se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en derecho no incurso en incongruencia, irrazonabilidad y arbitrariedad, que el demandante de amparo imputa tanto a la providencia de inadmisión del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, de fecha 12 de mayo de 2014, por haberlo rechazado sin motivación, como a la Sentencia de 31 de marzo de 2014, en relación con el pronunciamiento sobre la naturaleza ganancial de una de las fincas controvertidas en el proceso de liquidación de la sociedad conyugal.

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso por entender que concurre la vulneración del art. 24.1 CE, si bien en su vertiente de acceso al recurso, por falta de motivación del incidente.

2. Se plantea, una vez más, el análisis desde la estricta perspectiva constitucional de la cuestión relativa a las decisiones de inadmisión a trámite del incidente excepcional de nulidad de actuaciones del art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tras la reforma operada por Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, el cual fue promovido por la recurrente por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en derecho.

Según la doctrina de este Tribunal, los órganos judiciales, a la vista de la ordenación del recurso de amparo tras la reforma operada por Ley Orgánica 6/2007, deben realizar una interpretación no restrictiva de las causas de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones, motivando suficientemente su decisión, puesto que la reforma ha acentuado la función de los Tribunales ordinarios como primeros garantes de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, con el fin de lograr que la tutela y defensa de esos derechos por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria.

El incumplimiento de esta jurisprudencia constitucional que este Tribunal puede observar es grave, carece de justificación y dota de especial trascendencia constitucional a este recurso y, así, en relación a esta misma cuestión, entre otras, se ha pronunciado recientemente en las SSTC 153/2012, de 16 de julio; 9/2014, de 27 de enero, y 204/2014, de 15 de diciembre.

De ese modo, concurre el motivo de especial trascendencia constitucional recogido en el apartado e) del fundamento jurídico 2 de la STC 155/2009, de 25 de junio, esto es, que la doctrina de este Tribunal sobre el derecho fundamental que se alega podría estar siendo incumplida de modo reiterado por la jurisdicción ordinaria.

3. A la vista del planteamiento que se realiza en la demanda, en que se dirige la impugnación contra la Sentencia de fecha 31 de marzo de 2014, y contra la providencia dictada por la Audiencia Provincial, de fecha 12 de mayo de 2014, de inadmisión del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, invocándose en ambos casos la vulneración del art. 24.1 CE, en su vertiente de resolución no fundada en derecho, es preciso acotar el objeto del presente recurso de amparo.

Hemos reiterado que corresponde a este Tribunal, en función de las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto sometido a su consideración, determinar el orden del examen de las quejas, debiendo analizarse en primer lugar la dirigida contra la Sentencia, la cual no fue reparada al inadmitirse el incidente planteado por la recurrente y resolver si la decisión adoptada por el Tribunal de apelación contraviene el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que reconoce el art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a obtener una resolución motivada y fundada en derecho.

4. Este Tribunal ha tenido ocasión de delimitar el contenido y alcance del derecho anteriormente enunciado, en la faceta relativa a la obtención de una resolución motivada y fundada en Derecho.

Así, en la STC 102/2014, de 23 de junio, FJ 3, afirmamos lo siguiente:

«Este Tribunal viene expresando reiteradamente que la motivación se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE y consiste en la expresión de los criterios esenciales de la decisión o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi (SSTC 119/2003, de 16 junio; 75/2005, de 4 abril, y 60/2008, de 26 mayo), por lo que se produce infracción constitucional cuando no hay motivación –por carencia total–, o es insuficiente, pues está desprovista de razonabilidad, desconectada con la realidad de lo actuado. Del mismo modo, hemos afirmado que “la arbitrariedad e irrazonabilidad se producen cuando la motivación es una mera apariencia. Son arbitrarias o irrazonables las resoluciones carentes de razón, dictadas por puro capricho, huérfanas de razones formales o materiales y que, por tanto, resultan mera expresión de voluntad (STC 215/2006, de 3 de julio), o, cuando, aún constatada la existencia formal de la argumentación, el resultado resulte fruto del mero voluntarismo judicial, o exponente de un proceso deductivo irracional o absurdo (STC 248/2006, de 24 de julio)”.

Corresponde por tanto a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar desde el plano de la motivación los razonamientos en que se funda la decisión judicial; motivación que ha de ser suficiente –en el sentido de expresiva ad casum de la ratio decidendi– y ajustada a aquellos límites de su fundamentación en Derecho –esto es, no arbitrariedad–, manifiesta irrazonabilidad o error patente en la interpretación de la causa legal aplicada.»

5. En este caso, los vicios de motivación que se imputan a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid se refieren al pronunciamiento sobre la naturaleza ganancial de una finca en la localidad de Lozoyuela, que se contiene en el punto 1 del fallo con base en el razonamiento que se realiza en el fundamento jurídico 5.

Para analizar la lesión alegada debemos examinar, desde el canon de constitucionalidad expresado, la relación entre los presupuestos de hecho de los que se parte y las conclusiones alcanzadas que permiten al Tribunal fundar la calificación del bien como ganancial.

Los presupuestos fácticos son, en síntesis, los siguientes:

(i) La finca en cuestión fue adquirida por escritura de compraventa de 21 de junio de 2005 por la madre del recurrente, actuando como apoderada de su hijo en condición de comprador. El precio se abonó en dos cheques bancarios con cargo a una cuenta titularidad del padre del recurrente, constanding la madre como autorizada.

(ii) En la escritura de apoderamiento a favor de la madre constaba que el recurrente estaba soltero y residía en Nueva York, cuando está acreditado que en la fecha de otorgamiento del poder el recurrente estaba casado y su domicilio estaba en Alcobendas.

(iii) Con fecha 20 de abril de 2012 los padres del recurrente otorgaron acta de manifestaciones ratificando la donación del dinero a su hijo para la compra de la finca y expresando que el precio de la compra era privativo.

A partir de estos presupuestos fácticos el tribunal, con fundamento en las infracciones que se derivan de los hechos, concluye que el negocio fue una donación encubierta; y que se trató de burlar la situación real existente y de engañar a la esposa.

Esta conclusión es la que a la postre determina la aplicación en la Sentencia recurrida de la presunción de ganancialidad, lo que implica la falta de razonabilidad apreciada.

De acuerdo con la doctrina de este Tribunal, hemos de concluir que existe una insuficiencia en la motivación de la Sentencia de apelación en tanto que no permite identificar la ratio decidendi, esto es, los criterios esenciales sobre los que se funda la calificación del bien como ganancial, debiendo anularse este pronunciamiento recogido en el punto 1 del fallo. Ello nos lleva a afirmar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva invocado (art. 24.1 CE), debiendo dictarse nueva Sentencia respetuosa con el derecho vulnerado y quedando extramuros de este recurso el debate fáctico y de legalidad que deberá resolverse por el órgano jurisdiccional en ejecución del pronunciamiento estimatorio del amparo.

6. En relación a la providencia de fecha 12 de mayo de 2014, debe indicarse que la estimación del anterior motivo y consecuente anulación de la Sentencia con retroacción de actuaciones al momento anterior al de su dictado, implica necesariamente la nulidad de esta resolución procesal posterior de inadmisión del incidente excepcional de nulidad de actuaciones planteado por el recurrente, pues el Tribunal rechazó de plano el incidente con la única mención de que «no ha lugar a su admisión a trámite», lo que pone de manifiesto que no se realizó un control sobre la lesión constitucional invocada por la parte promotora del incidente.

En consecuencia, y de acuerdo a la doctrina expuesta sobre la trascendencia constitucional del recurso, podemos afirmar que el incidente de nulidad no cumplió en este caso su función de tutela y defensa de los derechos fundamentales en base a una decisión de inadmisión del órgano jurisdiccional carente de motivación, que dejó imprejuizada la lesión constitucional denunciada en el incidente, de lo que resulta que se ha vulnerado también, en este punto, el derecho de la parte demandante de amparo (art. 24.1 CE), pues el órgano judicial debió motivar suficientemente su decisión, con lo que la petición de nulidad de actuaciones no surtió el efecto que estaba llamada a producir.

7. Por todo lo expuesto, debe otorgarse el amparo, con nulidad de ambas resoluciones, retro trayendo las actuaciones al momento anterior al dictado de la Sentencia de fecha 31 de marzo de 2014 por la Sección vigesimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación 813-2013, para que sea dictada otra con respeto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

FALLO

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

Ha decidido

Estimar el presente recurso de amparo interpuesto por don Jean Basile Catris, sucedido procesalmente por doña Sofía Rossomolinos Ep Catris en su condición de administradora de la herencia y, en consecuencia:

1.º Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerle en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad de la Sentencia de 31 de marzo de 2014 dictada por la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, recaída en recurso de apelación núm. 813-2013, así como de la providencia de 12 de mayo de 2014 que inadmite el incidente de nulidad de actuaciones formulado por el demandante de amparo.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la primera de las citadas resoluciones en relación al pronunciamiento anulado para que el órgano judicial dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

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

Dada en Madrid, a veinticinco de mayo 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.

Pleno. Sentencia 102/2015, de 26 de mayo de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 275-2015. Interpuesto por el Gobierno del Principado de Asturias respecto del artículo 124 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. Competencias financieras, finalidad recaudatoria de los tributos, compensación por ocupación del hecho imponible: constitucionalidad del precepto legal estatal que regula el impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito (STC 73/2015).

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente; doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho, y don Antonio Narvárez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 275-2015, interpuesto por el Gobierno del Principado de Asturias contra el art. 124 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. Ha intervenido y formulado alegaciones el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Narváez Rodríguez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El día 16 de enero de 2015 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal Constitucional un escrito del Letrado del servicio jurídico del Principado de Asturias, en nombre y representación legal del Gobierno de dicha Comunidad Autónoma, por el que interpone recurso de inconstitucionalidad contra el art. 124 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (en adelante, Ley 18/2014).

El precepto impugnado modifica el art. 19 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica; en el mencionado precepto se estableció el impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito.

Comienza el escrito recordando que el art. 41 de la Ley 3/2012, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Principado de Asturias para 2013, creó un impuesto autonómico sobre depósitos en entidades de crédito, estableciendo un tipo de gravamen entre el 0,3 y el 0,5 por 100, en función de la base imponible. El Estado, por su parte, a través del art. 19 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica, estableció un impuesto sobre depósitos en entidades de crédito con un tipo de gravamen del 0 por 100. Posteriormente, el art. 124 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, modificó el tipo de gravamen estableciendo el del 0,03 por 100. El referido Real Decreto-ley fue posteriormente tramitado como proyecto de ley dando lugar a la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, cuyo art. 124 es ahora objeto de este recurso.

a) A partir de lo anterior, considera, en primer lugar, el escrito del Letrado del Gobierno del Principado de Asturias que el art. 124 de la Ley impugnada vulnera el art. 6.2 de la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), al no contemplar medida de compensación alguna para la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, pese a establecer un tributo que recae sobre un hecho imponible previamente gravado por la Comunidad Autónoma, implicando una disminución de ingresos para ésta, dada además la diferencia de tipos de gravamen.

b) En segundo término, el precepto impugnado habría vulnerado los principios de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad recogidos en el art. 9.3 CE, pues otorga efectos retroactivos a las modificaciones introducidas al art. 19 de la Ley 16/2012.

c) Por último, el precepto estatal vulnera los principios de estabilidad presupuestaria (art. 135 CE) y de lealtad institucional [art. 2.1 g) LOFCA], pues la aprobación a mitad del ejercicio presupuestario del Real Decreto-ley 8/2014, y de la Ley 18/2014, con una importante reducción de los tipos de gravamen respecto a los establecidos por el impuesto autonómico,

habida cuenta de que el Estado lo ha fijado en el 0,03 por 100 frente a la escala comprendida entre el 0,3 y el 0,5 por 100 que establecía el autonómico, sin que además se prevea compensación alguna, tal modificación ha supuesto una importante disminución de ingresos para la Comunidad Autónoma, que realizó sus previsiones presupuestarias en la confianza de la normativa vigente.

2. Por providencia de 16 de febrero de 2015, el Pleno de este Tribunal acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno del Principado de Asturias y, en su representación y defensa, por el Letrado del servicio jurídico del mismo, contra el art. 124 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. Asimismo, acordó dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme al art. 34 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, y al Gobierno, a través del Ministro de Justicia, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaran convenientes. Por último, se acordó publicar la incoación del proceso en el «Boletín Oficial del Estado», lo que tuvo efecto en el núm. 45, de 21 de febrero de 2015.

3. El día 24 de febrero de 2015 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el escrito del Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, por el que se solicita se le tenga por personado en el proceso y concedida una prórroga de ocho días más en el plazo para formular alegaciones.

4. El día 25 de febrero de 2015 el Pleno del Tribunal acordó incorporar a las actuaciones el escrito presentado por el Abogado del Estado, al que se le tuvo por personado en el proceso, al tiempo que le fue concedida la prórroga de ocho días del plazo para presentar alegaciones, a contar desde el siguiente al de expiración del ordinario.

5. Mediante escrito presentado en el Registro de este Tribunal de fecha de 27 de febrero de 2015, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó a este Tribunal el acuerdo de la Mesa de la Cámara de personarse en el procedimiento, ofreciendo su colaboración a efectos del art. 88.1 LOTC.

6. Mediante escrito presentado el día 3 de marzo de 2015 en este Tribunal el Presidente del Senado comunicó el acuerdo de la Mesa de la Cámara por el que se persona en el procedimiento y ofrece su colaboración a efectos del art. 88.1 LOTC.

7. El día 24 de marzo de 2015 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el escrito de alegaciones presentado por el Abogado del Estado, que concluye solicitando la desestimación íntegra del recurso a partir de las siguientes consideraciones:

a) Tras recordar los elementos esenciales del impuesto estatal sobre los depósitos en las entidades de crédito, así como las principales modificaciones introducidas por el precepto que ahora se impugna, afirma, en primer lugar, que «no se aprecia infracción de los arts. 31.3, ni 133.1 y 2 de la Constitución», de suerte que «el art. 124 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, es exponente del ejercicio de esa potestad originaria y exclusiva del Estado en materia tributaria». A continuación, se refiere a las razones que motivaron el establecimiento del tipo de gravamen cero en la Ley 16/2012 en el contexto de la crisis financiera y concluye, con cita de la STC 26/2015, de 19 de febrero, que «no existe, por consiguiente, tampoco ausencia de armonización o auténtico equilibrio en cuanto al deseable desarrollo regional y sectorial, que el art. 131.1 CE presenta como un objetivo constitucional programático; falta de

equilibrio que el recurso parece reprochar a la reforma fiscal adoptada por el art. 124 de la Ley 18/2014».

b) En segundo lugar, alega que no se infringe el art. 6.2 LOFCA toda vez que «la reforma introducida por el art. 124 en su modificación del art. 19 de la Ley 16/2012, es decir, de un impuesto ya existente, no altera la previsión legal y la posición doctrinal consolidada por el Tribunal Constitucional acerca del funcionamiento y eficacia jurídica ordenadora de lo dispuesto en el art. 6.2 LOFCA», de suerte que, en este caso, el impuesto estatal existía ya con anterioridad a la reforma, no tratándose de la creación legal de una nueva figura impositiva por parte del Estado en ejercicio de su potestad legislativa, sino que lo que se lleva a cabo por ésta es sólo una reforma del tributo existente, citando al respecto nuevamente la doctrina contenida en la STC 26/2015[FJ 5 b)].

La subida del tipo de gravamen (del 0 al 0,03 por 100), unida a la introducción de otras adaptaciones normativas precisas, derivadas de esa subida de tipo, tiene lugar para adecuar la existencia de ingreso efectuada por la ley estatal respecto del tributo ya vigente. En ese sentido, aparte de la previsibilidad en sentido abstracto que supone la preexistencia de un impuesto cuyo tipo, como el de todos, puede variar por obra del legislador constitucionalmente competente para ello, que en su día lo creó, es que, además, dicha elevación de tipo no equivale a la creación de un impuesto estatal con el consiguiente desplazamiento (en este momento) de otro impuesto autonómico coincidente con el hecho imponible, pues precisamente y por prescripción legal del mismo art. 6 LOFCA no podían ya, desde antes, es decir desde que entró en vigor la Ley 16/2012, que creó el impuesto estatal sobre los depósitos bancarios, aprobarse legalmente por las Comunidades Autónomas otros hipotéticos impuestos autonómicos que coincidiesen en su hecho imponible con el impuesto estatal vigente.

Por otro lado, añade que no ha lugar a la invocación del art. 6.2 LOFCA por parte de la Comunidad Autónoma de Asturias, pues no se da el supuesto de hecho preciso y previo que ese artículo configura. Como indicaba el tenor de la parte expositiva del Real Decreto-ley 8/2014, confirmado por la Ley 18/2014 (art. 124, apartado primero), y, en su parte dispositiva, la reforma en los apartados ocho y catorce del art. 19 de la Ley 16/2012, «se establece con efectos desde el 1 de enero de 2014 un tipo de gravamen del 0,03 por 100 cuya recaudación será destinada a las Comunidades Autónomas donde radiquen la sede central o las sucursales de los contribuyentes en las que se mantengan los fondos de terceros gravados». Es decir, la modificación del tipo cero, al 0,03 por 100, consecuencia de la reforma operada, aparte de no agravar la posición de partida de la hacienda autonómica, es que supone además una asignación formal (nuevo apartado catorce del art. 19 de la Ley 16/2012) de la recaudación por el incremento del tipo impositivo. La compensación que ha previsto la reforma del art. 19 de la Ley 16/2012, efectuada por el Real Decreto-ley 8/2014, en lo que a esta figura impositiva se refiere, no resulta algo «arbitrario», como pretende la demanda. No puede decirse, en definitiva, que la norma impugnada no cumpla las previsiones del art. 6.2 LOFCA en cuanto a este extremo relativo a las medidas compensatorias.

c) Sigue argumentando el Abogado del Estado que el art. 135 CE no resulta infringido. Precisamente, lo que una unificación normativa impositiva favorece –no contradice– es el principio de estabilidad financiera. La sola existencia y posibilidad de cambios normativos no es una eventualidad o en su caso una circunstancia de hecho que se halle en contradicción con el principio de estabilidad, precisamente cuando además esa variación legislativa, como es el caso, tiene una proyección o vigencia general sobre todo el territorio nacional. La eventual insuficiencia de recursos financieros y déficits por parte de las Comunidades Autónomas puede tener su origen en unos excesos de gastos, en deficiencias estructurales o coyunturales, o en defectos de gestión, pero no puede tenerlo en una reforma tributaria de

ámbito general en cuanto a su proyección territorial, que lo que hace es tratar de lograr un objetivo unificador y, por eso mismo, favorecer una situación más previsible y jurídicamente segura en el ámbito tributario. Pues bien, según añade, difícilmente se logrará ese objetivo de sostenibilidad y estabilidad combatiendo medidas de unificación fiscal, que lo que tratan es de introducir seguridad jurídica y fiscal, necesaria para dotar de confianza a las inversiones y en general a la actividad económica.

d) La reforma respeta los principios declarados por el art. 9.3 de la Constitución. Según el Abogado del Estado, es notorio que el artículo aquí impugnado no confiere al nuevo régimen jurídico del tributo una retroactividad contraria al art. 9.3 CE, pues no prevé la aplicación de sus efectos a situaciones ya consumadas en el pasado o a ejercicios fiscales anteriores, relativos a impuestos ya devengados, siendo así una norma jurídica que entra en vigor en el mismo ejercicio fiscal en que se promulga. En modo alguno puede tacharse de arbitraria o de atentatoria a la seguridad jurídica –valor éste garantizado por el art. 9.3 CE– una reforma impositiva que se produce a través del ejercicio de la potestad legislativa del órgano legislativo competente, y que la ostenta de modo originario (art. 133.1 CE), reforma que contiene una regulación lógica y que lleva a cabo la elevación del tipo impositivo en un porcentaje del 0,03 por 100, incremento que como tal en sí mismo, con independencia de su cuantía, era previsible al haber partido en su redacción originaria de un 0 por 100 de tipo, en virtud de las especiales razones de política fiscal y económica que llevaron al Estado a introducir esta clase de tributo como factor o elemento unificador fiscal.

8. Por providencia de 26 de mayo de 2015 se señaló ese mismo día para deliberación y votación de la presente Sentencia.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de inconstitucionalidad se interpone por el Gobierno del Principado de Asturias contra el art. 124 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

El art. 124 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, que aquí se impugna, ha modificado el art. 19 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptaron diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica; el mencionado precepto había establecido el impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito.

Previamente, el citado art. 19 había sido reformado mediante el art. 124 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, regulación sustituida por la aquí impugnada, tras la tramitación como ley del citado Real Decreto-ley.

Con los argumentos recogidos en el antecedente primero, la demanda considera vulnerados el art. 6.2 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA, en lo que sigue); el art. 9.3 CE; el art. 135 CE, en conexión con el art. 2.1 g) LOFCA; y el art. 9 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. El Abogado del Estado interesa la desestimación del recurso con los argumentos recogidos en el antecedente séptimo.

2. Antes de examinar el fondo de las distintas impugnaciones, debemos situar la presente controversia en el contexto jurídico que le corresponde:

a) El impuesto estatal sobre depósitos en las entidades de crédito fue creado, como ha quedado expuesto, por el art. 19 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, de adopción de diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica. En su redacción originaria, el impuesto no tenía finalidad recaudatoria, sino de armonización de esta concreta materia imponible, tal y como rezaba el preámbulo de la norma, teniendo así la pretensión de «asegurar un tratamiento fiscal armonizado que garantice una mayor eficiencia en el funcionamiento del sistema financiero». Asimismo, la Ley 16/2012 se refería a los impuestos similares que habían sido ya creados por las Comunidades Autónomas, previendo que se aplicarían medidas de coordinación o compensación siempre que dichos impuestos propios hubieran sido establecidos «con anterioridad a 1 de diciembre de 2012».

La Ley 16/2012 fue objeto de los recursos de inconstitucionalidad 1808-2013, interpuesto por el Parlamento de Cataluña; 1873-2013, interpuesto por el Gobierno de la misma Comunidad; y 1881-2013, interpuesto por el Gobierno del Principado de Asturias. Todos ellos han sido desestimados en su integridad, respectivamente, por las SSTC 26/2015, de 19 de febrero; 59/2015, de 18 de marzo, y 73/2015, de 14 de abril.

b) El art. 19 de la Ley 16/2012 fue posteriormente modificado por el art. 124 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. Esta norma fue impugnada en los recursos de inconstitucionalidad, 5952-2014, interpuesto por el Gobierno del Principado de Asturias y 5970-2014, interpuesto por el Consell de la Generalitat Valenciana.

c) Por otro lado, el Presidente del Gobierno ha impugnado la creación de tributos sobre depósitos en entidades de crédito establecidos por las Comunidades Autónomas mediante los recursos de inconstitucionalidad: 7279-2012 (en relación con el impuesto establecido en el Decreto-ley de Cataluña 5/2012, de 18 de diciembre, del impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito); 631-2013 (en relación con el impuesto establecido en el art. 41 de la Ley de la Junta General del Principado de Asturias 3/2012, de 28 de diciembre, de presupuestos generales para 2013); 5832-2014 (en relación con el impuesto regulado en el art. 161 de la Ley de la Generalitat Valenciana 5/2013, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat), 7870-2014 (en relación con el impuesto regulado en la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2014, de 4 de abril, del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito) y 2464-2015 (respecto de determinados artículos que se integran en el capítulo V del Decreto Legislativo 1/2014, de 23 de julio, que aprobó el texto refundido de las disposiciones legales del Principado de Asturias en materia de tributos propios, dedicados a la regulación del impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito).

El recurso 5832-2014 ha sido resuelto por STC 30/2015, de 19 de febrero, en la que hemos declarado la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 161 de la Ley de la Generalitat Valenciana 5/2013, por vulneración de los arts. 133.2 y 157.3 CE, así como del art. 6.2 LOFCA, al tratarse de un impuesto equivalente al estatal (FJ 4).

3. Así descrito el contexto en el que se enmarca la presente controversia, debemos comenzar por el primero de los motivos de inconstitucionalidad expuestos por el Gobierno autonómico recurrente.

Considera el escrito del Letrado del Principado de Asturias que el art. 124 de la Ley impugnada vulnera el art. 6.2 LOFCA porque no establece medida de compensación alguna para la

Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, pese a establecer un tributo que recaer sobre un hecho imponible previamente gravado por la Comunidad Autónoma. Añade que el correspondiente reparto de la recaudación del impuesto estatal implica, en todo caso, una importante disminución de ingresos para la hacienda de esta Comunidad Autónoma, toda vez que la diferencia de tipos de gravamen entre el impuesto estatal (0,03 por 100) y el establecido por el Principado de Asturias en el art. 41 de la citada Ley de la Junta General del Principado de Asturias 3/2012, cuyos tipos oscilan entre el 0,3 y el 0,5 por 100, es muy significativa.

a) Sin perjuicio de lo anterior, la primera de las tachas ha sido ya resuelta en nuestra STC 73/2015, de 14 de abril, FJ 3 b), en la que, reiterando lo anteriormente afirmado en las SSTC 26/2015, de 19 de febrero, FJ 6 y 59/2015, de 18 de marzo, FJ 3, hemos declarado, en relación con el art. 6.2 LOFCA, que dicho precepto «contiene una norma de mandato directo al legislador estatal para que instrumente, bien medidas de compensación, bien de coordinación, siempre y cuando el tributo estatal haya supuesto una merma de ingresos para las Comunidades Autónomas.» (STC 26/2015, FJ 6).

A partir de ahí, consideramos que no vulneraba el art. 6.2 LOFCA el hecho de que las medidas de compensación se circunscribieran a los impuestos autonómicos que habían sido establecidos con anterioridad al 1 de diciembre de 2012, tal y como prevé el art. 19.13 de la Ley 16/2012, y ello por dos razones:

– La primera, que «[l]a exclusión de esas medidas de coordinación o compensación a aquellos tributos establecidos por las Comunidades Autónomas a partir del 1 de diciembre de 2012, no es más que una concreción de lo establecido en el art. 6.2 LOFCA para su aplicación al tributo creado por el art. 19 de la Ley 16/2012, y se hace, no con la finalidad de interpretar el referido precepto de la LOFCA, sino para aplicarlo en atención al procedimiento legislativo seguido para su aprobación, lo que implica, como es propio de todo proceso aplicativo de una norma, una previa labor de interpretación de su sentido y alcance» [SSTC 26/2015, FJ 6) y 73/2015, FJ 3 b)].

– Y, la segunda, que tal restricción «obedece a la finalidad, que no puede considerarse irrazonable, de evitar que durante el proceso de elaboración de la Ley 16/2012 pudieran algunas Comunidades Autónoma crear tributos equivalentes al impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito estatal, en procedimientos legislativos más rápidos, anticipándose así a la aprobación de aquel tributo, y más que con la finalidad de aprobar una nueva fuente de ingresos tributarios, que es la previsión contemplada en el art. 6.2 LOFCA, con la de situarse en la posición de posibles acreedoras de las medidas de compensación o coordinación que dicho precepto considera» [SSTC 26/2015, FJ 6 y 73/2015, FJ 3 b)].

Resulta así que el Principado de Asturias estableció su homónimo impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito mediante la Ley de la Junta General del Principado de Asturias 3/2012, de 28 de diciembre, de presupuestos generales para 2013. Esta norma, publicada en el «Boletín Oficial del Principado de Asturias» núm. 300, del sábado 29 de diciembre de 2012, entró en vigor con carácter general el día 1 de enero de 2013, excepción hecha de su art. 41, que en virtud de la disposición final séptima «entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Principado de Asturias”», esto es, el 30 de diciembre de 2012.

Es así evidente que el impuesto asturiano sobre depósitos en entidades de crédito se estableció con posterioridad al 1 de diciembre de 2012, por lo que no cumplía la condición

establecida por el art. 19.13 de la Ley 16/2012 para obtener compensación por el previsible desplazamiento del impuesto autonómico.

En consecuencia, la hacienda autonómica quedó legítimamente excluida de toda medida de compensación por el establecimiento del impuesto estatal, lo que conduce a rechazar la inconstitucionalidad del art. 124 de la Ley 18/2014.

b) Alcanzada la anterior conclusión, debemos descartar también que se vulnere el art. 6.2 LOFCA por el hecho de que esta Comunidad Autónoma perciba, como todas las demás del sistema de financiación de régimen común, la recaudación obtenida por el impuesto estatal en su territorio.

Como ha quedado expuesto, la cuantía a obtener por el Principado de Asturias equivale a la aplicación del tipo de gravamen del impuesto estatal, que como se ha constatado es más de diez veces inferior al autonómico (0,03 por 100, frente a los tipos de entre 0,3 y 0,5 por 100 del impuesto asturiano), sin que tampoco se establezcan deducciones para las sucursales cuya sede radique en el territorio de una Comunidad Autónoma.

Lo relevante, conviene insistir en ello, es que el Principado de Asturias deja de percibir la recaudación del impuesto autonómico que había proyectado indebidamente, haciéndolo ya como consecuencia del legítimo ejercicio, por parte del Estado, de sus competencias en materia tributaria, tal y como constatamos en la citada STC 73/2015, FJ 3 b), con cita de la STC 26/2015, [FJ 4 b)]. Tanto la decisión de establecer un impuesto nuevo sobre esta materia, como la posterior de atribuir su recaudación a las Comunidades Autónomas, forman parte del margen de discrecionalidad del legislador estatal, sin que se vulnere con ello precepto constitucional alguno. A mayor abundamiento, incluso si se tratara de una medida de compensación vinculada con el previsible desplazamiento del impuesto autonómico (que no lo es), como ya hemos afirmado en las citadas SSTC 26/2015 (FJ 6) y 73/2015 [FJ 3 b)], en todo caso el art. 6.2 LOFCA deja un amplio margen de discrecionalidad al legislador estatal para adoptar, bien medidas de coordinación, bien medidas de compensación adecuadas, sin que ni siquiera se incorpore la exigencia de que la compensación coincida exactamente con la cuantía eventualmente dejada de percibir.

4. Como segundo motivo de inconstitucionalidad, alega la Comunidad Autónoma recurrente que el precepto impugnado ha vulnerado los principios de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad recogidos en el art. 9.3 CE, al otorgar efectos retroactivos a las modificaciones introducidas en el art. 19 de la Ley 16/2012.

Se reprocha al art. 124 de la Ley 18/2014 que retrotraiga sus efectos a 1 de enero de 2014, incrementando la carga tributaria de los contribuyentes de forma sorpresiva e inesperada y afectando así a la seguridad jurídica de los sujetos pasivos del tributo; para resolver esta impugnación debemos partir de la doctrina general acerca de la retroactividad, recordada recientemente en la STC 49/2015, de 5 de marzo, FJ 4, así como la específica en materia tributaria, resumida en las SSTC 182/1997, de 28 de octubre, [FJ 11 a)]; y 176/2011, de 8 de noviembre (FJ 5), con cita de muchas anteriores, de la que cabe extraer las siguientes ideas centrales:

i) No hay un principio general que prohíba las normas retroactivas en nuestro ordenamiento (STC 49/2015, de 5 de marzo, FJ 4).

ii) No existe tampoco una prohibición constitucional de legislación tributaria retroactiva. El límite expreso de la retroactividad in peius de las leyes que el art. 9.3 CE garantiza se circunscribe a las leyes ex post facto sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, entre las que no se incluyen las normas fiscales tributarias, ya que éstas «no tienen por objeto una restricción de derechos individuales, sino que responden y tienen un fundamento propio en la medida en que son directa y obligada consecuencia del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica impuesto a todos los ciudadanos por el art. 31.1 de la Norma fundamental» [STC 182/1997, FJ 11 a), con cita, entre otras, de las SSTC 126/1987, de 16 de julio, FJ 9 y 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8].

iii) El legislador dispone así de un amplio margen de discrecionalidad política para establecer normas tributarias retroactivas (STC 150/1990, FJ 8), entre otras consideraciones por la idea de que mantener la imposibilidad de toda retroactividad para las leyes fiscales podría hacer totalmente inviable una verdadera reforma fiscal (por todas, STC 173/1996, de 31 de octubre, FJ 3).

iv) No obstante, aunque las normas tributarias no se hallen limitadas en cuanto tales por la prohibición de retroactividad establecida en el art. 9.3 CE, cuando tal efecto retroactivo se produce puede entrar en colisión con otros principios consagrados en la Constitución (STC 126/1987, FJ 9). Entre estos principios está el de seguridad jurídica, recogido en el mismo precepto constitucional y que, si bien no implica un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal, «sí protege, en cambio, la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad» [SSTC 182/1997, FJ 11 c); 150/1990, FJ 8].

v) Para determinar cuándo una norma tributaria de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos deben examinarse, por un lado, el grado de retroactividad de la norma cuestionada y, de otro, las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto. A estos efectos, debe distinguirse entre la retroactividad auténtica o de grado máximo, y la retroactividad impropia o de grado medio:

– La primera tiene lugar cuando la norma pretende anudar sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia ley y ya consumadas. En este caso «sólo exigencias cualificadas de interés general podrían imponer el sacrificio del principio de seguridad jurídica» [STC 182/1997, FJ 11 d)].

– La segunda, denominada retroactividad de grado medio o impropia, tiene lugar cuando la norma incide sobre situaciones jurídicas actuales aún no concluidas. Cuando así suceda, «la licitud o ilicitud de la disposición dependerá de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso que tenga en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso, es decir, la finalidad de la medida y las circunstancias relativas a su grado de previsibilidad, su importancia cuantitativa, y otros factores similares» [STC 182/1997, FJ 11 d); con cita de las SSTC 126/1987, FFJJ 11 a 13; 197/1992, FJ 4, y 173/1996, FJ 3].

5. De acuerdo con la doctrina anterior, para determinar cuándo una norma tributaria de carácter retroactivo ha vulnerado el principio de seguridad jurídica, hay que analizar, de un lado, el

grado de retroactividad de la norma cuestionada y, de otro, las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto:

a) El art. 124 de la Ley 18/2014, entró en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», en virtud de la disposición final quinta, publicación que tuvo lugar en el núm. 252, de 17 de octubre de 2014, si bien se indicaba en la norma que la misma habría de tener «efectos desde el 1 de enero de 2014».

Para determinar en este caso el grado de retroactividad debe recordarse que el impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito es directo, grava el mantenimiento de fondos de terceros por parte de las entidades de crédito (art. 19.1 y 3 Ley 16/2012) y tiene carácter periódico, abarcando el período impositivo el año natural, si bien se prevén períodos impositivos más cortos cuando se inicie la actividad en otro momento del año distinto del día 1 de enero o bien la entidad o sucursal se extinga o cese en su actividad en territorio español en un día distinto al 31 de diciembre (art. 19.5 Ley 16/2012).

De acuerdo con las normas de autoliquidación del impuesto (art. 19.9 de la Ley 16/2012), «[I]os contribuyentes deberán presentar la autoliquidación del impuesto en el mes de julio del año siguiente al del período impositivo», esto es, la primera liquidación del impuesto tendrá lugar en el mes de julio de 2015, y corresponderá al ejercicio de 2014.

Los contribuyentes del impuesto deben, además, realizar un pago a cuenta con carácter previo, por importe del 50 por 100 de la cuota. La regla general es que tal pago a cuenta se efectúe en el mes de julio del ejercicio en curso, si bien para el ejercicio de 2014 se establece, como excepción, que tal pago a cuenta se presente en el mes de diciembre de 2014 (art. 19.10 de la Ley 16/2012).

Con estos datos, podemos ya rechazar que estemos ante un supuesto de retroactividad plena o auténtica, a diferencia, entre otros, del caso enjuiciado en la STC 176/2011, ya que el nuevo tipo de gravamen será de aplicación a deudas impositivas que aún no se hayan devengado y que, además, hayan de satisfacerse por los sujetos pasivos junto con la presentación de la autoliquidación del tributo que deberá tener lugar en el mes de julio del año siguiente, sin perjuicio del ingreso a cuenta.

b) Pues bien, no siendo un caso de retroactividad plena, sí es cierto que la seguridad jurídica de los sujetos pasivos del impuesto sobre depósitos ha quedado afectada, lo que no implica automáticamente, como hemos reiterado, que deba ser declarada inconstitucional (SSTC 182/1997, FJ 13; 126/1987, FJ 13, STC 197/1992, FFJJ 4 y 5; y STC 173/1996, FJ 5), ya que, como concluimos en la citada STC 182/1997 en relación con el impuesto sobre la renta de las personas físicas, también tributo periódico como el impuesto sobre los depósitos, «la naturaleza periódica del tributo afectado y la configuración de su hecho imponible no impiden, en principio, que el legislador pueda modificar algunos aspectos del mismo por medio de disposiciones legales dictadas precisamente durante el período impositivo en el que deben surtir efectos. Insistimos una vez más en que la seguridad jurídica no es un valor absoluto, pues ello daría lugar a la petrificación del ordenamiento jurídico, ni puede entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos... al mantenimiento de un determinado régimen fiscal» (STC 182/1997, FJ 13).

Para valorar la afectación a la seguridad jurídica deben analizarse, entre otras circunstancias, la previsibilidad de la medida, así como las razones de orden público que aconsejaron su carácter retroactivo.

En cuanto a la previsibilidad de la medida debemos, antes que nada, recordar que el establecimiento del impuesto tuvo lugar mediante el citado art. 19 de la Ley 16/2012, que si bien estableció un tipo de gravamen del 0 por 100, sentaba sin embargo la estructura del impuesto, estableciendo además una habilitación, en el art. 19.11, a que mediante ley de presupuestos, se pudiera modificar el tipo de gravamen y el pago a cuenta. Por tanto, no era totalmente imprevisible, en principio, un eventual establecimiento de tipos de gravamen, máxime cuando ya existían tributos de esta naturaleza en algunas Comunidades Autónomas, por lo que el gravamen de esta fuente de renta no podía ser ya enteramente sorpresivo.

A ello hay que añadir, tal y como concluimos en la citada STC 182/1997 [FJ 13 A]), que, en todo caso, la entrada en vigor el día 5 de julio de 2014 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio anterior («BOE» núm. 163, de 5 de julio de 2014), que ha dado continuidad a la regulación de este impuesto, incluyendo el tipo de gravamen del 0,03 por 100 en su art. 124, ha venido, a los efectos que ahora interesan, a corroborar de forma clara la intención del legislador estatal de gravar los depósitos bancarios, de tal manera que, desde, al menos, tres meses antes de la entrada en vigor del nuevo art. 124 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, que incluye una regulación semejante a la de la anterior norma legal, tanto las Comunidades Autónomas, como los contribuyentes destinatarios de aquélla, las entidades bancarias, han tenido conocimiento, no tanto ya de la existencia del impuesto estatal, cuya regulación inicial se remonta al año 2012, cuanto más del tipo de gravamen fijado por el legislador estatal, por lo que han tenido tiempo para adecuar sus previsiones a la precitada normativa.

En definitiva, la sucesiva regulación de este impuesto, recogida hasta en tres disposiciones con rango de ley dictadas en un período de tiempo próximo a los dos años, ha permitido conocer con antelación a la Comunidad Autónoma recurrente, el Principado de Asturias, y también a las entidades financieras, sujetos pasivos del impuesto sobre los depósitos, de la existencia, alcance y contenido de esta modalidad de tributo, habiendo tenido aquéllas la oportunidad de ajustar su propio comportamiento económico a las previsiones legislativas del referido impuesto.

A lo expuesto habría que añadir que, en nada afecta a esta conclusión, la circunstancia de que el Real Decreto-ley 8/2014 haya sido impugnado por medio de dos recursos de inconstitucionalidad que aún penden de su resolución en este Tribunal, pues, como se ha indicado anteriormente, esta disposición legal ha adquirido vigencia desde el mismo día de su publicación en el «BOE» (5 de julio de 2014, aunque su aplicación y eficacia se retrotrajera al 1 de enero de 2014). Además, ha de añadirse a lo expuesto que la propia entrada en vigor de una norma con rango de ley, con independencia de que sea cuestionada en su constitucionalidad, suscita ya un efecto-anuncio entre los destinatarios de aquella, que, a partir del conocimiento de su existencia y regulación, podrán ir adecuando sus previsiones económicas a las nuevas obligaciones tributarias, lo que en el caso de autos, aún adquiere mayor intensidad en tal previsión, habida cuenta de que algunas Comunidades Autónomas, entre ellas la ahora recurrente, habían regulado también esta modalidad tributaria, que en el caso del Principado de Asturias lo ha sido desde el mes de diciembre de 2012.

Por último, y a mayor abundamiento de lo anterior, es constatable en este caso una exigencia de interés público consistente en dotar a las Comunidades Autónomas de una fuente adicional de ingresos, no sólo para compensar la previsible pérdida de recaudación cuando se eliminen efectivamente impuestos similares, sino también para evitar diferencias entre las diferentes haciendas territoriales.

En consecuencia, de cuanto antecede debe concluirse que, atendidas las circunstancias concretas del presente caso –a saber, el grado de retroactividad de la norma impugnada, su carácter previsible atendidas las circunstancias y la finalidad de la misma– el art. 124 de la Ley 18/2014 no ha vulnerado el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE, con lo que queda desestimado este motivo de inconstitucionalidad.

6. El último motivo de inconstitucionalidad se refiere a la vulneración de los principios de estabilidad presupuestaria (art. 135 CE) y de lealtad institucional [art. 2.1 g) LOFCA]. Se alega que la aprobación a mitad del ejercicio presupuestario del Real Decreto-ley 8/2014 y de la Ley 18/2014, que disponen para el impuesto estatal tipos de gravamen del 0,03 por 100 (frente a los tipos de entre el 0,3 y el 0,5 por 100 del impuesto autonómico) y sin establecer mecanismo de compensación alguno, además de los efectos retroactivos otorgados al tributo desde el 1 de enero del mismo ejercicio, suponen una importante disminución de ingresos para la hacienda autonómica, que había realizado sus previsiones presupuestarias en la confianza de la normativa autonómica vigente, esto es, teniendo en cuenta la recaudación que se habría de obtener con su impuesto autonómico sobre los depósitos, establecido en el art. 41 de la Ley de la Junta General del Principado de Asturias 3/2012, de 28 de diciembre.

Para responder a este motivo, debemos recordar que el art. 135 CE consagra el principio de estabilidad presupuestaria, «mandato constitucional que, como tal, vincula a todos los poderes públicos» [SSTC 157/2011, de 18 de octubre, FJ 3, y 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 6 a)], y que «obliga, con carácter general, a todas las Administraciones públicas, a que adecúen sus actuaciones al principio de estabilidad (art. 135.1 CE), exigiéndoles que no incurran en déficit estructural fuera de los márgenes autorizados por la Unión Europea (art. 135.2 CE) y a que no superen los límites de déficit y de endeudamiento fijados en cada momento (art. 135.4 CE)» [STC 215/2014, FJ 7 a)].

Obviamente, este principio guarda directa conexión con el propio sistema de ingresos y gastos públicos, y en concreto, con la propia elaboración de los presupuestos, de suerte que tanto la previsión de ingresos como la autorización de gasto previstos en la correspondiente ley deben responder a criterios objetivos. No es así enteramente imposible que contribuya a un incumplimiento del principio de estabilidad una norma de presupuestos que estime los ingresos previsible sin atender a criterios racionales, como lo haría la misma norma si no incluyera todos los gastos del ejercicio al que se refiere el presupuesto. Asimismo, no es descartable que una eventual disminución de los ingresos previstos en el presupuesto de un ente público pueda alterar su resultado, coadyuvando, caso de no incrementar otros ingresos o no reducir los gastos del ejercicio en la misma proporción, a que se incremente el déficit, tal y como sucederá por otro lado con cualquier disminución de ingresos o incremento de gasto durante la ejecución del mismo. Ahora bien, lo anterior no significa que toda eventual variación en la previsión de los ingresos implique, directamente y sin solución de continuidad, una vulneración del principio de estabilidad presupuestaria consagrado en el art. 135 CE.

Primero, porque los estados de ingresos en el presupuesto tienen la función de mera previsión (SSTC 3/2003, de 16 de enero, FJ 4, y 217/2013, de 19 de diciembre, FJ 2).

Pero sobre todo, en segundo lugar, porque lo relevante en este caso es que la norma estatal impugnada incide, en su caso, sobre una previsión de ingresos presupuestarios que se realiza a pesar de que esta Comunidad Autónoma había establecido su impuesto con posterioridad al 1 de diciembre de 2012, cuando era esperable que quedara excluida de la compensación, en virtud del art. 19.13 de la Ley 16/2012.

Por las mismas razones, tampoco puede ser atendida la queja relativa a la lealtad institucional, que la demanda vincula a la infracción del art. 135 CE así como a la del art. 6.2 LOFCA, que también hemos descartado.

A mayor abundamiento, la norma estatal ha optado por atribuir la totalidad de la recaudación del impuesto estatal a las Comunidades Autónomas, si bien reservándose éste la gestión de dicho impuesto, lo que implicará la asunción del coste de dicha gestión. Además, la percepción de esta recaudación no implicará la correspondiente disminución de las cuantías a percibir por el fondo de suficiencia, como derivaría de la aplicación del vigente sistema de financiación autonómica, regulado en la Ley 22/2009, tal y como expusimos en nuestra STC 76/2014, de 8 de mayo, cuyo FJ 5 debe darse aquí por reproducido. En efecto, a diferencia de lo que sucede cuando se establecen nuevas fuentes de ingresos para las Comunidades Autónomas, en este caso, tal disminución del fondo no se producirá, en virtud de la disposición transitoria única de la norma impugnada, que arbitra el denominado «Régimen transitorio del impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito en relación con las Comunidades Autónomas», disponiendo que «[e]n tanto no se produzcan las modificaciones del sistema de financiación necesarias para su configuración como tributo cedido a las Comunidades Autónomas, el Estado hará llegar a estas, previos los acuerdos en los marcos institucionales competentes, el importe del impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito acordado con las Comunidades Autónomas, según lo establecido en el apartado catorce del art. 19 de esta Ley, sin que resulte de aplicación lo dispuesto en el art. 21 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, sobre revisión del fondo de suficiencia global».

No es tarea de este Tribunal determinar cuál habría sido la forma más adecuada de coordinar los hechos imponderables gravados por el impuesto sobre depósitos, ni mucho menos cuál debería haber sido el método más idóneo para compensar las eventuales pérdidas de recaudación, del mismo modo que hemos afirmado, con carácter general, que tampoco es tarea de esta jurisdicción pronunciarse acerca de «cuál sea el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas más acertado (ya desde la STC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3; doctrina reiterada en las SSTC 68/1996, de 4 de abril, FJ 2; 13/2007, FJ 3; o 204/2011, FJ 6, entre muchas otras), pues nuestra función debe ceñirse, como es lógico, a decidir si las normas impugnadas en cada proceso exceden de lo constitucionalmente admisible, pero sin que ello pueda extenderse a determinar cuál haya de ser el sistema más adecuado para la financiación de las Comunidades Autónomas o de coordinación de las actividades financieras entre los distintos entes territoriales.» [STC 76/2014, de 8 de mayo, FJ 4 c)].

En este caso, y con los argumentos expuestos, debe descartarse la vulneración del principio de lealtad institucional que propugna el recurrente, lo que conduce a desestimar este último motivo de inconstitucionalidad.

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 el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Principado de Asturias contra el art. 124 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

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

Dada en Madrid, a veintiséis de mayo de dos mil quince.–Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Adela Asua Batarrita.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Fernando Valdés Dal-Ré.–Juan José González Rivas.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Pedro José González-Trevijano Sánchez.–Ricardo Enríquez Sancho.–Antonio Narváez Rodríguez.–Firmado y rubricado.

Pleno. Sentencia 103/2015, de 28 de mayo de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 1895-2012. Interpuesto por más de cincuenta Senadores del Grupo Parlamentario Socialista en relación con el artículo 5 de la Ley de la Asamblea de Madrid 6/2011, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas. Principios de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales y de seguridad jurídica, competencias sobre contratación pública y concesiones y en materia de procedimiento administrativo: constitucionalidad del precepto legal autonómico que modifica el régimen jurídico del Canal de Isabel II.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente; doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 1895-2012, promovido por más de cincuenta Senadores del Grupo Parlamentario Socialista contra el art. 5 de la Ley de la Comunidad de Madrid 6/2011, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas. Han comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y los Letrados de la Comunidad Autónoma y la Asamblea de Madrid. Ha sido Ponente la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 30 de marzo de 2012 tuvo entrada, en el registro del Tribunal Constitucional, un escrito de la Senadora doña Carmen Menéndez González-Palenzuela, actuando en representación de más de cincuenta Senadores del Grupo Socialista, interponiendo recurso de inconstitucionalidad contra el art. 5 de la Ley de la Comunidad de Madrid 6/2011, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas.

La demanda comienza con la exposición de los fundamentos de Derecho relativos a la competencia del Tribunal Constitucional; legitimación; representación y postulación; objeto del recurso, que identifica como el art. 5.2 de la Ley 3/2008, de medidas fiscales y administrativas, de 28 de diciembre de 2011 de Madrid; plazo de interposición y reclamación del expediente. Y continúa con la exposición de los antecedentes de hecho.

Tras reproducir literalmente el apartado 2 del art. 5 de la Ley 6/2011, que modifica parcialmente la Ley 3/2008, de 29 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, que, a su vez, modificaba parcialmente la Ley 17/1984, de 20 de diciembre, reguladora del abastecimiento y saneamiento de agua en la Comunidad de Madrid, pasa a exponer las modificaciones del régimen establecido para la privatización de parte de la empresa pública Canal de Isabel II, en adelante el Canal.

La primera afecta al procedimiento de enajenación que ya no se abrirá a los ciudadanos e interesados mediante un procedimiento público de venta, pues la capitalización se llevará a cabo por el propio Canal, de acuerdo con las fases que se determinen por el Consejo de Gobierno cuando lo autorice, en los términos establecidos en el contrato-programa. El nuevo sistema permite a los Ayuntamientos que lo soliciten suscribir un convenio de adhesión a la nueva empresa, que implica su participación en la sociedad a crear, con un porcentaje cuya determinación no se concreta. Aquellos que, manteniendo un convenio en vigor para el suministro de agua potable con el Canal, decidan no adherirse al nuevo sistema recibirán una cantidad anual por habitante hasta la resolución o liquidación del mismo. Cantidad a determinar por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, sin que la ley concrete quién debe pagarla ni en qué concepto –transferencia o subvención–. A tal efecto la Ley reconoce al Ayuntamiento afectado y al Canal, antes de la creación de la nueva sociedad, el desistimiento libre de los convenios, lo que implicará su liquidación con la entrega de la red y el traspaso de la gestión del servicio al Ayuntamiento y abono de las cantidades adeudadas, incluidas las inversiones pendientes de amortización.

La Ley reguladora de las bases de régimen local incluye entre las competencias municipales (art. 25.1 y 2) el suministro de agua, el alcantarillado y el tratamiento de las recicladas. Los municipios deben prestar en todo caso el abastecimiento de agua potable y alcantarillado, mediante cualquiera de las formas de gestión, directa o indirecta, previstas en el art. 85 de la Ley citada. Hasta el momento, la mayoría de los Ayuntamientos madrileños habían realizado una encomienda de gestión al Canal, una empresa pública homóloga a las entidades públicas empresariales reguladas en la Ley de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, que tenía encomendado, por la Ley de la Asamblea de Madrid 6/1997, la explotación de los servicios de aducción y depuración de aguas y las funciones relacionadas con los servicios hidráulicos que le fueran encomendados. El soporte legal de la encomienda está constituido por el art. 137 Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración local de la Comunidad de Madrid; el art. 6 de la Ley 17/1984; el Decreto 170/1998, de 1 de octubre, sobre gestión de las infraestructuras de saneamiento de aguas residuales en la Comunidad de Madrid; el art. 14 del Decreto 137/1985, por el que se aprueba el régimen económico y financiero del abastecimiento y saneamiento de agua en Madrid, y, subsidiariamente, por los arts. 6 y 14 de la Ley 30/1992. Tanto la decisión sobre los precios públicos del agua como cualquier otra decisión financiera atinente al servicio quedan establecidas a partir de los convenios que recogían los elementos básicos de la relación entre el Canal y los municipios competentes para la prestación del servicio. Tras la Ley 3/2008, y la aquí impugnada, se modifican las garantías convencionales establecidas tanto en la Ley 30/1992, como en el texto refundido de la Ley de contratos del sector público. Por tratarse la ley impugnada de una ley especial, que contiene una regulación ad nominem que concede al Canal facultades extraordinarias de control sobre la autonomía local –le permite resolver y liquidar unilateralmente los convenios

de encomienda– contiene preceptos sancionatorios y atenta a la capacidad de autogobierno municipal, y al principio de legalidad y seguridad jurídica del art. 9 CE.

Continúa la demanda señalando que la privatización del Canal ha sido objeto de recursos contencioso administrativos por parte de Ayuntamientos, y pone énfasis en la defectuosa técnica legislativa seguida, con utilización de leyes ómnibus que afectan a la seguridad jurídica (con cita de las SSTC 14/1987 y 6/1989).

Añade que no es posible conocer la naturaleza jurídica de la sociedad a crear, pues la autorización concedida por la Ley impugnada al Canal lo es, inicialmente, para crear una sociedad de capital íntegramente público a la que se transferirá la titularidad de los bienes patrimoniales, se adscribirán los demaniales y gestionará los servicios que ahora ejerce el Canal por encomienda de los Ayuntamientos. Posteriormente, según el art. 5.1 se enajenará a inversores privados el 49 por 100 del capital por los procedimientos previstos por la Ley. El nuevo sistema de gestión se ha revelado con posterioridad a la ley impugnada mediante un sistema de convenio a tres bandas –Ayuntamiento, Canal y Comunidad de Madrid– mediante el cual el Ayuntamiento participa en la nueva sociedad con un porcentaje mínimo de su accionariado, en función del número de habitantes. Con esa participación municipal se intenta justificar que el servicio encomendado se presta de forma directa (modelo del in house providing) en un intento de vulnerar la licitación pública. Los convenios que siguen vigentes deberían desplegar sus efectos hasta su expiración si cualquier Ayuntamiento decidiera no adscribirse al nuevo modelo de gestión, lo que se evita con una medida coercitiva destinada a doblegar su voluntad, al conceder a una de las partes la potestad de resolverlos libremente. En definitiva, se trata de arrastrar a los Ayuntamientos a que incumplan la legislación básica en materia de contratos así como las directivas europeas en la materia.

El primer motivo de inconstitucionalidad denunciado es la vulneración del art. 9.3 CE por el art. 5 de la Ley 6/2011, en relación con el principio de legalidad, así como por infringir la reserva de ley estatal sobre contratos y concesiones administrativas (art. 149.1.18 CE), ello en relación con los arts. 3 y 24.6 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público. De acuerdo con lo establecido en el citado precepto del Real Decreto legislativo 3/2011, están excluidos de la ley los negocios jurídicos en cuya virtud se encomiende a una entidad, que reúna la condición de medio propio con los requisitos establecidos en el art. 24.6 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, la realización de una determinada prestación. En la medida en que la ley impugnada prevé la participación privada en el 49 por 100 del capital de la nueva sociedad, ésta no tiene la consideración de medio propio y, por tanto, no podría recibir la encomienda del servicio sin licitación. Así lo ha puesto inequívocamente de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al exigir que (i) estos contratos se formalicen entre una entidad adjudicadora y una entidad formalmente diferente de ésta, sobre la que ejercita un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, (ii) que el ente instrumental lleve a cabo la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades públicas que la controlan y (iii) que el capital del ente instrumental sea de titularidad pública. Por tanto, el art. 4.1 n) del texto refundido de la Ley de contratos del sector público incorpora los requisitos de la jurisprudencia comunitaria, y es vulnerado por la disposición legal impugnada.

De ahí que el art. 5.1 de la Ley 6/2011 vulnere el principio de reserva de ley del Estado, pues la nueva empresa no es íntegramente pública y los Ayuntamientos no ejercen un control análogo sobre la sociedad como si se tratara de sus propios servicios. De ahí que no sea posible formalizar contrato, encargo o encomienda para adjudicar a la nueva sociedad la prestación de los servicios públicos sin acudir previamente a la concurrencia pública. Se opone, además, al texto constitucional en tanto altera el sistema competencial en materia de contratación pública, todo ello relacionado con la defensa del libre mercado y la libre competencia cuando

se trata de garantizar la libre concurrencia de las empresas privadas en la economía de mercado. Estas competencias son compartidas con la Unión (arts. 56 a 62, 106 y 114 del Tratado de funcionamiento de la Unión europea) y existen dos directivas comunitarias, 2004/18/CE y 2004/17/CE, que establecen la obligación de los Estados miembros de garantizar la concurrencia, en régimen de libre competencia, a la licitación de servicios, contratos y obras públicas, fundado todo ello en la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada. Pues bien, la transferencia a la mercantil mayoritariamente pública se realizará por los títulos de que dispone la Ley 3/2008, esto es, mediante los convenios de gestión de los entes locales que se adhieran al nuevo sistema. Sin embargo, los municipios, a pesar de la participación pública del 51 por 100, no ejercen sobre la nueva sociedad un control análogo al que ostentan sobre sus propios medios, de manera que la Ley impugnada contempla una excepción a la normativa comunitaria para la que no tiene competencia. Al haber ejercido la Unión europea potestades de armonización a través de la Directiva, las implicaciones para el principio de seguridad jurídica adquieren relevancia constitucional, pues la vigencia de una norma contraria al derecho europeo, en cuanto se erige en el derecho con primacía, constituye una violación del art. 9.3 CE. El Tribunal Constitucional italiano en su sentencia 384/1994, de 10 de noviembre, se declaró competente para conocer la constitucionalidad de las normas contrarias al derecho europeo, en tanto que la no declaración de inconstitucionalidad habría entrañado una lesión evidente del principio de seguridad jurídica así como una elusión de las obligaciones del Estado italiano. Por su parte, el Consejo de Estado francés, en el caso *Nicolo*, determinó la posibilidad de controlar una ley estatal atendiendo a un Tratado internacional, y posteriormente, también determinará la competencia para juzgar la legislación interna sobre la concordancia con reglamentos y directivas en sentido abstracto (*ârrets* de 24 de septiembre de 1990, *Bosidet*, p. 251, y de 28 de febrero de 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France*, p. 81). Por su parte, la Cámara de los Lores en el Reino Unido determinó en la Sentencia, de 1994, su competencia en el enjuiciamiento en abstracto de una norma interna en su concordancia con el derecho europeo. En el caso español, la STC 236/1991, de 12 de diciembre, establece que la trasposición y regulación de la normativa comunitaria puede constituir una cuestión interna a resolver aplicando el reparto de competencias, siendo esta la cuestión a solventar y no la competencia comunitaria, pero en este caso la norma impugnada sería igualmente inconstitucional por ejercer una competencia ajena en virtud del art. 149.1.18 CE, pues corresponde al legislador estatal la regulación de la contratación administrativa y las concesiones de servicio público. A pesar de lo expuesto, la demanda concluye esta primera lesión señalando que no se pide a este Tribunal que se pronuncie sobre la constitucionalidad de la norma impugnada a partir de la adecuación al derecho europeo sino de la vulneración competencial por infringir la regulación estatal que traspone el Derecho europeo y que generará responsabilidad del Estado español ante las autoridades europeas.

Alegan los demandantes como segundo motivo de inconstitucionalidad, la infracción de la competencia estatal en materia de procedimiento administrativo común, en concreto, con la Ley 30/1992, de 27 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LPC). El art. 5.2 de la Ley 6/2011, viene a instaurar una nueva causa de resolución de los convenios administrativos de encomienda vigentes, regulados en el art. 15.4 y 6 LPC, cual es la no suscripción del nuevo modelo de gestión. La Ley permite que cualquiera de las partes pueda desistir libremente de los convenios vigentes por esta razón. Por otra parte, esta norma tiene efectos retroactivos pues afecta a las situaciones jurídicas nacidas con anterioridad, y aunque la norma se refiere a la entrega de las cantidades adeudadas, éstas siempre resultarán a favor del Canal, de manera que la extinción se erige en sanción por la no adhesión al nuevo sistema. La regulación de una nueva causa para la extinción, cuando los convenios ya contaban con las suyas, conculca los derechos de los municipios siendo así que estaríamos ante un ataque retroactivo a un acto jurídico realizado al amparo de las normas vigentes en el momento de su suscripción (STC 112/2006, de 5 de abril). Aunque no se tratase de un derecho adquirido susceptible de protección constitucional,

estaríamos, de facto, ante una norma sancionadora que vulneraría en todo caso el art. 9.3 CE. Ello debe ser puesto en conexión con el principio de seguridad jurídica dado que las normas recurridas son inciertas y faltas de la necesaria claridad, ya que no se establecen los elementos indispensables para el conocimiento del sistema que se establece y de las consecuencias de optar por una u otra fórmula. Esta inseguridad jurídica siembra la duda entre los entes locales sobre si actuar en base a la normativa estatal violando la autonómica, o en sentido inverso, con contravención del principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, FJ 8 y 84/2008, FJ 8).

La tercera y última vulneración es la referida a la autonomía local. Aunque aparentemente la norma deja optar a los municipios por adherirse o no al nuevo sistema de gestión, la capacidad de decisión no es tal. Con la desaparición del anterior sistema, se esfuman los mecanismos de coordinación autonómicos imprescindibles para que los Ayuntamientos que opten por no integrarse en el nuevo sistema puedan prestar el servicio en el que concurren competencias de distintas Administraciones públicas de las que son titulares las tres Administraciones territoriales. El suministro de agua de competencia municipal depende de la depuración y aducción de aguas que son servicios de interés de la Comunidad de Madrid por su carácter supramunicipal, que son los que van a ser suministrados por la nueva empresa. El nuevo sistema obligaría a los municipios a que, para realizar el suministro en baja, tuvieran que asumir el resto de servicios cuando son de cumplimiento imposible por el municipio en solitario. Desde otro punto de vista, no es posible que los municipios presten estos otros servicios que no son de su competencia, porque existen obligaciones internacionales sobre la calidad del agua que exigen cuantiosas inversiones para las que los municipios no tienen capacidad. De esta forma, es obligada la adhesión al nuevo sistema. Lo más relevante es que la norma impugnada solo permite o bien no adherirse al sistema, previo desistimiento del convenio y liquidación de las obligaciones pendientes, o adherirse al mismo, pero no permite mantener los convenios vigentes. La norma es defectuosa, pues el municipio no puede conocer a priori el coste de la decisión a adoptar. Así pues, aunque el cambio de sistema no es de por sí inconstitucional, sí lo es la regulación legal del desistimiento obligatorio de los convenios de encomienda de gestión, obligándose tácitamente a los Ayuntamientos a adherirse al nuevo sistema con unas condiciones irracionales, porque se desconoce su coste, y arbitrarias, porque se desconoce su alcance y condicionan la capacidad de autogobierno municipal a la hora de decidir cómo prestar su competencia. De esta forma la ley impugnada impide el ejercicio sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, de las funciones que legalmente les han sido encomendadas a los Ayuntamientos (STC 104/2000).

En cuanto a los Ayuntamientos que decidan incorporarse al nuevo sistema, la violación de la autonomía local se produce porque el nuevo sistema produce una detracción de los recursos y bienes locales (derechos reales de uso de las redes municipales de abastecimiento conferidos al Canal por los antiguos convenios), que van a ser capitalizados y transmitidos como parte del capital social a la nueva empresa en creación. Ello limita directamente la plena disponibilidad de los recursos municipales de los Ayuntamientos, y la merma de su capacidad económica financiera. Los precios de los servicios se fijarán por la nueva empresa, siendo así que los municipios no participan en los órganos de dirección que habrá de aprobarlos, lo que afecta en el derecho a intervenir en los asuntos que atañen a los municipios (STC 214/1989, FJ 1). El art. 137 CE, en su manifestación de libre disponibilidad, supone que forma parte de la autonomía local la capacidad que tienen las entidades locales para disponer sobre sus propios recursos. En consecuencia, el art. 20.4 del texto refundido de la Ley de haciendas locales permite el establecimiento de precios públicos en la forma de tasa. La Ley impugnada obliga a los Ayuntamientos a ceder su competencia para el establecimiento de los precios públicos que antes venían ejerciendo mediante el instrumento de la encomienda y la presencia representativa en el consejo del Canal. Con el sistema actual, los municipios

no controlan las condiciones en las que se establecerá el precio público del servicio de agua, lo que impedirá el establecimiento de tasas por servicio y la garantía y suficiencia de medios. Con ello se vulnera la autonomía local en su vertiente económica. En la STC 109/1988, de 21 de mayo, el Tribunal señaló que las limitaciones o condicionamientos a la disponibilidad de los ingresos o a la libre decisión sobre el destino de los gastos de los ayuntamientos no vulneran la autonomía local, en su vertiente económica siempre y cuando estas limitaciones estén autorizadas por el bloque de la constitucionalidad, y es claro que la obligación impuesta a los Ayuntamientos por la Ley impugnada no forma parte del bloque de la constitucionalidad, toda vez que el art. 124 CE vincula la suficiencia de ingresos de las haciendas locales al ejercicio, por los correspondientes entes locales, de las competencias atribuidas, y por otra parte porque los preceptos del bloque de constitucionalidad reguladores de los recursos de las Comunidades Autónomas, no les permiten el establecimiento como recurso propio ordinario de una participación en una empresa privada de su creación.

En razón de lo expuesto, concluye la demanda suplicando la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del art. 5 de la Ley 6/2011, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid.

2. Mediante providencia de 8 de mayo de 2012, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad; dar traslado de la demanda para alegaciones al Congreso de los Diputados y Senado, al Gobierno del Estado, a la Comunidad y Asamblea, ambas de Madrid, y ordenar su publicación en los «Boletines Oficiales del Estado» y en el «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid».

3. Por escrito registrado en este Tribunal el 22 de mayo de 2012, el Abogado del Estado se personó en el recurso y solicitó la ampliación del plazo de alegaciones. Mediante providencia de 23 de mayo de 2012, el Pleno de este Tribunal lo tuvo por personado y autorizó la prórroga solicitada.

4. Por sendos escritos, con entrada en el Tribunal Constitucional el día 23 de mayo de 2012, el Congreso de los Diputados y el Senado se personaron en el proceso y ofrecieron su colaboración, pero no realizaron alegaciones.

5. Por escrito del Presidente de la Asamblea de Madrid, registrado el 29 de mayo de 2012 en el Tribunal Constitucional, se dio traslado de la resolución del Pleno del mencionado órgano acordando la personación en el proceso y la formulación de alegaciones.

6. El 5 de junio de 2012 tuvo entrada en el Tribunal Constitucional el escrito de alegaciones de la Letrada de la Comunidad Autónoma, actuando en la representación que legalmente ostenta. Comienza realizando una precisión sobre el objeto del recurso. Aunque inicialmente la demanda dice impugnar el art. 5.2 de la Ley de la Asamblea de Madrid 3/2008, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, lo que debe entenderse como la impugnación del art. 5.2 de la Ley 6/2011, en realidad la demanda se dirige a combatir la totalidad del art. 5 de dicha ley e, incluso, el art. 16 de la Ley 3/2008, de la que éste trae causa, esto es, del proceso de capitalización del Canal que no fue impugnado en su momento. No puede aprovecharse, por tanto, una modificación para impugnar una norma que no lo fue en plazo. Considera, además, que el recurso tiene carácter preventivo. Tras recordar que el juicio de este Tribunal no puede ser de la oportunidad o acierto de la norma impugnada, sino de su contradicción con el bloque de la constitucionalidad (SSTC 28/1991, de 14 de febrero; 341/1993, de 18 de noviembre, y 49/2008, de 9 de abril), recuerda la doctrina constitucional relativa a que no puede hacerse uso de este recurso con carácter preventivo (SSTC 49/1984, de 5 de abril, y 110/2011, de

22 de junio) y afirma que los recurrentes pretenden declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal sobre la base de juicios valorativos y de la presunción de inconstitucionalidad de actuaciones futuras aplicativas de la norma aquí discutida: la encomienda de gestión del Canal a favor de la sociedad de próxima creación a lo que no se refiere el precepto cuestionado; la resolución operada de los convenios cuando la norma se limita a reconocer el derecho a desistir de tales convenios a todas las partes intervinientes; y, en cuanto a la autonomía local, se aplica la idea de la calamitosa situación en que quedarán los municipios que no se adhieran al nuevo modelo de gestión, extremos que no resultan de la lectura de la norma cuestionada. Insiste también en la falta de argumentos jurídicos materiales para sustentar la demanda.

En cuanto a la vulneración de la normativa básica en materia de contratos públicos, considera la Letrada de la Comunidad que los demandantes parten de la idea de que la ley combatida estaría realizando una encomienda de gestión del Canal a la nueva sociedad, lo que debe rechazarse de antemano pues lo que la Ley contempla es la gestión mediante una sociedad de economía mixta que respeta íntegramente la normativa comunitaria que no es parámetro de constitucionalidad. La ley 3/1998, indica que la capitalización del Canal debe realizarse en el marco de las previsiones contenidas en la legislación básica del Estado. Además, el preámbulo de la Ley 6/2011 explica que la finalidad del legislador ha sido la de adaptar la normativa autonómica a la disposición adicional vigésimo novena del texto refundido de la Ley de contratos del sector público. Esta disposición adicional establece que los contratos puedan adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta, siempre que la elección del socio privado se realice de conformidad con las normas establecidas en esa ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto y, en su caso, las relativas al contrato de colaboración público-privada, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado; esta disposición recoge los criterios establecidos en la Comunicación interpretativa de la Comisión, relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y colaboración público-privada institucionalizada, de 12 de abril de 2008, criterio que ha sido refrendado por la STJUE de 15 de octubre de 2009, asunto C-196/08, Acoset SPA contra Conferenza Sindaci e Presidenza della Prov. Reg. Di Ragusa y otros. El procedimiento diseñado por la norma impugnada es, por tanto, compatible con la disposición estatal citada y con el derecho europeo.

Con respecto a la vulneración de la competencia estatal en materia de procedimiento administrativo, los demandantes afirman que el precepto impugnado viene a crear una nueva causa de resolución de los convenios regulados en el art. 6 en relación con el art. 15.4 LPC. Señala la Letrada de la Comunidad que, en el año 2008, el legislador autonómico, en el ejercicio de su competencia de autoorganización, modificó el modelo de gestión del servicio atribuido al Canal, modificación que no fue recurrida. El art. 5.2 de la Ley 6/2011 se limita a concretar lo entonces establecido con la finalidad de preservar la autonomía local. El primer inciso del precepto impugnado prevé que los municipios perciban temporalmente una cantidad anual por habitante desde la entrada efectiva de capital privado en la sociedad hasta que se proceda a la resolución del convenio vigente; en el segundo se confiere a los Ayuntamientos y al Canal la posibilidad de desistir libremente de cualquiera de tales convenios, en previsión de las consecuencias económicas derivadas de la citada liquidación. Se pone de manifiesto, así, el carácter preventivo del recurso, pues si ninguna de las partes vinculadas por el convenio o encomienda de servicios desiste, este habrá de subsistir. Por otra parte, el reconocimiento del desistimiento libre de las partes no atenta contra la Ley 30/1992. Esta previsión se inserta en una norma sectorial para un supuesto de hecho concreto, sin que sea una previsión general que pudiera entrar en colisión con una norma del procedimiento administrativo común. Por otra parte el art. 6.2 LPC se limita establecer el contenido mínimo de los convenios que deberán

especificar el plazo de vigencia, la posibilidad de prórroga y la extinción por causa distinta a las mencionadas en él. La ley bien puede introducir nuevas causas de resolución dada su prevalencia jerárquica sobre los convenios (STC 210/1990, de 20 de diciembre). Existen, por otra parte, ejemplos claros de la primacía de la ley sobre los contratos preexistentes, como ocurrió, por ejemplo, con la Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual, que estableció modificaciones en el modelo aplicable a este sector, debido al paso del servicio público esencial al servicio de interés general en régimen de libre competencia, que exigió la transformación de las concesiones de gestión del servicio entonces público en licencias. No hay, tampoco, lesión alguna del principio de irretroactividad, pues el cambio de modelo se produce hacia el futuro y no estamos ante una norma sancionadora o restrictiva de derechos, entendiendo por tales los derechos fundamentales, libertades públicas y la esfera general de protección de la persona (STC 42/1986, de 10 de abril).

La Ley impugnada no establece una sanción, pues no es tal la vinculación de la liquidación del convenio con la entrega de las cantidades adeudadas. Tampoco se trata de una norma restrictiva de derechos que ni siquiera han sido identificados por la demandante; antes el contrario, se amplían las posibilidades de opción en la gestión, pues cabe adherirse al nuevo sistema o mantener los convenios suscritos con el Canal, si no media desistimiento o asunción por el municipio de los servicios. Pero incluso aunque pudiera hablarse de una norma retroactiva, estaríamos ante un supuesto de retroactividad impropia no prohibida por la Constitución. Tampoco hay afectación alguna al principio de seguridad jurídica y buena prueba de ello es que la propia demanda revela la plena comprensión por los recurrentes de los extremos del precepto impugnado.

En cuanto a la vulneración de la autonomía local, tanto de los municipios que opten por adherirse como de aquellos que no lo hagan, comienza exponiendo el reparto competencial en la materia. La Ley de bases de régimen local ha configurado como servicio público de competencia municipal el suministro de agua y el tratamiento de aguas residuales [art. 25.1 I)] que tiene carácter obligatorio en todos los municipios [art. 26.1 a)], sin perjuicio del régimen de dispensa del art. 26.2. Sobre este servicio se ha declarado reserva a favor de los municipios (art. 86.3). En consecuencia se trata de una competencia municipal de obligado ejercicio por las entidades locales. El sistema promovido por la Ley 3/2008 y concretado en la Ley 6/2011 concilia la competencia organizativa autonómica con el máximo respeto a las competencias municipales, de manera que los Ayuntamientos que no deseen adherirse al nuevo modelo, previo desistimiento del convenio que tienen con el Canal, prestarán los servicios de su competencia. El sistema permite, por tanto, a los municipios adherirse o no al nuevo modelo de gestión, y los que no se adhieren, son libres de prestar el servicio en la forma que consideren conveniente, sin que la Comunidad de Madrid haga dejación de las competencias que le son propias en relación con los citados Ayuntamientos. En este sentido, resulta que los servicios de aducción, depuración y reutilización son de interés autonómico y están encomendados al Canal, sin perjuicio de las competencias del Estado y de las entidades locales. La literalidad del precepto conduce a la existencia de tres opciones: adherirse al nuevo modelo, mantener los convenios de encomienda de servicios al Canal o, previo desistimiento del convenio, proveer la prestación de los servicios. Frente al argumento de que no es posible en la práctica no adherirse al nuevo sistema porque desaparecerían los mecanismos de coordinación autonómicos necesarios para que los municipios puedan prestar el servicio, considera que el art. 5 de la Ley 17/1984, que es el que recoge los mecanismos de información mutua, colaboración y coordinación no se ha visto modificado. La alegación de que los municipios tendrían que obtener las correspondientes concesiones de la confederación, queda rebatida por el art. 2.1 de la Ley 17/1984, que señala que los servicios de aducción, depuración y reutilización son de interés de la Comunidad de Madrid, mientras que el art. 2.4 de la misma ley establece que los Ayuntamientos, en el ejercicio de sus competencias y en relación con

los servicios de aducción, depuración y reutilización, podrán ejercer, entre otras iniciativas, la prestación de servicios, mediante cualquiera de las fórmulas previstas por la legislación vigente. De admitirse la vulneración denunciada, habría que hacerlo tanto en relación con los municipios que han suscrito un convenio de encomienda, como para aquellos que desde tiempo inmemorial han prestado los servicios de su competencia al margen del Canal. En suma, se trata de una elección libre que no merma las competencias municipales que en esta materia atribuye la Ley 17/1984.

En relación con los municipios que decidan adherirse, no cabe hablar tampoco de lesión de la autonomía, pues si se ejerce esta opción, será porque el Ayuntamiento considera que es la forma más eficiente para la prestación del servicio, lo que se compadece mal con la supuesta detracción de recursos y bienes locales, que, además, se verá compensado con una participación en el accionariado en la nueva empresa, existiendo una nueva aportación económica para las arcas municipales derivada de la venta de acciones en el momento de la capitalización o por el reparto de dividendos por las acciones que no vendan. Concluye, finalmente, descartando que quepa deducir del precepto impugnado la modificación del régimen tarifario que regula el capítulo III de la Ley 17/1984 que, bajo la rúbrica «régimen económico financiero», regula el establecimiento de tarifas en esta materia y que desarrolla el Real Decreto 137/1985. Es al Gobierno de la Comunidad de Madrid al que corresponde la determinación de las tarifas máximas, mientras que los municipios tienen la iniciativa para la modificación y la aprobación de las tarifas y o tasas de los servicios de distribución y alcantarillado, dentro los límites anteriormente fijados.

Concluye, en consecuencia, suplicando la desestimación íntegra del recurso.

7. El 15 de junio de 2014, el Abogado del Estado presentó sus alegaciones en el Tribunal Constitucional. Estas versan, única y exclusivamente, sobre las cuestiones competenciales. Esto es, aquellas vulneraciones en las que se invoca una contradicción con la legislación básica estatal, ya sea en materia de contratos o de procedimiento administrativo común. Pasa en primer lugar a analizar la contradicción con los arts. 3 y 24.6 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público y por tanto la vulneración de la competencia que asiste al Estado en materia de contratos públicos. A tal efecto dice que no estamos ante un medio propio de los regulados en el art. 24.6 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, sino ante una concreta forma de gestión de los servicios públicos mediante sociedad mixta, a la que se refiere el art. 277 d) del texto refundido de la Ley de contratos del sector público. En esta modalidad, lo relevante es la forma de elección de las personas que integran junto a la administración la sociedad prestataria del servicio, a lo que se refiere la disposición final vigésimo novena del texto refundido de la Ley de contratos del sector público. En este caso, el recurso es prematuro pues, al tratar de cómo seleccionar al socio privado, la ley 6/2011 se limita a remitirse al acuerdo del Consejo de Gobierno que lo autorice, exigiendo en todo caso un procedimiento que se sujete a los principios de igualdad de trato, publicidad, transparencia, objetividad y concurrencia. Debe tenerse en cuenta, además, que el contrato de gestión de servicios no se encuentra sometido a regulación armonizada (art. 13 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público), por lo que el Canal sólo queda sujeto a los requisitos de adjudicación del art. 191 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, es decir sometido a estos principios. Por otra parte, el legislador ha declarado su voluntad de cumplir la legislación básica estatal.

En cuanto a la vulneración de los preceptos de la Ley 30/1992, señala el Abogado del Estado que el art. 6 LPC no resulta de aplicación a los convenios de encomienda de gestión, porque viene referido exclusivamente a los convenios suscritos por el Estado y las Comunidades Autónomas. Por su parte, el art. 15.4 LPC no establece un listado de causas tasadas de

extinción, de manera que no existe obstáculo alguno en la legislación básica para que una ley autonómica establezca nuevas causas de extinción.

Concluye, en consecuencia, que no existe en el art. 5 de la Ley impugnada ninguna infracción de la legislación básica estatal.

8. El día 5 de junio de 2012, tuvo entrada en el Tribunal Constitucional el escrito de alegaciones del Letrado de la Asamblea de Madrid actuando en representación de ésta. Comienza exponiendo un primer óbice procesal relativo a la extemporaneidad del recurso. La Ley impugnada fue publicada en el «BOCM» en día 29 de diciembre de 2011, pero el recurso tuvo entrada en el Tribunal Constitucional el 30 de marzo. Dado que el art. 80 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) se remite con carácter supletorio a la Ley Orgánica del Poder Judicial y a la Ley de enjuiciamiento civil, conviene traer a colación la jurisprudencia recaída en el ámbito de la jurisdicción ordinaria que entiende que, cuando se trata de plazos de meses, el cómputo ha de hacerse según el art. 5 del Código civil, de fecha a fecha, para lo que aunque se inicie al día siguiente de la notificación, el plazo concluye en el correlativo a la publicación en el mes de que se trate. No es de aplicación tampoco el art. 85.2 LOTC que se contempla como una extensión del periodo de gracia del art. 135 de la Ley de enjuiciamiento civil, circunscrita a los recursos de amparo.

En cuanto al motivo de inconstitucionalidad consistente en la vulneración de la legislación estatal en materia de contratos y concesiones administrativas, nada en la norma permite entender lo que el recurso afirma, esto es, que el contrato-programa constituye una encomienda de gestión del Canal a la nueva sociedad, que no tendría cabida en el art. 24.6 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público. Debe tenerse en cuenta que la vulneración que se achaca no se deriva de la ley impugnada, sino del futuro proceso de capitalización, cuando la propia ley prevé que se lleve a cabo en el marco de las previsiones contenidas en la legislación básica del Estado y cuando su exposición de motivos afirma que se trata de adaptar la normativa autonómica a lo dispuesto en la disposición adicional vigésimo novena y no al art. 24.6 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público. De esta forma, la norma impugnada salva cualquier posible desajuste con la norma básica estatal; a mayor abundamiento, los contratos-programa cuentan con soporte expreso en la normativa sectorial, pues la Ley autonómica 17/1984, define al Canal como empresa pública de las previstas en el art.2 de la Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración institucional de la Comunidad de Madrid, y añade que se rige por lo en ella dispuesto en la Ley general presupuestaria, que contiene una disciplina mínima de los contratos-programa. Pero incluso en el caso de que se llegara a considerar que el contrato-programa tiene la naturaleza de una encomienda de gestión, la violación invocada no se desprende de la norma impugnada, por cuanto la pérdida del carácter íntegramente público de esta sociedad solo es una mera posibilidad, pero no existe certeza de que se lleve a cabo. Tampoco la regulación de la prestación del servicio por los Ayuntamientos, al prever que suscriban el correspondiente convenio de incorporación al nuevo modelo de gestión, vulnera la norma del Estado en materia de contratación. Esta suscripción se produciría con anterioridad a la autorización del proceso de capitalización, momento en que esta sociedad no estará constituida, de manera que el convenio se suscribiría con el Canal, sin que pueda hablarse de una relación triangular sino de una relación entre el Canal y la nueva sociedad,—a través del contrato-programa—. No cabe tampoco hablar de vulneración del art. 9.3 CE, que no está recogido en las bases del 149.1.18 CE, ni regulado en la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

Continúa recordando que el Derecho europeo no es canon de constitucionalidad (SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4; 147/1996, de 19 de septiembre,

FJ 3; 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 8; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 2, y 86/2011, de 9 de junio), y menos aún, que la regulación contraria a los preceptos del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea suponga una infracción del art. 96 CE, pues ni el Tratado de adhesión ni el Derecho de la Unión integra, en virtud del art. 96 CE, el canon de constitucionalidad bajo el que deben examinarse las leyes españolas. Tampoco se entiende la infracción alegada de la reserva de ley del Estado, sin que sea óbice a esta conclusión la inseguridad jurídica, invocada por los recurrentes, de mantener la vigencia de una norma contraria al ordenamiento comunitario, en tanto este se erige con primacía. Realmente, lo que se alega en la demanda es la vulneración de la distribución competencial Estado-Comunidad Autónoma en materia de contratación pública, que habría regulado esta última en contra de lo establecido en la ley estatal, lo que debe rechazarse por las razones anteriormente expuestas.

Asimismo, la remisión a los principios de igualdad de trato, publicidad, transparencia, objetividad y concurrencia en la forma en que los recoge el art. 1 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público así como la legislación material y formalmente básica permite descartar la vulneración de la libre empresa que no estaría afectado por el proceso de capitalización en el que se crea una sociedad mixta: se ha respetado la reserva de ley y el contenido esencial de ese derecho.

En cuanto al incumplimiento de la legislación estatal de procedimiento administrativo común, que se centra en la vulneración de los arts. 6 en relación con el 15.4 LPC, el Letrado de la Asamblea rechaza que se regule una nueva causa de resolución y liquidación, sino que se limita a mencionar la resolución como una circunstancia temporal hasta la cual se mantiene la obligación de pago de la cantidad anual. La Ley 30/1992 no impide que el desistimiento o cualquier otra causa admitida en derecho puedan poner fin a la vigencia del convenio, por lo que tampoco podrá impedirlo la ley autonómica. Lo contrario sería hacer prevalecer los convenios de encomienda sobre la ley. Los recurrentes consideran que la nueva causa de resolución sería la no suscripción del nuevo modelo de gestión, cuando de la lectura del precepto impugnado se deduce que la no suscripción lleva al pago al municipio en función del número de habitantes, sin que exista relación lógica entre esta circunstancia y la resolución de los convenios vigentes, que podrá suceder o no. Por otra parte, los preceptos estatales que se dicen vulnerados se dictan por el Estado en el ejercicio de su competencia en materia de bases del régimen jurídico que, a diferencia del procedimiento administrativo común, admite el desarrollo autonómico. Aún en el caso de que se recondujera a esta última materia competencial, la inclusión del desistimiento libre de las partes en nada afecta a la actividad externa de las administraciones públicas. En cuanto a su regulación retroactiva y la posible vulneración del art. 9.3 CE, alega el Letrado de la Asamblea: (i) que no estamos en presencia de derechos constitucionales o derechos individuales, que son los referidos a los ciudadanos, pero no a las Entidades locales; (ii) que la norma no produce efectos jurídicos sobre situaciones anteriores, sino que se limita a regular los eventuales efectos de su extinción, cuando esta se produzca, y (iii) que no estamos ante una norma sancionadora, pues la consecuencia que se produciría sería la recuperación por el municipio de su competencia al ponerse fin al régimen de encomienda de gestión, volviendo los servicios al régimen de gestión ordinaria de la ley de bases de régimen local. Tampoco existe una quiebra del principio de seguridad jurídica derivada de que la liquidación no se contemple como la consecuencia necesaria de la no adhesión al nuevo modelo, pues no puede pedirse a una regulación general que prevea todas y cada una de las situaciones que puedan generarse como consecuencia de su aplicación, de manera que tampoco puede imputarse falta de claridad a la norma cuestionada, cuando ésta regula las distintas posibilidades permitidas a los municipios, estableciendo las consecuencias de cada una de ellas, sin que exista una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o la previsibilidad de sus efectos, que no se puede deducir del recurso por el legislador a otros instrumentos ajenos a la norma impugnada como

el contrato-programa o el convenio de incorporación al nuevo modelo, máxime cuando estos se enraízan en la voluntad de las partes afectadas. Finalmente, no puede calificarse la ley de arbitraria o irrazonable, alegación de la demanda que no se sustenta en razonamiento alguno más allá de su afirmación.

Por último, el Letrado de la Asamblea aborda la vulneración denunciada de la autonomía local, subrayando que se trata en todo caso de opciones voluntarias para el municipio y distinguiendo entre las diferentes posibilidades. La opción del desistimiento del convenio previamente suscrito conlleva la consecuencia de la recuperación de la competencia para la prestación del servicio, sin que de ello quepa concluir que se pierden los instrumentos de coordinación que se encuentran en la Ley 17/1984, que no ha sido modificada en su regulación en lo que se refiere a este aspecto, de manera que la coordinación queda garantizada. Insiste en el carácter libre del desistimiento, pues tanto el Canal, como los municipios pueden desistir libremente, sin que la liquidación sea la consecuencia necesaria de la no adhesión: se trata de un desistimiento potestativo para ambas partes y bilateral. Precisamente por ello, el propio recurso explica que el Canal sigue existiendo y mantiene la titularidad y ejercicio de las potestades y cuantos derechos y obligaciones se deriven de las funciones que se enumera. Siendo libre el ejercicio de esta opción no puede considerarse que la adhesión sea obligatoria, de manera que se respeta la autonomía local, tal y como ésta ha sido configurada en la doctrina constitucional.

En cuanto a la segunda opción que cabe a los Ayuntamientos, la suscripción de los convenios de incorporación al nuevo modelo de gestión, considera que una interpretación sistemática del apartado dos del art. 16 de la Ley 17/1984 conduce a pensar que los bienes que se adscribirán o cuya titularidad se traspasará a la nueva sociedad son los que integran el patrimonio propio de la Comunidad de Madrid, y en particular la red general, tal y como lo define la disposición adicional quinta de la Ley 17/1984. El acuerdo de constitución de la sociedad ha de comprender el inventario de bienes y derechos en la manera en que lo integra el art. 16.2.4 b) de la Ley 3/2008, que ha sido objeto de modificación por la ley impugnada, pero no se ha verificado ninguna reforma del régimen jurídico patrimonial de los bienes de las entidades locales, ni tampoco de la regulación autonómica sobre los citados bienes. En definitiva, la ley impugnada solo ha pretendido regular el inventario de la nueva sociedad, sin disponer nada sobre el patrimonio de los municipios afectados, decisión ésta que queda deferida bien al convenio de incorporación al nuevo modelo, bien al contrato-programa que suscriba el Canal con la nueva sociedad, como ocurre, asimismo, con la participación de los municipios en la nueva sociedad a la que, en su caso, se encargará la nueva forma de gestión del agua. La disposición impugnada nada dice sobre el contenido del convenio, pues se limita a establecer que el Consejo de Gobierno establecerá las condiciones en las que la sociedad podrá prestar los servicios incluidos en su objeto social, y en todo caso, la explotación, operación y mantenimiento y conservación de la red general de la Comunidad de Madrid. En la medida en que todas las relaciones que deben entablarse son bilaterales (Canal-nueva sociedad, Ayuntamientos-Canal), la nueva empresa no podrá disponer libremente de los recursos afectados a la prestación del servicio.

Tampoco es posible admitir, a partir de una interpretación sistemática de la normativa autonómica, que se haya vulnerado la autonomía local en su vertiente financiera, eliminándose la intervención municipal en el establecimiento de los precios públicos. El art. 8.1 de la Ley 17/1984 garantiza la representación de los municipios en el consejo de administración del Canal, mientras que el apartado 3 del mismo precepto garantiza una serie de principios de las tarifas, entre ellos el de suficiencia directamente relacionado con el art. 142 CE. A falta de incidencia de la norma impugnada sobre los bienes locales y sobre la plena disponibilidad de los recursos de los mismos, no se ha producido vulneración de la autonomía financiera local. La ley autonómica no ha tenido repercusión alguna sobre los ingresos, pero tampoco

sobre los gastos, de manera que nada contiene que pueda afectar a la operación legislativa prohibida por la jurisprudencia constitucional sobre la que se pronuncia la STC 109/1998, FJ 11. En razón de lo expuesto, suplica la desestimación íntegra del recurso.

9. Por providencia de 26 de mayo de 2015 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 28 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Se impugna en este proceso, por más de cincuenta Senadores del Grupo Parlamentario Socialista, el art. 5 de la Ley de la Comunidad de Madrid 6/2011, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas. En esencia, se achaca a la regulación en él contenida la vulneración de la reserva de ley estatal para la regulación de los contratos públicos y concesiones (art. 149.1.18 CE), la legislación estatal dictada en ejercicio de su competencia sobre el procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE), así como, en relación con esta última, de los principios de irretroactividad de las normas sancionadoras y seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Asimismo, se alega la infracción de la autonomía local constitucionalmente garantizada. El Abogado del Estado rechaza que haya existido vulneración de las competencias del Estado por ser la disposición impugnada conforme con la normativa estatal, sin que se pronuncie sobre el resto de las infracciones constitucionales denunciadas. Los Letrados de la Comunidad Autónoma y de la Asamblea de Madrid, coinciden en afirmar que el recurso es preventivo, que la regulación autonómica es respetuosa con la normativa estatal en materia de contratos y procedimiento administrativo, que no se han vulnerado los principios de irretroactividad de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos y de seguridad jurídica, y que no se ha afectado en modo alguno a la autonomía local.

2. Antes de entrar en el fondo de las vulneraciones constitucionales denunciadas, resulta necesario realizar algunas precisiones previas.

a) En primer lugar, debemos dar respuesta al óbice procesal que opone el Letrado de la Asamblea de Madrid, que entiende que el recurso es extemporáneo. Señala que la ley impugnada fue publicada en el «BOCM» el día 29 de diciembre de 2011, y el recurso tuvo entrada en el Tribunal Constitucional el 30 de marzo de 2012. Considera que, dado que el art. 80 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) se remite con carácter supletorio a la Ley Orgánica del Poder Judicial y a la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), el cómputo ha de hacerse de fecha a fecha, por lo que el plazo habría concluido el día correlativo a la publicación, sin que resulte de aplicación el art. 85.2 LOTC que se contempla como una extensión del periodo de gracia del art. 135 LEC, circunscrito a los recursos de amparo.

Procede de antemano descartar esta objeción. Este Tribunal tiene afirmado en relación al cómputo del plazo para la interposición de los recursos de inconstitucionalidad que, al igual que ocurre en el recurso de amparo, aunque la literalidad del art. 33.1 LOTC deja abierta la posibilidad de situar el dies a quo para el cómputo del plazo tanto en el día de publicación oficial de la norma legal impugnada como en el día siguiente a la misma, es este último el que ha de tenerse en cuenta a estos efectos, por aplicación del principio pro actione (STC 39/2014, de 11 de marzo, FJ 2 y Sentencias en ella citadas). Habiéndose publicado la norma impugnada el 29 de diciembre de 2011, la fecha a tener en cuenta como dies a quo es el 30 de diciembre de 2011, por lo que el vencimiento se habría producido el 30 de marzo de 2012. El día en que este recurso fue presentado en el Tribunal Constitucional.

b) En segundo lugar, es preciso concretar su objeto. A pesar de que, en el fundamento de derecho dedicado al objeto del recurso de inconstitucionalidad, la demanda se refiere al «art. 5 de la Ley 3/2008, de 28 de diciembre de 2011», en el suplico se solicita la declaración de inconstitucionalidad del art. 5 de la Ley 6/2011, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, el mismo que se identifica en su encabezamiento. No existe, en consecuencia, confusión alguna sobre el precepto y disposición legal impugnada.

Sin embargo, toda la argumentación del recurso versa sobre el apartado 2 del art. 5 de la ley impugnada. De hecho, la demanda comienza reproduciendo literalmente el apartado 2 citado, y explica cómo ha incidido la modificación operada en el modelo diseñado por el art. 16 de la Ley 3/2008, en concreto en su apartado 3. A esta modificación se imputan todas las vulneraciones denunciadas. Los restantes apartados del art. 5 de la Ley 6/2011, no han sido objeto de reproche ni alegación expresa alguna.

No lo ha sido, sin duda, el apartado 1 del art. 5 Ley 6/2011, que modifica el art. 16.2.4 b) de la Ley 3/2008. Este precepto, lejos de regular los bienes y derechos que componen el patrimonio de la nueva sociedad, sustituye la anterior mención al «inventario de los bienes y derechos que sean objeto de aportación», por la exigencia complementaria –así lo explica la exposición motivos de la ley impugnada y lo corrobora la literalidad del apartado 1– de que el conjunto de bienes y derechos aportados se configure como una unidad económica autónoma, capaz de funcionar de forma aislada y por sus propios medios, en sintonía con lo establecido por la legislación del Estado en procesos similares. En definitiva, una cuestión relativa a la organización de una entidad del sector público autonómico, que nada tiene que ver con la vulneración de la autonomía local, que se achaca por los recurrentes a la detracción del derecho real de uso de las redes municipales de suministro y alcantarillado conferidos al Canal por los antiguos convenios, que se llevaría a efecto, en el caso de los municipios que se adhirieran al nuevo sistema, mediante su aportación a la nueva empresa como parte de su capital social. Resulta, pues, manifiesto, que el reconocimiento de la autosuficiencia del patrimonio que introduce el apartado 1 del art. 5 de la disposición impugnada, es una cuestión por completo ajena a las alegaciones de la demanda y a los reproches de inconstitucionalidad que se achacan al art. 5 de la Ley 6/2011.

Lo mismo cabe decir del apartado 3 del art. 5 de la Ley 6/2011, que añade un apartado 4 al art. 16 de la Ley 3/2008, que permite a la nueva sociedad crear o disolver sociedades de responsabilidad limitada o realizar actos que impliquen la adquisición o pérdida de su posición mayoritaria, directa o indirecta, en el capital de estas sociedades, sin necesidad de autorización por el Consejo de Gobierno, siempre que ello sea necesario para el desarrollo de sus actividades, aunque deba darle cuenta de las operaciones ya realizadas.

Según este Tribunal tiene afirmado, el examen de las impugnaciones debe partir de los argumentos contenidos en la demanda, pues la presunción de constitucionalidad de normas con rango de ley no puede desvirtuarse sin más, prescindiendo de una razón suficientemente fundada [STC 111/2014, de 26 de junio, FJ 1 c), y Sentencias en ella citadas]. El deber de colaboración con la justicia del Tribunal, que tiene que poder conocer las razones del recurso y, de igual manera, la efectividad del derecho de defensa, exige que la impugnación esté adecuadamente argumentada. No basta, en consecuencia, la mera invocación formal en la demanda de los preceptos de cuya constitucionalidad se duda o incluso la existencia en la misma de una solicitud expresa de su declaración de inconstitucionalidad, para que este Tribunal deba pronunciarse sobre todos y cada uno de ellos. Es preciso, además, que en el cuerpo del recurso se contenga la argumentación específica o razonamientos que fundamenten la presunta contradicción de éstos con la Norma fundamental (STC 24/2013, de 31 de enero, FJ 6).

En aplicación de esta doctrina, y a falta de argumentación relativa a los apartados 1 y 3 del precepto impugnado, nuestro enjuiciamiento debe limitarse, necesariamente, a su apartado 2.

c) Finalmente procede recordar que este Tribunal no puede entrar a valorar, so pretexto de la impugnación del apartado 2 del art. 5 de la Ley 6/2011, las cuestiones relativas a la creación de una sociedad mercantil y su posterior transformación en una sociedad mixta, que ya establecía la Ley 3/2008, y que no han sido afectadas por ésta, pero tampoco las que puedan haberse suscitado por disposiciones o convenios posteriores a ésta. No son objeto de este proceso constitucional. Deben, en consecuencia, quedar al margen de este pronunciamiento.

3. Se achaca, en primer lugar, al apartado 2 del art. 5 de la Ley 6/2011, la vulneración de la reserva de ley estatal que, sobre contratos y concesiones administrativas, establece el art. 149.1.18 CE. En concreto, la vulneración de lo establecido en los arts. 4 y 26.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, con los que, en desarrollo de la normativa europea de contratación pública, se garantiza la libre concurrencia de las empresas privadas en una economía de mercado. Consideran que como la nueva empresa no es íntegramente pública y los Ayuntamientos no ejercen sobre ella un control análogo al que ejercen sobre sus propios medios (art. 4 en relación con el 24.6 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público), los Ayuntamientos no pueden formalizar contrato o encomienda con ella, porque sería contrario a la normativa europea.

Esta estrecha relación entre normativa europea y preceptos estatales que se reputan infringidos, lleva a los recurrentes a realizar una muy extensa argumentación sobre las dos Directivas sobre contratación pública y sobre sectores excluidos (18/2004/CE y 17/2004/CE) y la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los límites de la denominada contratación in house providing o medios propios, así como de los procesos constitucionales en los Tribunales de otros Estados miembros, donde el derecho europeo, según su parecer, habría sido parámetro de constitucionalidad. Añaden que, al haber ejercido la Unión Europea sus potestades de armonización a través de las citadas Directivas, las implicaciones para el principio de seguridad jurídica adquieren relevancia constitucional, pues la vigencia de una norma contraria al Derecho europeo constituye una vulneración del art. 9.3 CE. Tras esta extensa digresión en la que fundamentan la vulneración denunciada, la demanda insiste, sin embargo, en que no se pide al Tribunal que se pronuncie sobre la constitucionalidad de la norma impugnada a partir de la adecuación al derecho europeo, sino de la infracción competencial por vulneración del derecho estatal que traspone el derecho europeo y genera responsabilidad del Estado español ante las autoridades europeas.

La Ley autonómica 17/1984, de 20 de diciembre, reguladora del abastecimiento y saneamiento del agua de Madrid, describe los diferentes servicios que forman parte del abastecimiento, saneamiento y reutilización (art. 1). De acuerdo con ella, los servicios de (i) aducción, o sea, captación y alumbramiento, embalse, conducciones por tuberías primarias y tratamiento y depósito; (ii) depuración, es decir, devolución de las aguas a sus cauces naturales convenientemente depuradas, y (iii) reutilización, o sea, tratamiento, transporte, almacenamiento de agua depurada y su distribución hasta los usuarios finales, son servicios de interés autonómico y, por ello, de competencia autonómica (art. 2.1). Los municipios son competentes para la distribución del agua desde los depósitos hasta las acometidas particulares, y el alcantarillado o recogida de aguas pluviales y residuales y su evacuación por los puntos de vertido, servicios éstos que pueden ser gestionados de forma directa o indirecta (art. 3.1). En todo caso, los municipios pueden prestar también los servicios de aducción, depuración y reutilización de aguas por cualquier forma de gestión directa o indirecta prevista en la legislación (art. 2.4).

Se compatibiliza, de esta forma, la competencia que asiste a los municipios para el abastecimiento de agua potable a domicilio, evacuación y tratamiento de aguas residuales [art. 25.2 c) de la Ley reguladora de las bases de régimen local (LBRL)], (el abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado es un servicio de prestación municipal obligatorio en todos los municipios con independencia de su población (art. 26 LBRL), con la necesidad de gestionar de forma integrada los servicios de aducción, depuración y reutilización del agua. La gestión integrada era, por otra parte, una realidad preexistente a la creación de la Comunidad Autónoma de Madrid, directamente propiciada por el esfuerzo inversor que, desde el siglo XIX, exigió el abastecimiento de agua a la ciudad y condicionó, en la práctica, el sistema de suministro de agua y depuración de Madrid y de los municipios de su entorno.

Esta primera vulneración se centra, en definitiva, en la nueva redacción del art. 16. 3.1 de la Ley 3/2008, que tras la entrada en vigor del precepto impugnado dice lo siguiente:

«1. Una vez constituida la sociedad a que se refieren los apartados anteriores y previa autorización por Acuerdo del Consejo de Gobierno, el Canal de Isabel II, en el marco de las previsiones contenidas en la legislación básica del Estado en materia de contratos públicos, llevará a cabo la capitalización de la sociedad que mantendrá, en los términos establecidos en el contrato-programa, la prestación de los servicios de abastecimiento, saneamiento y reutilización de agua que, por cualquier título, corresponden al Canal de Isabel II. El proceso de capitalización, que se desarrollará en las fases que se determinen en el Acuerdo del Consejo de Gobierno que lo autorice, podrá implicar la enajenación de hasta un máximo del 49 por 100 del capital de la sociedad a operadores económicos y ciudadanos y se ajustará a los principios de igualdad de trato, publicidad, transparencia, objetividad y concurrencia.»

No es posible analizar la constitucionalidad del párrafo que venimos de reproducir, a partir de la contradicción en que puede haber incurrido con la normativa comunitaria. Además de que no lo han solicitado así los recurrentes, este Tribunal ya ha afirmado en reiteradas ocasiones que el Derecho europeo no integra, en virtud del art. 96.1 CE, el canon de constitucionalidad bajo el que han de examinarse las leyes, de manera que la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores, no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5). Ello no es óbice, sin embargo, para que nuestro pronunciamiento sobre la contradicción alegada entre la legislación estatal y la norma autonómica deba partir de una interpretación de las disposiciones legales, estatal y autonómica, acorde con las exigencias del Derecho europeo.

Conviene asimismo precisar que el art. 149.1.18 CE no establece una reserva material de ley. Se limita a atribuir al Estado la competencia para dictar la legislación básica en materia de contratos y concesiones. Cuestión distinta es que, conforme a una reiterada doctrina constitucional, para garantizar la generalidad y estabilidad consustanciales a las reglas básicas, éstas deben establecerse mediante ley formal votada en Cortes, aunque, como excepción, quepa admitir que, en ciertas circunstancias, el Gobierno pueda regular por Real Decreto aspectos básicos de una determinada materia, esto es, cuando el reglamento resulta complemento indispensable para asegurar el mínimo común denominador establecido en las normas legales básicas (por todas, STC 161/2014, de 7 de octubre, FJ 7).

En definitiva, la vulneración alegada sólo puede reconducirse a un problema de inconstitucionalidad mediata o contradicción del precepto autonómico impugnado con la legislación estatal básica.

Para ello, una vez determinada la materia y los títulos competenciales más específicos que asisten a las partes, e identificados los preceptos de la norma estatal básica que deben servir de contraste, habrá que comprobar si son formal y materialmente básicos, pues sólo en ese caso, la contradicción de la norma autonómica con la estatal conllevaría la consecuencia de su inconstitucionalidad.

4. El precepto impugnado está contenido en una Ley de medidas fiscales y administrativas que, a su vez, viene a modificar otro precepto, el art. 16 de la Ley de medidas fiscales y administrativas aprobada tres años antes, la cual aunque no, modificó formalmente la Ley autonómica 17/1984, reguladora del abastecimiento y saneamiento del agua en Madrid, sí incidió de forma sustancial en la forma de prestación del servicio público, atribuido al Canal que esta regulaba.

La Ley madrileña 17/1984 encomienda al Canal de Isabel II la prestación de los servicios integrados de aducción, depuración y reciclado, así como los servicios de distribución y alcantarillado, cuando así lo soliciten los municipios y siempre que las instalaciones cumplan una serie de requisitos. Esta entidad se configura como empresa pública, según la terminología de la Ley de Madrid 1/1984, de 19 de enero, esto es, una entidad con personificación jurídico-pública, carente, por tanto, de forma societaria, cuya actividad está sometida al Derecho público cuando ejerce las potestades administrativas que tiene encomendadas, mientras que sus contratos son privados y sus relaciones con los usuarios se someten al Derecho privado (arts. 6 y ss.).

En este contexto normativo, el art. 16 de la Ley 3/2008 autorizó al Canal la creación de una sociedad mercantil, en un principio de capital íntegramente público, participada minoritariamente por operadores económicos y ciudadanos en una segunda fase, para realizar actividades relacionadas con el abastecimiento de agua, saneamiento, servicios hidráulicos y obras hidráulicas, y, en todo caso, la explotación, mantenimiento y conservación de la red general de la Comunidad de Madrid, integrada por los bienes de titularidad autonómica que conforman los sistemas integrales o infraestructuras de abastecimiento, saneamiento y reutilización del agua. El Canal mantiene la titularidad y ejercicio de las potestades públicas.

El precepto impugnado ha venido a introducir, en lo que ahora interesa señalar, las siguientes modificaciones: (i) En primer lugar, frente a la anterior previsión de que la enajenación del capital se realizase mediante un procedimiento público de venta que garantizase los principios de igualdad de trato, publicidad, transparencia objetividad y concurrencia, ahora se realiza una remisión a la legislación básica de contratos públicos y a la garantía de los mismos principios que antes se mencionaban; (ii) En segundo lugar, en la Ley 3/2008 se establecía que la enajenación del capital se realizaría a los ciudadanos e inversores interesados, mientras que ahora se producirá a operadores económicos y ciudadanos; (iii) Finalmente, se hace mención a que la sociedad participada mantendrá, en los términos establecidos en el contrato-programa, la prestación de los servicios de abastecimiento, saneamiento y reutilización de agua que por cualquier título correspondan al Canal. A este contrato-programa ya se refería el art. 16.2.4 a) de la Ley 3/2008, que no ha sido modificado; dicha disposición definía el mencionado contrato-programa como el instrumento de relación entre la entidad matriz y la empresa pública mediante el que se permite fijar objetivos de política de personal, rentabilidad, productividad o reestructuración técnica de la explotación económica, aportaciones de la entidad matriz, etc.

Esto expuesto, estamos en condiciones de afirmar que la materia más directamente afectada es la organización de la Administración autonómica (art. 26.1.1.1 EAM), en un ámbito en el que ésta ostenta las competencias en materia de obras públicas de interés autonómico

(art. 26.1.5 EAM) y de los proyectos de construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos de interés de la Comunidad (art. 26.1.8 EAM), sobre la que ha venido a incidir el título competencial con que cuenta el Estado para dictar la legislación básica en materia de contratos públicos y concesiones.

5. Todas las partes coinciden en señalar que la norma estatal de contraste es el texto refundido de la Ley de contratos del sector público. Al ser esta la norma aplicable, basta con señalar que, de acuerdo con esta disposición legal, la actividad de contratación de las Administraciones públicas queda en todo caso sujeta al texto refundido, mientras que las entidades públicas empresariales que llevan a cabo actividades encuadradas dentro del ámbito de aplicación de esta última son naturales destinatarias, en función de los contratos que adjudiquen, de ambas disposiciones legales. Por ello, la sujeción al texto refundido, en cuanto que resulta la normativa común más exigente, no puede tacharse de arbitraria, como sostienen las partes recurrente.

Discrepan las partes, sin embargo, sobre los preceptos de la ley estatal que deben servir de contraste. Mientras que los recurrentes invocan los arts. 4 y 24.6 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, las defensas del Estado, de la Comunidad y de la Asamblea, ambas de Madrid, se remiten a la disposición adicional vigésimo novena de esta misma disposición legal. A ello dedicaremos las siguientes líneas.

Conforme al art. 85 LBRL, los servicios públicos de competencia de las entidades locales pueden ser prestados de forma directa –gestión por la propia entidad local, organismo autónomo local, entidad pública local, sociedad mercantil local de capital íntegramente pública– o indirecta, mediante las formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos, que viene definido como aquél por el cual una Administración encomienda a otra persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público de su competencia (art. 8.1 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público) y que supone la prestación material del servicio por el contratista en lugar de la Administración titular del mismo, asumiendo el riesgo de la explotación y la potestad de organización. Esta regulación es coherente con lo establecido en el art. 8.2 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, que excluye de la aplicación de esta disposición legal, por no considerarla una verdadera relación contractual, aquella por la que una Administración encomienda la gestión del servicio público y, por tanto, el riesgo y ventura de su prestación, a otra entidad de Derecho público destinada a este fin, o a una mercantil de capital íntegramente público.

También es posible encomendar a entidades de otras Administraciones la realización de la actividad de carácter material, técnico o de servicios necesaria para el ejercicio de la competencia por razones de eficacia, o cuando no se posean los medios técnicos para su desempeño (art. 15 LPC). En este caso no hay transferencia de la competencia, de forma que es responsabilidad del municipio dictar los actos o resoluciones de carácter jurídico necesarias para su ejercicio.

No obstante lo afirmado, cuando la encomienda por el municipio a órganos o entidades públicas de otras Administraciones tenga por objeto prestaciones propias de los contratos calificados que regula el art. 5 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público –obras, servicios y suministros– está sujeta a los procedimientos de adjudicación que resultan de aplicación a los contratos de las Administraciones públicas (arts. 175 y ss. del texto refundido de la Ley de contratos del sector público), salvo que se encuentren en uno de los supuestos contemplados en el art. 4 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, en cuyo

caso están excluidos del texto refundido de la Ley de contratos del sector público y, por tanto, de la obligación de licitación.

Pues bien, no les falta razón a los recurrentes cuando afirman que la excepción contemplada en el art. 4 n) del texto refundido de la Ley de contratos del sector público no permite excluir las encomiendas de los Ayuntamientos a la sociedad mixta creada por la Ley 3/2008. Ese precepto solo excluye las que se realicen a medios propios y el art. 24.6 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, al regular los medios propios, exige, entre otros requisitos, que cuando se trate de una sociedad mercantil, sea de capital íntegramente público. Omiten señalar, sin embargo, que dentro de los procedimientos establecidos para la adjudicación de los contratos públicos, sin distinción alguna entre los distintos tipos de contratos calificados, la adjudicación a una empresa mixta, tiene una regulación específica. Es la contemplada en la disposición adicional vigésimo novena del texto refundido de la Ley de contratos del sector público. Según ésta, los contratos públicos podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concorra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto. Esta regla trae causa del Derecho europeo.

En efecto, la Comisión Europea, en su Comunicación interpretativa relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones o la colaboración pública y privada institucionalizada (2008/C 91/02), explica que la creación de una empresa mixta se traduce o bien en la creación de una nueva empresa cuyo capital pertenece conjuntamente a la entidad adjudicadora –administraciones y poderes adjudicadores que no son administración pública– y la adjudicación de un contrato público a esa entidad de nueva creación de capital mixto, o bien en la participación de un socio privado en una empresa pública ya existente que ejecuta contratos públicos o concesiones obtenidos anteriormente en el marco de una relación interna. La Comisión considera que una doble licitación, la primera para la selección del socio privado de la empresa mixta, y la segunda para la adjudicación del contrato, no resulta muy práctica, por lo que una de las formas de actuar conforme al Derecho europeo es seleccionar al socio privado mediante un procedimiento de licitación transparente y competitivo, cuyo objeto es el contrato público que se ha de adjudicar a la empresa mixta, de manera que no resulte necesario licitar también la adjudicación del contrato. A mayor abundamiento, las dos nuevas Directivas en materia de contratación pública, ambas de 26 de febrero de 2014 (2014/24/UE, sobre contratación pública, y 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales), cuyo plazo de transposición no ha vencido en el momento de dictarse esta sentencia, han venido a despejar la inseguridad jurídica existente sobre cuándo los contratos celebrados entre entidades del sector público están o no sujetos a las normas de contratación pública, especificando que aun cuando, con carácter general la encomienda de un poder adjudicador a una entidad del sector público controlada por éste, pero participada por los particulares, no puede ser objeto de encomienda directa, ya que ello otorgaría al operador económico una ventaja competitiva, ello no es predicable de los supuestos en los que una norma legal o administrativa de derecho interno, acorde con los Tratados, es la que encarga la prestación del servicio público a una organización en cuyo capital participan obligatoriamente operadores privados, siempre que esta participación no permita bloquear ni controlar la persona jurídica controlada –empresa mixta– ni les otorgue una influencia decisiva en las decisiones [considerando 32 de la Directiva 2014/24/UE y art. 12 c)].

6. Seleccionada la norma estatal de contraste, procede determinar si es formal y materialmente básica. La disposición adicional vigésimo novena es formalmente básica porque así lo establece el apartado tercero de la disposición final segunda del texto refundido de la Ley

de contratos del sector público. Materialmente porque establece una regla específica para la licitación de los contratos públicos cuando se adjudican a una empresa mixta, con la que se pretende, de un lado, determinar el procedimiento reglado en el que se concreta la igualdad de condiciones de todos los operadores, a fin de que ninguno de ellos parta de una situación de ventaja competitiva [STC 141/1993, FJ 6 b)], mientras que sirve, de otro, a la gestión más eficaz de las compras públicas, al evitar un doble procedimiento que nada aportaría a los principios que inspiran la contratación pública y, a cambio, podría perjudicar, dada su inutilidad, a los intereses públicos para cuyo satisfacción se suscriben estos contratos. En definitiva, forma parte del mínimo común denominador que caracteriza la legislación básica, cuya naturaleza y extensión, a mayor abundamiento, no han puesto las partes en cuestión, en este proceso constitucional.

7. Sólo resta analizar si la regulación contenida en el precepto impugnado vulnera el precepto básico. El apartado 2 del art. 5 de la Ley 6/2011 prevé que, una vez constituida la sociedad de capital íntegramente público dependiente del Canal, se llevará a cabo la capitalización, esto es, la entrada de capital privado procedente de operadores y ciudadanos, mediante la enajenación del 49 por 100 del capital como máximo, siendo esta sociedad la que, por mandato de la ley, mantendrá la prestación de los servicios de abastecimiento, saneamiento y reutilización de agua que, por cualquier título, corresponden al Canal en los términos que se establezcan en el contrato-programa. A diferencia de lo establecido en art. 16 de la Ley 3/2008, este precepto no señala ya que la capitalización se realizará mediante un procedimiento público de enajenación, pues lo remite a un momento posterior, si bien establece expresamente que se llevará a cabo en el marco de las previsiones contenidas en la legislación básica del Estado en materia de contratos públicos y mediante un procedimiento que, en todo caso, se ajustará a los principios de igualdad de trato, publicidad y transparencia.

En los términos en que este precepto está formulado, la denuncia de la vulneración de la legislación básica del Estado en materia de contratos y concesiones administrativas sólo puede tacharse de preventiva, pues nada hay en el precepto que permita afirmar que la ley impone una encomienda directa, sin seguir procedimiento alguno de licitación, y al margen de los principios generales que establece el art. 1 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, situando a los operadores privados en una situación de ventaja competitiva proscrita por la norma estatal y el derecho europeo. Tanto más cuanto el propio legislador señala, en la exposición de motivos de la norma impugnada, que la modificación de este precepto trae causa, precisamente, de la necesidad de adaptar el proceso de capitalización a la disposición adicional vigésimo novena del texto refundido de la Ley de contratos del sector público.

Como quiera que la disposición impugnada obliga a que la selección de los socios privados de la empresa mixta a la que la ley atribuye la gestión de los servicios de abastecimiento, saneamiento y reciclado de agua, cuando se lleve a cabo, se realice de acuerdo con los procedimientos establecidos en la legislación básica del Estado, y de acuerdo con los principios que establece el art. 1 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, no cabe concluir vulneración alguna de los preceptos básicos estatales pues, en su caso, la infracción se produciría si el procedimiento de capitalización que se lleve a efecto no se adecuara a las exigencias de la normativa básica estatal que esté vigente en el momento de la transformación de la mercantil en una sociedad mixta, que tiene por asignada por ley la prestación de los servicios de abastecimiento, depuración y reutilización que corresponden a la Comunidad Autónoma, ya sea por ser de su competencia –servicios integrados–, ya sea porque se los encomienden los Ayuntamientos.

Por los argumentos expuestos, debemos rechazar la vulneración de la competencia que asiste al Estado ex art. 149.1.18 CE para regular las bases de los contratos y concesiones administrativas.

8. La segunda infracción constitucional denunciada consiste en la vulneración de la competencia que asiste al Estado para regular el procedimiento administrativo común, dada la contradicción en que habría incurrido la norma impugnada con los arts. 6 y 15.4 LPC, al regular una nueva causa de resolución de los convenios de encomienda, aún vigentes, suscritos entre los Ayuntamientos y el Canal. La nueva causa de resolución a la que se refiere la demanda es el libre desistimiento de las partes.

Esta infracción constitucional es, sin duda, distinta de la vulneración de la prohibición de retroactividad de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos y de seguridad jurídica. Aunque la demanda realiza una exposición conjunta de ambas, los principios generales del Derecho consagrados en el art. 9.3 CE constituyen mandatos dirigidos a los poderes públicos y, en especial, al legislador (STC 237/1993, de 12 de julio, FJ 12) al margen y con independencia de la distribución constitucional de competencias, razón por la cual se abordarán separadamente.

El apartado 2 del art. 5 de la Ley 6/2011 da nueva redacción al art. 16.3.2 de la Ley 3/2008, que establece ahora lo siguiente:

«2. Los Municipios que, manteniendo en vigor algún convenio por el que encomienden al Canal de Isabel II el servicio de distribución a su población, no hayan suscrito, con anterioridad a la autorización del proceso de capitalización, el correspondiente convenio de incorporación al nuevo modelo de gestión percibirán temporalmente una cantidad anual por habitante, que se fijará por el Consejo de Gobierno una vez aprobada la valoración del contrato-programa, desde la entrada efectiva de capital privado en la sociedad hasta que se proceda a la resolución y liquidación del convenio o los convenios de encomienda de servicios vigentes. A tal efecto, el Ayuntamiento y el Canal de Isabel II podrán desistir libremente de cualquiera de tales convenios, procediéndose a su liquidación que implicará, en su caso, la entrega de la red y el traspaso de la gestión a favor del Ayuntamiento y el pago de las cantidades respectivamente adeudadas, incluidas las inversiones pendientes de amortización.»

Para resolver la infracción de la competencia que el Estado ostenta en materia de procedimiento administrativo común ex art. 149.18 CE, debemos seguir el mismo método de análisis anteriormente utilizado, por tratarse, nuevamente, de un supuesto de inconstitucionalidad mediata.

Los preceptos que se reputan vulnerados son los arts. 6 y 15.4 LPC. El art. 1 de esta disposición legal determina que la misma «establece y regula las bases del régimen jurídico, el procedimiento administrativo común y la responsabilidad de las Administraciones públicas». Aunque no sea ya una técnica al uso en la legislación estatal, este precepto cumple con las exigencias que la doctrina constitucional ha predicado del carácter formal de lo básico, que no pretende sino evitar elementos de confusión e incertidumbre (STC 158/2011, de 19 de octubre, FJ 7). Tanto más cuanto, tal y como ha señalado este Tribunal, no es exigible al legislador estatal que identifique para cada precepto el título competencial que ha utilizado. En definitiva, ya sea en el ejercicio de sus competencias exclusivas, ya lo sea como bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, de acuerdo con el art. 1 LPC, no cabe duda de que esta Ley vincula al legislador autonómico.

El art. 6 regula los convenios de colaboración entre la Administración del Estado y organismos públicos vinculados y dependientes de la misma, con los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, por lo que no resulta de aplicación a los convenios de colaboración suscritos entre las entidades locales y las Comunidades Autónomas y organismos públicos de estas dependientes, como es el caso de los convenios suscritos entre los Ayuntamientos madrileños y el Canal. Así pues, la regulación de la citada causa de resolución no puede vulnerar, por no resultar de aplicación, lo establecido en este precepto. Ello hace innecesario que nos pronunciemos sobre su carácter materialmente básico.

El art. 15 LPC regula la encomienda de gestión. Su apartado 4 establece que cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos o entidades de distintas Administraciones públicas se formalice mediante la firma del correspondiente convenio o acuerdo. Se trata de una manifestación del principio general de colaboración y cooperación que inspira la relación entre Administraciones dotadas de autonomía, plasmado en el art. 3.2 LPC, principio que ordena las relaciones interadministrativas no vinculadas por el principio de jerarquía sino en razón de los intereses que cada una de ellas representa, y al que el art. 57 LBRL se refiere expresamente al establecer que la cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, tanto en servicios locales, como en asuntos de interés común, se desarrollará con carácter voluntario. Así pues, la exigencia de un convenio o acuerdo de voluntades puede reconducirse, con total naturalidad, al mínimo común denominador que caracteriza las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas.

Esto señalado, conviene precisar que el art. 15.4 LPC no contiene regulación material alguna sobre las causas de resolución de estos convenios de encomienda, por lo que difícilmente puede contradecirlo la previsión según la cual las dos partes pueden desistir libremente del convenio. Antes al contrario, en abstracto considerada, resulta coherente con el principio de voluntariedad que preside la colaboración entre Administraciones públicas.

No es posible, en consecuencia, concluir con la vulneración de las competencias estatales en materia de procedimiento administrativo común y bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas.

9. Se alega la vulneración, por el apartado transcrito en el anterior Fundamento Jurídico, de la prohibición de retroactividad de las normas sancionadoras y de las restrictivas de derechos individuales, así como del principio de seguridad jurídica, ambos consagrados en el art. 9.3 CE.

Argumenta la demanda, que como la regulación del libre desistimiento por las partes conlleva la obligación de devolver al Canal las inversiones no amortizadas, constituye una medida que opera con carácter retroactivo sobre relaciones jurídicas previas y aún vigentes. Una medida equivalente a una sanción que se impone a los Ayuntamientos que no desean incorporarse al nuevo sistema de gestión, o, en otro caso, una medida restrictiva de los derechos individuales nacidos del convenio suscrito y todavía vigente. Debe observarse, en primer lugar, que la ley se refiere a los convenios de encomienda de gestión del servicio de distribución que, a diferencia de los servicios integrados de interés autonómico y, por tanto, de competencia de la Comunidad, es de competencia municipal, pudiendo ser prestado por la Comunidad Autónoma, aunque para ello debe mediar el acuerdo de ambas voluntades. En segundo lugar, que el libre desistimiento está directamente condicionado a la negativa del municipio afectado a renovar la encomienda de gestión previamente realizada, una vez modificada la estructura organizativa de la administración encomendada. En otras palabras, la ley ha desechado un

sistema de resolución ope legis de los convenios, dado el riesgo que ello podría ocasionar para la continuidad de la prestación del servicio de competencia municipal, y ha optado por exigir una actuación positiva de cualquiera de las partes afectadas por el convenio o de las dos conjuntamente. Y en tercer lugar, que el precepto impugnado no se refiere única y exclusivamente a la obligación de devolver al Canal las inversiones aún no amortizadas, sino que establece la forma de liquidación del convenio, esto es, la devolución de la red de distribución que estaba gestionando la entidad autonómica por encomienda del Ayuntamiento, así como la devolución de las cantidades adeudadas hasta el momento por cualquiera de las partes, entre las cuales se incluyen expresamente, aunque ello no hubiera sido necesario, las adeudadas al Canal por el concepto anteriormente señalado. Ello permite descartar, desde este momento, el carácter punitivo o represivo de esta medida para una de las partes afectadas, pues afecta por igual a la entidad autonómica y a los Ayuntamientos. En definitiva, la regulación del desistimiento de cualquiera de las partes es la consecuencia necesaria de la voluntad del Ayuntamiento de no mantener la encomienda de gestión, una vez modificada una de las características esenciales del encargo, por causas derivadas de la voluntad legislativa y ajena a la de las partes.

La aplicación del principio de irretroactividad del art. 9.3 CE en los términos postulados en la demanda llevaría a una situación de parálisis del ordenamiento jurídico. El legislador no podría modificar, no ya sólo la estructura organizativa del Canal, sino cualquier otra condición material que afectara a los términos de la encomienda hasta la finalización del plazo de vigencia de los convenios de distribución ya suscritos. Sin embargo, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, el art. 9.3 CE no contiene una prohibición absoluta de retroactividad que conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento contrarias al art. 9.2 CE (STC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11), ni impide que las leyes puedan afectar a derechos e intereses derivados de situaciones jurídicas que siguen produciendo efectos, pues no hay retroactividad cuando una norma regula pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor o cuyos efectos no se han consumado, ya que el legislador puede variar ex nunc el régimen jurídico preexistente de los derechos individuales, siempre que se ajuste a las restantes exigencias de la Constitución (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 9). Debemos por ello rechazar la vulneración por el precepto impugnado del principio de irretroactividad de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos.

A la misma conclusión debemos llegar en relación con la vulneración del principio de seguridad jurídica que, conforme a la doctrina de este Tribunal, implica que el legislador debe procurar que los operadores jurídicos y ciudadanos sepan a qué atenerse, huir de provocar situaciones confusas y perplejidades difícilmente salvables respecto de la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable y las consecuencias derivadas del mismo (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4). No existe en este caso duda alguna sobre el derecho aplicable. No la hay en cuanto a las consecuencias de la falta de renovación de la encomienda preexistente a la nueva entidad mercantil instrumental ya que la ley prevé la asignación de una cantidad hasta que se proceda a la resolución y liquidación del convenio o los convenios de encomienda de servicios vigentes, lo cual se producirá por el desistimiento de cualquiera de las partes o de ambas. Tampoco la hay, en contra de lo que alega el recurso, porque los Ayuntamientos no puedan saber, a partir de la lectura del precepto impugnado los términos concretos en que se realizarán las nuevas encomiendas que dependen, como cualesquiera otras, y entre otros factores, de la voluntad de quien encomienda y del encomendado. De hecho, la regulación legal de la incorporación al nuevo sistema o nueva encomienda es muy similar a la contenida en la Ley de Madrid 17/1984, de 20 de diciembre, reguladora del abastecimiento y saneamiento del agua de Madrid, que, lejos de regular las condiciones en que podía llevarse a efecto la citada encomienda, se limita a contener una mención a la posibilidad de que la Comunidad de Madrid pudiera asumir, a instancia de las entidades locales, las funciones que les corresponde

en la materia (art. 5.3) así como una referencia a la competencia del Canal para explotar los servicios promovidos directamente o «encomendados» a la Comunidad de Madrid (art. 6.1). Finalmente, cabe descartar lesión alguna de este principio, derivada de que la infracción de la normativa estatal induce a confusión sobre la norma a aplicar, la estatal o la autonómica, no sólo porque no existe esta contradicción, sino, además, porque como afirmó este Tribunal ante un idéntico razonamiento «[l]a tesis que sostiene la demanda conduce derechamente a la negación de las bases del sistema constitucional de distribución de competencias, pues la sola atribución de competencias legislativas a las Comunidades Autónomas vulneraría, de acuerdo con su planteamiento, el principio de seguridad jurídica. Debe, por tanto, rechazarse de plano esta objeción» (STC 84/2015, de 30 de abril, FJ 6).

10. Queda finalmente por abordar la vulneración del principio de autonomía local. En esencia, entienden los recurrentes que, resueltos los convenios de encomienda anteriores, los municipios no pueden prestar el servicio de distribución por no disponer de los medios suficientes para realizar la aducción y depuración. En otras palabras, la resolución del anterior convenio de encomienda de la distribución de agua, les aboca o bien a suscribir el nuevo sistema de gestión, o bien a no poder prestar los servicios obligatorios que la ley les atribuye. Por otra parte, incluso en el caso de que los municipios decidieran incorporarse al nuevo sistema, se estarían detrayendo bienes e ingresos locales, porque el derecho real de uso de las redes municipales de abastecimiento se transmitiría a la empresa como parte del capital social y ello limita la plena disponibilidad de los recursos municipales. Finalmente, los precios de los servicios se fijan por la nueva empresa, eliminándose así la participación de los municipios en los asuntos que les atañen.

La solución de esta queja sólo puede partir de lo que dice la ley, al margen del contenido del acuerdo del Consejo de Gobierno que autorice la constitución de la sociedad anónima y de los términos de los convenios de incorporación de los municipios al nuevo sistema de gestión, que no son objeto de este proceso constitucional. La Ley 3/2008 establece que la empresa mixta gestionará, tanto los servicios supramunicipales –aducción depuración y reutilización–, como los que encomienden los municipios a la Comunidad Autónoma –distribución y saneamiento– por razones de eficacia o por carecer de los medios técnicos y materiales para ello. Los municipios que, teniendo vigente un convenio de encomienda de distribución, no hayan suscrito con anterioridad a la autorización de la conversión de la empresa mixta el convenio de incorporación al nuevo modelo de gestión, esto es, decidan no encomendarle la gestión de las actividades necesarias para la prestación de este servicio de su competencia, percibirán una cantidad anual por habitante hasta la resolución del convenio. Así pues, de acuerdo con la Ley 17/1984, los servicios de interés supramunicipal –aducción, depuración y reutilización–, siguen siendo de competencia autonómica y prestados por la Comunidad, y nada tienen que ver con la encomienda del servicio de distribución de competencia municipal. Los municipios pueden elegir, exactamente en los mismos términos que antes, si desean prestar directamente los servicios de su competencia –distribución y saneamiento– o prefieren encomendar las labores técnicas, materiales o de servicios a una entidad instrumental de otra administración pública, con la diferencia de que ahora la encargada de gestionarlos no será una entidad de Derecho público. De la misma forma, pueden elegir prestar por sí mismos los servicios que les corresponden o, por el contrario, recurrir a la utilización de los servicios integrados de la Comunidad Autónoma. En conclusión, la resolución de los convenios provocada por el cambio de sistema de gestión no vulnera la autonomía local, haciendo inviable la prestación por los municipios de los servicios municipales. Es más, aun cuando sea ésta la conclusión a la que finalmente llega la demanda, la autonomía local no se ve afectada por la modificación del sistema de gestión, pues aquella no ampara el mantenimiento de los convenios de encomienda en los términos previamente suscritos y, menos aún la imposición a otra Administración de las condiciones de la encomienda de gestión, que se rige por el principio de voluntariedad.

En este mismo sentido, aunque se interprete de forma sistemática en el contexto del art. 16 de la Ley 3/2008, no existe base alguna en el precepto impugnado para afirmar que la empresa mixta determinará los precios públicos de los servicios que correspondería determinar a los municipios ex art. 20.4 del texto refundido de la Ley de haciendas locales. El régimen tarifario vigente es el regulado en el capítulo III de la Ley 17/1984 y desarrollado por el Decreto 137/1985, y no ha sido objeto de modificación por el precepto impugnado, por lo que difícilmente podrá haber afectado el precepto impugnado a la autonomía local.

Finalmente, debemos descartar también la vulneración de la autonomía local en su vertiente económica por el hecho de que los Ayuntamientos que hayan decidido incorporarse al nuevo sistema se habrían visto despojados del derecho real de uso de las redes municipales de abastecimiento. La autonomía de los entes locales va estrechamente ligada a su suficiencia financiera, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas, es decir, para posibilitar y garantizar, en definitiva, el ejercicio de la autonomía constitucionalmente reconocido en los arts. 137, 140 y 141 CE (STC 104/2000, de 13 de abril, FJ 4). Cuando los municipios ejercitan su capacidad de decisión en aras a satisfacer los intereses que tienen encomendados y optan por un sistema de gestión de sus servicios públicos que requiere el uso por un tercero de las infraestructuras municipales, no se produce una lesión de la autonomía local sino, antes al contrario, ello es el resultado necesario de su ejercicio.

Por las razones que venimos de exponer debemos rechazar que el art. 5.2 de la Ley 6/2011, haya vulnerado la autonomía local.

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 el presente recurso de inconstitucionalidad.

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

Dada en Madrid, a veintiocho de mayo de dos mil quince.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Adela Asua Batarrita.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Antonio Narváz Rodríguez.—Firmado y rubricado.

Pleno. Sentencia 104/2015, de 28 de mayo de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 2063-2012. Interpuesto por cincuenta Senadores del Grupo Parlamentario Socialista del Senado en relación con diversos preceptos del Decreto-ley del Consell 1/2012, de 5 de enero, de medidas urgentes para la reducción del déficit en la Comunidad Valenciana. Límites de los decretos-leyes autonómicos: constitucionalidad de las disposiciones

sobre personal laboral del sector público de la Comunidad Valenciana contenidas en el Decreto-ley impugnado. Voto particular.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, 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 el recurso de inconstitucionalidad núm. 2063-2012, interpuesto por cincuenta Senadores del Grupo Parlamentario Socialista del Senado, contra la exposición de motivos y los arts. 1 a 15 del Decreto-ley 1/2012, de 5 de enero, del Consell, de medidas urgentes para la reducción del déficit en la Comunitat Valenciana. Han comparecido y formulado alegaciones la Generalitat Valenciana y las Cortes Valencianas. Se ha personado pero no ha formulado alegaciones el Abogado del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal Constitucional el día 20 de abril de 2012, cincuenta Senadores del Grupo Parlamentario Socialista del Senado, interponen recurso de inconstitucionalidad contra la exposición de motivos y los arts. 1 a 15 del Decreto-ley del Consell 1/2012, de 5 de enero, de medidas urgentes para la reducción del déficit en la Comunidad Valenciana.

2. Los motivos del recurso de inconstitucionalidad son los que, sucintamente, se recogen a continuación:

a) Consideran los Senadores recurrentes que los preceptos impugnados vulneran el derecho de libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva, pues suponen la quiebra de la eficacia vinculante de los acuerdos y convenios en vigor dentro del sector público y la extralimitación de la Comunidad Autónoma en sus competencias.

Afirman que el Decreto-ley valenciano 1/2012 no sólo afecta al derecho a la negociación colectiva, incardinado éste en el núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad sindical del art. 28.1 CE, sino que vacía de contenido el mismo, vulnerándose así los límites fijados en el art. 86.1 CE.

Añaden que el Decreto-ley valenciano 1/2012 incumple la prohibición contenida en el art. 86.1 CE de afectar a determinadas materias, entre ellas, los derechos y libertades de los ciudadanos regulados en el título I CE, vulnerándose el derecho fundamental a la negociación colectiva, que forma parte del contenido esencial reconocido en el art. 28.1 CE, y teniendo en cuenta el reconocimiento constitucional a las organizaciones sindicales que efectúa el art.

7 CE. La vulneración del derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva supone la quiebra de la eficacia vinculante de los acuerdos y convenios en vigor en el sector público que sólo pueden suspenderse o modificarse por causa grave para el interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas y todo ello con una debida información a las organizaciones sindicales.

Señalan que durante el año 2011 en las diferentes mesas generales de negociación de la función pública valenciana no se manifestó a las organizaciones sindicales la aplicación de las medidas que finalmente se han integrado en el Decreto-ley 1/2012. En la mesa general de 6 de septiembre de 2011 se presentó lo que el Consell de la Generalitat presentó como «Plan de Ajuste», que comprendió la amortización de cerca de 900 plazas en la Administración del Consell entre vacantes y puestos de estructura, así como otros ajustes que afectaron a los permisos sindicales. Es más, en la mesa general de 26 de octubre de 2011 se mantuvo para 2012 la postura de la congelación salarial respecto a la anualidad de 2011, lo que finalmente tuvo su reflejo en la Ley de presupuestos de la Generalitat Valenciana 10/2011, de 27 de diciembre. A su juicio, cualquier modificación a las mismas, en coherencia, debe ser negociada con la parte sindical a través del mismo procedimiento que se llevó a cabo para la publicación de la norma presupuestaria, lo que en ningún momento se cumple en cuanto al Decreto-ley 1/2012, que es aprobado únicamente seis días después de la entrada en vigor de la Ley de presupuestos.

Asimismo, indican que el art. 38.7 del Estatuto básico del empleado público establece que, en aquellas materias de obligada negociación, entre las que se encuentran las retribuciones de los funcionarios, únicamente cabe decisión unilateral de la Administración si previamente no existe acuerdo, lo que este caso no pudo tener lugar dado que la posibilidad de alcanzar cualquier tipo de acuerdo quedó absolutamente vedada, sin que pueda entenderse como tal el trámite informativo previo llevado a cabo en la mesa general de 4 de enero de 2012 en el que se les presentaron a las organizaciones sindicales unas medidas definitivas sin posibilidad de diálogo al respecto. En la mesa no se aportó por parte de la Administración documentación alguna, ni hubo posibilidad de negociación ya que la decisión de aprobar dichas medidas estaba tomada con anterioridad.

Afirman, por otro lado, y sin perjuicio de lo anterior, que lo referido por la Administración en la mesa general no se corresponde con el texto del acuerdo aprobado posteriormente, existiendo múltiples divergencias entre ambos conjuntos de medidas. Así, en la mesa general se dijo que habría reducción de jornada para el personal temporal de la Generalitat, cuando posteriormente en el acuerdo impugnado ésta se circunscribe a dos sectores, y no a los docentes o estatutarios; en la mesa se dijo que se anularían los días adicionales de cualquier tipo de asuntos propios y vacaciones, cuando posteriormente no ha sido así; o, por citar otro ejemplo, aunque no se nombró en la mesa, el acuerdo impugnado recoge previsiones de amortización de un 25 por 100 de las plazas ocupadas por personal temporal.

En cuanto a las circunstancias en las que se aprueba y publica el Decreto-ley valenciano 1/2012 señalan que el mismo nace solo seis días después de la publicación de la Ley de presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2012, Ley que se elabora tras un profundo estudio de la situación económica de la Comunidad Autónoma y en la que se adoptan todas las medidas necesarias dirigidas a «apuntalar en nuestra Comunitat el camino de salida de la crisis, sobre la base de austeridad, la contención de la presión fiscal, y su contenido social», por lo que no tiene ningún sentido que seis días después la situación económica de la Comunidad haya empeorado tanto que dé lugar a la necesidad de adoptar unas medidas retributivas tan drásticas como las que contiene el Decreto en el capítulo de gastos de personal.

Señalan que es cierto que la Ley del estatuto básico del empleado público (LEEP) prevé que en situaciones excepcionales y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, el órgano de gobierno puede suspender o modificar el cumplimiento de acuerdos alcanzados en materia retributiva, en la medida necesaria para salvaguardar el interés público (art. 38.10), y ello sin necesidad de negociación, informando sólo a las organizaciones sindicales, pero en las circunstancias en las que se dicta el Decreto-ley 1/2012, no existen alteración sustancial económica extrema que lo justifique, y ello es evidente cuando dichas medidas se adoptan seis días después de la publicación de una norma presupuestaria que no las contiene, y que si el ejecutivo valenciano hubiera sido diligente, de ser necesarias, habrían sido incluidas en dicha Ley de presupuestos.

Todo ello supone, a su juicio, una vulneración del art. 28.1 CE y del art. 15 b) LEEP, sobre el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, junto a la vulneración en este punto del art. 38.10 del mismo texto legal, por no concurrir las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad en el mismo previstas. Así, insisten en que resulta vulnerada la libertad sindical, en su vertiente de derecho a la negociación colectiva, al dictarse, estando vigente una norma presupuestaria reciente, una modificación sustancial de las retribuciones de los empleados públicos sin cumplimiento de la necesaria negociación colectiva con los representantes de los funcionarios públicos.

b) Alegan, en segundo lugar, los recurrentes vulneración del art. 44.4 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (EAV), en relación con el art. 86.1 CE, por no estar justificado en el caso del Decreto-ley 1/2012 el presupuesto habilitante de extraordinaria y urgente necesidad.

Indican que aunque el Gobierno valenciano consideró necesaria la adopción de una serie de medidas urgentes que afectan a los ingresos y gastos públicos, en sesión del Consell de 5 de enero de 2011, en fecha 28 de diciembre de 2011, apenas ocho días antes del 5 de enero, se publicaba en el «DOCV» la Ley 9/2011, de 26 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, y el día 30 de diciembre de 2011, apenas cinco días antes, se publicaba asimismo la Ley 10/2011, de 27 de diciembre, de presupuestos de la Generalitat Valenciana para el ejercicio 2012, normas que el gobierno valenciano propone a las Cortes como el «principal instrumento de la política económica del Consell, en el marco de sus competencias» y que recogen un «conjunto de medidas dirigidas a apuntalar a nuestra Comunitat en el camino de salida de la crisis».

De la exposición de motivos del Decreto-ley impugnado no se obtiene una justificación contundente de una situación de extraordinaria y urgente necesidad, pues en la misma se utilizan expresiones vagas e inconcretas que no justifican en ningún caso la urgencia de las medidas adoptadas, su eficacia y suficiencia, cuando ya previamente se ha elaborado y aprobado un texto presupuestario en idéntico escenario económico. No se puede alegar que dichas medidas se adoptaron por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles puesto que el contexto en el que se enmarca y sus circunstancias económicas eran sobradamente conocidas por el Ejecutivo valenciano.

Asimismo, señalan que de los debates en las Cortes Valencianas que llevaron a la convalidación de dicho Decreto-ley, no se puede concluir que concurrían circunstancias objetivas extraordinarias y urgentes, referidas a la evolución de la crisis económica de los «mercados financieros», crisis que por otra parte en seis días poco podía haberse agravado, y tampoco, en dichos debates, pudo observarse la relación existente entre las medidas adoptadas y la adecuación de las mismas y su idoneidad para abordar las circunstancias necesarias y lograr el objetivo de reducción del déficit público necesario.

En suma, entienden que el Decreto-ley 1/2012 resulta inconstitucional, en cuanto a las materias referidas, por las siguientes razones: si se hubiera presentado como proyecto de ley, el lapso de tiempo que media hasta su promulgación como ley no habría producido perjuicio alguno, sino que la necesidad que aquél pretendió satisfacer habría podido verse cumplida de igual modo; la causa desencadenante era suficientemente conocida en el momento de elaboración de la Ley de presupuestos para 2012 y podía preverse con antelación suficiente, de modo que pudo perfectamente haberse incorporado en esta Ley de presupuestos o haberse presentado un proyecto de ley tramitado en las Cortes Valencianas, por vía ordinaria o de urgencia; y ejemplo de la ausencia material de extraordinaria urgencia es que varios aspectos del Decreto-ley entraron en vigor dos meses después de su promulgación.

c) Alegan, en tercer lugar, infracción del límite material del Decreto-ley. Esta infracción hace referencia a la imposibilidad de modificar las tarifas impositivas mediante un decreto-ley si, una vez convalidado, éste no se tramita como proyecto de ley al objeto de proceder al oportuno debate parlamentario, en base al art. 86 CE en relación con el art. 31 CE. Señalan que la Constitución prohíbe la regulación o instauración de nuevos tributos, o su modificación, por la vía del decreto-ley, mucho más si este no se tramita posteriormente en forma de proyecto de ley ante el parlamento correspondiente.

d) En cuarto lugar, alegan vulneración del art. 33.3 CE. Consideran que el Decreto-ley valenciano 1/2012, en los arts. 9, 11 y 12, recorta derechos económicos adquiridos de los funcionarios públicos y reconocidos para dicha anualidad presupuestaria por la Ley 10/2011, de 27 de diciembre, de presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2012, lo que quiebra el principio de protección de la confianza legítima en su manifestación del principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE. Se lesionan directamente, sin compensación indemnizatoria, derechos adquiridos de los empleados públicos y no meras expectativas, se trata de una privación patrimonial singular e individualizada, procediendo, por tanto, a una auténtica confiscación patrimonial.

Señalan que los poderes públicos pueden cambiar la estructura de las retribuciones, pero deben mantener el montante consolidado de las citadas retribuciones mediante la técnica de los complementos absorbibles por futuros aumentos. Es decir, que pueden «congelar el salario», como ya ha ocurrido en otras ocasiones, pero no disminuir el montante consolidado de las retribuciones, pues ahí sí que opera el concepto de derechos adquiridos.

e) En quinto lugar, consideran vulnerado el art. 35 CE, derecho al trabajo y a una remuneración suficiente, al establecer en algunos casos reducciones abusivas en su jornada laboral y retribuciones. Siendo la motivación económica, y los supuestos objetivos a perseguir económicos, no tiene sentido que parte del acuerdo que aprueba el Consell afecte a la jornada de trabajo de sus empleados públicos.

También se ve vulnerado el derecho al trabajo de los empleados que superen los 65 años de edad y soliciten una prolongación de su servicio activo (disposición final segunda). Establecer más límites que los derivados de la Ley general de la Seguridad Social vulnera las competencias delegadas en la Comunidad Autónoma.

f) En sexto lugar, alegan vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE). Este derecho sería vulnerado en los arts. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 13, 14 y 15 del Decreto-ley valenciano 1/2012. Señalan que las medidas adoptadas sobre las empleadas y los empleados públicos en dicha norma no se aplican de igual forma a todo el personal de la Generalitat Valenciana, ya que dependiendo del sector tienen un impacto u otro, sin motivar de forma

expresa el porqué de dichas desigualdades, algo en lo que debería haber sido la norma especialmente escrupulosa, dado que de lo contrario se vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación entre el personal empleado público, y que son especialmente gravosos en el caso del personal interino y temporal.

Indican que la imposición que se realiza en el Decreto-ley de reducir con carácter general la jornada a 25 horas semanales y proporcionalmente las retribuciones del personal funcionario interino no tiene más justificación que el hecho de ser precisamente eso: funcionario interino. Es especialmente gravoso el agravio existente entre el personal temporal de los sectores de Administración general, justicia, docente y sanitario, ya que la reducción de jornada y salario afecta a unos y no a otros, excluyendo expresamente a parte del personal entre las medidas adoptadas, sin que dicha exclusión, en la mayoría de los casos, obedezca a justificación objetiva y razonable, ni siquiera proporcionada al fin perseguido.

La norma recurrida no contempla ni explica en modo alguno las razones objetivas que pudieran justificar el trato discriminatorio que se impone a los afectados, ni qué motivos o justificación pudieran existir para dejar fuera de la aplicación de la medidas a otros funcionarios interinos, o incluso a los funcionarios de carrera que venían desempeñando puestos de trabajo idénticos a los afectados y con sus mismas funciones y condiciones de trabajo, por el mero hecho y única razón de estar ocupados por funcionarios interinos. De ello se desprende de forma indudable que tal actuación constituye un claro supuesto de trato diferenciado y discriminatorio totalmente injustificado, vulnerando así el principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE.

Añaden que otras medidas que suponen el quebranto del principio de igualdad son las que afectan a derechos de conciliación laboral, reducciones de jornada, etc.; derechos que eran de aplicación a todo el personal empleado público y que ahora se excluyen del personal temporal que vea reducida su jornada (arts. 7, 8 y 14). Es decir, el personal temporal con jornada reducida no sólo es tratado discriminatoriamente respecto a ésta, sino también respecto a otros derechos de los que disponía con anterioridad a la norma.

También consideran discriminatorio el tratamiento arbitrario que se da a la cobertura adicional de las prestaciones por incapacidad laboral temporal (art. 15). Tras la aprobación de las medidas, existe un agravio comparativo entre las bajas médicas de corta duración (protegidas al 100 por 100) y las de mayor duración, con desprotección a partir del decimosexto día.

g) En séptimo lugar, consideran que la Generalitat se ha excedido del ámbito de sus competencias al legislar sobre materias que son competencia exclusiva del Estado como es el período de complementación de salarios en los supuestos de incapacidad temporal por contingencias comunes, siendo ésta materia propia del Estado.

Añaden que el Decreto-ley incluye a personal sobre el que claramente no tiene competencias legislativas, entre ellos, al personal funcionario de las Cortes Valencianas y sus instituciones dependientes y al personal funcionario de la Administración de Justicia. Así, el poder ejecutivo, utilizando las competencias legislativas atribuidas por el art. 86.1 CE no puede modificar las condiciones de trabajo contenidas en el Estatuto funcional del personal al servicio de las Cortes Valencianas.

Señalan que esta misma voluntad de aplicación por encima de sus competencias se deja clara respecto al personal laboral de diferentes ámbitos cuyas condiciones de trabajo están determinadas por la legislación laboral general y sus convenios colectivos de aplicación. Esto

sucede, a su juicio, con la disposición final tercera del Decreto-ley sobre suspensión de pactos y acuerdos. De esta forma, y a modo de ejemplo, indican que pretende modificar y regular las condiciones laborales del personal docente en la enseñanza concertada a los que se les aplica el V convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, modificando vía Decreto-ley lo establecido en el artículo 68 respecto a la percepción retributiva vinculada a antigüedad. Y lo mismo ocurre con las modificaciones y suspensiones de lo dispuesto en convenios colectivos de aplicación a personal laboral de fundaciones, entidades, empresas públicas, etc., en las siguientes cuestiones: suspensión de dos años de ayudas sociales, suspensión de dos años de los complementos salariales a percibir en situaciones de incapacidad temporal por enfermedad común; días de vacaciones adicionales y de asuntos propios compensatorios: límite de duración temporal de los contratos obligando a su finalización en determinados sectores el 30 de junio; modificación de la jornada semanal pactada en convenios de aplicación y contratos de trabajo.

Con todo ello, afirman, se demuestra que pese a la absoluta carencia de habilitación para disponer en materia laboral, son muchas las medidas establecidas en el Decreto-ley 1/2012 que usurpan competencias que constitucionalmente no se encuentran comprendidas dentro de su ámbito competencial.

Señalan que la Comunidad Autónoma no puede dictar una ley que deje sin efectos un convenio colectivo. Por este lado, está ejerciendo una competencia que no le es atribuible, pues el grado de eficacia de los mismos y los supuestos para dejar de cumplirlos se encuentran regulados en la normativa laboral estatal y la Comunidad Autónoma no tiene competencia para dictar una regulación diferente sobre la eficacia de tales instrumentos de la negociación colectiva, máxime encontrándonos ante convenios colectivos estatutarios y, por tanto, normativos. La medida usurpa la competencia estatal, violando las disposiciones de nuestra Constitución y de la competencia atribuida al Estado para regular en materia de legislación laboral.

Por todo ello, termina suplicando que se tenga por interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 y los siguientes párrafos de la exposición de motivos:

«La necesidad de reducir el actual nivel de déficit público de la Generalitat, derivado de la evolución de la crisis económica que afecta al conjunto del Estado, exige adoptar medidas extraordinarias y urgentes en la Comunitat Valenciana.

El presente Decreto-ley recoge una serie de medidas urgentes que el Consell adopta, en el presente ejercicio, dentro del citado marco, y las mismas afectan tanto a los ingresos públicos como a los gastos, con el fin de facilitar la reducción del desequilibrio presupuestario de la Generalitat, asegurar el cumplimiento de sus compromisos en la materia durante los próximos dos ejercicios, así como garantizar que el sector público autonómico se afiance en una senda de reequilibrio que aporte credibilidad a la evolución futura de la deuda y del déficit público autonómico.

Estas medidas se adoptan en un contexto excepcional, sin precedentes, de falta de liquidez del conjunto de las administraciones públicas, derivado de la dificultad de obtener fondos en los mercados financieros, y en tal sentido exige un esfuerzo adicional de austeridad sobre la senda iniciada en los últimos ejercicios.

Las medidas incluidas en el presente Decreto-ley tienen carácter complementario o adicional, dentro del marco competencial de la Comunitat, a las adoptadas por el Gobierno de la

Nación en el Real Decreto–ley 20/2011, de 20 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.»

3. Por providencia de 6 de junio de 2012 el Pleno acordó, con carácter previo a pronunciarse sobre la admisión a trámite del presente recurso, conceder un plazo de diez días a la Procuradora doña Pilar Azorín-Albiñana López para que acreditara documentalmente que los Senadores promotores del recurso han dado cumplimiento de lo previsto en el art. 82 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), relativo a la designación del comisionado y aportara escritura del poder notarial que acredite la representación de la mencionada Procuradora.

4. Por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 26 de junio de 2012 doña Pilar Azorín-Albiñana López acreditó su representación como Procuradora y a los meros efectos de cumplimiento de lo dispuesto en el art. 82 LOTIC señaló al senador firmante del recurso don José María Ángel Batalla como Comisionado.

5. El Pleno, a propuesta de la Sección Primera, acordó, por providencia de 13 de septiembre de 2012, admitir a trámite el recurso y dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme establece el art. 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, y al Gobierno, a través del Ministro de Justicia, así como a la Generalitat Valenciana y las Cortes Valencianas, por conducto de sus Presidentes, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaran convenientes. También se ordenó publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Diari Oficial de la Comunitat Valenciana».

6. Por escrito registrado en este Tribunal el 19 de septiembre de 2012, el Abogado del Estado se persona en el presente procedimiento a los exclusivos efectos de que en su día se le notifiquen las resoluciones que en él se dicten.

7. Por escrito registrado en el Tribunal el 25 de septiembre de 2012, se personó el Director General de la Abogacía General de la Generalitat Valenciana y solicitó prórroga del plazo concedido para la presentación del escrito de alegaciones.

El Pleno del Tribunal acordó, por providencia de 26 de septiembre de 2012, tener por personado al Director General de la Abogacía General de la Generalitat Valenciana y concederle una prórroga en ocho días más del plazo concedido para realizar alegaciones.

8. El Presidente del Senado, mediante escrito registrado el día 26 de septiembre de 2012, comunicó que la Cámara se personaba en el procedimiento ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTIC. Lo mismo hizo el Presidente del Congreso de los Diputados por escrito registrado el 27 de septiembre de 2012.

9. El Letrado de las Cortes Valencianas, en la representación que ostenta de esta Cámara, por escrito presentado el 18 de octubre de 2012 solicitó la desestimación del recurso interpuesto por las razones que, resumidamente, se exponen a continuación.

a) Comienza el escrito señalando que, en relación con la vulneración del derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva, en el ATC 85/2011, de 7 de junio, se da respuesta a la alegación de los recurrentes relativa a la vulneración del art. 86.1 CE por regularse por decreto-

ley un derecho de los ciudadanos contenido en el título I CE. Señala que en el Decreto-ley 1/2012, de 5 de enero, del Consell nos encontramos con una situación análoga al Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, para la reducción del déficit público. En el Decreto-ley valenciano 1/2012 no se regula el derecho a la negociación colectiva. No hay en el texto normativo objeto del recurso ninguna referencia a la regulación de este derecho como tampoco se encuentran menciones a los convenios colectivos por lo que en los términos expresados en el citado ATC 85/2011 considera que no existe afectación a los derechos, deberes y libertades del título I CE en los términos que el art. 86.1 CE establece como límite infranqueable a los decretos-leyes.

Por otro lado, señala que tanto en el preámbulo del texto normativo recurrido, como en el posterior debate parlamentario, se encuentran diferentes menciones a los motivos que fundaron la aprobación del decreto-ley. Entre las circunstancias que condujeron a su aprobación destaca la aprobación del Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, que es posterior a la fecha de aprobación de la Ley de presupuestos de la Generalitat.

b) Por lo que se refiere a la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad señala el Letrado de la Cortes Valencianas que no comparte la opinión de los recurrentes acerca de la insuficiencia en la motivación de las razones de extraordinaria y urgente necesidad. En la documentación que se remitió al Parlamento valenciano, y a la que tuvieron acceso todos los grupos parlamentarios, para la convalidación del Decreto-ley valenciano 1/2012, junto con el texto del mismo, se encontraba: informe sobre el proyecto del citado Decreto-ley emitido por el Director General de la Abogacía General de la Generalitat, informe favorable del Interventor General, informe favorable del Subsecretario de la Consellería de Hacienda y Administración Pública, informe de necesidad y oportunidad de adoptar medidas urgentes y extraordinarias para paliar el déficit de la Comunidad Valenciana del Secretario Autonómico de Hacienda y Presupuestos, informe de la Directora General de Presupuestos y una memoria económica del proyecto de Decreto-ley de medidas urgentes para paliar el déficit de la Comunidad Valenciana. A la referida documentación hay que añadir el preámbulo de la norma y el debate parlamentario que se prolongó, con la intervención del Presidente del Consell, durante tres horas y media.

Por lo que se refiere a la alegación de los recurrentes relativa a que se podría haber tramitado como ley, que la causa desencadenante ya era conocida y que la entrada en vigor de algunos aspectos se produce con posterioridad a la promulgación del Decreto-ley, señala que el que se hubiera podido tramitar como proyecto de ley no deja de ser una evaluación que se realiza por los recurrentes pero que casa mal con la urgencia en la adopción de medidas para atender a la situación de déficit público en la Generalitat. La entrada en vigor en un momento posterior de determinados aspectos de la norma recurrida en su conjunto, derivaba del hecho de que estas medidas, por sus propias características, no podían ser de aplicación sin la realización de actuaciones que permitieran su puesta en funcionamiento. Y en relación a que la causa desencadenante era conocida en el momento de elaboración de los presupuestos, recuerda que el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, es posterior a la aprobación de los presupuestos de la Generalitat, por lo que no es posible mantener la afirmación indicada.

c) A continuación señala que la presunta infracción del art. 86 CE en relación con el art. 31 CE no se acredita en el escrito de demanda. La demanda se limita exclusivamente a reproducir los preceptos constitucionales indicados sin mayores consideraciones. De otra parte, indica que en ninguno de los preceptos que son objeto de presunta inconstitucionalidad según el petitum (arts. 1 a 15), se contempla la imposición o modificación de tarifas, no precisando si cabe que a algunos de los preceptos indicados en el recurso le sea atribuible la presunta infracción.

d) Por lo que se refiere al recorte de los derechos económicos adquiridos por los funcionarios públicos en los arts. 9, 11 y 12 del Decreto-ley valenciano 1/2012, recuerda, en primer lugar, que en el artículo 9 se contempla la suspensión de la convocatoria y concesión de cualquier ayuda en concepto de ayuda social, así como cualquier otra que tenga la misma naturaleza. Lo que establece, señala, es la suspensión de la convocatoria de unas ayudas cuya existencia está supeditada que se produzca una convocatoria anual y no se adquiere el derecho hasta que no se produce el hecho causante y se acredita el cumplimiento de los requisitos establecidos. Por ello, estas ayudas no pueden ser consideradas como algo diferente de una expectativa de derecho pero en ningún caso derechos consolidados. Los otros preceptos, continúa, regulan la modificación en la percepción de determinados componentes retributivos, no existiendo derechos adquiridos más que sobre las retribuciones efectivamente percibidas o devengadas.

e) Señala el Letrado de las Cortes Valencianas que la pretendida vulneración del derecho al trabajo y a una remuneración suficiente se sostiene, para los recurrentes, en la existencia de una reducción de jornada y la consecuente reducción de las retribuciones para determinados colectivos. Y, en este sentido, recuerda que según ha señalado la STC 178/1989, de 2 de noviembre, «el campo de aplicación del derecho al trabajo en la función pública está regulado en el art. 103.3 de la norma fundamental y no en el art. 35». No es por ello posible contemplar esta presunta infracción salvo dentro de la relación estatutaria a la que se encuentran ligados los funcionarios públicos.

Afirma que los recurrentes señalan que no tiene sentido la reducción de la jornada de trabajo si lo que se persigue son objetivos económicos. Sin embargo, a su juicio, la medida permite que el personal afectado pueda mantener el puesto de trabajo si bien se produce una alteración del régimen, modificado por un instrumento normativo que cumple con el principio de reserva de ley, de conformidad con lo dispuesto en el art. 103 CE.

Señala que el Decreto-ley 1/2012 lo que establece es el inicio de un expediente de reducción de jornada, de acuerdo con lo que preceptúa el art. 47 de la Ley del estatuto de los trabajadores y, en relación a la Administración de Justicia, habla de una reducción de jornada equivalente al artículo 3. Añade que el personal referido no es ajeno a la Generalitat Valenciana, como pretenden los recurrentes y por lo que se refiere a la imposibilidad de adoptar medidas que afecten al personal de empresas de enseñanza privada sostenidas por fondos públicos, según señala la disposición final séptima, afirma que dicha disposición no es objeto de la tacha de inconstitucionalidad en el petitum.

f) En relación con la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por los arts. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 13, 14 y 15 del Decreto-ley valenciano 1/2012 por entender los recurrentes que no todas las medidas se aplican de igual forma a todo el personal de la Generalitat, señala el Letrado de las Cortes Valencianas que no todos los empleados públicos tienen las mismas situaciones y que, por lo tanto, no se puede aplicar las mismas medidas a todos con las mismas características. Las situaciones subjetivas que quieren traerse a comparación no son homogéneas ni equiparables al existir diferentes tipos de vínculos entre los empleados públicos y la Administración en función de las distintas categorías existentes dentro de la función pública. El estatuto de los funcionarios interinos se diferencia del de los funcionarios de carrera en la forma de acceso, en la temporalidad, pero especialmente en el contenido y finalidad del propio nombramiento, que es el de suplir ausencias, vacantes o circunstancias laborales temporales que autorizan el nombramiento a tiempo parcial. De esta forma, se trata de forma distinta a quienes tienen diferente vinculación con la Administración por lo que no es contrario al principio de no discriminación.

En todo caso, añade, no es posible afirmar la existencia de un trato discriminatorio para determinados colectivos, por no ser este tratamiento diferenciado de carácter arbitrario e irrazonable. En este sentido se ha exceptuado de la aplicación de determinadas medidas a colectivos como el personal no docente en centros docentes, personal de emergencias, personal destinado en residencias de atención a personas mayores dependientes o con discapacidad, personal de centros de recepción y acogida de menores, personal de los comedores sociales. A su juicio, nos encontramos en este caso con personal que atiende necesidades perentorias e inaplazables lo que justifica un tratamiento distinto al resto del personal afectado por los preceptos referidos.

g) Por último, por lo que se refiere a la extralimitación de las competencias que tiene atribuidas la Generalitat Valenciana al aprobar el Decreto-ley 1/2012, señala que las cuestiones que se plantean son el ámbito de aplicación del Decreto-ley, la regulación de la complementación de la Seguridad Social en proceso de incapacidad temporal y la modificación de las condiciones laborales del personal docente de la enseñanza concertada a los que se aplica el convenio colectivo de empresas de enseñanza privada.

Para el Letrado de las Cortes Valencianas la interpretación adecuada sobre el alcance del ámbito subjetivo del Decreto-ley valenciano 1/2012 habrá que realizarla en los términos que dispone el art. 4 LEEP y el art. 3.6 de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de ordenación y gestión de la función pública valenciana, para el personal con legislación específica propia, en cuyo caso no cabe tacha alguna de inconstitucionalidad.

En relación con los períodos de complementación de salarios en los supuestos de incapacidad temporal, señala que del tenor del recurso no es posible extraer en qué se produce la extralimitación competencial sobre una cuestión en la que no cabe afirmar la existencia de regulación básica estatal en el momento de dictarse la norma recurrida.

Finalmente, afirma que es posible la modificación de un convenio colectivo por una norma con fuerza de ley sin que ello suponga infracción de precepto constitucional alguno.

10. Por escrito registrado en el Tribunal el 25 de octubre de 2012 la Abogada de la Generalitat Valenciana solicitó la desestimación del recurso por las razones que se exponen a continuación.

a) Comienza su escrito contestando al punto segundo de la demanda por cuanto, de esta forma, considera que se enmarca y justifican las circunstancias, no sólo extraordinarias, sino también urgentes que requieren de la promulgación del Decreto-ley valenciano 1/2012, y todo ello a pesar de la anterior publicación de la Ley de presupuestos para el ejercicio 2012.

Afirma que desde la aprobación del plan de reequilibrio económico y financiero en julio de 2011, y en orden a asegurar la viabilidad presupuestaria de los compromisos asumidos por la Generalitat para la prestación de todas sus competencias, se hace imprescindible la aprobación del Decreto-ley 1/2012. Se trata de la norma eje sobre la que se articulan la mayoría de las medidas de carácter autonómico que se recogen en el nuevo plan económico y financiero, tanto a nivel de gastos, como de ingresos.

Por lo que se refiere a la inmediatez en cuanto a las fechas de publicación de la Ley de presupuestos para 2012 y el Decreto-ley valenciano 1/2012, señala que las Leyes de presupuestos, en cuanto a su elaboración, están sometidas a una serie de plazos previstos desde el Estatuto de Autonomía y concretados en el Reglamento de las Cortes Valencianas. El anteproyecto, y posterior proyecto de presupuestos, en su tramitación debe superar unas fases

rigurosamente previstas y un calendario determinado normativamente y en el presente caso se procedió a su aprobación sin estar aprobados los presupuestos generales del Estado (que fueron prorrogados tras las elecciones) y ciertamente condicionados por dicha aprobación.

b) A continuación pone de manifiesto los efectos inmediatos conseguidos con la aprobación de las medidas reguladas en el Decreto-ley valenciano 1/2012, pues el ahorro estimado para el ejercicio 2012 es de 217,4 millones de euros y de 31,4 millones de euros en 2013.

Por otra parte, señala, la evolución de la situación crítica del déficit presupuestario y el cumplimiento de los objetivos de política económica del Consell de la Generalitat exige la aprobación de otras diversas normas con efectos a partir del ejercicio de 2012, y a modo de ejemplo cita el acuerdo de 23 de marzo de 2012, del Consell, por el que se aprueban acciones de simplificación y reducción de cargas administrativas. En definitiva, añade la complicada situación económica aconseja la máxima celeridad para poner en marcha las medidas necesarias que favorezcan la contención del gasto público.

c) Por lo que se refiere a la alegada vulneración del derecho de libertad sindical, señala la Abogada de la Generalitat Valenciana que la Administración no ha hecho sino aplicar estrictamente el art. 38.10 LEEP con carácter previo y también subsiguiente a la aprobación del Decreto-ley. Cosa distinta es que el contenido de dicha información sea aceptado o no por los representantes sindicales pero, en cualquier caso, tal información se produjo y aporta la transcripción de actas posteriores a la fecha de publicación de la norma en las que se procede a informar de su seguimiento.

A continuación, recoge el contenido del Auto del Tribunal Constitucional de 7 de junio de 2011 para afirmar que en base a lo dispuesto en el mismo las argumentaciones de los recurrentes deben ser rechazadas.

d) Por último, hace alusión a los motivos de impugnación referidos a la imposibilidad de modificar las tarifas impositivas y la vulneración del derecho al trabajo al limitarse la prolongación el servicio activo. Señala que deben ser rechazados por cuanto vienen referidos a materias que no han sido objeto de impugnación, dado que no se recogen entre los preceptos formalmente impugnados.

Termina recordando la temporalidad de la norma impugnada, por cuanto su vigencia queda circunscrita al tiempo estrictamente necesario para superar las circunstancias económicas notorias y evidentes. Además cambios normativos introducidos por la legislación estatal, tales como el régimen de complementación de la incapacidad temporal tienen la regulación prevista por el Real Decreto-ley 20/2012 y pasa a ser una medida de carácter permanente a diferencia del carácter temporal que le había dado el Decreto-ley del Consell de la Generalitat. Las reducciones retributivas planteadas, y que afectan a los colectivos indicados del personal interino al servicio de la Administración del Consell lo son con carácter temporal, sin pretender merma alguna, ni definitiva, de ningún derecho, y sin ocasionar agravio alguno entre colectivos de diferente condición. El desempeño de tareas propias y burocráticas del sector de Administración general no es comparable con otras tareas del personal que presta una atención directa en servicios sanitarios, o con el personal de justicia, o bien con el personal docente. Y ello, aun cuando todos ellos puedan estar bajo un régimen temporal. Por consiguiente, concluye, las argumentaciones referidas a dichos agravios comparativos no pueden ser favorablemente acogidas.

11. Por providencia de 26 de mayo de 2015 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 28 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de inconstitucionalidad se interpone por cincuenta Senadores del Grupo Parlamentario Socialista del Senado contra determinados párrafos de la exposición de motivos y los arts. 1 a 15 del Decreto-ley 1/2012, de 5 de enero, del Consell, de medidas urgentes para la reducción del déficit en la Comunidad Valenciana. Los motivos de inconstitucionalidad, siguiendo el orden establecido por los recurrentes en este proceso, son los siguientes: la vulneración del derecho de libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva, por quiebra de la eficacia vinculante de los acuerdos y convenios en vigor dentro del sector público y por incumplir el Decreto-ley la prohibición contenida en el art. 44.4 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (EAV), que se remite al art. 86.1 CE, al afectar a un derecho fundamental, el derecho a la negociación colectiva, que forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical; la vulneración del art. 44.4 EAV, que como acabamos de señalar se remite al art. 86.1 CE, por no estar justificado el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad; la vulneración del límite material del Decreto-ley por modificar tarifas impositivas; la vulneración del art. 33.3 CE por afectar algunas de las medidas adoptadas a derechos adquiridos de los empleados públicos sin compensación indemnizatoria; la vulneración del art. 35 CE al establecer en algunos casos reducciones abusivas en la jornada laboral y en las retribuciones; la vulneración del art. 14 CE por no aplicarse las medidas adoptadas de igual forma a todo el personal de la Generalitat Valenciana; y la vulneración de las competencias que tiene atribuidas la Generalitat Valenciana en su Estatuto de Autonomía por haber legislado sobre materias que son competencia exclusiva del Estado.

El Letrado de las Cortes Valencianas y la Abogada de la Generalitat Valenciana solicitan la desestimación de recurso en los términos recogidos en los antecedentes.

2. Con carácter previo a nuestro enjuiciamiento resulta conveniente sintetizar el contenido de los preceptos impugnados.

El artículo 1 hace referencia a la finalidad y efectos de las medidas incluidas en el capítulo I (medidas en materia de personal), y señala que dichas medidas «se adoptan como necesarias para asegurar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por la Generalitat, en el marco de las obligaciones asumidas por las distintas administraciones públicas territoriales del estado español, en materia de reducción del déficit público durante los ejercicios 2012 y 2013 al objeto de asegurar el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria».

El artículo 2 regula el ámbito subjetivo de las medidas adoptadas en este capítulo, y así señala que serán de aplicación al personal al servicio de Les Corts, al personal al servicio de las instituciones de la Generalitat, al personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia, al personal al servicio de la Administración de la Generalitat, adscrito a la Presidencia, las consellerías y entidades autónomas dependientes de las mismas, al personal docente al servicio de las administración educativa, al personal al servicio de las instituciones sanitarias, así como el resto de personal gestionado por la consellería con competencias en materia de sanidad y al personal al servicio del sector público valenciano.

El artículo 3 regula la jornada de trabajo y prevé que, con efectos de 1 de marzo de 2012, la jornada semanal del personal funcionario interino al servicio de la Administración de la Generalitat será de 25 horas semanales con la reducción proporcional de las retribuciones.

No obstante, mantendrá su jornada y retribuciones actuales el personal no docente en centros docentes, personal de centros servicio de empleo, centros de formación e inserción profesional, el personal de emergencias, los destinados en residencias de atención a personas mayores dependientes o con discapacidad, centros de recepción y acogida de menores, centros de reeducación, comedores sociales, centros especializados de atención a mayores, centros de evaluación y orientación de discapacitados.

El artículo 4 regula la reducción de la jornada de trabajo del personal laboral temporal al servicio de la Administración de la Generalitat. Así, «de acuerdo con el art. 47 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, la administración de la Generalitat iniciará de forma inmediata un expediente de reducción de jornada con la finalidad de establecer la jornada del personal contratado laboral temporal en 25 horas semanales, con la correspondiente reducción proporcional de retribuciones, en los mismo términos previstos en el artículo anterior». Estará afectado por dicho expediente el personal laboral temporal exceptuado el que preste servicios en los centros relacionados en el artículo anterior. No obstante, el personal laboral temporal que pertenezca a las categorías profesionales incluidas en el anexo I de la norma, también estará afectado por el expediente de reducción de jornada, con independencia del centro en el que preste sus servicios.

El artículo 5 prevé que en los supuestos de jornada reducida a 25 horas semanales previstos en los artículos 3 y 4, podrá solicitarse la declaración de compatibilidad para el desempeño de otras actividades.

El artículo 6 regula la reducción de la jornada de trabajo en el sector público empresarial y fundacional. En este sentido, prevé que «las empresas y fundaciones que conforman el sector público valenciano adoptarán las medidas necesarias en orden a asegurar que el personal temporal al servicio de las mismas, se sujete a una reducción de la jornada de trabajo en los mismos términos y condiciones previstos en los artículos anteriores».

El artículo 7 señala que «el personal que realice la jornada reducida de 25 horas previstas en los artículos anteriores no podrá acogerse a la reducción de la jornada prevista en el apartado 2 del art. 7 del Decreto 175/2006, de 24 de noviembre, del Consell, por el que se regulan las condiciones de trabajo del personal al servicio de la administración del Consell».

El artículo 8 regula la reducción de la jornada de trabajo del personal funcionario interino que preste sus servicios en el ámbito de la administración de justicia. Así, «para el personal funcionario interino al servicio de la administración de justicia la reducción de la jornada de trabajo será equivalente a la prevista en el art. 3, y afectará necesariamente, al menos, a un 5 por ciento del personal temporal».

El artículo 9 suspende, hasta el 31 de diciembre de 2013, la convocatoria y concesión de cualquier ayuda en concepto de acción social, así como cualquier otra que tenga la misma naturaleza y finalidad, sin perjuicio de la contratación de pólizas de seguro para la cobertura de contingencias por accidentes de los empleados y empleadas.

El artículo 10 señala que «durante el ejercicio 2012 las personas jurídicas, públicas o privadas, incluidas dentro del ámbito del presente Decreto-ley, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.Tres del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera, para la corrección del déficit público, no podrán realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación».

El artículo 11 regula, con efectos 1 de marzo de 2012, la cuantía de los complementos de carrera profesional y desarrollo profesional que percibe determinado personal que desarrolla su actividad en el marco de la estructura orgánica y funcional de la Consellería de Sanidad y de las personas jurídicas que conforman el sector público autonómico dependiente de la misma.

El artículo 12 incluye medidas excepcionales en materia de perfeccionamiento, reconocimiento, devengo y percepción del componente retributivo relacionado con la formación permanente de los funcionarios de los diferentes cuerpos docentes. En este sentido, prevé que «desde el 1 de marzo de 2012, por razones de interés general derivadas de una alteración sustancial de las circunstancias económicas que permitieron el establecimiento del componente retributivo relacionado con la formación permanente de los funcionarios de carrera de los diferentes cuerpos docentes, devienen inaplicables los Decretos del Consell 157/1993, de 31 de agosto, y 74/1999, de 1 de junio, así como la normativa dictada en desarrollo o ejecución de los mismos, en lo que se refiere al derecho al perfeccionamiento, reconocimiento, devengo y percepción de los funcionarios de los diferentes cuerpos docentes». Sin perjuicio de lo anterior, el precepto recoge la cuantía correspondiente al componente retributivo relacionado con la formación permanente de los funcionarios de carrera de los diferentes cuerpos docentes que se percibirá a partir del 1 de marzo de 2012.

El artículo 13 regula medidas excepcionales para el personal docente interino, profesorado especialista y de religión católica que no tenga carácter indefinido. Así, prevé que todos los nombramientos vigentes del personal señalado se extenderán desde la fecha del servicio y, como máximo, hasta el 30 de junio de cada año, devengándose las partes proporcionales de pagas extraordinarias y vacaciones.

El artículo 14 prevé medidas excepcionales en materia de reducción de la jornada de trabajo del personal docente y así, señala que «durante los ejercicios 2012 y 2013 deviene inaplicable el apartado 4 del artículo 24 del Decreto 7/2008, de 25 de enero, del Consell, por el que se regulan los permisos y licencias de personal docente no universitario dependiente de la conselleria competente en materia de educación».

Por último, el artículo 15 señala que, con efectos 1 de marzo de 2012, en los procesos de incapacidad temporal consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional del personal incluido en el ámbito de aplicación del presente Decreto-ley que se encuentre acogido al régimen general de la Seguridad Social, se complementarán las prestaciones de la Seguridad Social hasta el 100 por 100 de sus retribuciones desde el inicio de dicha situación hasta la conclusión de la misma. En los demás supuestos, se complementará el 100 por 100 de sus retribuciones únicamente hasta el decimoquinto día en proceso de incapacidad temporal.

3. Antes de adentrarnos en el análisis de las vulneraciones alegadas, procede realizar las siguientes precisiones en relación con el objeto de este proceso y la incidencia que modificaciones normativas posteriores a la interposición del recurso hayan podido tener sobre su pervivencia.

a) Los Senadores recurrentes impugnan determinados párrafos de la exposición de motivos así como los arts. 1 a 15, todos ellos incluidos en el capítulo I del Decreto-ley relativo a las medidas en materia de personal.

Debemos descartar, desde un primer momento, la impugnación relativa a la exposición de motivos de la norma. Como hemos repetido desde la STC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 2, un «preámbulo no tiene valor normativo», siendo por ello innecesario, y hasta incorrecto, hacerlo objeto de «una declaración de inconstitucionalidad expresa que se recogiera en la parte dispositiva» de una Sentencia de este Tribunal. Esa carencia de valor normativo tiene como consecuencia que, como afirmamos en la STC 116/1999, de 17 de junio, FJ 2, los preámbulos «no pueden ser objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad (SSTC 36/1981, FJ 7; 150/1990, FJ 2; 212/1996, FJ 15; y 173/1998, FJ 4)»; imposibilidad de erigirse en objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad que fue confirmada en la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 7.

b) En cuanto a la incidencia que modificaciones normativas sobrevenidas hayan podido tener sobre la pervivencia del objeto del recurso o de alguno de sus motivos, hemos de señalar que el art. 15 del Decreto-ley valenciano 1/2012 ha sido derogado por el número 1 de la disposición derogatoria única del Decreto-ley 6/2012, de 28 septiembre, del Consell, de desarrollo y aplicación de las disposiciones incluidas en el título I y disposiciones concordantes del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Esto nos obliga a precisar la repercusión que la derogación del precepto pueda tener sobre una eventual desaparición de su objeto.

Pues bien, son dos las vulneraciones que los recurrentes imputan a este precepto. En primer lugar, consideran que vulnera las competencias estatales en materia de legislación laboral por regular dicho precepto el período de complementación de salarios en los supuestos de incapacidad temporal por contingencias comunes. Y, en segundo lugar, consideran discriminatorio el tratamiento que se da a la cobertura adicional de las prestaciones por incapacidad temporal en dicho precepto. Afirman que existe un agravio comparativo entre las bajas médicas de corta duración (protegidas al 100 por 100) y las de mayor duración, con desprotección a partir del decimosexto día, cuando en realidad, son las bajas de larga duración las que necesitarían de una mayor protección social.

Según reiterada doctrina constitucional, no cabe dar una respuesta unívoca y general a la cuestión relativa a los efectos de la modificación, derogación o pérdida de vigencia de una disposición legal, ulterior a su impugnación, sobre la eventual desaparición del objeto de los diversos procesos constitucionales.

En los recursos de inconstitucionalidad –abstractos y orientados a la depuración objetiva del ordenamiento–, la regla general será la pérdida sobrevenida de su objeto, puesto que carece de sentido pronunciarse sobre normas que el propio legislador ha expulsado ya del ordenamiento jurídico, salvo que éstas desplieguen ultraactividad (por todas, STC 39/2013, de 14 de febrero, FJ 3). No obstante, cuando se trata de recursos de inconstitucionalidad en los que se trata una controversia competencial, la regla es distinta, pues «la eventual apreciación de la pérdida de objeto del proceso dependerá de la incidencia real que sobre el mismo tenga la derogación, sustitución o modificación de la norma y no puede resolverse apriorísticamente en función de criterios abstractos o genéricos, pues lo relevante no es tanto la expulsión de la concreta norma impugnada del ordenamiento cuanto determinar si con esa expulsión ha cesado o no la controversia competencial, toda vez que poner fin a la misma a la luz del orden constitucional de reparto de competencias es el fin último al que sirven tales procesos» [por todas, STC 149/2012, de 5 de julio, FJ 2 b)].

La doctrina expuesta nos permite concluir que la queja que se imputa al art. 15 Decreto-ley valenciano 1/2012 relativa a la vulneración del art. 14 CE ha desaparecido sobrevenidamente,

en cuanto que, en los recursos de inconstitucionalidad, debido a la nota de abstracción que los riga y a que su finalidad es la depuración del ordenamiento jurídico, la derogación de los preceptos legales impugnados hace que, con carácter general, su objeto decaiga.

Por su parte, para determinar la pervivencia de la queja competencial que se imputa al art. 15 del Decreto-ley valenciano 1/2012 hemos de contrastar la regulación de este precepto con el nuevo régimen establecido en el Decreto-ley valenciano 6/2012, de 28 de septiembre. El art. 15 del Decreto-ley valenciano 1/2012 establecía que «con efectos 1 de marzo de 2012, en los procesos de incapacidad temporal consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional del personal incluido en el ámbito de aplicación del presente decreto-ley que se encuentre acogido al régimen general de la Seguridad Social, se complementarán las prestaciones de la Seguridad Social hasta el 100% de sus retribuciones desde el inicio de dicha situación hasta la conclusión de la misma. En los demás supuestos, se complementará el 100 por 100 de sus retribuciones únicamente hasta el decimoquinto día en proceso de incapacidad temporal». El Decreto-ley valenciano 6/2012, de 28 de septiembre, deroga este precepto y prevé que en los supuestos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales se complementarán las prestaciones de la Seguridad Social hasta el 100 por 100 mientras que en los supuestos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes hasta el tercer día se reconocerá un complemento retributivo del 50 por 100 de las retribuciones que se vinieran percibiendo y desde el día cuarto hasta el vigésimo se reconocerá un complemento que sumado a la prestación económica reconocida por la Seguridad Social sea equivalente al 75 por 100 de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal.

El contraste del precepto impugnado con el Decreto-ley valenciano 6/2012 permite concluir que la controversia competencial no ha cesado, ya que lo que los recurrentes sostienen es que el complementar los salarios en los supuestos de incapacidad temporal es una competencia exclusiva del Estado y no de las Comunidades Autónomas, y la nueva norma que ha sustituido al art. 15 del Decreto-ley valenciano 1/2012 continúa regulando esta materia pero de un modo diferente. En consecuencia, al no suponer la derogación del art. 15 del Decreto-ley valenciano 1/2012 la pérdida de objeto de la controversia competencial planteada, sobre esta cuestión nos pronunciaremos en el fundamento jurídico 11.

4. Es doctrina reiterada de este Tribunal que «el examen de las infracciones que se refieren al art. 86 CE ha de ser prioritario en el orden de nuestro enjuiciamiento, toda vez que en este caso las infracciones denunciadas inciden directamente sobre la validez de los preceptos impugnados y se cuestiona la legitimidad constitucional de su inclusión en una norma de urgencia ... de modo que, si se estimaran las alegaciones relativas al art. 86 CE, resultaría innecesario el examen de las restantes alegaciones» (entre otras, STC 1/2012, de 13 de enero, FJ 3). De acuerdo con esa jurisprudencia, nuestro análisis comenzará por los motivos de inconstitucionalidad alegados por los Senadores recurrentes directamente relacionados con el art. 86 CE. Así, son dos las infracciones denunciadas que están relacionadas con la vulneración del art. 44.4 EAV, precepto que, en cuanto a los presupuestos de utilización del Decreto-ley en la Comunidad Valenciana, se remite a lo dispuesto en el art. 86 CE: en primer lugar, infracción del art. 86.1 CE por no concurrir el presupuesto de la extraordinaria y urgente necesidad y, en segundo lugar, infracción de los límites materiales de los decretos-leyes establecidos en el art. 86.1 CE por afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I, en concreto, a los arts. 28.1 y 31 CE.

En relación a que los Estatutos de Autonomía puedan prever la figura del Decreto-ley autonómico, este Tribunal se ha pronunciado recientemente en la STC 93/2015, de 14 de mayo, FFJJ 3 a 6, estableciendo su legitimidad constitucional siempre que los límites formales y materiales a que se someta dicha institución sean, como mínimo, los mismos

que la Constitución impone al decreto-ley estatal. La previsión del art. 44.4 EAV no presenta problema alguno a tales efectos.

5. Alegan los recurrentes que el Decreto-ley valenciano 1/2012 vulnera el art. 44.4 EAV en conexión con el art. 86.1 CE, por no estar justificado el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad. A su juicio, de la exposición de motivos del Decreto-ley impugnado no se obtiene una justificación contundente de una situación de extraordinaria y urgente necesidad, pues en la misma se utilizan expresiones vagas e inconcretas que no justifican en ningún caso la urgencia de las medidas adoptadas, su eficacia y suficiencia, cuando ya previamente se ha elaborado y aprobado un texto presupuestario, seis días antes, en idéntico escenario económico.

Por su parte, el Letrado de las Cortes Valencianas y la Abogada de la Generalitat Valenciana señalan que el Decreto-ley valenciano 1/2012 satisface cumplidamente las exigencias establecidas por la doctrina constitucional en relación con la concurrencia del presupuesto habilitante del art. 86.1 CE, tanto en lo que se refiere a los motivos tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación y explicitados de una forma razonada en la exposición de motivos de la norma, como en lo relativo a la existencia de la necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y las medidas concretas adoptadas para subvenir a la misma.

6. La doctrina elaborada por este Tribunal a partir del art. 86 CE con relación a los decretos-leyes resulta del todo punto aplicable al Decreto-ley impugnado en este proceso, pues el art. 44.4 EAV remite íntegramente a lo que dispone el art. 86 CE y, por tanto, también –en lo que interesa ahora– en lo que se refiere a los requisitos de validez de los decretos-leyes que dicte el Consell. A continuación comenzaremos recordando nuestra doctrina sobre el sentido y alcance del presupuesto legitimador de la extraordinaria y urgente necesidad.

De acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, sintetizada, entre otras, en las SSTC 68/2007, de 28 de marzo, FJ 6; 31/2011, de 17 de marzo, FJ 3; 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 4, y 1/2012, de 13 de enero, FJ 6, el art. 86 CE habilita, desde luego, al Gobierno para dictar, mediante real decreto-ley, normas con fuerza de ley, pero en la medida en que ello supone una sustitución del Parlamento por el Gobierno, constituye una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías que éste dispensa, y como tal sometida en cuanto a su ejercicio a la necesaria concurrencia de todos los presupuestos circunstanciales y materiales enunciados en dicho precepto que lo legitime. Entre los que se incluyen, en lo que aquí importa, la imprescindible conexión entre la facultad legislativa excepcional y la existencia del presupuesto habilitante, esto es, una situación «de extraordinaria y urgente necesidad».

El concepto «extraordinaria y urgente necesidad» que se contiene en la Constitución no es, en modo alguno, una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes. Por ello, sin perjuicio del peso que en la apreciación de lo que haya de considerarse como caso de extraordinaria y urgente necesidad haya de concederse al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección del Estado, es función propia de este Tribunal el aseguramiento de estos límites, la garantía de que en el ejercicio de esta facultad, como de cualquier otra, los poderes públicos se mueven dentro del marco trazado por la Constitución, de forma que este Tribunal podrá, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como de «extraordinaria y urgente necesidad» y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de

un real decreto-ley por inexistencia del presupuesto habilitante por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución.

Nuestra Constitución ha adoptado una solución flexible y matizada respecto del fenómeno del decreto-ley que, por una parte, no lleva a su completa proscripción en aras del mantenimiento de una rígida separación de los poderes, ni se limita a permitirlo de una forma totalmente excepcional en situaciones de necesidad absoluta, de modo que la utilización de este instrumento normativo se estima legítima «en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país, que, por circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta» (STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5). En otras palabras, el fin que justifica la legislación de urgencia no es otro que subvenir a «situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes» (SSTC 11/2002, de 17 de enero, FJ 4; y 137/2003, de 3 de julio, FJ 3). Ahora bien, la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida puede ser independiente de su imprevisibilidad e, incluso, de que tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno siempre que concorra efectivamente la excepcionalidad de la situación, pues «lo que aquí debe importar no es tanto la causa de las circunstancias que justifican la legislación de urgencia cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurren» (SSTC 11/2002, de 17 de enero, FJ 6; 68/2007, de 28 de marzo, FJ 8, y 1/2012, de 13 de enero, FJ 6).

Como se deriva de la jurisprudencia constitucional anteriormente citada relativa al supuesto de hecho habilitante de los Decretos-leyes, dos son los aspectos que tradicionalmente hemos analizado desde la perspectiva constitucional: por un lado, la presentación explícita y razonada de los motivos que han sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 5; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 4); y, por otro lado, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a ella (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 4). Como señalamos en la STC 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 6, aunque ambos aspectos están íntimamente ligados, su análisis por separado facilita desde un punto de vista metodológico el análisis de las consideraciones de las partes y, en última instancia, el control que le corresponde efectuar a este Tribunal.

En cuanto a la definición explícita y razonada de una situación de «extraordinaria y urgente necesidad» por los órganos políticos, este Tribunal ha precisado que ello no significa que la definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad haya siempre de contenerse en el propio decreto-ley, sino que tal presupuesto cabe deducirlo igualmente de una pluralidad de elementos. En efecto, el examen de la concurrencia del citado presupuesto siempre se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al 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.

De acuerdo con la doctrina expuesta, este Tribunal entendió, con relación a una reforma del sistema de protección por desempleo articulada mediante un real decreto-ley, que «hablar de la “cambiante situación de la economía internacional” o de “nuevas oportunidades más variadas que... en etapas anteriores” supone la utilización de fórmulas rituales de una marcada

abstracción y, por ello, de prácticamente imposible control constitucional», por lo que apreció la falta de una definición explícita y razonada de la situación de «extraordinaria y urgente necesidad» que habilitase el uso de la legislación de urgencia (STC 68/2007, FJ 10). En cambio, este Tribunal ha entendido que se satisfacen las exigencias constitucionales cuando la definición de la situación de extraordinaria y urgente necesidad se realiza mediante «una precisa referencia a una concreta coyuntura económica que exige una rápida respuesta» (STC 142/2014, de 11 de septiembre, FJ 5).

En cuanto a la segunda dimensión del presupuesto habilitante de la legislación de urgencia –conexión de sentido entre la situación de necesidad definida y las medidas que en el Real Decreto-ley se adoptan– nuestra doctrina «ha afirmado un doble criterio o perspectiva para valorar la existencia de la conexión de sentido: el contenido, por un lado, y la estructura, por otro, de las disposiciones incluidas en el Real Decreto-ley controvertido» (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 1/2012, de 13 de enero, FJ 11, y 39/2013, de 14 de febrero, FJ 9).

Por último, cabe recordar que el control que compete al Tribunal Constitucional en este punto es un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno y al Congreso de los Diputados en el ejercicio de la función de control parlamentario (art. 86.2 CE). Desde el primer momento hemos afirmado que «el peso que en la apreciación de lo que haya de considerarse como caso de extraordinaria y urgente necesidad es forzoso reconocer al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección política del Estado, no puede ser obstáculo para extender también el examen sobre la competencia habilitante al conocimiento del Tribunal Constitucional, en cuanto sea necesario para garantizar un uso del decreto-ley adecuado a la Constitución» (STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3). Pues la Constitución reconoce a las Cortes Generales como «las depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario», ya que son ellas las que representan al pueblo español (art. 66.1 CE). El Gobierno ejerce la iniciativa legislativa, de conformidad con el art. 87.1 CE, por lo que la potestad que ostenta para dictar reales decretos-leyes, en virtud del art. 86.1 CE, se configura «como una excepción al procedimiento ordinario de elaboración de las leyes y en consecuencia está sometida en cuanto a su ejercicio a la necesaria concurrencia de determinados requisitos que lo legitiman» (STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 1; doctrina que reitera la STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3).

7. En el marco de la doctrina citada debemos comprobar ahora si en los concretos preceptos del Decreto-ley 1/2012 objeto del presente recurso concurre el presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» exigido por el art. 86.1 CE.

En ese análisis deberemos tener presente que la vulneración del presupuesto de hecho habilitante únicamente se imputa a los preceptos contenidos en el capítulo I («de las medidas en materia de personal», arts. 1 a 15), pues los Senadores recurrentes no han impugnado el Decreto-ley en su totalidad, sino sólo los mencionados preceptos. El problema estaría, por tanto, únicamente en los preceptos recurridos y no en el más amplio y heterogéneo conjunto de medidas que se contienen en la citada norma, cuyo nexo de unión es el de su expresada finalidad de reducir el déficit público durante los ejercicios 2012 y 2013. Por tanto, deberemos analizar si, respecto a los arts. 1 a 15 del Decreto-ley del Consell 1/2012, concurre el presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» exigido por el art. 86.1 CE a efectos de determinar la validez constitucional de su regulación.

Siguiendo la doctrina expuesta debemos por tanto analizar dos elementos: en primer lugar, la presentación explícita y razonada de los motivos que han sido tenidos en cuenta por el

Gobierno en su aprobación (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 5; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 4); en segundo lugar, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a ella (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 4).

a) Para analizar los motivos explicitados por el Consell para la aprobación del Decreto-ley objeto del presente recurso, debemos acudir a la exposición de motivos de la norma, así como al debate parlamentario de convalidación y, en su caso, al expediente de elaboración de la norma (por todas, STC 1/2012, de 13 de enero, FJ 7).

Antes de desgranar las medidas más importantes que se establecen, la exposición de motivos efectúa las siguientes consideraciones generales, relacionadas con la plasmación del criterio del Gobierno sobre la concurrencia del presupuesto habilitante de la legislación de urgencia:

«La necesidad de reducir el actual nivel de déficit público de la Generalitat, derivado de la evolución de la crisis económica que afecta al conjunto del Estado, exige adoptar medidas extraordinarias y urgentes en la Comunitat Valenciana.

El presente decreto-ley recoge una serie de medidas urgentes que el Consell adopta, en el presente ejercicio, dentro del citado marco, y las mismas afectan tanto a los ingresos públicos como a los gastos, con el fin de facilitar la reducción del desequilibrio presupuestario de la Generalitat, asegurar el cumplimiento de sus compromisos en la materia durante los próximos dos ejercicios, así como garantizar que el sector público autonómico se afiance en una senda de reequilibrio que aporte credibilidad a la evolución futura de la deuda y del déficit público autonómico.

Estas medidas se adoptan en un contexto excepcional, sin precedentes, de falta de liquidez del conjunto de las administraciones públicas, derivado de la dificultad de obtener fondos en los mercados financieros, y en tal sentido exige un esfuerzo adicional de austeridad sobre la senda iniciada en los últimos ejercicios.

Las medidas incluidas en el presente decreto-ley tienen carácter complementario o adicional, dentro del marco competencial de la Comunitat, a las adoptadas por el Gobierno de la Nación en el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.

...

Las medidas expuestas exigen la adopción de una norma de rango legal. La necesidad de su inmediata aplicación en algunos casos, para garantizar su eficacia en la reducción del gasto, y de su concreción, conocimiento y seguridad en otros, de modo que se garantice su credibilidad y efecto inmediato en los movimientos financieros y en las actuaciones relevantes para la estabilidad presupuestaria, constituyen el hecho habilitante de extraordinaria y urgente necesidad que el Estatut exige en su artículo 44 para la adopción de un Decreto-ley.»

También el art. 1 del Decreto-ley impugnado alude a la justificación de la adopción de las medidas adoptadas al referirse a la finalidad de la norma: «1. Las medidas incluidas en el presente Capítulo se adoptan como necesarias para asegurar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por la Generalitat, en el marco de las obligaciones asumidas por las

distintas administraciones públicas territoriales del estado español, en materia de reducción del déficit público durante los ejercicios 2012 y 2013 al objeto de asegurar el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria.»

Según se desprende de los párrafos transcritos, la extraordinaria y urgente necesidad requerida por el art. 86.1 CE, al que se remite el art. 44.4 EAV, para la adopción de decretos-leyes vendría en el caso analizado determinada por la necesidad de reducir el nivel de déficit público y, por ende, de corregir el desequilibrio presupuestario de la Generalitat, derivado de la crisis económica que afectaba a la Comunitat Valenciana, como al conjunto del Estado.

Posteriormente, en el debate parlamentario correspondiente al trámite de convalidación del Decreto-ley (Cortes Valencianas. Diario de sesiones del Pleno. VIII legislatura. Año 2011, núm. 26, sesión plenaria celebrada el 18 de enero de 2012, págs. 868 a 875), el Consell, por medio de su Presidente, señala en su exposición inicial, entre otras cosas, lo siguiente:

«España y la Comunidad Valenciana se encuentran en una situación difícil que tenemos que cambiar entre todos: estado, comunidades autónomas, entidades locales y sociedad civil. Nadie en esta cámara puede negar que la situación económica de España es muy mala, y todos debemos estar de acuerdo en que si no hacemos nada aun será todavía peor...

Hoy quiero explicar a los valencianos que necesitamos adoptar medidas de ahorro, necesarias e imprescindibles para normalizar progresivamente la situación financiera de la administración autonómica y, con ello, garantizar el mantenimiento de la calidad en los diferentes servicios públicos que presta y atender el pago a nuestros proveedores, una de nuestras principales prioridades...

En cuanto a los gastos, La Generalitat ha pedido a su personal un mayor esfuerzo y reducirá más de 258 millones de euros anuales durante los años 2012 y 2013. Hemos optado por la estabilidad de las plantillas en lugar del despido para poder mantener los puestos de trabajo del personal temporal...

No obstante, estas reducciones de gasto son insuficientes para lograr el compromiso de equilibrar nuestro presupuesto...

Sabemos que todas estas medidas son duras. Pero también sabemos que son absolutamente necesarias para salir cuanto antes de la crisis y garantizar la sanidad, la educación y la atención social hacia todas las personas.

Unas medidas imprescindibles para poder mantener las prestaciones sociales a los cinco millones de ciudadanos de la Comunidad Valenciana y que hoy representa 30,2 millones de euros diarios...

Son medidas que están en la línea de las que han optado ya otras comunidades autónomas, el Gobierno de España y otras regiones de Europa. Se trata de medidas extraordinarias y de carácter temporal, repito, temporal, ante una situación excepcional...»

Como se colige de las manifestaciones transcritas, tanto en la exposición de motivos del Decreto-ley 1/2012 como en su presentación en el trámite parlamentario de convalidación, el órgano colegiado de gobierno de la Generalitat Valenciana ha ofrecido, de forma explícita y razonada, una justificación para la adopción de las medidas extraordinarias para la reducción

del déficit en la Comunidad Valenciana contenidas en el Decreto-ley 1/2012, de 5 de enero, en general, así como de las medidas específicas en materia de personal contenidas en los preceptos impugnados (arts. 1 a 15), en particular. En síntesis, el Consell ha evocado y descrito la difícil «situación económica» que se está pasando, una «situación que pone en riesgo la sociedad del bienestar», la «grave situación de falta de liquidez» y la «difícil coyuntura económica» para justificar la necesidad de adoptar medidas urgentes para equilibrar el presupuesto, actuando tanto sobre los gastos como sobre los ingresos, unas medidas que se consideran «imprescindibles» para poder mantener las prestaciones sociales de los ciudadanos y que se conciben como «medidas extraordinarias y de carácter temporal ... ante una situación excepcional.»

Por tanto, procede declarar que el Consell de la Generalitat Valenciana ha cumplido la exigencia de explicitar y razonar de forma suficiente la existencia de una situación de «extraordinaria y urgente necesidad» que –de acuerdo con el art. 44.4 EAV en conexión con el art. 86.1 CE– justifica la utilización del decreto-ley.

b) El segundo elemento a analizar por este Tribunal en el control del presupuesto habilitante es, como ya se indicó, la conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para afrontar la misma. Nuestra doctrina ha afirmado «un doble criterio o perspectiva para valorar la existencia de la conexión de sentido: el contenido, por un lado, y la estructura, por otro, de las disposiciones incluidas en el Real Decreto Ley controvertido» (STC 39/2013, de 14 de febrero, FJ 9). Así, ya en la STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3, excluimos a este respecto aquellas disposiciones «que, por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente, aquéllas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente».

En cuanto al contenido de las medidas previstas en el capítulo I del Decreto-ley 1/2012, recordemos que consistían en varias medidas: reducción de la jornada del personal funcionario interino y del personal laboral temporal al servicio de la Generalitat, del personal del sector público empresarial y fundacional, y del personal funcionario interino al servicio de la Administración de justicia; suspensión del complemento de las prestaciones de seguridad social en procesos de incapacidad temporal; la suspensión igualmente de la convocatoria o concesión de ayudas en concepto de acción social; reducción de las cuantías de los conceptos correspondientes a la carrera profesional y el desarrollo profesional del personal al servicio de las instituciones sanitarias y del resto de personal gestionado por la Conselleria de Sanidad, así como del componente retributivo relacionado con la formación permanente de los funcionarios de los diferentes cuerpos docentes; supresión de días adicionales de vacaciones vinculados a los años de servicios prestados; y posibilidad de denegar la prolongación del servicio activo por necesidades organizativas de la Administración.

En cuanto a la estructura de las disposiciones impugnadas del Decreto-ley, estaban dotadas de eficacia inmediata y modificaban por tanto de manera instantánea la situación jurídica existente, por cuanto que entraban en vigor el mismo día de su publicación en el «Diari Oficial de la Comunitat Valenciana». Esta conclusión no resulta afectada por el hecho de que, tal y como señalan los recurrentes, algunos de los preceptos recurridos del Decreto-ley entrasen en vigor a los dos meses de su promulgación, pues como ha afirmado este Tribunal en la STC 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 6, «no debe confundirse eficacia inmediata de la norma provisional con la ejecución instantánea de la misma. Sólo aquélla es un requisito ínsito en la definición constitucional del decreto-ley establecida en el art. 86.1 CE, habida cuenta de que con este instrumento se trata de alcanzar “los objetivos marcados para la gobernación del país” en aquellas situaciones en las que, por concurrir “circunstancias difíciles o imposibles

de prever, requieren una acción normativa inmediata” (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3, reiterando una línea doctrinal iniciada en la STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 6), en tanto que la celeridad de la completa ejecución estará en función de la naturaleza y complejidad de las propias medidas adoptadas en cada decreto-ley para hacer frente a la situación de urgencia».

A la luz de los dos criterios señalados, el contenido y la estructura de las disposiciones controvertidas del Decreto-ley, debemos afirmar que las medidas incluidas en el Decreto-ley 1/2012 no carecen de conexión de sentido con la situación de extraordinaria y urgente necesidad definida por el Gobierno, pues, por un lado, eran idóneas para las consecución del objetivo marcado de reducción del déficit público y, por otro lado, tenían incidencia directa en la reducción del gasto en personal en el sector público de la Comunidad Valenciana.

c) Por último, debe rechazarse la alegación de los recurrentes relativa a que la causa desencadenante era suficientemente conocida en el momento de elaboración de la Ley de presupuestos para 2012 y podía preverse con antelación suficiente, de modo que pudo perfectamente haberse incorporado en esa Ley de presupuestos. Como ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones, la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida puede ser independiente de su imprevisibilidad e, incluso, de que tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno siempre que concurra efectivamente la excepcionalidad de la situación, pues «lo que aquí debe importar no es tanto la causa de las circunstancias que justifican la legislación de urgencia cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurren» (SSTC 11/2002, de 17 de enero, FJ 6, y 68/2007, de 28 de marzo, FJ 8, por todas), que es justamente lo que resulta acreditado en el presente caso.

En consecuencia, la alegación de los recurrentes relativa a que la causa desencadenante era suficientemente conocida en el momento de elaboración de la Ley de presupuestos para 2012 y podía preverse con antelación suficiente, de modo que pudo perfectamente haberse incorporado en esa Ley de presupuestos, constituye una hipótesis que, aun cuando fuera cierta, no tiene por qué afectar a la constatación de la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad que legitima la adopción de medidas urgentes para hacer frente a la misma, como las contenidas en los arts. 1 a 15 del Decreto-ley 1/2012.

d) Por todo ello, procede descartar el motivo de impugnación referido a la falta de concurrencia del presupuesto habilitante para dictar el Decreto-ley 1/2012 que viene exigido por el art. 44.4 EAV en conexión con el art. 86.1 CE.

8. Consideran los Senadores recurrentes que el Decreto-ley 1/2012 incumple también la prohibición contenida en el art. 86.1 CE, al que se remite el art. 44.4 EAV, de afectar a determinadas materias, entre ellas, los derechos y libertades de los ciudadanos regulados en el título I CE, vulnerándose el derecho fundamental a la negociación colectiva que forma parte del contenido esencial reconocido en el art. 28.1 CE. A su juicio, la vulneración del derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva supone la quiebra de la eficacia vinculante de los acuerdos y convenios en vigor en el sector público que sólo pueden suspenderse o modificarse por causa grave para el interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas y todo ello con una debida información a las organización sindicales.

Esta cuestión ha sido ya analizada por este Tribunal en la serie de Autos iniciada por el ATC 85/2011, de 7 de junio, en los que se inadmitieron varias cuestiones de inconstitucionalidad que versaban sobre la compatibilidad con los derechos de negociación colectiva y libertad sindical de la reducción de las retribuciones de los empleados públicos que fue introducida en

la Ley de presupuestos generales del Estado por el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, y que posteriormente fue seguida por diversas leyes autonómicas de presupuestos.

En el mencionado ATC 85/2011, FJ 7, este Tribunal señaló lo siguiente:

«En relación con el límite material que para la figura del decreto-ley resulta de la prohibición de “afectar ... a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I” CE, que es el concernido en este caso, este Tribunal ha rechazado una interpretación expansiva del mismo, pues se “sustenta en una idea tan restrictiva del Decreto-ley que lleva en su seno al vaciamiento de la figura y la hace inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquiera aspecto concerniente a las materias incluidas en el título I de la Constitución sin más base interpretativa que el otorgamiento al verbo ‘afectar’ de un contenido literal amplísimo”, lo que conduciría “a la inutilidad absoluta del Decreto-ley, pues es difícil imaginar alguno cuyo contenido no afectase a algún derecho comprendido en el título I” CE (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8). Frente a esa interpretación, una reiterada doctrina constitucional ha venido manteniendo en la interpretación de los límites materiales del decreto-ley una posición equilibrada que evite las concepciones extremas, de modo que la cláusula restrictiva del art. 86.1 CE (“no podrán afectar”) debe ser entendida de modo que no reduzca a la nada el decreto-ley, que es un instrumento normativo previsto por la Constitución “del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual” (STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5). De conformidad con ese criterio hermenéutico, lo que le está vedado al decreto-ley, por el juego del límite material ahora examinado, es la regulación del “régimen general de los derechos, deberes y libertades del título I CE” o que “se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos” (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8), de modo que, de aquel límite se infiere o concluye, que el decreto-ley “no puede alterar ni el régimen general ni los elementos esenciales” de los derechos, deberes y libertades del título I CE (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 7; 137/2003, de 3 de julio, FJ 6; 108/2004, de 30 de junio, FJ 7; 189/2005, de 7 de julio, FJ 7, por todas). Asimismo, hemos declarado también que al interpretar el límite del art. 86.1 CE este Tribunal no debe atender al modo cómo se manifiesta el principio de reserva de ley en una determinada materia, sino más bien al examen de si ha existido “afectación” por el decreto-ley de un derecho, deber o libertad regulado en el título I CE. Lo que exigirá tener en cuenta la configuración constitucional del derecho, deber o libertad afectado en cada caso e incluso su colocación en el texto constitucional y la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate (SSTC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 2; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 8; 137/2003, de 3 de julio, FJ 6; 108/2004, de 30 de junio, FJ 7; 189/2005, de 7 de julio, FJ 7; y 329/2005, de 15 de diciembre, FJ 8).»

Esa doctrina ha sido aplicada, entre otros, por los AATC 101/2011, de 5 de julio, FJ 1; 104/2011, de 5 de julio, FJ 3; 105/2011, de 5 de julio, FJ 1; 115/2011, de 19 de julio, FJ 3; 39/2012, de 28 de febrero, FJ 6; 128/2012, de 19 de junio, FJ 3; 205/2012, de 30 de octubre, FJ 4; y 246/2012, de 18 de diciembre, FJ 4.

Una vez expuesta la interpretación que de los límites materiales del Decreto-ley mantiene este Tribunal, los citados Autos precisaron que el derecho fundamental a tener en cuenta en una cuestión como la considerada, referida al alcance y valor normativo del convenio colectivo, es el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), pues sólo si se considerara afectado este derecho podría llegar a plantearse si además ello supone una afectación del derecho a la libertad sindical, toda vez que la alegada afectación del primero es presupuesto para poder considerar la posible afectación del segundo (por todos, ATC 85/2011, FJ 7).

Pues bien, al igual que en los citados Autos, los preceptos legales impugnados del Decreto-ley 1/2012 no regulan el régimen general del derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 CE, ni nada disponen sobre la fuerza vinculante de los convenios colectivos en general, ni, en particular, sobre los directamente por aquellos concernidos, que mantienen la fuerza vinculante propia de este tipo de fuente, derivada de su posición en el sistema de fuentes.

Sin embargo, para los Senadores recurrentes los preceptos impugnados «afectan» al derecho a la negociación colectiva en la medida en que afectan a la fuerza vinculante del convenio colectivo. Ahora bien, en cuanto a este derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios, hemos declarado también en el citado ATC 85/2011 (FJ 8) y en los que le siguen, que no puede confundirse ni identificarse ésta con una pretendida intangibilidad o inalterabilidad del convenio, toda vez que, como ya ha tenido ocasión de declarar este Tribunal «del art. 37.1 CE no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevenida (STC 210/1990, de 20 de diciembre, FFJJ 2 y 3), insistiendo el Tribunal en el contexto de esta declaración en que, en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no sólo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario (en el mismo sentido, SSTC 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4; 171/1989, de 19 de octubre, FJ 2; 92/1994, de 21 de marzo, FJ 2; y 62/2001, de 1 de marzo, FJ 3; ATC 34/2005, de 31 de enero, FJ 5).»

Por todo ello, debemos concluir que los preceptos legales impugnados no suponen una «afectación» en el sentido constitucional del término, del derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 CE, en cuanto que ni regulan el régimen general de dicho derecho, ni la intangibilidad del convenio colectivo frente a las normas legales se configura como uno de sus elementos esenciales, por lo que no han franqueado el límite material que al Decreto-ley impone el art. 86.1 CE, al que se remite el art. 44.4 EAV, de no afectar a los derechos, deberes y libertades del título I CE.

9. La última infracción alegada en relación con el ejercicio de la potestad de dictar decretos-leyes hace referencia a la imposibilidad de modificar las tarifas impositivas mediante un decreto-ley si, una vez convalidado, éste no se tramita como proyecto de ley al objeto de proceder al oportuno debate parlamentario, sobre la base del art. 86 CE, al que se remite el art. 44.4 EAV, en relación con el art. 31 CE. Señalan los recurrentes que la Constitución prohíbe la regulación o instauración de nuevos tributos, o su modificación, por la vía del Decreto-ley, mucho más si este no se tramita posteriormente en forma de proyecto de ley ante el parlamento correspondiente.

El Decreto-ley 1/2012 introduce ciertamente varias disposiciones para la modificación de diversos impuestos, pero esas disposiciones no se encuentran entre los preceptos impugnados, que son únicamente los arts. 1 a 15. Como es obvio, los preceptos del Decreto-ley a los que no se alude en el escrito de interposición quedan excluidos del objeto de este recurso de inconstitucionalidad, pues «la acción de inconstitucionalidad, como toda acción, se concreta a través de su petitum y de su causa petendi», esto es, «queda configurada por lo que se pide y por la causa en que la petición se fundamenta» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 3). En consecuencia, el presente motivo de impugnación debe ser rechazado por cuanto ninguno de los preceptos impugnados del Decreto-ley valenciano 1/2012 hace referencia a las tarifas impositivas a las que aluden los recurrentes para considerar infringido el límite material del Decreto-ley.

10. Consideran los recurrentes que el Decreto-ley impugnado vulnera también el derecho al trabajo y a una remuneración suficiente (art. 35 CE), al establecer en algunos casos reducciones abusivas de la jornada laboral y las retribuciones. Siendo la motivación económica y los supuestos objetivos a perseguir económicos, no tiene sentido, a su juicio, que parte del acuerdo que aprueba el Consell afecte a la jornada de trabajo de sus empleados públicos. Asimismo, consideran vulnerado el derecho al trabajo de los empleados que superen los 65 años de edad y soliciten una prolongación de su servicio activo.

En primer lugar, por lo que se refiere a la reducción abusiva de la jornada laboral y de las retribuciones, debemos recordar que el Decreto-ley valenciano 1/2012 reduce la jornada del personal temporal al servicio de la Generalitat con la correspondiente disminución proporcional de las retribuciones, así como reduce en un 50 por 100 las cuantías de los conceptos correspondientes a la carrera profesional y el desarrollo profesional del personal al servicio de las instituciones sanitarias y del resto de personal gestionado por la Conselleria de Sanidad, y del componente retributivo relacionado con la formación permanente de los funcionarios de los diferentes cuerpos docentes. Los recurrentes alegan genéricamente que dicha reducción vulnera el art. 35 CE pero sin ofrecer razón constitucional alguna por la que consideran vulnerado dicho precepto. Se limitan a describir la medida introducida por el Decreto-ley 1/2012 pero no alegan por qué la reducción de jornada y salario es abusiva ni en qué medida esto afecta al derecho al trabajo y el derecho a una remuneración suficiente reconocidos en el art. 35 CE. En efecto, en relación con el derecho a una remuneración suficiente los recurrentes deberían haber argumentado en qué medida la reducción de la remuneración convierte a ésta en insuficiente para satisfacer las necesidades del trabajador o de su familia. Y al no hacerlo no puede este Tribunal suplir la carga argumental en torno a la inconstitucionalidad del precepto que corresponde a la parte que lo impugna.

Por lo que se refiere a la vulneración del derecho al trabajo por haberse reducido la jornada y el salario abusivamente, a pesar de que también aquí la argumentación de los recurrentes es mínima, hemos de recordar una vez más que no es nuestra función la de «enjuiciar la oportunidad o conveniencia de la elección hecha por el legislador para valorar si es la más adecuada o la mejor de las posibles» (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 11), sino únicamente determinar si la opción asumida sobrepasa o no el margen razonable de libertad que le reconoce el art. 35 CE. Y a este respecto hemos de señalar que la opción legislativa controvertida, en el marco en que se inserta, cuenta con una justificación que no puede tacharse de arbitraria o irrazonable.

Como viene señalando este Tribunal desde su Sentencia 22/1981, de 3 de julio, FJ 8, «el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los arts. 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa. En su dimensión colectiva el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma».

La medida adoptada por el Gobierno valenciano no supone la limitación del derecho al trabajo consagrado constitucionalmente en el art. 35 CE. Los trabajadores afectados por las medidas adoptadas seguirán prestando servicios para la Administración valenciana pero con unas condiciones de jornada y de retribución diferentes a las que venían disfrutando. Esta

modificación en las condiciones de trabajo cuenta con una justificación que no puede tacharse de arbitraria o irrazonable pues con ella se trata de evitar la amortización de puestos de trabajo a la que puede llevar el elevado nivel de déficit público de la Generalitat. Se trata de garantizar el mantenimiento del puesto de trabajo en lugar de su destrucción, de manera que las medidas adoptadas no vulneran el derecho al trabajo; por el contrario, tratan de garantizar el derecho al trabajo de los empleados de la Administración valenciana.

Por último, la alegada vulneración del derecho al trabajo de los empleados mayores de 65 años al poder la Administración resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación de la prestación de servicios en función de las necesidades de recursos humanos de la organización, debe ser rechazada pues la medida a la que aluden los Senadores recurrentes aparece regulada en la disposición final segunda del Decreto-ley valenciano 1/2012 que no ha sido objeto de impugnación.

11. Alegan los Senadores recurrentes la extralimitación de las competencias que tiene atribuidas la Generalitat Valenciana en el Estatuto de Autonomía, por legislar sobre materias que son competencia exclusiva del Estado, como es el período de complementación de salarios en los supuestos de incapacidad temporal por contingencias comunes. Señalan que el Decreto-ley incluye a personal sobre el que la Comunitat Valenciana no tiene competencias legislativas, entre ellos, el personal funcionario de las Cortes Valencianas y sus instituciones dependientes y el personal funcionario de la Administración de Justicia. También consideran que se ha excedido de sus competencias en relación con el personal laboral de diferentes ámbitos cuyas condiciones de trabajo están determinadas por la legislación laboral general y sus convenios colectivos de aplicación, lo que sucede, a su juicio, con la disposición final tercera del Decreto-ley sobre suspensión de pactos y acuerdos. Con todo ello, afirman, se demuestra que, pese a la absoluta carencia de habilitación para disponer en materia laboral, son muchas las medidas establecidas en el Decreto-ley 1/2012 que usurpan competencias que constitucionalmente no se encuentran comprendidas dentro de su ámbito competencial.

Los recurrentes alegan de forma genérica y abstracta, sin aportar ningún razonamiento que conduzca a la conclusión pretendida, que el Decreto-ley valenciano 1/2012 vulnera las competencias del Estado y a continuación concretan esta afirmación genérica en tres aspectos regulados por la norma: la complementación de la incapacidad temporal, la inclusión en su ámbito de aplicación del personal funcionario de las Cortes Valencianas y del personal funcionario de la Administración de Justicia y la suspensión de pactos y acuerdos sindicales firmados en el ámbito del personal funcionario y estatutario incluidos dentro del ámbito de aplicación del Decreto-ley.

La alegación genérica e inconcreta relativa a la extralimitación en las competencias que tiene atribuidas la Generalitat Valenciana en el Estatuto de Autonomía, por legislar sobre materias que son competencia exclusiva del Estado, no puede ser examinada en esta sede pues no se encuentra fundamentada. La carga argumental en torno a la inconstitucionalidad del precepto corresponde a la parte que lo impugna. Al igual que afirmamos en las SSTC 195/2012, de 31 de octubre, FJ 4; y 84/2013 de 11 de abril, FJ 3, «resulta de aplicación la doctrina recopilada en la STC 158/2011, de 19 de octubre, según la cual “no basta la mera invocación formal de los preceptos en la demanda (STC 98/1989, de 1 de junio, FJ 5) o, incluso ... la existencia en la misma de una solicitud expresa de su declaración de inconstitucionalidad, para que este Tribunal deba pronunciarse sobre todos y cada uno de ellos, sino que es preciso, además, que en el cuerpo del recurso se contenga la argumentación específica o razonamientos que fundamenten la presunta contradicción de éstos con la Norma fundamental [SSTC 146/1994, de 12 de mayo, FJ 7 B); 214/1994, de 14 de julio, FJ 3; 195/1998, de 1 de octubre, FJ 1]». Efectivamente, hemos de recordar aquí una vez más que la impugnación de las normas debe

ir acompañada de la preceptiva fundamentación y precisión que permitan conocer las razones por las que los recurrentes entienden que las disposiciones impugnadas transgreden el orden constitucional (SSTC 118/1996, de 27 de junio, FJ 2; y 118/1998, de 4 de junio, FJ 4). «Cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, es carga de los recurrentes no sólo la de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia del Tribunal en un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan (STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 2).».

Por lo que se refiere a las tres materias reguladas en el Decreto-ley en las que trata de concretarse dicha alegación debemos rechazar, sin necesidad de argumentación al respecto, la relativa a la suspensión de pactos y acuerdos sindicales, por estar regulada en la disposición final tercera del Decreto-ley que no ha sido objeto de impugnación en este recurso.

Igualmente, no puede prosperar la alegada vulneración de las competencias que tiene atribuidas la Comunidad Valenciana por incluir en el ámbito de aplicación de la norma al personal funcionario de las Cortes Valencianas y sus instituciones dependientes y al personal funcionario de la Administración de Justicia. Los recurrentes no concretan los preceptos a los que se imputa este exceso competencial, siendo, además, patente que la demanda incumple la necesaria carga alegatoria, al no contener argumentación específica que fundamente la presunta contradicción constitucional en la medida en que se limita a afirmar que «el Decreto-ley incluye a personal sobre el que claramente no tiene competencias legislativas, entre ellos, al personal funcionario de las Cortes Valencianas y sus instituciones dependientes, al personal funcionario de la Administración de Justicia», sin especificar ni los preceptos del Decreto-ley que producirían ese efecto ni las razones por las que se vulneran las competencias estatales. Por eso, dado que la demanda no ha ofrecido argumentos que enerven la presunción de constitucionalidad de la que goza el Decreto-ley valenciano 1/2012, no podemos pronunciarnos sobre la queja enunciada pues este Tribunal no puede reconstruir de oficio la demanda ni suplir las razones de los recurrentes cuando éstas no se aportan en su recurso (entre otras muchas, STC 208/2014, de 15 de diciembre, FJ 4).

En relación a la vulneración de las competencias estatales en materia de legislación de Seguridad Social por regular el Decreto-ley valenciano, en su artículo 15, el período de complementación de salarios en los supuestos de incapacidad temporal por contingencias comunes, debemos señalar que dicho precepto lo que está regulando es una mejora voluntaria de la Seguridad Social. En efecto, la Administración de la Generalitat, al igual que cualquier empresa, puede mejorar directamente las prestaciones de la Seguridad Social de sus empleados costeándolas a su exclusivo cargo. De este modo, el precepto impugnado, partiendo del régimen establecido en la normativa estatal en relación con la prestación de incapacidad temporal, lo que hace es mejorarlo para el personal incluido en el ámbito de aplicación del Decreto-ley. Por tanto, el que la cuantía de la mejora en la Administración de la Generalitat valenciana fuera superior antes de dictarse el Decreto-ley 1/2012 no significa que el legislador autonómico haya vulnerado las competencias estatales en materia de Seguridad Social, pues lo que está haciendo, en todo caso, es mejorar o complementar el régimen legal.

12. Consideran los Senadores recurrentes que el Decreto-ley 1/2012, en sus arts. 9, 11 y 12, recorta derechos adquiridos de los funcionarios públicos y reconocidos para dicha anualidad presupuestaria por la Ley 10/2011, de 27 de diciembre, de presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2012, lo que vulnera el art. 33.3 CE y quiebra el principio de protección de la confianza legítima en su manifestación del principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE.

Como ya hemos señalado, el artículo 9 suspende la convocatoria y la concesión de cualquier ayuda en concepto de acción social, el artículo 11 establece la cuantía de los complementos de carrera profesional y desarrollo profesional a percibir a partir del 1 de marzo de 2012 por determinado personal de la Consellería de Sanidad, y el artículo 12 establece, con efectos de 1 de marzo de 2012, los importes correspondientes al componente retributivo relacionado con la formación permanente de los funcionarios de carrera de los diferentes cuerpos docentes.

En relación con la cuantía de los complementos retributivos señalados, esta alegación carece de fundamento, por cuanto empezará a aplicarse a partir del 1 de marzo de 2012 y, en consecuencia, afecta a derechos económicos aún no devengados por corresponder a mensualidades en las que aún no se ha prestado el servicio público y, en consecuencia, no se encuentran incorporados al patrimonio del funcionario, por lo que no cabe hablar de derechos adquiridos de los que los funcionarios hayan sido privados sin indemnización (art. 33.3 CE). Y lo mismo debemos decir de la suspensión de la convocatoria y concesión de cualquier ayuda en concepto de acción social, pues respecto de las mismas, en el momento de dictarse el Decreto-ley 1/2012, los funcionarios públicos sólo tenían una mera expectativa de derecho, pero no un derecho consolidado, asumido e integrado en el patrimonio del sujeto. Como señala el Letrado de las Cortes Valencianas, lo que establece el art. 9 del Decreto-ley 1/2012 es la suspensión de la convocatoria de unas ayudas que tienen supeditadas su existencia a que se produzca una convocatoria anual y no se adquiere tal derecho hasta que no se produce el hecho causante y se acredita el cumplimiento de los requisitos establecidos, por lo que estas ayudas no pueden considerarse derechos consolidados. Por las mismas razones señaladas ha de descartarse que estas medidas quiebren el principio de protección de la confianza legítima, en cuanto manifestación del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Conviene recordar al respecto que, como advertimos en la STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 a), resulta inapropiado el intento de aplicar la controvertida teoría de los derechos adquiridos en el ámbito estatutario, toda vez que «en el campo de la relación funcional, el funcionario adquiere y tiene derechos subjetivos que la ley ha de respetar ... Pero una cosa es o son esos derechos y otra la pretensión de que aparezcan como inmodificables en su contenido concreto. El funcionario que ingresa al servicio de la Administración pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso ... porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcional (art. 103.3 CE)».

13. El último motivo de inconstitucionalidad alegado sobre el que este Tribunal debe pronunciarse es la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE). Afirman los recurrentes que las medidas adoptadas sobre las empleadas y los empleados públicos por el Decreto-ley 1/2012 no se aplican de igual forma a todo el personal de la Generalitat Valenciana, ya que dependiendo del sector tienen un impacto u otro, sin motivar la norma de forma expresa la razón de dichas desigualdades. Consideran especialmente gravoso el agravio existente entre el personal temporal de los sectores de administración general, justicia, docente y sanitario, ya que la reducción de jornada y salario afecta a unos y no a otros, excluyendo expresamente a parte del personal entre las medidas adoptadas, sin que dicha exclusión, en la mayoría de los casos, obedezca a justificación objetiva y razonable, ni siquiera proporcionada al fin perseguido.

Para apreciar una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley debe partirse de la homogeneidad o identidad del término de comparación utilizado, identidad que no concurre en este caso, teniendo en cuenta los diversos colectivos a los que se dirigen las medidas adoptadas por el Decreto-ley 1/2012. Lo propio del juicio de igualdad, es «su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas» y, de otro, que «las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso». Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma (SSTC 205/2011, de 15 de diciembre, FJ 3, y 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 7). Pues bien, en este caso, como señala el Letrado de las Cortes Valencianas, las situaciones subjetivas que quieren traerse a comparación no son efectivamente homogéneas o equiparables, toda vez que, como bien señala, existen diferentes tipos de vínculos entre los empleados públicos y la Administración en función de las distintas categorías existentes dentro de la función pública. El diferente trato se establece en función del distinto vínculo entre los empleados públicos y la Administración (funcionarios y personal laboral) o en función de las distintas categorías en que se clasifican los funcionarios (funcionarios de carrera y funcionarios interinos). Y en cuando a la exclusión de determinados colectivos de parte de las medidas adoptadas no existe tampoco un término de comparación adecuado que permita fundar el juicio de igualdad. Por ello, este motivo de inconstitucionalidad debe ser rechazado.

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 el presente recurso de inconstitucionalidad.

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

Dada en Madrid, a veintiocho de mayo de dos mil quince.–Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Adela Asua Batarrita.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Fernando Valdés Dal-Ré.–Juan José González Rivas.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Pedro José González-Trevijano Sánchez.–Ricardo Enríquez Sancho.–Antonio Narváez Rodríguez.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2063-2012

1. Como tuve oportunidad de manifestar durante la deliberación del presente proceso constitucional, disiento de la decisión finalmente adoptada que, a mi juicio, debió de declarar inconstitucionales y nulos, por vulneración del art. 86.1 CE, todos los preceptos impugnados del Decreto-Ley 1/2012, de 5 de enero, del Consell, de medidas urgentes para la reducción del déficit de la Comunitat Valenciana, que hubieren llevado aparejada una modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos que resultaren de aplicación tanto al personal laboral de la Administración valenciana como al personal laboral del sector

público valenciano, tal y como el mismo se define en los apartados 2 y 3 del art. 5 del texto refundido de la Ley de hacienda pública de la Generalitat Valenciana.

2. El art. 86.1 CE confiere al Gobierno la facultad de aprobar «disposiciones legislativas provisionales», articuladas a través de la forma de real decreto-ley. No obstante, el dictado por el poder ejecutivo de una norma que, a pesar de no tener la naturaleza de ley, tiene su mismo rango, se encuentra sujeto constitucionalmente a «unos estrictos límites» (STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5), que resultan igualmente aplicables, en calidad de exigencias mínimas, al ejercicio por los gobiernos de las Comunidades autónomas de un poder legislativo excepcional semejante, en aquellos supuestos en los que así lo prevea el respectivo Estatuto de Autonomía (STC 93/2015, de 14 de mayo). En todo caso, la observancia de estos límites por los diversos gobiernos, el central y, en su caso, los autonómicos, aseguran la preservación del Estado de derecho, erigiéndose en última instancia en uno de los índices más efectivos para enjuiciar, en cada momento histórico, la calidad de nuestra democracia.

En concreto, tres son las exigencias para un uso constitucionalmente adecuado del decreto-ley. En primer lugar, el ejercicio de este poder legislativo excepcional ha de estar justificado por razones de «extraordinaria y urgente necesidad» (art. 86.1 CE); en segundo lugar, su contenido no puede afectar, además de al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, al régimen de las Comunidades Autónomas y al derecho electoral general, a los «derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I» (art. 86.1 CE) y, finalmente, ha de someterse al Congreso de los Diputados o a los respectivos parlamentos autonómicos para su debate y votación de totalidad. Buena parte de los preceptos cuestionados del Decreto-ley del Consell 1/2012 plantean serios y fundados reparos jurídicos en cuanto a la concurrencia del segundo de los mencionados requisitos.

3. De una lectura de conjunto de los antecedentes de hecho y de los fundamentos jurídicos de la presente Sentencia se infiere que la parte recurrente reprocha a la norma impugnada la vulneración del art. 86.1 CE en atención a que la misma incumple la prohibición ahí enunciada de no afectación a los derechos y libertades consagrados en el título I del Texto constitucional, mencionándose en concreto como derecho concernido la fuerza vinculante del convenio colectivo. En el decir de los Senadores recurrentes, la suspensión o modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos, señaladamente la reducción de la jornada y consiguiente retribución salarial, lesiona la garantía de su fuerza vinculante prevista en el art. 37.1 CE y, por conexión, la libertad sindical (art. 28.1 CE).

La Sentencia de mi disenso aborda esta queja de inconstitucionalidad en el fundamento jurídico 8 a través de un razonamiento que carece, en mi opinión, de la obligada consistencia argumentativa que hubiera demandado la indiscutible complejidad de la queja planteada. En concreto, la Sentencia, tras sintetizar los términos del debate, procede a resumir la doctrina constitucional en relación con los límites materiales del art. 86.1 CE, transcribiendo a tal efecto el apartado primero del fundamento jurídico 7 del ATC 85/2011, de 7 de junio. Expuesta esta doctrina, entra en el análisis del fondo de la presunta lesión, descartando su efectiva producción mediante la mera invocación de la tesis sostenida por el citado Auto, ahora en el apartado primero de su fundamento jurídico 8, rehuendo sin embargo efectuar alguna observación o consideración de carácter aclaratorio.

4. Ninguna objeción merece la compilación de la jurisprudencia elaborada por este Tribunal en lo que concierne a la prohibición de las normas dictadas por los Gobiernos, al amparo de ese poder normativo excepcional conferido en el art. 86.1 CE, de afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I del propio Texto constitucional. Mis

objecciones se centran no ya en la aplicación al caso enjuiciado de la doctrina sentada en el ATC 85/2011 cuanto en la doctrina misma ahí enunciada, que considero privada de la menor fundamentación jurídica.

El razonamiento de partida que utilizan tanto el tan citado ATC 85/2011 como de manera mimética la Sentencia de la que me aparto a fin de negar que las suspensiones o modificaciones de las condiciones de trabajo colectivamente pactadas afecten a la garantía de la fuerza vinculante constitucionalmente reconocida (art. 37.1 CE) se asienta en una premisa, sustentada a su vez en una serie de manifiestos equívocos o confusiones conceptuales que, en última instancia, sirven para eludir, desde el obligado canon de constitucionalidad, el reproche vertido.

En efecto, dice el Auto y reitera la Sentencia «que no puede confundirse ni identificarse esta (la fuerza vinculante) con una pretendida intangibilidad o inalterabilidad del convenio», de modo que «del art. 37.1 CE no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de norma sobrevenida», ya que, como ha reiterado la jurisprudencia constitucional, «en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no solo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario». El razonamiento transcrito se cierra, en fin, con la cita de hasta cinco resoluciones de este Tribunal, ninguna de las cuales, por cierto, afronta el tema de fondo.

La primera de las confusiones conceptuales que es dable apreciar en el razonamiento transcrito, por tratarse de seguro de la más visible, es la subsunción del límite material establecido ex art. 86.1 CE al ejercicio del poder normativo excepcional por los poderes ejecutivos de nuestro Estado compuesto en un problema de selección de normas en conflicto. Desde luego, el convenio colectivo o, por formular la idea con mayor amplitud, cualquier producto nacido de la negociación colectiva se encuentra sujeto al principio de jerarquía normativa, que obliga al pacto colectivo a respetar las prescripciones de la ley. Pero al margen de que en nuestro sistema jurídico –bien que no solo en el nuestro– rara vez las relaciones entre norma legal y convenio colectivo se resuelven conforme a esta regla general de solución de conflictos entre normas; al margen de todo ello, digo, esta subsunción es de una notable extravagancia, ya que los criterios de composición de los citados conflictos nada tienen que ver y nada dicen acerca del ámbito de imputación normativa de la proscripción constitucional de afectación por el decreto-ley de los derechos y libertades enunciadas en el título I CE, entre los cuales se encuentra, precisamente, la garantía de la fuerza vinculante del convenio colectivo.

En una confusión no menor incurre la tentativa de confirmación de la desvinculación entre fuerza vinculante e intangibilidad del convenio mediante el argumento de que tal ocurre «incluso aunque se trate de norma sobrevenida». La pregunta que de inmediato surge puede ser formulada del modo siguiente: ¿es imaginable la modificación de un convenio colectivo por una norma legal previa, en lugar de sobrevenida? Basta con un superficial y rudimentario razonamiento no ya constitucional sino jurídico para afirmar, sin posible discusión, que la presunta intangibilidad que atribuiría a los convenios colectivos la garantía de la fuerza vinculante solo podría predicarse frente a las normas sobrevenidas, y nunca frente a las anteriores. En la hipótesis de que un convenio colectivo pretendiera introducir una condición contraria (o menos favorable) que la establecida en norma ya no legal sino, con mayor amplitud, en norma laboral, dicha regla habría de ser declarada nula en virtud, ahora sí, de los principios de jerarquía y de legalidad.

Pero lo anterior razonado, mi mayor disenso con la presente Sentencia se sitúa respecto del argumento del que arranca el razonamiento y que puede ser resumido, sin merma alguna

de su significación, del modo siguiente: en la medida en que no cabe ni identificar ni confundir intangibilidad de un convenio colectivo con garantía constitucional de la fuerza vinculante, tampoco cabe hacer derivar del art. 37.1 CE «la inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal».

Es este un argumento que responde a un silogismo frustrado, ya que se limita a enunciar las premisas mayor y menor, eludiendo, sin embargo, la conclusión. O por enunciar la idea desde otro ángulo, no hay conexión alguna entre la doble afirmación pretendidamente entrelazada y la desestimación de la vulneración por el Decreto-ley 1/2012 de los Límites materiales impuestos por el art. 86.1 CE: que no deba identificarse –a juicio de la resolución de la que me separo– intangibilidad del convenio con su fuerza vinculante y que el art. 37.1 CE no asegure la inalterabilidad de los convenios frente a las normas legales son aseveraciones de las que por sí mismas no se infiere que la modificación de las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo no afecta a un elemento esencial de la fuerza vinculante y, por consiguiente, consiente su articulación mediante la fórmula del decreto-ley. Una vez más, es apreciable el desplazamiento del razonamiento desde su escenario natural, el del art. 86.1 CE, a otro por completo artificial.

5. No entra en mi propósito entrar a debatir sobre el concepto constitucional de fuerza vinculante, definiendo su contenido esencial, tarea ésta que intenté llevar a cabo en el Voto particular que elaboré a la STC 8/2015, de 22 de enero, que sustanció el recurso de inconstitucionalidad 5610-2012 (apartado 3, señaladamente puntos 3 a 5). Lo que me interesa ahora destacar es que la modificación de cualquier instrumento nacido de la autonomía colectiva o, si se prefiere, del ejercicio del derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) a través de un procedimiento diferente del pacto o acuerdo del que nació afecta a un elemento esencial de la fuerza vinculante y, por tanto, no puede ser objeto de regulación mediante ese poder normativo excepcional que el texto constitucional pone a disposición de los gobiernos.

Defender la opinión contraria, máxime en unos términos deliberadamente confusos y apodícticos, tal y como hizo el ATC 85/2011 y ahora reitera la Sentencia, equivale a desconocer uno de los ejes básicos a partir de los cuales ha madurado históricamente y se ha desarrollado en los países de nuestra vecindad política y jurídica la negociación colectiva. Desde luego, la esencialidad de este elemento no juega con la misma intensidad en los sectores privado y público. En aquel primero, la alteración peyorativa de las estipulaciones de un convenio colectivo solo puede articularse a través del previo acuerdo de las partes firmantes, de modo que la intangibilidad de su clausulado forma parte del contenido esencial de la fuerza vinculante, actuando, como ya he expresado en el citado Voto particular, como límite infranqueable para el legislador. En este segundo, en cambio, dicha alteración ha de coordinarse con los principios que rigen la actividad económica, de modo que no cabría calificar como lesión al contenido esencial de la fuerza vinculante la decisión adoptada por el poder público competente de limitar, reducir o constreñir la negociación colectiva del personal laboral-empleado público o del que preste servicios en el sector público, siempre que la medida esté justificada y sea razonable y proporcionada. Pero en todo caso, en uno y otro sector, la alteración, por afectar a un elemento esencial, no puede articularse a través de la fórmula de los decretos-leyes.

En este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a veintiocho de mayo de dos mil quince-Fernando Valdés Dal-Ré.–Firmado y rubricado.

Pleno. Sentencia 105/2015, de 28 de mayo de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 6066-2012. Interpuesto por la Junta de Extremadura en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos. Límites de los decretos-leyes y principio de seguridad jurídica: pérdida sobrevenida parcial del objeto del recurso, constitucionalidad de las disposiciones subsistentes (STC 48/2015).

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narvárez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 6066-2012, interpuesto por la Junta de Extremadura contra los arts. 1 a 4 y la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos. Ha comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Andrés Ollero Tassara, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 29 de octubre de 2012, la Letrada de la Junta de Extremadura, en nombre y representación de la Comunidad Autónoma de Extremadura, presentó escrito de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 1 a 4 y la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos.

2. El recurso se fundamenta en las consideraciones que a continuación se resumen.

a) El recurso comienza exponiendo el marco regulador de la producción de energía eléctrica en régimen especial (renovables y cogeneración), sobre cuyo régimen retributivo incide el Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, con alusión a lo previsto en el art. 30 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, y el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, así como la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, y el Plan de acción de energías renovables de España 2011-2020 (que sucede al Plan de fomento de energías renovables en España 2000-2010).

b) Señala el recurso que el Real Decreto-ley 1/2012 establece, respecto de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial que el 28 de enero de 2012 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 1/2012) no estuvieran inscritas en el registro de preasignación de retribución, así como de las instalaciones en régimen ordinario con derecho a percibir los incentivos económicos del Real Decreto 661/2007 que a la misma fecha no dispusieran de autorización administrativa previa, las siguientes medidas: i) Supresión de los incentivos económicos (tarifas reguladas, primas y complementos) regulados en el Real Decreto 661/2007 y el Real Decreto 1578/2008; ii) Suspensión de la tramitación del procedimiento de inscripción en el registro de preasignación de retribución regulado en el Real Decreto-ley 6/2009 y en el Real Decreto 1578/2008, con algunas particularidades respecto de los expedientes iniciados y en relación con los cuales el plazo de la Administración para resolver estuviese vencido.

Se añade que el Real Decreto-ley 1/2012 ofrece a los titulares inscritos en el registro de preasignación la posibilidad de renunciar a la misma, con devolución de los avales depositados en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley (28 de enero de 2012), en caso de que no deseen ejecutar la instalación y siempre que el plazo de inscripción definitiva y venta de energía no hubiera vencido. Además, el Real Decreto-ley 1/2012 deroga el régimen establecido en el Real Decreto 661/2007 en relación con las modificaciones sustanciales de instalaciones (arts. 4.4 y 4 bis), de manera que cualquier modificación de una instalación de régimen especial inscrita en el registro de preasignación podría hacerle perder su régimen económico primado, salvo que estuviera autorizada en una fecha anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 1/2012 en los términos regulados en el art. 4 del Real Decreto 661/2007.

c) Razonado lo anterior, y como aspecto procesal de carácter previo, se hace constar que el recurso no se interpone por razones ligadas a la estricta materia competencial, lo que no es obstáculo a la legitimación de la Comunidad Autónoma, como se deduce de las SSTC 25/1981, 84/1982, 63/1986, 74/1987, 56/1990 y 194/2004, entre otras. En aplicación de la doctrina allí contenida, la Junta de Extremadura entiende que, sin perjuicio de que concurren los títulos competenciales estatales invocados en la disposición final primera del Real Decreto-ley 1/2012 (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica ex art. 149.1.13 CE, y bases del régimen energético ex art. 149.1.25 CE), el Real Decreto-ley impugnado afecta de manera significativa a las competencias de la Junta de Extremadura enunciadas en los apartados 7, 33 y 37 del Estatuto de Autonomía de Extremadura («fomento del desarrollo económico y social de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos de la política económica nacional», «políticas y normas adicionales y complementarias de las del Estado en materia de protección medioambiental y lucha contra el cambio climático», e «instalaciones de producción, almacenamiento, distribución y transporte de energías de cualquier tipo en su territorio, incluida la eléctrica cuando el aprovechamiento de ésta no afecte a otras Comunidades Autónomas», respectivamente), en relación con lo dispuesto en los arts. 7 (apartados 5, 7 y 9) y 12 del propio Estatuto. Según el recurso, al suprimir el Real Decreto-ley 1/2012 el régimen económico primado de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, se afecta de manera directa e inmediata a un importante sector económico y productivo –el de las energías renovables y de cogeneración– estratégico para el desarrollo de la Comunidad Autónoma extremeña. Se impediría así el avance del modelo energético previsto en el Acuerdo para el desarrollo energético sostenible de Extremadura 2010-2020, enmarcado dentro de las políticas europea y nacional en materia de planificación energética.

d) Expuesto cuanto antecede, el recurso desarrolla los dos motivos de impugnación en los que fundamenta la inconstitucionalidad de los arts. 1 a 4 y la disposición derogatoria única del

Real Decreto-ley 1/2012: la inexistencia del presupuesto habilitante que exige el art. 86.1 CE para la regulación de una materia mediante decreto-ley y la lesión del principio de confianza legítima como manifestación del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

e) Por lo que se refiere a la vulneración del art. 86.1 CE, tras exponer la doctrina constitucional al respecto (se citan específicamente las SSTC 29/1982, 182/1997, 11/2002, 31/2011 y 1/2012), la representación procesal de la Junta de Extremadura sostiene que el Real Decreto-ley 1/2012, al fijar disposiciones que no guardan relación directa con la situación que se trata de afrontar (déficit tarifario del sistema eléctrico), no satisface el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad.

Tras referirse a los argumentos que se contienen en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 1/2012 para justificar la adopción de las medidas acordadas (supresión de los incentivos económicos a la producción de energía eléctrica en régimen especial y suspensión de la tramitación del procedimiento de inscripción en el registro de preasignación de retribución), así como a lo manifestado por el Ministro de Industria, Energía y Turismo en el trámite de convalidación del Real Decreto-ley, señala la Junta de Extremadura que no puede entenderse que exista una situación de extraordinaria y urgente necesidad; se refiere a un periodo ya finalizado y el déficit de tarifa no se configura como una circunstancia imprevista o sobrevenida, ni siquiera agravada, sino como un problema conocido desde hacía años, que había motivado la adopción de distintas medidas para corregirlo. Además, el Real Decreto-ley 1/2012 ni soluciona el problema del déficit tarifario, ni tiene una eficacia inmediata y directa en su eliminación, pues no afecta a las instalaciones ya inscritas en el registro de preasignación de retribución, por lo que los costes estimados del sistema eléctrico para el año 2012 no se ven afectados por las medidas que se adoptan en él. A ello se añade que no se trata de costes definitivos, sino hipotéticos o estimados, dado que es posible que, a pesar de la inscripción previa en el registro de preasignación, no tenga lugar la inscripción definitiva porque el solicitante desista voluntariamente de la tramitación de la instalación.

f) El segundo de los motivos de inconstitucionalidad aducido es el relativo a la vulneración del principio de confianza legítima como manifestación del principio de seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE (en conexión con el valor superior de justicia proclamado por el art. 1.1 CE). En el recurso se expone, con cita de doctrina constitucional al respecto, que el principio de seguridad jurídica tiene una vertiente objetiva, relativa a la certeza del derecho, y otra vertiente subjetiva, relativa a la previsibilidad de los efectos de su aplicación por los poderes públicos, siendo un valor constitucional asegurar la protección de la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles. A juicio de la recurrente, el grado de incertidumbre que el Real Decreto-ley 1/2012 genera impide el ejercicio de cualquier actividad de planificación necesaria para una adecuada instrumentación de la ejecución de la política energética de la Junta de Extremadura y para los operadores privados que han apostado por las energías renovables. En la medida en que no era previsible la eliminación sorpresiva y sine die de todos los incentivos económicos a las energías renovables, no se respeta el principio de confianza legítima. El Real Decreto-ley 1/2012 no afecta únicamente a aquellos que han adecuado su actuación económica al régimen jurídico vigente hasta su entrada en vigor en aras a la solicitud de inscripción en el registro de preasignación de retribución; incide también sobre aquellos promotores que ya la han formulado, de modo que la suerte de sus solicitudes depende de un hecho ajeno a su actuación, como es la celeridad de la Administración a la hora de resolver esas solicitudes. En suma, la alteración por el Real Decreto-ley 1/2012 del marco regulatorio preexistente no solo ha dificultado a los agentes la necesaria planificación de su conducta a medio y largo plazo; el cambio se ha producido de forma brusca e imprevisto, frustrando repentinamente y sin apenas margen de reacción las expectativas generadas por

la regulación anterior, a la que los promotores habían acomodado su conducta en la confianza legítima de que el esfuerzo económico realizado era necesario para tener acceso al régimen retributivo establecido en la normativa precedente.

3. Por providencia de 13 de noviembre de 2012, el Pleno, a propuesta de la Sección Segunda, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad y, conforme establece el art. 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), dar traslado de la demanda para personación y alegaciones al Congreso de los Diputados, al Senado y al Gobierno. También se ordenó publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado».

4. Con fecha de 19 de noviembre de 2012, el Abogado del Estado comparece en el proceso en la representación que legalmente ostenta para que el Tribunal le tenga por personado en el recurso de inconstitucionalidad, al tiempo que solicita una prórroga del plazo concedido para formular sus alegaciones.

5. El Pleno, mediante diligencia de ordenación de 20 de noviembre de 2012, acordó tener por personado al Abogado del Estado y prorrogar en ocho días el plazo en su día concedido para presentar sus alegaciones.

6. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 23 de noviembre de 2012, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó el acuerdo de la Mesa de la Cámara de personarse en el procedimiento y ofrecer su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC. Lo mismo hizo el Presidente del Senado, por escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 28 de noviembre del mismo año.

7. El escrito de alegaciones del Abogado del Estado, interesando la desestimación del recurso de inconstitucionalidad planteado por la Junta de Extremadura, tuvo entrada en este Tribunal el día 20 de diciembre de 2012.

La Abogacía del Estado da respuesta en primer lugar a la impugnación fundada en la infracción del art. 86.1 CE. En primer lugar, sostiene que los motivos que legitiman la utilización del Real Decreto-ley 1/2012 han sido adecuadamente expuestos por los órganos políticos y justifican la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad que exige el art. 86.1 CE. Ante todo por cuanto, en el marco de la crisis económica, de la que dan fe distintos informes del Banco de España (años 2008 a 2011), que se citan, el déficit tarifario del sistema eléctrico al que se refiere la exposición de motivos del Real Decreto-ley 1/2012 se erige en un problema que afecta a la sostenibilidad económica del sistema eléctrico. Asimismo se afirma que las primas de régimen especial que pretende limitar el citado Real Decreto-ley no son ajenas a la gravedad del incremento del déficit tarifario o déficit estructural de ingresos de actividades reguladas, que aumenta exponencialmente desde el año 2004. En este contexto, el Abogado del Estado señala que la urgencia de la medida se justifica en la exposición de motivos del Real Decreto-ley al afirmarse la necesidad de supresión del déficit tarifario y señalar además que «en este momento se encuentran pendientes de resolución las cuatro convocatorias de preasignación fotovoltaica correspondientes al año 2012, por una potencia cercana a los 550 MW. En efecto, la inevitable dilación en el tiempo de la adopción de esta medida que supondría su tramitación por el cauce normativo ordinario determinaría, inevitablemente, la entrada en el sistema de 550 MW fotovoltaicos adicionales y el riesgo de un efecto llamada para aquellas tecnologías cuyos objetivos no han sido cubiertos: Cogeneración, biomasa, biogás, hidráulica y residuos». Las anteriores afirmaciones se completan con las explicaciones ofrecidas por el Ministro de Industria, Energía y Turismo en el trámite de convalidación del Real Decreto-ley, que el Abogado del Estado transcribe; a ello

se añade la alegación de la existencia de un fuerte desequilibrio entre oferta y demanda de energía, habiendo sido superados con creces los objetivos del Plan de energías renovables 2005-2010. Es apreciable un exceso de potencia instalada, lo que incide negativamente en el incremento del déficit, porque las previsiones de costes, en parte asociadas al sistema de primas, no quedan cubiertas con los ingresos previstos; esto frena el ritmo de crecimiento de la acumulación de ese déficit, contribuyendo a dar solución al déficit que ya se ha venido acopiando. El informe de la Comisión Nacional de Energía de 7 de marzo de 2012, que igualmente cita el Abogado del Estado y adjunta a su escrito de alegaciones, estima que, de no haberse adoptado medida alguna, hubiera sido necesario incrementar los peajes (precio de la electricidad) en torno a un 10 por 100 entre el año 2012 y el 2015; lo cual sería difícilmente sostenible para los consumidores y no financiaría la totalidad del déficit acumulado.

A partir de las ideas expuestas, la Abogacía del Estado contesta a los argumentos de la demanda afirmando que la justificación que se ofrece por el Gobierno sobre la situación de urgencia apreciada es suficiente. El Real Decreto-ley 1/2012 no adopta medidas desreguladoras. Queda dentro de los márgenes descritos en la jurisprudencia constitucional, particularmente en la STC 1/2012; impone una innovación normativa de efectos inmediatos, al suspender los procedimientos de inscripción en el correspondiente régimen que estuvieran en curso a la entrada en vigor de la norma de urgencia y al suprimir las primas de forma tan inminente como permite el respeto a la confianza legítima de quienes ya hubieran obtenido la autorización para operar en el régimen especial correspondiente. La previsibilidad del déficit tarifario en nada obsta a la adopción de la medida porque concurría una evidente urgencia (cita los AATC 179/2011, de 13 de diciembre, FJ 6; y 35/2012, de 14 de febrero, FJ 3), siendo así que además no resultaba previsible el crecimiento de la deuda acumulada tras la adopción de las medidas de los años 2009 y 2010; además, la supresión del régimen primado, frente a lo que afirma la Junta de Extremadura, tiene una incidencia relevante en la progresiva eliminación del déficit tarifario, sin perjuicio de que otras medidas también hubieran podido coadyuvar a la reducción del mismo. En conclusión, los órganos políticos habrían exteriorizado y justificado la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad que exige el art. 86.1 CE para acudir al instrumento del Decreto-ley, según la Abogacía del Estado.

El Abogado del Estado responde, por último, a la impugnación fundada en la vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Señala en primer lugar que en algunos pasajes de la demanda parece imputarse al Real Decreto-ley 1/2012 una retroactividad proscrita por el art. 9.3 CE. Se recuerda al respecto la doctrina constitucional, que precisa que esta prohibición se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, o en la esfera general de la protección de las personas (entre otras, SSTC 90/2009, de 20 de abril, FJ 4; y 100/2012, de 8 de mayo, FJ 10). Por ello no resultaría de aplicación a una norma que aspira simplemente a suprimir las ayudas a determinadas instalaciones de generación eléctrica y que, por tanto, no tiene carácter sancionador ni limita o restringe la esfera de libertades o derechos del título I CE.

A ese argumento se añade que el Tribunal [con cita de las SSTC 227/1988, de 29 de noviembre; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 11 d); 234/2001, de 13 diciembre, FJ 8; 112/2006, de 5 de abril, FJ 17, y 100/2012, de 8 mayo, FJ 10] también ha declarado repetidamente que la retroactividad que el art. 9.3 CE prohíbe es la «auténtica o de grado máximo». Por el contrario la «retroactividad impropia o de grado medio», definida como la incidencia en «situaciones jurídicas actuales aún no concluidas», no estaría sujeta a la prohibición; aunque sí podría tener relevancia constitucional desde la perspectiva de la protección de la seguridad jurídica. En este sentido, en la medida en que el Real Decreto-ley 1/2012 sólo incide en los proyectos de instalación que todavía no han ingresado en el régimen especial primado por no haber sido inscritos en el registro de preasignación de retribución (art. 4.1 del Real Decreto-ley

6/2009 y art. 4.1 del Real Decreto 1578/2008) y a las de régimen ordinario que a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 1/2012 no dispusieran de autorización administrativa, la disposición impugnada no produce ningún tipo de retroactividad, ni propia ni impropia. Solo rige respecto de relaciones jurídicas que todavía no han nacido, no afectando a ningún derecho consolidado, asumido e integrado en el patrimonio del destinatario de la norma, sino a derechos futuros o meras expectativas.

Para dar respuesta a los argumentos de la Junta de Extremadura relativos a la seguridad jurídica en su proyección sobre la confianza legítima, el Abogado del Estado parte de que el Real Decreto-ley 1/2012 no establece ni siquiera una retroactividad impropia, por lo que tampoco puede plantear problema alguno de constitucionalidad desde la perspectiva de la seguridad jurídica o desde la confianza legítima. Respecto del reproche relativo a la infracción de la seguridad jurídica en su vertiente objetiva de certeza del derecho, se trae a colación la STC 37/2012, de 19 de marzo, FJ 8, que sintetiza la doctrina constitucional al respecto. En este sentido, la Abogacía del Estado afirma que la norma impugnada no lleva aparejada ninguna duda en sus destinatarios sobre su ámbito de aplicación, presupuesto de hecho al que es aplicable y consecuencias jurídicas; existe, por tanto, una perfecta predeterminación de todos los elementos nucleares de la norma. El Abogado del Estado reconoce que, efectivamente, el Real Decreto-ley 1/2012 estatuye una facultad discrecional conferida al Gobierno para restablecer la inscripción en el registro de preasignación de retribución, lo que supone que, si las circunstancias cambiaran en el sector energético, la autoridad competente podrá introducir nuevas primas; pero afirma también que esto sería así aunque nada dijera el art. 4.4 del Real Decreto-ley 1/2012. Este precepto no supone una remisión en blanco al reglamento, porque las exigencias de predeterminación legal sólo operan en aquellas materias respecto de las que existe una reserva material de ley, no existiendo tal reserva en este caso.

8. Por diligencia de ordenación de 26 de septiembre de 2013 se acordó facilitar copia del escrito de alegaciones del Abogado del Estado a la representación procesal de la Junta de Extremadura, conforme a lo solicitado por ésta y a los solos efectos de su conocimiento.

9. Mediante providencia de 26 de mayo de 2015, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 28 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de inconstitucionalidad ha sido interpuesto por la Junta de Extremadura contra los arts. 1 a 4 y la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos.

El Real Decreto-ley 1/2012 contiene precisamente cuatro artículos y una disposición derogatoria, que son los preceptos impugnados, más una disposición transitoria (que aplaza la aplicación de la disposición derogatoria), otra adicional (sobre devolución de avales depositados para las instalaciones de régimen especial) y tres finales (relativas a los títulos competenciales, a la habilitación al Gobierno para el desarrollo reglamentario y a la entrada en vigor). El Real Decreto-ley suprime los incentivos económicos para las nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial y para las nuevas instalaciones en régimen ordinario de tecnologías asimilables a las incluidas en el régimen especial (art. 1.1); suspende los procedimientos de preasignación de retribución para el otorgamiento del régimen económico

primado, estableciendo (art. 2.2) algunas particularidades en relación con los procedimientos de inscripción no concluidos, por silencio administrativo y en relación con las instalaciones no realizadas a la fecha de su entrada en vigor.

Como se ha expuesto en los antecedentes, la Junta de Extremadura denuncia en primer lugar la infracción del art. 86.1 CE. Entiende que no concurre la situación de extraordinaria y urgente necesidad exigible para la regulación de una materia mediante decreto-ley, que ha de tener un carácter estructural y permanente; tampoco se alcanza en Extremadura la finalidad de reducción del déficit tarifario del sistema eléctrico que se dice perseguir en el Real Decreto-ley 1/2012. En segundo lugar alega la vulneración del principio de confianza legítima como manifestación del principio de seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE. Según el recurso, al suprimir el Real Decreto-ley 1/2012 el tratamiento económico primado de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial (energías renovables y de cogeneración), se afecta de manera directa e inmediata a un importante sector económico y productivo, estratégico para el desarrollo de la Comunidad Autónoma extremeña; el grado de incertidumbre que el Real Decreto-ley 1/2012 genera impide el ejercicio de cualquier actividad de planificación necesaria para una adecuada instrumentación de la ejecución de la política energética de la Junta de Extremadura y para los operadores privados que han apostado por las energías renovables. En la medida en que no era previsible la eliminación sorpresiva y sine die de todos los incentivos económicos a las energías renovables, no se respeta el principio de confianza legítima.

El Abogado del Estado solicita la desestimación del recurso de inconstitucionalidad. Conforme ha quedado expuesto con detalle en los antecedentes, descarta la pretendida vulneración del art. 86.1 CE, apreciando la concurrencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad, explicitada tanto en el preámbulo de la norma como en el debate de convalidación. También la del art. 9.3 CE, por entender que se trata de un supuesto de sucesión normativa en el que se introducen modificaciones en el régimen anteriormente vigente; el Real Decreto-ley 1/2012 sería una norma que aspira simplemente a suprimir las ayudas a determinadas instalaciones de generación eléctrica y que, por tanto, no tiene carácter sancionador ni limita o restringe la esfera de libertades o derechos del título I CE, ni tiene carácter retroactivo. No incurre tampoco en infracción alguna de las exigencias de seguridad jurídica que derivan del art. 9.3 CE, al no afectar la norma a ningún derecho consolidado al cobro de primas, sino a meras expectativas de derechos.

2. Expuestas las posiciones de las partes en el presente proceso constitucional, hemos de examinar la incidencia que las modificaciones normativas acaecidas después de la interposición del recurso de la Junta de Extremadura hayan podido tener sobre su pervivencia.

A este respecto la STC 48/2015, de 5 de marzo, FJ 2, da cuenta de las seis normas que, tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 1/2012, se han ocupado también del régimen primado de instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos. Concluye, tras su examen, que, pese a que ninguna de ellas deroga expresamente el Real Decreto-ley 1/2012, este texto legal –en cuanto hace referencia a un régimen económico primado ya desaparecido– no se encuentra materialmente en vigor, conforme estableció la STC 183/2014, de 6 de noviembre, con fundamento en la anterior STC 96/2014, de 12 de junio, al considerar que había sido sustituido por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, y sus disposiciones de desarrollo.

Los criterios de nuestra doctrina respecto a la pérdida de objeto en los recursos de inconstitucionalidad los expone la STC 96/2014, de 2 de junio, FJ 2. Tras recordar que la

regla general en el ámbito de los recursos de inconstitucionalidad es que la derogación de la norma impugnada extingue su objeto, indica que no cabe dar una respuesta unívoca a esta cuestión, ya que, como señala la STC 124/2003, de 19 de junio, FJ 3, «en el ámbito del recurso de inconstitucionalidad, recurso abstracto y orientado a la depuración objetiva del ordenamiento, la pérdida sobrevenida de la vigencia del precepto legal impugnado «habrá de ser tenida en cuenta por este Tribunal para apreciar si la misma conlleva... la exclusión de toda la aplicabilidad de la Ley, [pues] si así fuera, no habría sino que reconocer que desapareció, al acabar su vigencia, el objeto de este proceso constitucional que, por sus notas de abstracción y objetividad, no puede hallar su exclusivo sentido en la eventual remoción de las situaciones jurídicas creadas en aplicación de la Ley, acaso inconstitucional (art. 40.1 LOTC)» (STC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 3). Por ello, carece de sentido, tratándose de un recurso de inconstitucionalidad, «pronunciarse sobre normas que el mismo legislador ha expulsado ya de dicho ordenamiento... de modo total, sin ultraactividad» (SSTC 160/1987, FJ 6; 150/1990, FJ 8; 385/1993, FJ 2). Por idéntica razón, para excluir «toda aplicación posterior de la disposición legal controvertida, privándola así del vestigio de vigencia que pudiera conservar», puede resultar útil –conveniente– su enjuiciamiento, aun cuando haya sido derogada (SSTC 160/1987, FJ 6; 385/1993, FJ 2)».

Esta regla general conoce, no obstante, excepciones. Así, por lo que interesa al presente supuesto, la denunciada vulneración del art. 86.1 CE no se ve afectada por el anterior criterio, ya que la derogación de la norma no impide controlar si el ejercicio de la potestad reconocida al Gobierno se realizó siguiendo los requisitos establecidos en dicho precepto constitucional; al hacerlo, se trata de velar por el recto ejercicio de la potestad de dictar decretos-leyes, dentro del marco constitucional, decidiendo la validez o invalidez de las normas impugnadas sin atender a su vigencia o derogación en el momento en que se pronuncia el fallo [por todas, STC 183/2014, de 6 de noviembre, FJ 2 c)].

En suma, recapitulando lo expuesto acerca del objeto del recurso y su pervivencia, resulta que no pervive la tacha vinculada a la infracción del art. 9.3 CE, conclusión, por lo demás, ya alcanzada en la STC 48/2015, FJ 2, por lo que debemos pronunciarnos únicamente acerca de la vulneración del art. 86.1 CE por falta de presupuesto habilitante que se reprocha al Real Decreto-ley 1/2012.

3. Esta tacha de inconstitucionalidad ha de reputarse resuelta aplicando la doctrina de la ya citada STC 48/2015, FJ 5, en la que este Tribunal consideró, por remisión a la STC 183/2014, FJ 6, que «con la motivación aportada en la exposición de motivos de la norma, en el debate de convalidación del Decreto-ley, y en la memoria de impacto normativo del Real Decreto-ley, debe darse por satisfecho el requisito de que se hayan explicado las razones de extraordinaria y urgente necesidad que han motivado la suspensión, mediante Real Decreto-ley, del sistema de asignación de incentivos económicos para las instalaciones de producción eléctrica de régimen especial, así como de inscripción de las mismas en el registro de preasignación de retribución». Lo mismo sucedía con el requisito de la conexión de sentido entre las medidas adoptadas y la situación de urgencia a la que se pretende atender con su aprobación. En el FJ 6 de la referida STC 48/2015, concluimos que «el propósito de la norma es evitar el incremento del gasto dedicado a la financiación del sistema primado, derivado de la incorporación de nuevas instalaciones a dicho sistema, para, a partir de ahí, propiciar la reducción del déficit estructural del sector eléctrico. Esto es, el Real Decreto-ley minimiza el riesgo de eventuales desviaciones al alza del déficit, lo que, como dijimos en la STC 183/2014, constituye una situación susceptible de ser abordada mediante la legislación de urgencia, constatándose una evidente conexión entre la situación de extraordinaria y urgente necesidad y las medidas adoptadas para hacerle frente».

Procede, por tanto, desestimar el recurso en este punto.

FALLO

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

Ha decidido

1.º Declarar la pérdida sobrevenida del objeto del recurso, en lo que se refiere a la vulneración del art. 9.3 CE por los arts. 1 a 4 y la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero.

2.º Desestimar el recurso en lo restante.

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

Dada en Madrid, a veintiocho de mayo de dos mil quince..–Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Adela Asua Batarrita.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Fernando Valdés Dal-Ré.–Juan José González Rivas.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Pedro José González-Trevijano Sánchez.–Ricardo Enríquez Sancho.–Antonio Narváez Rodríguez.–Firmado y rubricado.

Pleno. Sentencia 106/2015, de 28 de mayo de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 6084-2012. Interpuesto por el Gobierno de Canarias respecto del Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos. Límites de los decretos-leyes y principio de seguridad jurídica: pérdida sobrevenida parcial del objeto del recurso, constitucionalidad de las disposiciones subsistentes (STC 48/2015).

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, 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 el recurso de inconstitucionalidad núm. 6084-2012 interpuesto por el Gobierno de Canarias contra el Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la

suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos. Ha comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal Constitucional el día 29 de octubre de 2012, la Directora General del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, en la representación que ostenta, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos.

El recurso se fundamenta en los motivos que, resumidamente, se exponen a continuación:

La representación procesal del Gobierno de Canarias señala que demanda una declaración de inconstitucionalidad por omisión en la medida que el Real Decreto-ley 1/2012 desconoce las circunstancias del hecho insular en la regulación del régimen energético, omitiendo todo reconocimiento normativo de las singularidades del archipiélago canario en relación con el mercado de la electricidad, reconocimiento que deriva del art. 138.1 CE y, de forma específica, de las competencias de esa Comunidad Autónoma establecidas en los artículos 30.26, 31.4 y 32.9 del Estatuto de Autonomía de Canarias. En el caso concreto de las energías renovables, esas singularidades se traducirían en una regulación específica para Canarias que ha sido dejada sin efecto por la norma impugnada, en la medida en que suprime los incentivos económicos para las nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energías renovables y residuos. Con ello, a juicio de la demanda, el legislador de urgencia se aparta de la tradición legislativa de respeto con el reconocimiento de las singularidades derivadas del hecho insular. En relación con el objeto del recurso, reitera que reclama una inconstitucionalidad por omisión, «por no haber reconocido las singularidades del archipiélago canario en relación con el mercado de la electricidad, sin la pretensión añadida de su declaración de nulidad, sin perjuicio de que, no obstante, instemos la nulidad de su disposición derogatoria única, al no haber dejado a salvo la normativa anterior para ser aplicada en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias». A tales efectos, alude a la doctrina constitucional de las SSTC 45/1989, 96/1999 y 155/2005.

Tras estas consideraciones previas, la demanda analiza los motivos de inconstitucionalidad en los que, a su juicio, incurre el Real Decreto-ley 1/2012. Comienza por la vulneración de las competencias autonómicas en relación con el régimen minero y energético (arts. 30.26 y 32.9 del Estatuto de Autonomía) y la planificación de la actividad económica regional (art. 31.4), la vulneración de las circunstancias derivadas del hecho insular y la infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Indica al respecto que, en primer lugar, que el objetivo de reducción del déficit tarifario no se consigue en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Canarias, a la vista de que los datos objetivos evidencian que el coste de las energías renovables en Canarias es netamente inferior al de la convencional, de modo que en la Comunidad Autónoma podría presionarse al alza el déficit tarifario, ya que el coste de producción de energía eléctrica en régimen ordinario es superior en Canarias a la media nacional. Para reducir ese coste hubiera

debido incentivarse la producción de energías renovables, lo que «posibilitaría la entrada de nuevos operadores en la actividad de producción de energía eléctrica en la Comunidad Autónoma Canaria que estimularía la competencia y reduciría el coste del suministro de energía eléctrica en su territorio con la consecuencia del impacto favorable en el conjunto del sistema eléctrico». Por eso, a juicio de la demanda, la norma es arbitraria pues va a conseguir en Canarias el efecto contrario al perseguido y el Gobierno era plenamente consciente de que se iba a producir ese efecto. Concluye la demanda esta alegación señalando que «se trata a Canarias igual que al resto de las comunidades autónomas, pero en este aspecto Canarias no es igual y, si hay que tratar igual a los iguales, contraviene el principio de igualdad tratar igual a los que no son iguales, a los desiguales, sin justificación alguna, en una actuación que vulnera los principios de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 CE y de igualdad del artículo 14 CE».

La Directora General del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias alega, a continuación, que la norma tiene una incidencia negativa en la actividad económica regional, desconociendo la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma para su ordenación y planificación. Argumenta que, según la documentación que acompaña a la demanda, la entrada en vigor del Real Decreto-ley 1/2012 implica pérdidas significativas de inversión en Canarias, así como un sobrecoste en el parque de generación en los sistemas eléctricos insulares, lo que también se traduce en pérdida de puestos de trabajo.

En cuanto al desconocimiento de las singularidades del sector eléctrico canario, señala que, hasta la fecha, la propia legislación estatal ha reconocido estas peculiaridades, examinadas en la STC 18/2011, de manera que el Estado está competencialmente habilitado para establecer una «regulación singular que atiende a una finalidad estratégica, la de garantizar que, al igual que se establece para el sistema eléctrico peninsular, también en los territorios insulares y extrapeninsulares se realice el suministro de energía eléctrica a los consumidores en condiciones de calidad, fiabilidad y seguridad y al menor coste posible», finalidad que supone un condicionante para la legislación básica. El hecho de que los costes de la energía renovable en Canarias sean menores que los de la energía convencional «priva de cualquier fundamento a una regulación básica que, desviándose de su objetivo constitucional y estatutario, dispense un tratamiento que imponga un suministro eléctrico en Canarias con mayores costes y que por tanto presionaría al alza la tarifa que han de afrontar todos los consumidores, con evidente perjuicio del potencial de desarrollo de la Comunidad Autónoma». Por eso la demanda aprecia que «el Real Decreto-ley que se recurre, en cuanto a su vocación de aplicación uniforme a todo el territorio nacional, sin excepción, carece de justificación objetiva al extender aquella regulación básica a un supuesto particular, el que afecta al ámbito territorial de Canarias que por sus propias características no se asemeja al resto del territorio peninsular».

La demanda concluye su argumentación denunciando la vulneración del art. 86.1 CE en los términos siguientes: «el Real Decreto-ley incumple los requisitos exigidos por el artículo 86 CE, no ya sólo porque no sea posible encuadrar en la extraordinaria y urgente necesidad que impone el precepto, con vocación principalmente circunstancial o coyuntural, una normativa de carácter estructural y permanente como es la normativa básica, sino porque en este caso la necesidad está justificada por el objetivo de reducción del déficit tarifario, objetivo que en Canarias no se alcanza al discurrir el efecto de la disposición justamente en la dirección contraria, incrementando los costes de prestación del suministro eléctrico y, por tanto, incrementando el déficit tarifario».

2. Por providencia de 13 de noviembre de 2012 el Pleno del Tribunal Constitucional, a propuesta de la Sección Tercera, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad y dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme establece el art. 34 de la

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), al Congreso de los Diputados y al Senado así como al Gobierno, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes. También se ordenó publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado».

3. Por escrito registrado el 19 de noviembre de 2012, el Abogado del Estado se personó en nombre del Gobierno, solicitando una prórroga en el plazo para la formulación de alegaciones, prórroga que le fue concedida por providencia del Pleno de 20 de noviembre de 2012.

4. El día 23 de noviembre de 2012 el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó el acuerdo de la Mesa de la Cámara de personarse en el procedimiento y ofrecer su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC. Lo mismo hizo el Presidente del Senado por escrito que tuvo entrada en este Tribunal el día 28 de noviembre de 2012.

5. Las alegaciones presentadas por el Abogado del Estado interesando la desestimación del recurso fueron registradas en este Tribunal el día 20 de diciembre de 2012.

La Abogacía del Estado, presentado el objeto del recurso de inconstitucionalidad, alude en primer lugar a la singularidad del sector eléctrico canario y su reflejo en la legislación estatal y en la doctrina constitucional. Así, cita la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, de la que se deriva el establecimiento de un régimen económico único para todo el territorio nacional, que, sin embargo, no prescinde totalmente de las especialidades derivadas de la insularidad, lo que se traduce en el establecimiento, en los términos del art. 12 de la Ley 54/1997 (declarado básico en la STC 18/2011), de una reglamentación especial para los sistemas eléctricos extrapeninsulares, en el que los costes del mismo se financian con cargo a los del conjunto del sistema. Menciona a continuación la doctrina constitucional sobre los títulos competenciales estatales establecida en las SSTC 18/2011 y 148/2011. En el caso concreto de las energías renovables el ejercicio de las competencias estatales, se traduce en la obtención de una rentabilidad razonable con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales, fijándose un límite mínimo para tal retribución. Señala además que la doctrina constitucional citada faculta al Estado para consignar las previsiones necesarias que permitan instaurar un régimen económico único en todo el territorio nacional, de forma que se garantice el suministro de energía eléctrica con seguridad y al menor precio posible. Las medidas contenidas en la norma impugnada se han adoptado para preservar ambas facultades en un contexto de crisis y deficiencia tarifaria. Sus previsiones no son, a juicio del Abogado del Estado, incompatibles con las peculiaridades derivadas del carácter aislado de los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, sin que dicha adaptación de la norma básica estatal resulte obligatoria. El aislamiento físico del sistema insular no procede que se traduzca en uno económico, pues no cabe olvidar que los consumidores peninsulares continúan compensando el extracoste de generación motivado por su condición extrapeninsular. La posibilidad de atender a las singularidades de los territorios insulares y extrapeninsulares que contempla la normativa estatal no impide al Estado, tras valorar la concurrencia de las exigencias de interés general para alcanzar el correcto funcionamiento del sistema económico, adoptar medidas de naturaleza económica que sean de aplicación en todo el territorio español, lo que se refleja en la disposición adicional decimocuarta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.

En segundo lugar, niega la existencia de infracción del art. 86.1 CE, por falta de presupuesto habilitante. Sostiene que los motivos de urgencia que legitiman la utilización del real decreto-ley han sido adecuadamente expuestos y, además, justifican la decisión de acudir al decreto-ley. Ante todo por cuanto, en el marco de la crisis económica, de la que dan fe distintos informes del Banco de España (años 2008 a 2011), que se citan, el déficit tarifario del sistema

eléctrico al que se refiere la exposición de motivos del Real Decreto-ley 1/2012 se constituye en un problema que afecta a la sostenibilidad económica del sistema. Asimismo se afirma que las primas de régimen especial que pretende limitar el Real Decreto-ley 1/2012 no son ajenas a la gravedad del incremento del déficit tarifario o déficit estructural de ingresos de actividades reguladas, que aumenta exponencialmente desde el año 2004.

En este contexto, el Abogado del Estado asume que la urgencia de la medida se justifica en la exposición de motivos del Real Decreto-ley al afirmarse que «en este momento se encuentran pendientes de resolución las cuatro convocatorias de pre-asignación fotovoltaica correspondientes al año 2012, por una potencia cercana a los 550 MW. En efecto, la inevitable dilación en el tiempo de la adopción de esta medida que supondría su tramitación por el cauce normativo ordinario determinaría, inevitablemente, la entrada en el sistema de 550 MW fotovoltaicos adicionales y el riesgo de un efecto llamada para aquellas tecnologías cuyos objetivos no han sido cubiertos: Cogeneración, biomasa, biogás, hidráulica y residuos». Las anteriores afirmaciones se completan con la alegación de la existencia de un fuerte desequilibrio entre oferta y demanda de energía, habiendo sido superados con creces los objetivos del Plan de energías renovables 2005 2010, de modo que es apreciable un exceso de potencia instalada, lo que incide negativamente en el incremento del déficit porque las previsiones de costes, en parte asociadas al sistema de primas, no quedan cubiertas con los ingresos previstos; ello frena el ritmo de crecimiento de la acumulación de ese déficit, contribuyendo a dar solución al déficit que ya se ha venido acopiando. El informe de la Comisión Nacional de Energía, que igualmente se cita, estima que, de no haberse adoptado medida alguna, hubiera sido necesario incrementar los peajes (precio de la electricidad) en torno a un 10 por 100 entre el año 2012 y el 2015, lo cual sería difícilmente sostenible para los consumidores y no financiaría la totalidad del déficit acumulado.

A partir de lo anterior, el Abogado del Estado contesta a los argumentos de la demanda afirmando que nada impide que el Real Decreto-ley incorpore normativa de carácter estructural y permanente. Descarta también la alegación de que la norma, en su aplicación a Canarias, no contribuye al objetivo de reducción del déficit tarifario. A su juicio, la suspensión del régimen primado en todo el territorio nacional constituye una medida específica del régimen económico del sector eléctrico que el Estado ha adoptado, con suficiente motivación técnica, para conseguir una congelación del sobre coste del régimen especial a partir de 2013 y así garantizar la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico nacional.

El Abogado del Estado responde por último a las alegaciones relacionadas con la vulneración de las competencias autonómicas en relación con el régimen minero y energético y con la planificación de la actividad económica regional, así como sobre la violación del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y del principio de igualdad del art. 14 CE. En cuanto a la vulneración competencial recuerda que las competencias autonómicas se encuentran limitadas por las estatales en relación con el sector eléctrico ex arts. 149.1.13 y 25 CE, que, en el presente caso, se hallan plenamente justificadas por su trascendencia para el desarrollo del país. En este caso, la competencia estatal para la fijación del régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial se ha ejercitado correctamente, sin que se haya producido afectación a competencia autonómica alguna por desconocimiento de la singularidad canaria. Por otra parte, respecto a la denuncia de que la regulación no es adecuada para Canarias, señala que el hecho de que el recurrente discrepe del nuevo régimen, no lo transforma en arbitrario ni carente de motivación, pues se trata de un mero supuesto de sucesión normativa, en el que el desigual tratamiento derivado de uno u otro régimen es una consecuencia natural de la libertad del legislador de configurar la realidad y de la necesaria evolución del ordenamiento jurídico. Sostiene que la demanda no se refiere a la arbitrariedad constitucionalmente proscrita, sino a un juicio

particular sobre la oportunidad de la norma en su aplicación a Canarias. Alega también que el derecho a la igualdad no puede ser invocado por unas Comunidades Autónomas frente a otras, añadiendo que carecería de justificación excepcionar a Canarias. En cuanto a la incidencia de la norma sobre el sector canario, el Abogado del Estado destaca que se trata de una actividad regulada en la que no existe un derecho a la intangibilidad de lo que eran meras expectativas de retribución, sin perjuicio de indicar que la norma no afecta a derechos consolidados, sino a derechos futuros o esperados, sin que tampoco genere dudas en sus destinatarios sobre su ámbito de aplicación, sobre el presupuesto de hecho al que se aplica, ni sobre sus consecuencias jurídicas.

6. Por providencia de 26 de mayo de 2015 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 28 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. En el presente proceso constitucional debe resolverse el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Canarias contra el Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos.

La norma impugnada suprime los incentivos económicos para las nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial y para las nuevas instalaciones en régimen ordinario de tecnologías asimilables a las incluidas en el régimen especial (art. 1.1 del Real Decreto-ley 1/2012), y suspende los procedimientos de preasignación de retribución para el otorgamiento del régimen económico primado, estableciendo en el art. 2.2 algunas particularidades en relación con los procedimientos de inscripción no concluidos, por silencio administrativo y en relación con las instalaciones no realizadas a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley.

Como se ha expuesto en los antecedentes, el Gobierno de Canarias reclama la declaración de lo que se califica de inconstitucionalidad por omisión, dado que la norma no habría tenido en cuenta las singularidades del archipiélago canario en relación con el mercado de la electricidad. La única excepción a este planteamiento procesal la constituye la disposición derogatoria, en cuanto que la misma deja sin efecto la reglamentación específica que había dado respuesta a las particularidades de Canarias y sería, por ello, inconstitucional y nula. En cuanto a los motivos sustantivos alegados, se centran: (i) en primer lugar, en lo que se considera arbitrariedad del legislador, vedada por el art. 9.3 CE, por cuanto se entiende que el objetivo de reducción del déficit tarifario que la norma dice perseguir no se va a conseguir en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma; (ii) por otra parte alega que las medidas contenidas en la norma impugnada van a tener una incidencia negativa en la actividad económica regional con la consiguiente afectación de la competencia autonómica de ordenación y planificación de la economía regional; (iii) en tercer lugar se reprocha a la norma impugnada que haya desconocido las singularidades del sector eléctrico canario, en cuanto que no ha introducido las modulaciones o adaptaciones que serían necesarias para atender las peculiaridades del sistema eléctrico insular, vulnerando con ello el reconocimiento del hecho insular que deriva del art. 138.1 CE y del art. 32.9 del Estatuto de Autonomía de Canarias, y (iv) por último, se denuncia la infracción del art. 86.1 CE, pues no concurriría la situación de extraordinaria y urgente necesidad para modificar normativa básica, que ha de tener un carácter estructural y permanente, y tampoco se alcanzaría en Canarias la finalidad de reducción del déficit tarifario que se dice perseguir.

El Abogado del Estado ha defendido que las competencias estatales sobre el sector eléctrico y, en particular, sobre su régimen económico, habilitan para dictar la regulación cuestionada. Igualmente ha descartado la vulneración del art. 86.1 CE, apreciando la concurrencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad, explicitada tanto en el preámbulo de la norma como en el debate de convalidación, así como la del art. 9.3 CE, por entender que se trata de un supuesto de sucesión normativa en el que se introducen modificaciones en el régimen anteriormente vigente.

2. Expuestas las posiciones de las partes en el proceso, se debe atender a la cuestión de la incidencia que modificaciones normativas posteriores a la interposición del recurso hayan podido tener sobre su pervivencia.

A este respecto, la STC 48/2015, de 5 de marzo (FJ 2), da cuenta de las seis normas que, tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 1/2012, se han referido también al régimen primado de instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos, concluyendo, tras su examen, que, pese a que ninguna de ellas deroga expresamente el Real Decreto-ley 1/2012, la norma recurrida, en tanto en cuanto hace referencia a un régimen económico primado que ya no se encuentra vigente, no se encuentra materialmente en vigor, conforme estableció la STC 183/2014, de 6 de noviembre, con fundamento en la anterior STC 96/2014, de 12 de junio, al considerar que había sido sustituida por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, y sus disposiciones de desarrollo.

La STC 96/2014, de 2 de junio, FJ 2 expone los criterios de la doctrina de este Tribunal respecto a la pérdida de objeto en los recursos de inconstitucionalidad. Tras señalar que la regla general en el ámbito de los recursos de inconstitucionalidad es que la derogación de la norma impugnada extingue su objeto, indica que no cabe dar una respuesta unívoca a esta cuestión, ya que, citando la STC 124/2003, de 19 de junio, FJ 3, señala que «en el ámbito del recurso de inconstitucionalidad, recurso abstracto y orientado a la depuración objetiva del ordenamiento, la pérdida sobrevenida de la vigencia del precepto legal impugnado “habrá de ser tenida en cuenta por este Tribunal para apreciar si la misma conlleva... la exclusión de toda la aplicabilidad de la Ley, [pues] si así fuera, no habría sino que reconocer que desapareció, al acabar su vigencia, el objeto de este proceso constitucional que, por sus notas de abstracción y objetividad, no puede hallar su exclusivo sentido en la eventual remoción de las situaciones jurídicas creadas en aplicación de la Ley, acaso inconstitucional (art. 40.1 LOTC)” (STC 199/1987, FJ 3). Por ello, carece de sentido, tratándose de un recurso de inconstitucionalidad, “pronunciarse sobre normas que el mismo legislador ha expulsado ya de dicho ordenamiento... de modo total, sin ultraactividad” (SSTC 160/1987, FJ 6; 150/1990, FJ 8; 385/1993, FJ 2). Por idéntica razón, para excluir “toda aplicación posterior de la disposición legal controvertida, privándola así del vestigio de vigencia que pudiera conservar”, puede resultar útil —conveniente— su enjuiciamiento, aun cuando haya sido derogada (SSTC 160/1987, FJ 6; 385/1993, FJ 2)».

Esta regla general conoce, no obstante, excepciones. Así, la denunciada vulneración del art. 86.1 CE no se ve afectada por el anterior criterio, ya que, en ese caso, la derogación de la norma no impide controlar si el ejercicio de la potestad reconocida al Gobierno se realizó siguiendo los requisitos establecidos en dicho precepto constitucional, pues al hacerlo se trata de velar por el recto ejercicio de la potestad de dictar decretos-leyes, dentro del marco constitucional, decidiendo la validez o invalidez de las normas impugnadas, sin atender a su vigencia o derogación en el momento en que se pronuncia el fallo [por todas, STC 183/2014, de 6 de noviembre, FJ 2 c)]. En segundo lugar, cuando lo que se discute en realidad es una controversia competencial, el Tribunal habrá de pronunciarnos sobre su titularidad en la

medida en que se trate de una competencia controvertida o de que la disputa esté todavía viva [por todas, STC 204/2011, de 15 de diciembre, FJ 2 a)]. Esta circunstancia exige analizar si pervive la controversia competencial trabada sobre alguno de los preceptos impugnados en el recurso de inconstitucionalidad, tomando en consideración a este efecto la normativa que sustituyó a la impugnada.

De acuerdo con los anteriores criterios, se examinarán las modificaciones anteriores para ver en qué medida perviven las tachas de inconstitucionalidad que les formula la demanda. Es claro que no pervive la tacha vinculada a la infracción del art. 9.3 CE, conclusión, por lo demás, ya alcanzada en la STC 48/2015, FJ 2. En cuanto al conjunto de vulneraciones competenciales que se imputan a la norma, resulta que todas ellas se basan en que la regulación impugnada desconoce las circunstancias del hecho insular, omitiendo todo reconocimiento normativo de las singularidades del archipiélago canario en relación con el mercado de la electricidad, pues esa es la consecuencia que derivaría de la uniformidad dispuesta en el Real Decreto-ley 1/2012. Por ello, a los efectos de determinar la pervivencia de la controversia, debe comprobarse si las normas que han sustituido a la aquí impugnada incurren en esa misma omisión en la que se basan todos los reproches competenciales que se formulan en la demanda.

Así hemos de acudir a la citada Ley 24/2013, que suprime el régimen especial primado de las tecnologías de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, estableciendo para éstas una regulación análoga a la del resto de tecnologías que se integran en el mercado, sin perjuicio que se establezcan algunas consideraciones singulares. La citada Ley establece, en suma, que el sistema de primas se sustituye por uno de retribución regulada, también denominado de retribución específica complementaria o régimen retributivo específico. En relación con los denominados sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares, el art. 10 prevé la posibilidad de que las actividades para el suministro de energía eléctrica que se desarrollen en dichos sistemas eléctricos sean objeto de una reglamentación singular, que atenderá a las especificidades derivadas de su ubicación territorial y de su carácter aislado, previo informe de las Comunidades Autónomas o ciudades de Ceuta y Melilla afectadas, reglamentación en la que incluye «el fomento de energías renovables cuando sean técnicamente asumibles y supongan una reducción de costes del sistema en los términos previstos en el artículo 14». En ese marco, el art. 14.4 de la Ley 24/2013 prevé la fijación de parámetros de retribución de las actividades de transporte, distribución, producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos con régimen retributivo específico y producción en los sistemas eléctricos no peninsulares con régimen retributivo adicional, teniendo en cuenta la situación cíclica de la economía, de la demanda eléctrica y la rentabilidad adecuada para estas actividades por períodos regulatorios que tendrán una vigencia de seis años. Igualmente los apartados 5 y 6 de ese mismo art. 14 hacen alusión a la posible retribución adicional para la actividad de producción de energía eléctrica desarrollada en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares. Además, el art. 14.7 de esta misma norma legal prevé la posibilidad, con carácter excepcional, de establecer nuevos regímenes retributivos específicos para fomentar la producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos, cuando exista una obligación de cumplimiento de objetivos energéticos derivados de directivas europeas u otras normas del Derecho de la Unión Europea, o cuando su introducción suponga una reducción del coste energético y de la dependencia energética exterior, régimen en el que se prevén distintas especificidades aplicables a los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares.

En desarrollo de las previsiones de la Ley 24/2013, se ha dictado el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. El art. 11.8 de dicha norma dispone que «excepcionalmente el régimen retributivo podrá incorporar un incentivo a la inversión

para aquellas instalaciones de determinadas tecnologías situadas en sistemas eléctricos aislados de los territorios no peninsulares cuando supongan una reducción global del coste de generación en dichos sistemas, según lo establecido en el artículo 18» este precepto, a su vez, regula el denominado incentivo a la inversión por reducción del coste de generación que podrán percibir instalaciones de aquellas tecnologías susceptibles de ser instaladas en los sistemas eléctricos aislados de los territorios no peninsulares. Asimismo, la disposición adicional quinta, en desarrollo del art. 14.7 de la Ley 24/2013, prevé el establecimiento de un régimen retributivo específico para nuevas instalaciones eólicas y fotovoltaicas y las modificaciones de las existentes en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares. Dicha disposición adicional quinta ha sido desarrollada por la Orden IET/1459/2014, de 1 de agosto, que aprueba los parámetros retributivos y establece el mecanismo de asignación del régimen retributivo específico para nuevas instalaciones eólicas y fotovoltaicas en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares, norma que incluye una disposición adicional sexta referida específicamente a las instalaciones eólicas en el sistema eléctrico canario.

Del panorama normativo que sumariamente se ha expuesto puede llegarse a la conclusión de que las normas actualmente vigentes ya no plantean el problema competencial suscitado, centrado en la falta de un régimen específico y diferenciado para Canarias respecto a la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos. Las normas citadas contemplan, de diversos modos, la diferente situación de los denominados sistemas eléctricos no peninsulares. La consecuencia de lo anterior es que han desaparecido sobrevenidamente las tachas competenciales que se planteaban en el presente recurso, centradas todas ellas en la falta de un tratamiento diferenciado que, en forma de diversas regulaciones singulares, es posible encontrar en la normativa actualmente vigente.

En suma, recapitulando cuanto hemos expuesto acerca del objeto del recurso y su pervivencia, resulta que debemos pronunciarnos únicamente acerca de la vulneración del art. 86.1 CE por falta de presupuesto habilitante que se reprocha a la totalidad del Real Decreto-ley 1/2012.

3. Esta tacha de inconstitucionalidad ha de reputarse resuelta aplicando la doctrina de la ya citada STC 48/2015, FJ 5, en la que este Tribunal consideró, por remisión a la STC 183/2014, FJ 6, que «con la motivación aportada en la exposición de motivos de la norma, en el debate de convalidación del Decreto-ley, y en la memoria de impacto normativo del Real Decreto-ley, debe darse por satisfecho el requisito de que se hayan explicado las razones de extraordinaria y urgente necesidad que han motivado la suspensión, mediante Real Decreto-ley, del sistema de asignación de incentivos económicos para las instalaciones de producción eléctrica de régimen especial, así como de inscripción de las mismas en el registro de pre-asignación de retribución». Lo mismo sucedía con el requisito de la conexión de sentido entre las medidas adoptadas y la situación de urgencia a la que se pretende atender con su aprobación. En el fundamento jurídico 6 de la referida STC 48/2015, concluimos que «el propósito de la norma es evitar el incremento del gasto dedicado a la financiación del sistema primado, derivado de la incorporación de nuevas instalaciones a dicho sistema, para, a partir de ahí, propiciar la reducción del déficit estructural del sector eléctrico. Esto es, el Real Decreto-ley minimiza el riesgo de eventuales desviaciones al alza del déficit, lo que, como dijimos en la STC 183/2014, constituye una situación susceptible de ser abordada mediante la legislación de urgencia, constatándose una evidente conexión entre la situación de extraordinaria y urgente necesidad y las medidas adoptadas para hacerle frente».

La conclusión ya alcanzada en la STC 48/2015 no puede verse desvirtuada por las alegaciones de la representación procesal del Gobierno de Canarias. Por un lado, ningún impedimento existe a la posibilidad de modificar las bases mediante la legislación de urgencia, dada la tradicional aceptación de que los decretos-leyes pueden contener normas básicas dictadas

en ejercicio de las competencias estatales (por todas, STC 170/2012, de 4 de octubre, FJ 9 y doctrina allí citada). Por otro, la queja relacionada con el efecto que la norma iba a producir en Canarias expresa la legítima discrepancia con la medida adoptada por el Gobierno pero, en cuanto tal, no puede ser apreciada por este Tribunal pues, como recuerda la STC 47/2015, de 5 de marzo, FJ 3, con cita de doctrina anterior, «en cuanto a la configuración de nuestro cometido en relación con los decretos-leyes, hemos afirmado que el control que corresponde al Tribunal Constitucional en este punto es un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno».

Procede, por tanto, desestimar el recurso en este punto.

FALLO

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

Ha decidido

1.º Declarar la pérdida sobrevenida del objeto del recurso, en lo que se refiere a la vulneración de los arts. 9.3 y 138.1 CE así como de los arts. 30.26, 31.4 y 32.9 del Estatuto de Autonomía de Canarias, por parte del Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de pre-asignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos.

2.º Desestimar el recurso de inconstitucionalidad en todo lo demás.

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

Dada en Madrid, a veintiocho de mayo de dos mil quince..–Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Adela Asua Batarrita.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Fernando Valdés Dal-Ré.–Juan José González Rivas.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Pedro José González-Trevijano Sánchez.–Ricardo Enríquez Sancho.–Antonio Narváez Rodríguez.–Firmado y rubricado.

Pleno. Sentencia 107/2015, de 28 de mayo de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 7279-2012. Interpuesto por el Presidente del Gobierno frente al Decreto-ley de Cataluña 5/2012, de 18 de diciembre, del impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito. Límites a los decretos-leyes autonómicos: nulidad del decreto-ley que, vulnerando las limitaciones establecidas por el Estatuto de Autonomía, crea un tributo autonómico (STC 93/2015).

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho, y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 7279-2012, interpuesto por el Presidente del Gobierno, contra el Decreto-ley de Cataluña 5/2012, de 18 de diciembre, del impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito. Han intervenido y formulado alegaciones la Generalitat y el Parlamento de Cataluña. Ha sido Ponente el Magistrado don Andrés Ollero Tassara, que expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 28 de diciembre de 2012 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito del Abogado del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno, por el que interpone un recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley de Cataluña 5/2012, de 18 de diciembre, del impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito (en adelante, Decreto-ley 5/2012), haciendo invocación del art. 161.2 CE a fin de que se produzca la suspensión de la norma impugnada en el presente recurso de inconstitucionalidad.

Comienza el alegato describiendo el impuesto creado por la Generalitat de Cataluña, sobre los depósitos en las entidades de crédito, de naturaleza directa, y que «grava los depósitos efectuados por los clientes en las entidades de crédito, por cualquier negocio y variedad jurídica, siempre que comporten la obligación de restitución» (art. 1 Decreto-ley 5/2012).

Tras exponer de forma sucinta los principales elementos del tributo, afirma que es un tributo análogo al establecido por la Ley de la Asamblea de Extremadura 14/2001, de 29 noviembre, reguladora del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito, en la actualidad recogido en el título IV del Decreto Legislativo 2/2006, de 12 diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de tributos propios. Este tributo fue declarado compatible con la Ley Orgánica 8/1980, de 22 septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) en la STC 210/2012, de 14 noviembre. Sin embargo, el Decreto-ley 5/2012 plantea cuestiones sobre las que no se pronunció dicha Sentencia y que determinan la inconstitucionalidad de la norma de urgencia que ahora se impugna, además de que el Estado ha aprobado la Ley 16/2012, de 27 diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica, estableciendo un impuesto estatal absolutamente análogo al autonómico previsto en la norma que ahora se impugna.

A partir de lo anterior, considera que la norma autonómica impugnada es inconstitucional por cuatro motivos; porque falta la concurrencia del presupuesto habilitante que justifique el dictado del citado Decreto-ley, porque la regulación del mismo aborda materias vedadas a este tipo de normas, por infracción del art. 6.2 LOFCA y, finalmente, por prever la norma una retroactividad que infringe el art. 9.3 CE.

a) En relación con la ausencia del presupuesto habilitante, como cuestión previa se refiere el escrito a la aplicación del art. 86 CE a las Comunidades Autónomas, precepto que si bien se refiere a los decretos-leyes estatales, podría ser de aplicación a las normas autonómicas en virtud de la doctrina contenida en la STC 3/2003, de 16 enero, FJ 6, que se refiere a la

aplicación de las normas constitucionales relativas a la elaboración, examen, enmienda y aprobación de los presupuestos generales del Estado contenidas en el art. 134 CE a los presupuestos autonómicos. Ahora bien, no siendo automática la traslación de la regulación constitucional del art. 86 CE a las Comunidades Autónomas, a partir de la doctrina anterior, es preciso determinar cuáles son las «reglas y principios constitucionales» aplicables al dictado de normas de urgencia por los gobiernos autonómicos.

Se refiere, a continuación, al art. 64 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC, en lo que sigue), tras la reforma operada por Ley Orgánica 6/2006, de 19 julio, cuyo contraste con el art. 86 CE permite concluir que la redacción es prácticamente idéntica en lo que se refiere al presupuesto habilitante, por lo que es posible aplicar en este supuesto la extensa doctrina constitucional referida a las normas de urgencia.

Dicha doctrina, que se sintetiza en el escrito con cita de, entre otras, las SSTC 137/2011, de 14 septiembre, FJ 4, y 1/2012, de 13 enero, FJ 6, permite concluir que no concurre en este caso el presupuesto habilitante, toda vez que el preámbulo del Decreto-ley 5/2012 sólo recoge expresiones genéricas para justificar la urgencia tales como que «el actual contexto económico financiero y la consecución de las medidas de reequilibrio adoptadas obligan al Gobierno de la Generalitat de Cataluña a tomar importantes decisiones en materia tributaria». Siendo innegable la gravedad de la crisis, ello no significa que su simple apelación baste para justificar la concurrencia del presupuesto, pues «de no ser así habríamos de llegar a la inconstitucional conclusión de que, en épocas de grave crisis económica, los Parlamentos quedan reducidos, en el ejercicio de la potestad legislativa, a convalidar las normas de urgencia del Gobierno y a aprobar aquellas leyes constitucional y estatutariamente vedadas al legislador de urgencia». Añade que no sólo la norma impugnada no hace ningún esfuerzo por justificar numéricamente cómo la crisis ha incidido en las cuentas públicas catalanas, sino que en realidad la verdadera urgencia en la aprobación del Decreto-ley 5/2012 parece radicar en la introducción, mediante la enmienda 169 en el Senado («Boletín Oficial de las Cortes Generales» de 4 diciembre 2012) en el proyecto estatal de ley por la que se adoptan diversas medidas tributarias, de un capítulo XI en cuyo art. 19 se regula el impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito, que según se desprende de su tenor resulta, en todos sus elementos configuradores, análogo a los tributos autonómicos que habían gravado este mismo hecho imponible. Dado que desde el 4 diciembre 2012 era conocida dicha enmienda, cuyo contenido tuvo además repercusión mediática, es la misma la que pretendería justificar la urgencia. Añade en este punto, en las páginas 12 y 13 del escrito, referencias a las declaraciones del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, cuyo portavoz afirmó que la aprobación del Decreto-ley 5/2012 buscaba «blindar» el espacio fiscal de la Generalitat.

Faltando así el presupuesto habilitante, concluye que el Decreto-ley 5/2012 resulta inconstitucional por infracción de los arts. 86.1 CE y 64.1 EAC.

b) En segundo lugar, considera el alegato que se vulneran con la norma impugnada los límites materiales del Decreto-ley.

Comienza por referirse a la divergencia entre los arts. 86.1 CE y 64.1 EAC, de suerte que este último, a diferencia del precepto constitucional, no hace referencia, como límite a este tipo de normas, al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado ni a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I CE. Ahora bien, esto no significa que por decreto-ley autonómico se pueda hacer más de lo que se puede hacer por decreto ley estatal, pues el art. 64.1 EAC, al prohibir que el decreto-ley tenga por objeto las materias reservadas

a «leyes de desarrollo básico», impide que la norma de urgencia autonómica regule lo que el legislador estatutario ha identificado como las instituciones básicas autonómicas.

Por lo que se refiere a la interdicción, contenida en el art. 86.1 CE, de que una norma de urgencia pueda afectar a los derechos, deberes y libertades del título I CE, la misma debe ser también aplicable a un decreto-ley autonómico, sin que obste a esta conclusión el hecho de que el título I del Estatuto de Autonomía de Cataluña no se refiera a los mismos derechos que la Constitución. En concreto, es notorio que el deber de contribuir, al que afecta de forma directa el Decreto-ley 5/2012, no se encuentra entre los derechos, deberes y principios rectores que no podrían ser objeto de desarrollo directo mediante un Decreto-ley según lo que dispone el art. 64.1 EAC. Sin embargo, la jurisprudencia precisamente sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña y en concreto la STC 31/2010, de 28 junio, declaró en sus FFJJ 16 a 18 que ni el Estatuto ha creado derechos fundamentales distintos de los proclamados en la Constitución o en contradicción con ellos, ni ha podido afectar al régimen de tales derechos en lo que hace a su titularidad, regulación y condiciones de ejercicio.

Concluye a partir de lo anterior la inconstitucionalidad del Decreto-ley 5/2012, toda vez que al crear un nuevo impuesto autonómico se incide en el deber fundamental de contribuir consagrado en el art. 31 CE. Recoge a continuación la doctrina en relación con el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos y la aptitud del decreto-ley para incidir en el ámbito de ese deber, con cita, entre otras, de la STC 100/2012, de 8 de mayo. Tras exponer de forma pormenorizada las principales conclusiones de la doctrina constitucional sobre el empleo del decreto-ley en materia tributaria, concluye que en todos los casos se trataba de supuestos en que el legislador estatal de urgencia introducía modificaciones en tributos ya existentes, de manera que ésta es la primera vez que el Tribunal debe pronunciarse sobre el establecimiento ex novo de un impuesto y la regulación completa del mismo por un decreto-ley. Pues bien, la doctrina constitucional es unánime en que el decreto-ley no puede utilizarse para crear una figura tributaria nueva, toda vez que el establecimiento de un nuevo impuesto afecta siempre, por sí mismo, a la configuración del sistema o subsistema tributario en el que se inserta, comprometiendo además la capacidad económica de los sujetos obligados al pago. Añade que el art. 203.5 EAC dispone que la Generalitat ostenta la competencia para establecer «mediante una ley del Parlamento» sus tributos propios, de manera que el propio Estatuto impide expresamente el establecimiento por decreto-ley de un tributo propio de la Comunidad Autónoma, reforzando así la interpretación que se sostiene en este escrito en relación con el art. 64.1 EAC.

En conclusión, el Decreto-ley 5/2012 resulta inconstitucional por infringir el art. 86.1 CE y los arts. 64.1 y 203.5 EAC.

c) En tercer lugar, la demanda considera infringido el art. 6.2 LOFCA, partiendo de la doctrina contenida en las SSTC 122/2012, de 5 junio, y 210/2012, de 14 noviembre. Tras exponer detalladamente las principales conclusiones contenidas en estas Sentencias y otras citadas, se refiere el escrito a la Ley 16/2012, de 27 diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica, que en el momento de la redacción del escrito se encontraba aún en tramitación parlamentaria, si bien es de esperar, afirma el escrito, que en el momento en el que el Tribunal Constitucional deba abordar el presente proceso, dicha ley estatal ya estará en vigor. En consecuencia, y en aplicación de la doctrina del ius superveniens, la norma estatal será parámetro de constitucionalidad.

A continuación se refiere a la completa identidad entre el impuesto autonómico impugnado y el impuesto regulado en el art. 19 de la Ley estatal de pronta aprobación, lo que permite concluir la inconstitucionalidad de la norma autonómica impugnada por infracción de los arts. 133 y 157.3 CE y el art. 6.2 LOFCA.

d) Finalmente, considera que se infringe el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE al prever la norma impugnada un supuesto de retroactividad. Se refiere de forma sucinta a la doctrina constitucional, con cita, entre otras, de las SSTC 182/1997, de 28 octubre, FJ 11 d), y 100/2012, de 8 de mayo, FJ 10, y concluye que la disposición adicional segunda del Decreto-ley 5/2012, que establece que el impuesto será exigible desde el 1 de octubre de 2012, parece dar a entender, aunque su redacción es confusa, que los sujetos pasivos deben suministrar información a la Agencia Tributaria de Cataluña del trimestre iniciado el 1 de octubre de 2012 a efectos de poder presentar autoliquidación según el modelo que apruebe la misma Agencia antes del 20 febrero 2013, autoliquidación del último trimestre de 2012 que deberá efectuarse antes del 31 marzo 2013.

Pues bien, si esto es así, se trata de un supuesto de retroactividad propia, ya que se crea sorpresivamente un nuevo impuesto y se exige desde un momento anterior a la entrada en vigor de la norma, lo que supone una diferencia sustancial del supuesto examinado en la STC 176/2011, en la que se declaró que una modificación del impuesto sobre la renta de las personas físicas realizada durante el período impositivo en curso, pero antes el devengo, constituía una retroactividad impropia. En este caso, se crea un impuesto de forma sorpresiva sin que hubiera ningún indicio previo que anunciara su imposición, de manera que incluso si se tratara de una retroactividad de grado medio o impropia, sólo podría ser conforme a la Constitución si existieran claras exigencias de interés general que justificaran que el principio de seguridad jurídica deba ceder ante otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, lo que no sucede aquí toda vez que la finalidad confesa de blindar el espacio fiscal autonómico frente a la regulación estatal no entraña ningún interés general que exija el sacrificio del principio constitucional de seguridad jurídica que protege a los destinatarios del Decreto-ley 5/2012, por lo que concluye que la disposición adicional segunda del mismo incurre en una inconstitucionalidad adicional por infracción del art. 9.3 CE.

2. Por providencia de 15 de enero de 2013 el Pleno del Tribunal Constitucional, a propuesta de la Sección Segunda, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad y dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme establece el art. 34 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado así como a la Generalitat de Cataluña y al Parlamento de Cataluña, por conducto de sus Presidentes, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes. Asimismo, se tuvo por invocado por el Presidente del Gobierno el art. 161.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC,) lo que, a su tenor y conforme dispone el art. 30 LOTC, produce la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del recurso —28 de diciembre de 2012— para las partes del proceso y desde el día en que aparezca publicada la suspensión en el «Boletín Oficial del Estado» para los terceros, lo que se comunicó a los Presidentes del Gobierno de la Generalitat de Cataluña y del Parlamento de Cataluña. Por último, también se ordenó publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Diari Oficial de la Generalitat de Cataluña».

3. El Presidente del Congreso de los Diputados, mediante escrito registrado el día 25 de enero de 2013, comunicó que la Mesa de la Cámara, en su reunión de ese mismo día, había acordado que la Cámara se personase en este procedimiento y ofrecer su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

4. El 25 de enero de 2013 se registró en el Tribunal Constitucional el escrito del Letrado del Parlamento de Cataluña, en la representación que legalmente ostenta, comunicando el acuerdo de la Mesa del Parlamento de 17 de enero de 2013 por el que el Parlamento ha decidido personarse en el presente proceso, y solicitando que, teniéndosele efectivamente por personado, se conceda a la representación letrada una prórroga del plazo para formular alegaciones.

5. Por providencia de 29 de enero de 2013 el Pleno del Tribunal acuerda la incorporación a las actuaciones del escrito que presenta el Letrado del Parlamento de Cataluña a quien se tiene por personado, concediendo asimismo una prórroga en ocho días más del plazo concedido por providencia de 15 de enero.

6. Mediante escrito registrado el 30 de enero de 2013, el Presidente del Senado comunicó que la Cámara se personaba en el proceso, ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

7. Por escrito registrado el 5 de febrero de 2013, los Abogados de la Generalitat de Cataluña presentaron sus alegaciones interesando la desestimación íntegra del recurso de inconstitucionalidad.

Parten en sus alegaciones del relato de las circunstancias que determinaron la aprobación del Decreto-ley 5/2012, con extensa referencia a la actual coyuntura económica y en concreto a la necesidad que tenía esta Comunidad Autónoma de garantizar la prestación de los servicios públicos. Coinciden con el Abogado del Estado en que este tributo es análogo al establecido por la Ley de la Asamblea de Extremadura 14/2001, de 29 noviembre, siendo también equivalente al que establecieron el art. 6 de la Ley de Andalucía 11/2010, de 3 diciembre; el art. 41 de la Ley de Canarias 4/2012, de 25 junio, y el art. 41 de la Ley de Asturias, 3/2012, de 28 diciembre, de presupuestos para el año 2013. No se trata así de una figura tributaria novedosa, sino que cuenta con una valoración positiva en diversas Comunidades Autónomas, y ha sido avalado por la STC 210/2012, de 14 noviembre. Añaden a continuación que la aprobación del impuesto estatal sobre los depósitos en las entidades de crédito mediante la Ley 16/2012, de 27 diciembre, por la que se adoptan diversas medidas dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» del 28 diciembre, ha supuesto el incumplimiento del deber de lealtad constitucional implícito en el carácter compuesto del Estado de las Autonomías, refiriéndose en este punto a la posible inconstitucionalidad del art. 19 de la citada Ley 16/2012.

a) Sobre los concretos motivos de inconstitucionalidad contenidos en el escrito de demanda, se refiere en primer lugar el alegato de los Abogados de la Generalitat de Cataluña, a la existencia del presupuesto habilitante, esto es a la existencia de una extraordinaria y urgente necesidad.

Admiten que la facultad legislativa excepcional del Gobierno de la Generalitat de Cataluña se halla condicionada, tanto por el art. 86.1 CE como por el art. 64.1 EAC, a que exista una situación de extraordinaria y urgente necesidad, conforme ha declarado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se cita. Ahora bien, frente a lo que sostiene el Abogado del Estado, consideran que en este caso sí concurría una situación de extraordinaria y urgente necesidad y que así lo ha justificado, de forma parca y concisa pero suficiente, el preámbulo del Decreto-ley impugnado, toda vez que se trata de una medida necesaria para alcanzar nuevas fuentes de financiación que permitan cumplir los objetivos de déficit y de deuda pública. Se refieren en este punto a los concretos objetivos de estabilidad aprobados

conforme a lo dispuesto en el art. 15 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, así como los concretos datos presupuestarios de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Añaden que el mismo contexto económico ha supuesto la aprobación por parte del Gobierno de la Nación de veintinueve reales decretos-leyes sólo en el año 2012, amparándose justamente la situación de crisis económica y financiera, por lo que no puede imputarse a la Comunidad Autónoma de Cataluña el abuso de esta normativa de urgencia. En fin, en todo caso, este Tribunal Constitucional ha apreciado que la existencia de un déficit estructural incontrolado constituye una situación de extraordinaria y urgente necesidad que legitima el ejercicio de la potestad del Gobierno para aprobar excepcionalmente disposiciones legislativas (STC 182/1997, de 28 octubre, FJ 5). Dado que, para alcanzar el objetivo de déficit público, sólo existen dos alternativas —reducir el gasto e incrementar los ingresos— la medida adoptada se incardina en esta segunda finalidad.

Concluido así que la Generalitat de Cataluña ha hecho un uso correcto de la legislación de urgencia, se refieren a continuación a la sorpresiva y constitucionalmente ilegítima, a su juicio, aprobación del impuesto estatal sobre los depósitos bancarios, incorporándose a través de una enmienda formulada en el Senado. Dicha incorporación legislativa «generó una necesidad extraordinaria y urgente adicional de evitar una lesión, por menoscabo, de las competencias autonómicas en materia de financiación, que lógicamente, pudo coadyuvar a la decisión del Ejecutivo catalán de establecer el impuesto autonómico sobre depósitos bancarios a través de un Decreto-ley que permitiera recaudarlo durante el año 2013, pero que, además, y a efectos de garantizar la integridad de las competencias autonómicas, entrará en vigor de manera inmediata, antes de la aprobación y vigencia de la Ley 16/2012, en cuyo art. 19 se establecía el impuesto estatal sobre los depósitos bancarios con el exclusivo propósito de gravar el mismo hecho imponible e impedir, por aplicación de lo dispuesto en el art. 6.2 LOFCA, la existencia de los impuestos autonómicos sobre los depósitos bancarios que la STC 210/2012 acababa de declarar conforme a la Constitución».

Consideran por ello que el enjuiciamiento del Decreto-ley 5/2012 no puede hacerse sin tener en cuenta la ilegitimidad del art. 19 de la Ley 16/2012, de creación del impuesto estatal sobre los depósitos bancarios, lo que supone una lesión a la lealtad constitucional que abonaría la medida adoptada por el Gobierno de Cataluña de defender sus competencias mediante una norma de urgencia que, por lo demás, partía, como presupuesto habilitante, de la perentoria necesidad de cumplir los objetivos de déficit público.

b) El Decreto-ley 5/2012 no excede los límites materiales establecidos en los arts. 86.1 CE y 64 EAC, ni tampoco vulnera el art. 203.5 EAC. Se refieren en este punto a la doctrina contenida, entre otras, en las SSTC 182/1997, de 28 octubre, y 189/2005, de 7 julio, que impide entender que toda materia sujeta a reserva de ley se halle excluida de la regulación mediante decreto-ley. En cuanto a la afectación de derechos, y en concreto al deber de contribuir a las cargas públicas establecido en el art. 31 CE, considera que es preciso examinar la naturaleza de los elementos del tributo concreto de que se trate para comprobar si las innovaciones normativas incorporadas mediante decreto-ley alteran o no el reparto de la carga tributaria entre los contribuyentes en el conjunto del sistema tributario. Tras citar diversas Sentencias del Tribunal Constitucional en las que se ha admitido la regulación de tributos a través de decretos-leyes (STC 137/2003, de 3 de julio, sobre la modificación del impuesto sobre determinados medios de transporte; STC 108/2004, de 30 junio, sobre el impuesto especial sobre el alcohol y bebidas derivadas; STC 189/2005, de 7 julio, sobre la modificación del impuesto sobre sucesiones y donaciones, así como del impuesto de sociedades y sobre renta de las personas físicas; y STC 100/2012, de 8 mayo, relativa a la prórroga mediante Real Decreto-ley de la tarifa especial del arbitrio insular a la entrada de mercancías), examinan los elementos del tributo creado por el Decreto-ley 5/2012 para concluir que no se configura como un gravamen global

sobre la renta sobre el consumo, sino que se limita a gravar una manifestación concreta de la capacidad económica, de manera que sólo afecta a las entidades crediticias, excluyéndose expresamente su repercusión a terceros. Por tanto, aunque la jurisprudencia constitucional citada se refiera únicamente a modificaciones de tributos y no a creaciones ex novo, no parece que deba existir ningún obstáculo para extender la doctrina constitucional invocada al supuesto de creación de un impuesto mediante decreto-ley.

c) El Decreto-ley 5/2012 no vulnera el art. 6.2 LOFCA, siendo, por el contrario, el art. 19.13 de la Ley 16/2012 el que infringe lo dispuesto en el referido art. 6.2 LOFCA.

El legislador estatal era consciente de que el impuesto estatal sobre depósitos bancarios, creado mediante la Ley 16/2012, era idéntico al que habían establecido ciertas Comunidades Autónomas, lo que (en las propias palabras del Abogado del Estado en su demanda) obedeció al legítimo interés de evitar que durante la tramitación parlamentaria de la ley estatal pudiera «adelantarse» una Comunidad Autónoma que hasta el momento no hubiera mostrado ningún interés en gravar el mismo hecho imponible y establecer un impuesto análogo al estatal. Pues bien, lo que esto demuestra es una interpretación interesada del ius superveniens, que corresponde únicamente realizar al Tribunal Constitucional en cuanto técnica de enjuiciamiento, sin que pueda ser aplicado retroactivamente, como parece pretender el Abogado del Estado. Además en este caso no será un supuesto de inconstitucionalidad sobrevenida, puesto que la aprobación del impuesto estatal análogo al impuesto autonómico existente no determina la inconstitucionalidad del impuesto autonómico, sino la activación del mecanismo de coordinación para evitar la doble imposición consistente en la extinción del impuesto autonómico acompañada de medidas para compensar la disminución de los ingresos autonómicos que se produzca. De ahí que el Decreto-ley 5/2012 no incurra en inconstitucionalidad, sino que será el art. 19 de la Ley 16/2012 el que se halla en realidad viciado de inconstitucionalidad por vulneración del proceso legislativo. Para fundamentar lo anterior se hace una extensa referencia al marco competencial y la jurisprudencia en relación con la creación del impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito, con extensa cita de la STC 210/2012, de 14 noviembre, entre otras.

Del citado marco competencial se deduce que la Generalitat de Cataluña tiene competencia para la creación de impuestos y se infiere que antes de la aprobación y entrada en vigor de la Ley 16/2012, las Comunidades Autónomas eran competentes para implantar el impuesto sobre depósitos bancarios como impuesto propio, tal y como declaró la STC 210/2012. Por tanto, y habida cuenta de que cuando se aprobó el Real Decreto-ley 5/2012 aún no se había aprobado y entrado en vigor la Ley 16/2012, cuyo art. 19 implantó el impuesto estatal sobre depósitos bancarios, no existía un hecho imponible gravado por el Estado que impidiera la creación de tal impuesto autonómico, resulta obligado concluir que el Decreto-ley autonómico impugnado ha respetado el orden competencial establecido en el bloque de la constitucionalidad, sin que pueda imputársele tacha alguna de inconstitucionalidad.

Se refieren a continuación a la inconstitucionalidad del art 19 de la Ley estatal 16/2012 por infracción del procedimiento legislativo, por menoscabo de las competencias financieras autonómicas, por infracción de los principios de lealtad constitucional y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, en fin, por vulneración del art. 6.2 LOFCA. Consideran que se infringe en concreto la doctrina contenida en las SSTC 119/2011, de 5 julio, y 136/2011, de 13 septiembre, que establecieron la exigencia general de conexión u homogeneidad entre las enmiendas y los textos a enmendar, sin que pueda alterarse el objeto de la iniciativa legislativa mediante las enmiendas al articulado. Se refieren in extenso al objeto del proyecto de ley luego aprobado como Ley 16/2012, que preveía una serie de medidas fiscales, destinadas todas ellas a incrementar los recursos públicos, dada la necesidad de atajar el

déficit. En el proyecto no se hacía ninguna referencia a un posible impuesto sobre depósitos bancarios, sin que tampoco pueda entenderse que existe una conexión considerando que la introducción del impuesto era una medida tributaria semejante a las restantes establecidas en el proyecto de ley, toda vez que dicho impuesto no se hizo con el ánimo de recaudar nuevos ingresos, puesto que se impuso un gravamen del 0 por 100, sino con el muy censurable propósito de impedir la existencia del impuesto autonómico homónimo. A ello debe añadirse que se vulneran las competencias financieras de las Comunidades Autónomas, ya que se crea una medida tributaria que ni tiene finalidad extrafiscal ni tiene finalidad recaudatoria sino que es sólo una fórmula indirecta para impedir la existencia de impuestos autonómicos sobre los depósitos bancarios, lo que supone un exceso en el ejercicio de la competencia estatal y la correlativa lesión, por menoscabo, de la competencia autonómica para la creación de tributos. Se refieren en fin el alegato al ejercicio abusivo de las propias competencias en el que habría incurrido el Estado, de naturaleza pareja al abuso de derecho proscrito por el art. 7 del Código civil, y a la desviación de poder en el ejercicio de las competencias administrativas sancionado con la anulabilidad por el art. 63 de la Ley 30/1992 de 26 noviembre, del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. En fin, citan de forma exhaustiva la doctrina constitucional acerca del principio de lealtad constitucional.

Añaden que el art. 19.13 de la Ley 16/2012 restringe en su párrafo segundo la aplicación de las medidas compensatorias o de coordinación cuando el Estado ocupe un hecho imponible gravado por una Comunidad Autónoma, limitándolo a los tributos propios de las Comunidades Autónomas establecidos en una ley aprobada con anterioridad a 1 de diciembre de 2012, lo que resulta contrario a lo dispuesto en el art. 6.2 LOFCA.

d) Por último, consideran que la disposición adicional segunda de la norma autonómica impugnada no retrotrae, como sostiene el Abogado del Estado en su escrito, el impuesto al último trimestre de 2012. Esta interpretación constituye una lectura errónea de la norma autonómica, probablemente inducida por cierta oscuridad en su redacción, que sin embargo no impide constatar que la disposición adicional segunda del citado Decreto-ley 5/2012 tan sólo establece una obligación de información relativa a la situación de los depósitos bancarios durante el último trimestre del año 2012; junto a ello, debe tenerse en cuenta que la disposición final del Decreto-ley 5/2012 establece su entrada en vigor al día siguiente de su publicación, contemplando como periodo impositivo el año natural, lo que permite inferir también sin dificultad que el impuesto se empieza a devengar el 1 de enero de 2013.

8. El Letrado del Parlamento de Cataluña cumplimentó el trámite de alegaciones mediante escrito registrado el 18 de febrero de 2013 en el que solicita la desestimación del recurso de inconstitucionalidad, con referencia, por su mismo orden, a las alegaciones contenidas en el escrito del Abogado del Estado.

a) Concorre el presupuesto habilitante del Decreto-ley precisamente con base en la misma doctrina citada por el Abogado del Estado, entre otras las SSTC 31/2011, 137/2011 y 1/2012. Se refiere además al debate sobre la convalidación que se tuvo en el Parlamento, que no es tenido en cuenta por el Abogado del Estado, toda vez que dicho debate se produjo con posterioridad a la interposición del recurso. En concreto se refiere al contexto económico financiero y a la necesidad de adoptar relevantes decisiones en materia tributaria con el fin de cumplir con los objetivos de déficit y el endeudamiento fijados, no pudiéndose negar la conexión de sentido entre la necesidad de obtener nueva financiación y la creación de un nuevo recurso tributario. En cuanto a la urgencia derivada de la inminente aprobación de un impuesto estatal idéntico, afirma que efectivamente dicha aprobación contribuyó a la urgencia de la tramitación del Decreto-ley que ahora se impugna, pero no por ello se desvirtúa la

existencia del presupuesto habilitante en los términos expuestos, esto es, en conexión con la situación económica y la existencia de un déficit y deuda públicos excesivos.

b) El Decreto-ley impugnado no desborda el ámbito material de los decretos-leyes, conclusión que alcanza proponiendo una interpretación del art. 64.1 EAC diferente a la interesada por el Abogado del Estado, de manera que la legislación tributaria no se incluiría entre los ámbitos expresamente excluidos de regulación del decreto-ley por dicho precepto, ni puede equipararse a la regulación esencial del desarrollo directo de los derechos reconocidos por el Estatuto y por la Carta de los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña. Cuestión distinta es si los límites materiales que establece el art. 86.1 CE y en general la doctrina que sobre el mismo ha establecido el Tribunal Constitucional pueden trasladarse a los decretos-leyes autonómicos. Considera en este punto la representación procesal del Parlamento de Cataluña que es dudoso que el art. 86.1 CE sea directamente aplicable a los decretos-leyes del Gobierno de Cataluña, pues su marco de regulación es el art. 64 EAC, conclusión a la que llegan tras citar la STC 116/1994, FJ 5, que transcribe.

Sostiene que no existe una prohibición general de la utilización del decreto-ley en el ámbito tributario, lo que deriva de la doctrina del Tribunal Constitucional que cita, añadiendo que en todo caso el tributo creado mediante el Decreto-ley 5/2012 es una figura tributaria de aplicación territorialmente limitada y, por tanto, una figura impositiva de escasísimo relieve en el conjunto del sistema tributario, que se aplica comparativamente a pocos sujetos pasivos, por lo que no puede considerarse que quede esencialmente afectado el deber constitucional de contribuir a que se refiere el art. 31 CE.

También debe descartarse la vulneración del art. 203.5 EAC, que exige que la creación de un tributo se lleve a cabo mediante ley formal; este precepto no hace más que trasladar al ámbito autonómico lo que el art. 133.1 CE establece para el Estado, lo que debe tenerse en cuenta para entender aplicable en este caso la doctrina constitucional sobre el alcance de la reserva de ley tributaria, que impide derivar del citado precepto estatutario una exclusión de la materia tributaria para los decretos-leyes autonómicos más restrictiva que para los del Estado.

c) El Decreto-ley 5/2012 no infringe tampoco el art. 6.2 LOFCA toda vez que el impuesto estatal con el que coincide fue aprobado ocho días después de haberse publicado el Decreto-ley, a lo que cabe añadir que la Ley del Estado 16/2012 no integra normativamente el bloque de la constitucionalidad, sino que es únicamente un elemento que permite contrastar si se produce el supuesto de hecho que contempla el citado art. 6.2 LOFCA.

Así, en aplicación de este precepto, el impuesto autonómico no deviene inconstitucional sino que lo que sucede es que surge en ese momento la obligación del Estado de arbitrar las medidas de coordinación previstas en la propia LOFCA, art. 6.2. Añade en este punto una consideración sobre la posible inconstitucionalidad del art. 19.13, de la Ley estatal 16/2012, precepto que restringe la compensación prevista en la LOFCA para el caso que aquí importa de ocupación por parte del Estado de un hecho imponible autonómico.

d) Finalmente, se razona que la disposición adicional segunda del Decreto-ley 5/2012 no implica retroactividad del tributo, pues lo único que establece es la obligación de los sujetos pasivos del impuesto de suministrar información sobre el último trimestre de 2012 a los efectos de presentar autoliquidación de dicho periodo antes del 31 marzo de 2013.

9. Próximo a finalizar el plazo de cinco meses que señala el art. 161.2 CE desde que se produjo la suspensión del Decreto-ley de Cataluña 5/2012, de 18 de diciembre, del impuesto

sobre los depósitos en las entidades de crédito, el Pleno, mediante providencia de 19 de febrero de 2013, acordó oír a las partes personadas —Abogado del Estado y representaciones legales de la Generalitat y del Parlamento de Cataluña— para que, en el plazo de cinco días, expusieran lo que considerasen conveniente acerca del mantenimiento o levantamiento de dicha suspensión.

10. Evacuado el trámite conferido, el Pleno del Tribunal dictó el ATC 123/2013, de 21 de mayo acordando levantar la suspensión del Decreto-ley de Cataluña 5/2012, de 18 de diciembre, del impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito.

11. Mediante ATC 153/2013, de 9 de julio, el Pleno del Tribunal desestimó el recurso de súplica interpuesto por el Abogado del Estado frente al anterior ATC 123/2013.

12. Mediante escritos presentados en el registro general de este Tribunal en fechas 1 y 2 de agosto de 2013, el Parlamento y el Gobierno de la Generalitat de Cataluña formulan incidente de recusación del Presidente del Tribunal Constitucional en una serie de procesos, entre los que se incluye el presente recurso de inconstitucionalidad, por las causas 9 y 10 del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el art. 80 LOTC. Por ATC 180/2013, de 17 de septiembre, se acuerda la inadmisión a trámite de las recusaciones promovidas y, formulado recurso de súplica contra el anterior Auto por el Parlamento y la Generalitat de Cataluña, el Pleno, en providencia de 2 de octubre de 2013 acordó su inadmisión a trámite.

13. Por providencia de 26 de mayo de 2015, se señaló el día 28 del mismo mes y año para deliberación y votación de la presente Sentencia.

II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de este proceso es resolver el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno, representado por el Abogado del Estado, contra el Decreto-ley de Cataluña 5/2012, de 18 de diciembre, del impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito (en adelante, Decreto-ley 5/2012).

En los términos recogidos en el antecedente primero, la demanda interesa la declaración de inconstitucionalidad por los siguientes motivos:

a) El Decreto-ley 5/2012 habría desbordado los límites (formales y materiales) que el art. 86 CE y los arts. 64 y 203.5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) imponen al ejercicio de esta potestad normativa excepcional. No habría quedado acreditada la extraordinaria y urgente necesidad y se habría creado ex novo un tributo sin respetar la doctrina constitucional en contradicción evidente con la exigencia estatutaria de ley parlamentaria.

b) El impuesto catalán sobre los depósitos vulneraría el art. 6.2 de la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), partiendo de la doctrina contenida en las SSTC 122/2012, de 5 junio, y 210/2012, de 14 noviembre, toda vez que mediante la Ley 16/2012, de 27 diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica, se habrá de crear un impuesto similar que, en aplicación de la doctrina del *ius superveniens*, será parámetro de constitucionalidad y determinará la inconstitucionalidad de la norma autonómica impugnada por infracción de los arts. 133 y 157.3 CE y 6.2 LOFCA.

c) Finalmente, se infringiría el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE, al prever la norma impugnada un supuesto de retroactividad, toda vez que la disposición adicional segunda del Decreto-ley 5/2012 establece que el impuesto será exigible desde el 1 de octubre de 2012, lo que permite entender que los sujetos pasivos deben suministrar información a la Agencia Tributaria de Cataluña del trimestre iniciado el 1 de octubre de 2012 a efectos de poder presentar autoliquidación posterior. Este motivo de inconstitucionalidad afecta únicamente a la disposición adicional segunda.

Como ha quedado recogido en los antecedentes, los Abogados de la Generalitat y del Parlamento de Cataluña interesan la íntegra desestimación del presente recurso.

2. El primero de los motivos se refiere a la infracción de los límites que la Constitución y el Estatuto de Autonomía de Cataluña imponen al Decreto-ley. El Abogado del Estado alega el incumplimiento tanto de los formales como de los materiales, invocando el art. 86 CE y los arts. 64.1 y 203.5 EAC.

Esta impugnación obliga no sólo a valorar la concurrencia de una extraordinaria y urgente necesidad habilitante (arts. 86.1 CE y 64.1 EAC), sino también a determinar si un decreto-ley autonómico puede crear impuestos. Esto último plantea cuestiones que conciernen muy directamente al Estado democrático de Derecho (art. 1.1 CE): la Constitución y los Estatutos de Autonomía imponen límites materiales al Decreto-ley con el fin de preservar la posición central del Parlamento dentro del sistema constitucional y asegurar con ello que las regulaciones que afectan al «ámbito vital de las personas» dependan «exclusivamente de la voluntad de sus representantes» (STC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4).

El Tribunal Constitucional ha tenido recientemente oportunidad de pronunciarse sobre los límites formales y materiales que afectan específicamente a los Decretos-leyes autonómicos (STC 93/2015, de 14 de mayo, FFJJ 3 a 6). Además, este recurso plantea por vez primera la cuestión de las exclusiones materiales de alcance tributario que condicionan el ejercicio autonómico de esta potestad normativa de excepción. Conviene, pues, empezar el enjuiciamiento del presente asunto partiendo de dicha doctrina, de suerte que solo si se apreciase que la norma enjuiciada cumple los límites materiales que le afectan procedería examinar la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad (arts. 86.1 CE y 64.1 EAC), aplicando la consolidada doctrina constitucional al respecto.

Conforme a la precitada STC 93/2015, FFJJ 3 a 6, la Constitución no impide que los Estatutos de Autonomía atribuyan a los Gobiernos autonómicos la potestad normativa excepcional de aprobar decretos-leyes. Ahora bien, por virtud del principio democrático (art. 1.1 CE), debe entenderse que los límites formales y materiales que afectan al decreto-ley autonómico son como mínimo los que la Constitución impone al Decreto-ley estatal (art. 86.1 CE); el Estatuto puede sólo añadir «cautelos o exclusiones adicionales» con el fin de «preservar más intensamente la posición del parlamento autonómico». Ello implica que, para resolver la impugnación planteada frente al Decreto-ley catalán 5/2012, debamos tomar en consideración tanto la doctrina constitucional relativa al art. 86.1 CE, como los límites que haya podido concretar o añadir el legislador estatutario para el decreto-ley autonómico.

La exigencia en materia tributaria de ley formal aprobada en el Parlamento está en los orígenes mismos del parlamentarismo («no taxation without representation»). Es a través de ella como se asegura el principio democrático y la supremacía financiera del Parlamento mediante la participación de los ciudadanos en el establecimiento del sistema tributario (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 7). Tanto el Estatuto de Autonomía de Cataluña como la Constitución

desarrollan esta exigencia como límite material a las disposiciones gubernamentales de urgencia.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña contiene una previsión muy específica a este respecto: la Generalitat establece tributos propios «mediante ley del Parlamento» (art. 203.5). La creación de tributos propios queda así vedada, no sólo al reglamento, sino también al decreto-ley. De este modo, el legislador estatutario preserva y refuerza la posición del Parlamento catalán frente a diversas potestades normativas del Gobierno autonómico, tanto la ordinaria de carácter reglamentario (art. 68.1 EAC), como la extraordinaria de rango legal (art. 64.1 EAC). No interesa ahora detenerse a precisar qué regulaciones tributarias de carácter reglamentario son compatibles con la reserva de ley. Importa sólo concluir que el art. 203.5 EAC impone un inequívoco límite material al decreto-ley catalán, traducido en la imposibilidad de crear tributos propios mediante este instrumento normativo.

Por su parte, la Constitución fija una reserva de ley tributaria frente a la potestad reglamentaria en su art. 31.3: «Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley». El decreto-ley, en cuanto norma con rango de ley, es un instrumento idóneo para cumplir esta reserva legal. El art. 31.3 CE no impide en cuanto tal regulaciones fiscales adoptadas por este procedimiento de urgencia: «la mención a la Ley no es identificable en exclusividad con el de Ley en sentido formal» (SSTC 182/1997, FJ 8, y 245/2004, de 16 de diciembre, FJ 4, citando la STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 10). No se está, pues, ante la exigencia de «ley del Parlamento» que establece el art. 203.5 EAC; exigencia que sí implica tanto una reserva a favor de normas de rango legal frente a la potestad reglamentaria como la proscripción del decreto-ley. Naturalmente, ello en modo alguno significa que la Constitución autorice al Gobierno a adoptar por decreto-ley toda suerte de regulación fiscal; significa sólo que los límites materiales que ella impone a este instrumento normativo derivan, no de la reserva de ley tributaria (art. 31.3 CE), sino de las exclusiones previstas en el art. 86.1 CE (STC 182/1997, FJ 8). Esta previsión constitucional prohíbe que el decreto-ley afecte a «los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I» de la Constitución y, con ello, al deber y derecho correlativo previstos en el art. 31.1 CE: el «deber de los ciudadanos de contribuir, a través de impuestos, al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica» y el derecho correspondiente a que «esa contribución solidaria sea configurada en cada caso por el legislador según aquella capacidad» (STC 182/1997, FJ 6).

3. El Decreto-ley impugnado «crea, como impuesto propio de la Generalitat de Cataluña, el impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito, de naturaleza directa, que grava los depósitos efectuados por los clientes en las entidades de crédito, por cualquier negocio y variedad jurídica, siempre que comporten la obligación de restitución» (art. 1). No cabe duda de que, al establecer ex novo este «impuesto propio», el Decreto-ley 5/2012 ha infringido la exigencia estatutaria de que la Generalitat cree «tributos propios» «mediante ley del Parlamento» (art. 203.5 EAC) como garantía instrumental de la supremacía financiera de la Cámara y del principio democrático (arts. 1.1 y 66.1 CE y 4.3 y 55.1 EAC); una garantía destinada, no a impedir la incidencia sobre la esfera vital de las personas, sino a asegurar que la impongan quienes les representan (SSTC 19/1987, FJ 4, y 182/1997, FJ 7).

A la vista del incumplimiento de lo establecido en el art. 203.5 EAC cabe concluir, sin necesidad de proyectar sobre este asunto nuestra doctrina relativa a los límites formales y materiales derivados del art. 86.1 CE, que el Decreto-ley 5/2012, de 18 de noviembre, es inconstitucional y nulo. Alcanzada esta conclusión, resulta innecesario el enjuiciamiento de los motivos impugnatorios restantes.

FALLO

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

Ha decidido

Estimar el presente recurso de inconstitucionalidad y declarar la inconstitucionalidad y nulidad del Decreto-ley de Cataluña 5/2012, de 18 de diciembre, del impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito.

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

Dada en Madrid, a veintiocho de mayo de dos mil quince.–Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Adela Asua Batarrita.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Fernando Valdés Dal-Ré.–Juan José González Rivas.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Pedro José González-Trevijano Sánchez.–Ricardo Enríquez Sancho.–Antonio Narváez Rodríguez.–Firmado y rubricado.

Pleno. Sentencia 108/2015, de 28 de mayo de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 631-2013. Interpuesto por el Presidente del Gobierno, en relación con diversos preceptos de la Ley de la Junta General del Principado de Asturias 3/2012, de 28 de diciembre, de presupuestos generales para 2013. Límites materiales de las leyes de presupuestos: nulidad del precepto legal autonómico que establece un impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito (STC 30/2015).

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho, y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 631-2013, interpuesto por el Presidente del Gobierno, contra el art. 41 y la disposición final séptima de la Ley de la Junta General del Principado de Asturias 3/2012, de 28 de diciembre, de presupuestos generales para 2013. Ha intervenido y formulado alegaciones el Gobierno del Principado de Asturias. Ha sido Ponente el Presidente, don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, que expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 1 de febrero de 2013 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Constitucional un escrito del Abogado del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno, por el que

interpone un recurso de inconstitucionalidad contra el art. 41 y la disposición final séptima de la Ley de la Junta General del Principado de Asturias 3/2012, de 28 de diciembre, de presupuestos generales para 2013 (Ley 3/2012, en adelante), haciendo invocación del art. 161.2 CE a fin de que se produzca la suspensión de la norma impugnada en el presente recurso de inconstitucionalidad.

Comienza el alegato describiendo el impuesto creado por el Principado de Asturias sobre los depósitos en las entidades de crédito, de naturaleza directa, y que «grava el mantenimiento de fondos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, por parte de las entidades mencionadas en el punto cuatro del presente artículo, y que comporten la obligación de restitución» (art. 41.2 de la Ley 3/2012).

Tras exponer de forma sucinta los principales elementos del tributo, afirma que es un tributo análogo al establecido por la Ley de la Asamblea de Extremadura 14/2001, de 29 noviembre, reguladora del impuesto sobre depósitos de las entidades de crédito, tributo en la actualidad recogido en el título IV del Decreto Legislativo 2/2006, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de tributos propios. Este tributo fue declarado compatible con la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) en la STC 210/2012, de 14 de noviembre.

Sin embargo, la Ley 3/2012 plantea cuestiones sobre las que no se pronunció dicha Sentencia y que determinan la inconstitucionalidad de la norma que ahora se impugna. Añade que el Estado ha aprobado la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica, estableciendo un impuesto estatal absolutamente análogo al autonómico previsto en la norma que ahora se impugna, destacando la vinculación del presente proceso con el recurso de inconstitucionalidad 7279-2012, interpuesto por el Presidente del Gobierno contra el Decreto-ley de Cataluña 5/2012, de 18 de diciembre, del impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito.

Aclara en este punto, que la impugnación se dirige tanto contra el artículo 41 como contra la disposición final séptima de la Ley 3/2012, si bien en este escrito sólo se razona a acerca de la inconstitucionalidad del citado artículo 41, siendo la disposición una norma específica para la entrada en vigor del artículo 41 cuya impugnación es «sistemática» y está llamada, por tanto, a seguir la suerte del propio artículo 41 (STC 18/2011, de 3 de marzo, FJ 12).

A partir de lo anterior, considera que la norma autonómica impugnada es inconstitucional por dos motivos; por infringir la prohibición constitucional de crear tributos mediante una ley de presupuestos contenida en el art. 134.7 CE; y por infracción del art. 6.2 LOFCA.

a) Recuerda el escrito la doctrina contenida en la STC 3/2003, de 16 de enero, FJ 6, en relación con la traslación a los presupuestos autonómicos de las normas constitucionales relativas a la elaboración, examen, enmienda y aprobación de los presupuestos generales del Estado. A pesar de que la STC 116/1994, de 18 de abril, consideró que la prohibición de crear tributos mediante ley de presupuestos del art. 134.7 CE no sería aplicable a las leyes de presupuestos autonómicas mientras no existiera una previsión estatutaria, dicha Sentencia aclaró que en tal caso no se estaba ante un supuesto de establecimiento de un tributo sino de su modificación.

Critica a continuación la demanda la doctrina contenida en la STC 116/1994, de la que discreparon cuatro magistrados, y que se apoyó en una interpretación formalista de la Constitución. Recoge en este punto los argumentos utilizados por el voto particular del Magistrado don Álvaro Rodríguez Bereijo. A partir de lo anterior, considera que esta doctrina debería modificarse en particular a la luz de la recogida en las posteriores SSTC 247/2007 y 31/2010, que han establecido que la estructura autonómica del Estado no puede alterar ni los derechos constitucionales, ni su régimen jurídico, doctrina que resulta aplicable a las denominadas garantías frente al propio legislador, entre las que se encuentra la restricción del art. 134.7 CE. Subsidiariamente, afirma que en todo caso la doctrina contenida en la STC 116/1994 no impide declarar inconstitucional el precepto que ahora se impugna toda vez que se trata ahora de la creación de un tributo nuevo.

Añade, por último, que el artículo 46.1 de la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, consagra el principio de reserva de ley, que debe entenderse en los términos descritos en el texto constitucional, al que la norma estatutaria que la subordinada, y por lo tanto debe entenderse incluyendo las restricciones que a las leyes de presupuestos impone el citado art. 134.7 CE.

b) En segundo lugar, se refiere el alegato a la infracción del art. 6.2 LOFCA, partiendo de la doctrina contenida en las SSTC 122/2012, de 5 de junio, y 210/2012, de 14 de noviembre.

Tras exponer detalladamente las principales conclusiones contenidas en estas Sentencias y otras citadas, se refiere el escrito a la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica, y que establece un impuesto sustancialmente similar al que ahora se impugna, siendo la única diferencia entre ambos el diverso ámbito de aplicación, que deriva de la distinta proyección territorial de las competencias estatal y autonómica.

En consecuencia, y en aplicación de la doctrina del *ius superveniens*, la norma estatal será parámetro de constitucionalidad. Cita en este sentido la doctrina contenida en la STC 1/2003, de 16 de enero, FJ 9, de acuerdo con la cual la disconformidad sobrevenida de las disposiciones autonómicas cuestionadas con las nuevas bases adoptadas por el legislador estatal determina la actual inconstitucionalidad de aquellas disposiciones originariamente respetuosas del orden constitucional de distribución de competencias, recordando que es doctrina de este tribunal que «la normativa estatal a tener en cuenta como elemento de referencia para el enjuiciamiento de las normas autonómicas en procesos constitucionales en los que se controla la eventual existencia de excesos competenciales ha de ser la vigente en el momento de adoptarse la decisión por parte de este Tribunal sobre la regularidad constitucional de los preceptos recurridos» (STC 1/2003, FJ 9, con cita de las SSTC 28/1997, de 13 de febrero, FJ 2, y 170/1989, de 19 de octubre, FJ 3).

Constatada por tanto la completa identidad entre el impuesto autonómico impugnado y el impuesto estatal regulado en el artículo 19 de la Ley estatal, solicita se declare la inconstitucionalidad de la norma autonómica impugnada por infracción de los arts. 133 y 157.3 CE; y 6.2 LOFCA.

2. Por providencia de 26 de febrero de 2013 el Pleno del Tribunal Constitucional, a propuesta de la Sección Cuarta, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad y dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme establece el art. 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), al Congreso de los Diputados y al Senado así como al Gobierno del Principado de Asturias y a la Junta General del Principado de Asturias, al

objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes. Asimismo, se tuvo por invocado por el Presidente del Gobierno el art. 161.2 LOTC, lo que, a su tenor y conforme dispone el art. 30 LOTC, produce la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del recurso —1 de febrero de 2013— para las partes del proceso y desde el día en que aparezca publicada la suspensión en el «Boletín Oficial del Estado» para los terceros, lo que se comunicó a los Presidentes del Gobierno del Principado de Asturias y de la Junta General del Principado de Asturias. Por último, también se ordenó publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial del Principado de Asturias».

3. Mediante escrito registrado el 6 de marzo, el Presidente del Senado comunicó que la Cámara se personaba en el proceso, ofreciendo su colaboración.

4. El Presidente del Congreso de los Diputados, mediante escrito registrado el día 8 de marzo, comunicó que la Mesa de la Cámara había acordado que la Cámara se personase en este procedimiento y ofrecer su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

5. Por escrito registrado el 19 de marzo de 2013, el Letrado de la Junta General del Principado de Asturias se persona en el proceso sin formular alegaciones.

6. La Letrada del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, en representación del Gobierno de esa Comunidad Autónoma cumplimentó el trámite de alegaciones mediante escrito registrado el 27 de marzo en el que solicita la desestimación del recurso de inconstitucionalidad.

Comienza el alegato recogiendo el tenor literal del art. 41 y de la disposición final séptima de la Ley de la Junta General del Principado de Asturias 3/2012, de 28 de diciembre, de presupuestos generales para 2013.

Se refiere a continuación a la finalidad que cumple la competencia del Estado de delimitar el poder tributario de las Comunidades Autónomas, refiriéndose a la doctrina contenida en las SSTC 13/2007, de 18 de enero, y 210/2012, de 14 de noviembre, así como a la doctrina constitucional que se refiere al ejercicio coordinado de las competencias financieras. Conecta lo anterior con la íntima relación que para la consecución de la autonomía política tiene la plena disposición de medios financieros.

A partir de la anterior, se refiere en primer lugar a la pretendida contradicción con el art. 134.7 CE. Tras citar in extenso la doctrina contenida en la STC 116/1994, FJ 5, niega que dicho límite pueda ser aplicable sin más a las Comunidades Autónomas. Insiste además en que se trata de una doctrina perfectamente asumida por el Tribunal Constitucional, que sigue manteniendo el mismo criterio, citando en ese sentido las SSTC 7/2010, y 136/2011.

El hecho de que se trate de un tributo nuevo, y no de una mera modificación de un tributo ya existente, no enerva lo anterior, afirmando que la interpretación realizada por la demanda «resulta pueril» y no puede determinar la inconstitucionalidad de la norma. Añade, en fin, que la Ley de presupuestos cumple sobradamente el principio de reserva de ley puesto que se trata de una ley verdadera, refiriéndose a continuación al propio debate de la Ley de presupuestos que se impugna ahora, y en el que ninguna de las enmiendas propuestas hizo especial consideración a la creación de este impuesto. Por tanto, no se discutió en mayor medida porque no se quiso, habiendo habido plena oportunidad para ello.

En segundo lugar, se refiere a la infracción del art. 6.2 LOFCA. Efectivamente el art. 19 de la Ley estatal 16/2012, de 27 de diciembre, crea un impuesto de depósito en las entidades de crédito con el mismo hecho imponible regulado por el impuesto autonómico, ocasionando por tanto, en principio, el supuesto de hecho regulado en el art. 6.2 LOFCA.

Sin embargo, el impuesto autonómico es previo al estatal, sin que la Administración de esta Comunidad Autónoma iniciara en modo alguno una «carrera legislativa» contra el Estado, sino que, de la tramitación parlamentaria de la Ley estatal se deduce justamente lo contrario. Para probar esta afirmación, se describe en detalle el proceso legislativo que condujo a la aprobación de la Ley estatal, afirmando que en definitiva el establecimiento del impuesto del Estado fue consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 210/2012, de 14 de noviembre, y tuvo por finalidad armonizar las disposiciones legislativas autonómicas en la materia, lo que habría requerido del instrumento del art. 150.3 CE.

En todo caso, incluso si la regulación estatal hubiera sido previa, no se produce la denunciada coincidencia entre ambos tributos, dado el impuesto estatal no grava un hecho imponible sino que se limita a realizar una reserva del mismo, utilizando de manera desviada una potestad tributaria reconocida constitucionalmente con la finalidad de recaudar. No cabe, crear tributos íntegramente extrafiscales, carentes de toda finalidad contributiva, de acuerdo con la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, toda vez que el tributo es una prestación patrimonial coactiva que tiene como finalidad la contribución al sostenimiento de los gastos públicos, lo que ha reiterado este tribunal entre otras en la STC 233/1999.

7. Próximo a finalizar el plazo de cinco meses que señala el art. 161.2 CE desde que se produjo la suspensión del art. 41 y de la disposición final séptima de la Ley de la Junta General del Principado de Asturias 3/2012, de 28 de diciembre, de presupuestos generales para 2013, el Pleno, mediante providencia de 1 de abril de 2013, acordó oír a las partes personadas para que, en el plazo de cinco días, expusieran lo que considerasen conveniente acerca del mantenimiento o levantamiento de dicha suspensión.

8. Evacuado el trámite conferido, el Pleno del Tribunal dictó el ATC 154/2013, de 9 de julio, acordando levantar la suspensión del art. 41 y de la disposición final séptima de la Ley de la Junta General del Principado de Asturias 3/2012, de 28 de diciembre, de presupuestos generales para 2013.

9. Por providencia de 26 de mayo de 2015 se señaló el día 28 de dicho mes y año para deliberación y votación de la presente Sentencia.

II. Fundamentos jurídicos

1. Este recurso de inconstitucionalidad se dirige contra el art. 41 y la disposición final séptima de la Ley de la Junta General del Principado de Asturias 3/2012, de 28 de diciembre, de presupuestos generales para 2013 (Ley 3/2012, en adelante), norma que establece un impuesto sobre depósitos en entidades de crédito.

La demanda considera vulnerados los arts. 134.7 CE y 6.2 de la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), en los términos expuestos en el antecedente primero, mientras que la representación procesal de la Junta General del Principado de Asturias interesa la desestimación íntegra en los términos también recogidos en los antecedentes.

2. Antes de examinar el fondo de esta controversia, debemos determinar dos cuestiones previas:

a) Debemos establecer si pervive su objeto en relación con el art. 41, expulsado del ordenamiento por la disposición derogatoria del Decreto Legislativo 1/2014, de 23 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales del Principado de Asturias en materia de tributos propios, cuyos artículos 52 a 68 regulan ahora el mismo impuesto sobre depósitos en entidades de crédito en términos equivalentes, manteniéndose en esta regulación la misma estructura del impuesto.

De acuerdo con nuestra doctrina, la regla general es que en los procesos de inconstitucionalidad la derogación de la norma que se recurre produce la extinción del proceso (por todas, SSTC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 2; 216/2012, de 14 de noviembre, FJ 2, y 9/2013, de 28 de enero, FJ 2), ya que la finalidad de este proceso abstracto no es otro que la depuración del ordenamiento jurídico, algo innecesario cuando, como aquí sucede, el propio legislador ha expulsado la norma de dicho ordenamiento.

Esta regla conoce excepciones, entre ellas, y por lo que aquí interesa, no pierden objeto aquellos procesos en los que se trata de realizar un control sobre los vicios de validez que pudieran haber incidido sobre la propia aprobación de una norma (por todas, SSTC 44/2015, de 5 de marzo, FJ 1; 86/2013, de 11 de abril, FJ 2; y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 2). Éste es el caso del primer motivo impugnatorio, referido al límite del art. 134.7 CE y su eventual aplicación a las leyes de presupuestos del Principado de Asturias.

La excepción de la regla general que afecta a este proceso, es que el pleito tenga carácter competencial y que tal controversia no pueda entenderse resuelta con la derogación de la norma [por todas, SSTC 134/2011, de 20 de julio, FJ 2 b); 161/2012, de 20 de septiembre, FJ 2 b); 133/2012, de 19 de junio, FJ 2, y 26/2015, de 19 de febrero, FJ 3]. Así sucede en este caso, ya que el precepto derogado ha sido sustituido por otra norma que plantearía, en su caso, similares problemas de constitucionalidad.

En consecuencia, el presente proceso no ha perdido objeto, subsistiendo ambos motivos impugnatorios.

b) Por lo que hace al segundo motivo de inconstitucionalidad, la infracción del art. 6.2 LOFCA, debemos asimismo precisar el canon para su resolución, partiendo para ello de nuestra doctrina sobre el ius superveniens aplicable a procesos como el presente, de manera que las normas que incurren en un posible exceso competencial deben controlarse teniendo en cuenta las normas del bloque de la constitucionalidad vigentes en el momento de dictar sentencia [por todas, SSTC 30/2015, de 19 de febrero, FJ 2; 35/2012, de 15 de marzo, FJ 2 c), y 210/2012, de 14 de noviembre, FJ 2 c)].

Será aquí por tanto preciso comparar el impuesto establecido por el Principado de Asturias con el previamente establecido por el Estado (impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito), teniendo en cuenta a estos efectos la redacción de este último tributo vigente en el momento de dictar sentencia. En concreto, deberá atenderse al impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito regulado en la Ley 16/2012 en su redacción actual, tras las dos modificaciones que han tenido lugar: en primer lugar, mediante el art. 124 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (Real Decreto-ley 8/2014, en adelante); y, en segundo lugar, por el art. 124 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento,

la competitividad y la eficiencia (Ley 18/2014, en adelante), declarado constitucional en la Sentencia de fecha de 26 de mayo, dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 275-2015.

Si bien es cierto que el art. 124 del Real Decreto-ley 8/2014 es objeto de dos recursos de inconstitucionalidad pendientes (núms. 5952-2014 y 5970-2014), este dato carece de relevancia para la resolución del presente recurso de inconstitucionalidad, pues en el hipotético caso de que se considerara inconstitucional por cualquier razón, tendría vigencia la redacción actual del art. 19 de la Ley 16/2012 dada por el art. 124 de la Ley 18/2014, declarado constitucional, como se ha indicado previamente, en la Sentencia de fecha de 26 de mayo, dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 275-2015. Y ello porque posee idéntica dicción y efectos retroactivos (a 1 de enero de 2014) que el art. 124 del Real Decreto-ley 8/2014 eventualmente declarado inconstitucional.

3. Debemos abordar, en primer lugar, la impugnación que se refiere al vehículo normativo empleado para la creación del tributo por el Principado de Asturias. Considera la demanda que se ha vulnerado el límite material a la ley de presupuestos contenido en el art. 134.7 CE.

Existe en este momento una doctrina consolidada sobre los límites materiales a la Ley de presupuestos, así como su aplicación a las homónimas leyes presupuestarias autonómicas, que ha sido recordada recientemente, entre otras, en la STC 86/2013, de 11 de abril (recurso de inconstitucionalidad dirigido contra la disposición adicional undécima de la Ley de las Cortes Valencianas 15/2007, de 27 de diciembre, de presupuestos para el ejercicio 2008). En esta doctrina hemos reiterado que el art. 134 CE regula una institución estatal, el presupuesto del Estado, y que como regla general no resulta aplicable a los presupuestos de las Comunidades Autónomas, a las que serán de aplicación las disposiciones de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) y de su respectivo Estatuto de Autonomía.

A partir de ahí hemos examinado, de un lado, la aplicación de los límites del art. 134.2 CE, que se refieren al contenido posible de una ley de presupuestos; y, de otro, el límite específico acerca de la aplicación de la prohibición de establecer tributos mediante ley de presupuestos que se contiene en el art. 134.7 CE.

a) Por lo que se refiere a los límites que se derivan del art. 134.2 de la Constitución, en los procesos constitucionales en los que resultaba controvertido el contenido posible de una ley de presupuestos autonómica, hemos examinado las normas que integran el bloque de la constitucionalidad aplicable a la institución presupuestaria de la Comunidad Autónoma en cuestión. Así lo hemos hecho en el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón (STC 174/1998, de 23 de julio, FJ 6); de Cantabria (STC 130/1999, de 1 de julio, FJ 5); de La Rioja (STC 180/2000, de 29 de junio, FJ 5); de las Islas Canarias (STC 274/2000, de 15 de noviembre, FJ 6); del País Vasco (STC 3/2003, de 16 de enero, FJ 6); de Madrid (STC 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 10); de Castilla-La Mancha (STC 74/2011, de 19 de mayo, FJ 3); o, finalmente, de la Comunidad Valenciana (SSTC 7/2010, de 27 de abril, y 86/2013, de 11 de abril, FFJJ 3 y 4). En todos estos casos, al contener una cláusula similar al art. 134.2 CE tanto la Ley Orgánica 8/1980, de financiación de las Comunidades Autónomas (art. 21.1) como todos los Estatutos de Autonomía enjuiciados, llegamos a la conclusión de que del bloque de la constitucionalidad aplicable a la Comunidad Autónoma puede deducirse «un principio general de que el contenido de la Ley de Presupuestos autonómica se adecúe a la función institucional que le es propia, sin que puedan incluirse en ella normas que no guarden relación directa con el programa de ingresos y de gastos o con los criterios de la política

económica en que se sustentan, o que no sean un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto» (SSTC 174/1998, FJ 6, y 130/1999, FJ 5).

La conclusión de la anterior doctrina es que hemos considerado que los límites al contenido posible o eventual de la Ley de presupuestos derivados del art. 134.2 CE son de aplicación a las leyes de presupuestos de las Comunidades Autónomas siempre que haya una identidad sustancial en las normas que integren el bloque de la constitucionalidad aplicable a la Comunidad Autónoma, conclusión que en todos los supuestos examinados ha arrojado un resultado positivo. Y en el caso concreto del Principado de Asturias, tal cláusula se recoge en el art. 47.3 de su Estatuto de Autonomía, regulado en la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre: «El presupuesto tendrá carácter anual e incluirá la totalidad de los gastos e ingresos del Principado y de los organismos e instituciones de él dependientes».

b) En el caso de la prohibición contenida en el art. 134.7 CE, que es la que aquí importa, hemos procedido de igual modo, partiendo por tanto de que se contiene en él una limitación constitucional que no resulta de aplicación a las leyes de presupuestos de las Comunidades Autónomas (STC 116/1994, de 18 de abril, FJ 5), de manera que si bien «el sistema tributario debe estar presidido por un conjunto de principios generales comunes capaz de garantizar la homogeneidad básica que permita configurar el régimen jurídico de la ordenación de los tributos como un verdadero sistema y asegure la unidad del mismo, que es exigencia indeclinable de la igualdad de los españoles», sin embargo, estos principios comunes, «son únicamente, para el intérprete y aplicador del Derecho, los consagrados en los preceptos constitucionales, estatutarios y legales aplicables en cada una de las Comunidades Autónomas o los que puedan inducirse de estos preceptos. Pero no cabe derivarlos, sin más, de preceptos que regulen exclusivamente instituciones del Estado ni aplicarlos por analogía a las Comunidades Autónomas». En consecuencia, «del segundo inciso del art. 134.7 C.E. no puede inducirse un principio general, de prohibición de modificar tributos por medio de las leyes de presupuestos autonómicas o forales sin la previa habilitación de una ley tributaria sustantiva» (STC 116/1994, FJ 5).

Esta doctrina ha sido reiterada, entre otras, en la STC 7/2010, de 27 de abril, FJ 3, en la que reiteramos que «la regulación de los elementos esenciales de un tributo por ley de presupuestos en ningún caso puede vulnerar el principio de reserva de ley del art. 31.3 CE. Cuestión distinta es que esa regulación pueda ser contraria, en el caso de las leyes de presupuestos generales del Estado, a lo dispuesto en el art. 134.7 CE, porque este precepto prohíbe crear tributos mediante ley de presupuestos y sólo permite modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva lo prevea. Ahora bien, esta limitación constitucional no resulta de aplicación a las leyes de presupuestos de las Comunidades Autónomas, lo que conduce a rechazar —digámoslo desde ahora— que la norma impugnada en el presente proceso constitucional haya vulnerado el art. 134.7 CE, en contra de lo que sostienen los recurrentes» (FJ 3).

Pues bien, a partir de lo anterior, al igual que sucedía con el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (STC 7/2010), y con la Ley 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra (STC 116/1994), el Estatuto del Principado de Asturias, regulado en la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, no contiene una limitación expresa de similar naturaleza a la establecida en el art. 134.7 CE. Tampoco la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas ha incorporado una prohibición similar. Debe por tanto alcanzarse la misma conclusión que en las Sentencias citadas, lo que conduce a la desestimación de este primer motivo de inconstitucionalidad.

4. Distinta debe ser la conclusión en relación con el segundo motivo de inconstitucionalidad, referido a la infracción del art. 6.2 LOFCA.

En efecto, un examen de los elementos esenciales del impuesto asturiano permite concluir, al igual que hicimos en la citada STC 30/2015 con el homónimo impuesto valenciano, que es sustancialmente similar al impuesto estatal sobre los depósitos, regulado en el art. 19 de la Ley 16/2012, tras las modificaciones referidas en el fundamento segundo.

A esta conclusión conduce el análisis de los elementos esenciales del tributo asturiano:

– El hecho imponible lo constituye «el mantenimiento de fondos de terceros, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, por parte de las entidades mencionadas en el punto cuatro del presente artículo, y que comporten la obligación de restitución» (art. 41.2 de la Ley 3/2012). El impuesto estatal define el hecho imponible de forma similar, como «el mantenimiento de fondos de terceros, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, por los contribuyentes señalados en el apartado Seis de este artículo, y que comporten la obligación de restitución, a excepción de los fondos mantenidos en sucursales fuera del territorio español» (art. 19.3 de la Ley 16/2012).

– La base imponible la constituye «la cuantía económica total, en términos de fondos, calculada promediando aritméticamente el saldo final de cada trimestre natural del período impositivo, de la partida del Pasivo del Balance reservado de las Entidades de Crédito 4. Depósitos de la clientela excluidos los importes de los epígrafes correspondientes a las partidas de Ajustes por valoración (4.1.5, 4.2.5, 4.3.2 y 4.4.5).» (Art. 41.5 de la Ley 3/2012). Por su parte, la base imponible del impuesto estatal es «el importe resultante de promediar aritméticamente el saldo final de cada trimestre natural del período impositivo, con independencia de la duración del período impositivo, correspondiente a la partida 4 ‘Depósitos de la clientela’ del Pasivo del Balance reservado de las entidades de crédito, incluidos en los estados financieros individuales» (art. 19.7 de la Ley 16/2012), con los ajustes a que se refiere el mismo precepto.

– Coinciden también los sujetos pasivos, las entidades de crédito en ambos casos (art. 41.4 de la Ley 3/2012, art. 19.6 de la Ley 16/2012).

– Al igual que en el caso del impuesto valenciano, difiere el autonómico del estatal únicamente en la cuota tributaria, que es una escala de gravamen en el caso del tributo asturiano (art. 41.6 de la Ley 3/2012):

Base imponible (hasta euros)	Cuota íntegra (euros)	Resto imponible (euros)	base (hasta)	Tipo aplicable (porcentaje)
–	–	150.000.000		0,3
150.000.000	450.000	450.000.000		0,4
600.000.000	2.250.000	En adelante		0,5

Finalmente, también difieren en las deducciones que se establecen únicamente para las entidades de crédito efectivamente radicadas en el territorio del Principado de Asturias.

5. La exposición de los citados elementos esenciales permite concluir que el impuesto establecido por el Principado de Asturias coincide, en sus elementos esenciales, con el

homónimo estatal, incurriendo por tanto en la incompatibilidad que establece el art. 6.2 LOFCA. Al igual que concluimos en la STC 30/2015, de 19 de febrero, en relación con el impuesto valenciano sobre los depósitos en las entidades de crédito, similar al aquí impugnado, las citadas coincidencias sustanciales, en los elementos esenciales de ambos impuestos, suponen la vulneración de los arts. 133.2 y 157.3 CE, así como del art. 6.2 LOFCA, lo que conduce a declarar la inconstitucionalidad y nulidad del art. 41 de la Ley de la Junta General del Principado de Asturias 3/2012, de 28 de diciembre, de presupuestos generales para 2013.

Alcanzada la anterior conclusión, es innecesario declarar inconstitucional la disposición final séptima, impugnada en tanto que establecía la entrada en vigor del citado artículo 41 el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Principado de Asturias».

FALLO

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

Ha decidido

Estimar el recurso de inconstitucionalidad y declarar la inconstitucionalidad y nulidad del art. 41 de la Ley de la Junta General del Principado de Asturias 3/2012, de 28 de diciembre, de presupuestos generales para 2013.

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

Dada en Madrid, a veintiocho de mayo de dos mil quince.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Adela Asua Batarrita.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Antonio Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.

Pleno. Sentencia 109/2015, de 28 de mayo de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 1457-2014. Planteada por la Sala de lo Social con sede en Burgos del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León en relación con el artículo 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de Seguridad Social. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, expropiación de derechos y pensiones adecuadas y actualizadas: constitucionalidad del precepto sobre actualización y revalorización de pensiones (STC 49/2015). Voto particular.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro 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. 1457-2014, 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 Presidente, don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 11 de marzo 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. 435-2013, Auto de 6 de febrero 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) Varios pensionistas interpusieron demanda ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social 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, solicitaban 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 1 de octubre de 2013 estimando en parte la demanda, declarando «el derecho de todos los demandantes 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 el «derecho de los actores 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». Se condena al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) a abonar a los demandantes que se citan el pago de determinadas cantidades que se especifican en el fallo de la Sentencia.

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 10 de diciembre de 2013.

d) Concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar Sentencia, el órgano judicial dictó providencia de 10 de diciembre de 2013 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 formuló alegaciones.

3. Por Auto de 6 de febrero 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 podrán 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 de la 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:

Si «[e]l 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 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. Mediante diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia del Tribunal Constitucional de 13 de marzo de 2014 se interesa que se certifique si además del Ministerio Fiscal el resto de las partes personadas evacuaron el traslado conferido en providencia de 10 de diciembre de 2013, remitiendo en su caso copia de los escritos presentados. La Sala proponente contestó

que «en el presente procedimiento se dio el traslado acordado en la Providencia en la que se planteó la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pero sólo se presentó informe por el Ministerio Fiscal, cuyo testimonio se ha aportado en ese Tribunal».

5. El Pleno de este Tribunal, a propuesta de la Sección Segunda, acordó admitir a trámite la cuestión mediante providencia de 8 de abril de 2014; reservar para sí 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 Castilla y León, a fin de que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (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».

6. Mediante escrito registrado el 23 de abril 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.

Por escrito registrado el 25 de abril 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.

7. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 23 de abril 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.

8. Por diligencia de ordenación de 24 de abril 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.

9. El Abogado del Estado se personó, mediante escrito de alegaciones registrado en el Tribunal el 7 de mayo de 2014, 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 lo 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 índice de precios al consumo (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 generales 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 general 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 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.

10. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones ante este Tribunal con fecha 23 de mayo de 2014, 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 puede compartir lo dicho por el Tribunal Superior de Justicia en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad de que en el caso que nos ocupa es obvia la vulneración por parte del Decreto-ley de la retroactividad, puesto que esta afirmación la hace respecto a las dos reglas que contiene el art. 2 de la norma: la primera, relativa a la suspensión para el ejercicio 2013 de la revalorización de las pensiones conforme al índice de precios al consumo y, la segunda, relativa a la actualización de las pensiones en los términos previstos en el art. 48.1.2 LGSS. 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 100, (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, paga 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, pues al entrar en vigor el Real Decreto-ley el 1 de diciembre de 2012, está incurriendo, a su juicio, en un supuesto de retroactividad auténtica, al vincular 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 presupuestaria 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. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social presentó su escrito de alegaciones el 26 de mayo de 2014.

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 Ley general de la Seguridad Social 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 Ley general de la Seguridad Social, 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».

12. Por providencia de 26 mayo de 2015 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 28 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 la reciente STC 49/2015, de 5 de marzo, 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 índice de precios al consumo (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 de la Ley general de la Seguridad Social (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 5 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.

En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en la STC 49/2015, de 5 de marzo, 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.

Dada en Madrid, a veintiocho de mayo de dos mil quince.–Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Adela Asua Batarrita.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Fernando Valdés Dal-Ré.–Juan José González Rivas.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Pedro José González-Trevijano Sánchez.–Ricardo Enríquez Sancho.–Antonio Narváez Rodríguez.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1457-2014, y al que se adhieren la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno en la que se sustenta la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de esta, que entiendo hubiera debido de ser estimatorio por vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Las razones de mi discrepancia son coincidentes con las que ya fueron expuestas en el Voto particular formulado a la STC 49/2015, 5 de marzo, al que para evitar reiteraciones innecesarias me remito.

Madrid, a veintiocho de mayo de dos mil quince.–Fernando Valdés Dal-Ré.–Adela Asua Batarrita.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Firmado y rubricado.

Pleno. Sentencia 110/2015, de 28 de mayo de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 2502-2014. Planteada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña en relación con los apartados a) y b) de la regla tercera del número 1, de la disposición adicional séptima del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, en la redacción dada, respectivamente, por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de la estabilidad. Principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos: constitucionalidad del precepto legal que establece la regla para el cálculo de la base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente de los trabajadores contratados a tiempo parcial (STC 156/2014). Voto particular.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro 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. 2502-2014, promovida por el Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña, en relación con los apartados a) y b) de la regla tercera del número 1, de la disposición adicional séptima del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada a los citados apartados, respectivamente, por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y por el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de la estabilidad, por posible vulneración de los artículos 9.3 y 14 de la Constitución. Han comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado, el Fiscal General del Estado y el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Ha sido Ponente el Magistrado don Juan José González Rivas, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 21 de abril de 2014 se registró en este Tribunal Constitucional un oficio del Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña, fechado el 7 de abril de 2014, al que se acompañaba, junto al testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto de ese mismo órgano judicial de 17 de enero de 2014, por el que se acordaba plantear una cuestión de inconstitucionalidad en relación con los apartados a) y b) de la regla tercera del número 1, de la disposición adicional séptima del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (en adelante, LGSS), en la redacción dada por las normas citadas en el encabezamiento, por posible vulneración de los arts. 9.3 y 14 de la Constitución.

2. Los antecedentes de hecho del planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad son los siguientes:

a) Doña Generosa Landeira Rey tenía reconocidos por el Instituto Nacional de la Seguridad Social un total de 7.437 días cotizados desde el 30 de noviembre de 1970. En concreto, sus últimos periodos cotizados lo fueron a tiempo parcial con contrato del 12,8 por 100, entre el 6 de junio de 2006 y el 17 de noviembre de 2006 (equivalentes a 32 días de cotización), siendo esos 32 días los únicos en que cotizó a tiempo parcial.

b) Habiendo solicitado pensión de jubilación, por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), de 10 de febrero de 2011, le fue reconocida en cuantía mensual de 334,51 €, tomándose para su cálculo como base reguladora la cantidad de 491,93 €. El INSS, para realizar tal cálculo procedió a integrar las «lagunas» o vacíos de cotización tras la finalización de su último trabajo a tiempo parcial hasta el hecho causante, tomando la base mínima de cotización anual prorrateada con el coeficiente del 12,8 por 100, todo ello entre noviembre de 2006 y diciembre de 2010. Por otro lado, por el periodo correspondiente a los días cotizados a tiempo parcial en el periodo entre el 6 de junio y el 17 de noviembre de 2006, se tomaron las bases reales de cotización a tiempo parcial.

c) Disconforme la beneficiaria de la pensión con la base reguladora utilizada para calcular su cuantía, y, concretamente, con la forma en la que el INSS había integrado las «lagunas» o vacíos de cotización en aplicación de lo dispuesto en la regla tercera de la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social, interpuso reclamación previa, y tras su desestimación, formuló demanda frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social en la que solicitaba que se reconociese como cuantía de la base reguladora para el cálculo de la pensión de jubilación la de 650,78 €. La demanda dio lugar a los autos núm. 504-2011 seguidos ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña.

d) Concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, por providencia de 28 de noviembre de 2013, el Juzgado concedió, de conformidad con el art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), un plazo de diez días a las partes y al Ministerio Fiscal a los efectos de que formularan alegaciones sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de los apartados a) y b) de la regla tercera del número 1, de la disposición adicional séptima LGSS, por posible vulneración del principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE) y del principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE).

e) El 20 de diciembre de 2013, la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, presentó sus alegaciones considerando improcedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Con fecha de 8 de enero de 2014, lo hizo la representación procesal de la parte actora manifestando conformidad con su planteamiento. El Ministerio Fiscal no evacuó el trámite de alegaciones que le fue conferido.

f) El Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña, por Auto de 17 de enero de 2014, acordó plantear ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad en orden a determinar si los apartados a) y b) de la regla tercera del número 1 de la disposición adicional séptima de la LGSS eran inconstitucionales.

3. En el Auto de 17 de enero de 2014, el Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña fundamenta la cuestión de inconstitucionalidad en las consideraciones que resumidamente se exponen a continuación.

Tras la exposición de los antecedentes de hecho, el órgano judicial concreta el cumplimiento de los extremos exigidos en el art. 35.2 LOTIC para el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad. Así, tras identificar los preceptos legales cuya constitucionalidad se cuestiona, se aduce con relación al juicio de relevancia que este último se cumple por cuanto la aplicación al caso del apartado b) de la regla tercera del número 1 de la disposición adicional séptima LGSS le supone a la actora que, por haber trabajado a tiempo parcial los 32 últimos días cotizados, la integración de lagunas hasta el hecho causante se realice acudiendo a bases mínimas reducidas en el mismo porcentaje en que estuvo contratada a tiempo parcial, en lugar de aplicársele bases mínimas sin reducción conforme al art. 162.1.1.2 LGSS. Por lo que se refiere al epígrafe a) de la misma norma cuestionada, se indica que su aplicación al caso le supone a la actora que se tomen por los treinta y dos días de trabajo a tiempo parcial las bases reales cotizadas durante ese periodo. Esto determina una base reguladora menor que si durante ese periodo de trabajo a tiempo parcial el mismo se integrara con bases mínimas conforme dispone el art. 162.1.2 LGSS para el caso de que el trabajador no hubiera trabajado a tiempo parcial. A mayor abundamiento, se indica que respecto de un supuesto en gran parte coincidente con el de autos ha sido admitida a trámite una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo mediante Auto de 26 de abril de 2012, en autos núm. 1480-2011.

En cuanto a los preceptos constitucionales que resultarían infringidos se señala en el Auto de planteamiento que se trataría del derecho de igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), así como del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). Se indica al respecto, en primer término, con relación al apartado a) de la regla tercera del número 1, de la disposición adicional séptima LGSS, que no estaría justificado –al menos en un caso como el de autos en el que los periodos trabajados a tiempo parcial son breves y al final de la vida laboral– que a un trabajador a tiempo completo se le integren las lagunas de cotización con bases mínimas y a quien trabajó a tiempo parcial se le computen

las bases reales durante el trabajo a tiempo parcial, en especial cuando esas bases reales cotizadas a tiempo parcial son inferiores a las bases mínimas aplicables en el caso de que no se hubiera trabajado durante tal periodo. Existiría, pues, un trato peyorativo del trabajador a tiempo parcial con relación a aquél que en el mismo periodo no trabajó.

En segundo término, con relación al apartado b) de la misma norma controvertida, se considera que vulneraría los mismos preceptos constitucionales por dispensar un trato desigual injustificado a los que trabajan a tiempo parcial durante un breve periodo de tiempo al final de su carrera de cotización habiendo cotizado el resto de esa carrera a tiempo completo, debido a que en estos casos la integración de las «lagunas» de cotización hasta la fecha del hecho causante no se realiza con las bases mínimas, como es la regla general, sino con bases mínimas reducidas en la misma proporción correspondiente al número de horas contratadas durante el último periodo cotizado a tiempo parcial.

Después destaca el órgano judicial proponente que, a la vista del hecho de que por la realidad social actual la contratación a tiempo parcial es realizada de manera más habitual con mujeres, se vulneraría también por los preceptos indicados la prohibición de no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE, en tanto que el trato peyorativo y desigual antes descrito recaería en especial en las mismas.

Finalmente, reproduce, por considerarlos aplicables al caso de autos, los argumentos ofrecidos por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en su Auto de 26 de abril de 2012, al plantear la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3361-2012, frente a ese mismo apartado b) de la regla tercera del número 1, de la disposición adicional señalada.

4. Por providencia de 24 de junio de 2014, el Pleno de este Tribunal acordó admitir a trámite esta cuestión de inconstitucionalidad, reservar para sí el conocimiento de la misma conforme al art. 10.1 c) LOTC, y dar traslado de la demanda y documentos presentados al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, a través del Ministro de Justicia, y al Fiscal General del Estado, para que en el improrrogable plazo de quince días pudieran personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimasen convenientes (art. 37.3 LOTC). Asimismo, se ordenó, de un lado, comunicar esa resolución al Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña a fin de que, de conformidad con el art. 35.3 LOTC, permaneciese suspendido el proceso hasta que este Tribunal resolviese definitivamente la presente cuestión, y de otro lado, publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado», lo que se llevó a efecto en el «BOE» núm. 162, de 4 de julio de 2014.

5. Mediante escrito presentado en el registro de este Tribunal el día 2 de julio de 2014, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó la decisión de la Mesa de esa Cámara de personarse en el presente procedimiento, ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 9 de julio de 2014, el Presidente del Senado comunicó el acuerdo de la Mesa de la Cámara de personarse en el presente procedimiento constitucional, ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

7. Por escrito registrado en este Tribunal con fecha de 15 de julio de 2014, se personó en el presente proceso constitucional el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

8. Por diligencia de ordenación de 16 de julio de 2014 de la secretaría de justicia del Pleno de este Tribunal, se tuvo por personado y parte al Letrado de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, acordándose entender con él las sucesivas actuaciones, y conforme establece el art. 37.2 LOTC, concederle un plazo de quince días para que formulase alegaciones.

9. Por escrito registrado en este Tribunal con fecha de 17 de julio de 2014, evacuó el trámite de alegaciones el Abogado del Estado. Comienza señalando que respecto del apartado a) de la regla tercera del número 1, de la disposición adicional cuestionada, el Auto de planteamiento carece de la mínima argumentación para acreditar la inconstitucionalidad de la norma, en tanto que si bien se remite fundamentalmente al Auto por el que el Tribunal Supremo plantea la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3361-2012, en el mismo no se dudaba sobre la constitucionalidad de ese apartado a). Ciertamente, en tal Auto se señaló con relación a este último que la regla relativa a que el cálculo de la base reguladora durante los tiempos de trabajo a tiempo parcial se realizase sobre las bases por las que se hubiese efectivamente cotizado durante el periodo de cómputo constituía una regla de estricta proporcionalidad que conducía a bases reducidas en función de las horas efectivamente trabajadas. No obstante, en ese Auto sí se constató una anomalía, en tanto que si el trabajador en lugar de prestar servicios a tiempo parcial hubiera permanecido inactivo, se hubiera aplicado la integración de lagunas con las bases mínimas a tiempo completo, con lo que el trabajo a tiempo parcial se desincentivaría, al tener la inactividad a efectos de las pensiones de Seguridad Social un tratamiento más favorable que la actividad a tiempo parcial.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no consideró que tal «anomalía» fuese argumento suficiente para plantear la inconstitucionalidad del precepto, sino que era una consecuencia no arbitraria del trabajo a tiempo parcial. Además, añade el Abogado del Estado que esta norma no forma parte del imprescindible juicio de relevancia, puesto que el demandante centra su reclamación, como se deduce de la demanda, realmente contra el apartado b) a juzgar por la jurisprudencia que cita, que solo concierne a la aplicación de esta última norma. Posteriormente, hace referencia, con relación a la aplicación del principio de proporcionalidad en el cálculo de prestaciones, tanto a las SSTs de 23 de marzo de 2006, 31 de octubre de 2007 y 30 de enero de 2008, como a la STC 253/2004, de 22 de diciembre.

Centrándose, seguidamente, en el cuestionado apartado b) de la regla tercera del número 1 de esa disposición adicional, indica el Abogado del Estado que la cuestión debatida no es otra que el determinar el modo en que deben llenarse las lagunas o vacíos de cotización correspondientes a periodos de inactividad laboral, cuando en la carrera de seguro del solicitante de una pensión de jubilación concurren cotizaciones por trabajo a tiempo completo y a tiempo parcial. En la resolución impugnada del Instituto Nacional de la Seguridad Social, aplicando aquél apartado, se parte de la ficción jurídica de que continua vigente la última modalidad contractual, utilizando para la integración de las «lagunas» la base mínima correspondiente a la modalidad de trabajo (ya sea a tiempo completo, ya a tiempo parcial) inmediatamente anterior a la inactividad generadora del vacío de cotización.

Pues bien, señala el Abogado del Estado que ese apartado no viola ninguno de los preceptos constitucionales invocados, es acorde con los arts. 140.4 y 162.1.2 LGSS, así como con la doctrina mantenida en la citada STC 253/2004, que incidió en la aplicación del principio contributivo en la determinación de las bases reguladoras en los casos de contratos de trabajo a tiempo parcial. Con base a ello, se señala que la previsión legal no es arbitraria en cuanto a la forma de integrar las lagunas bajo la ficción de prórroga de la situación que se tenía hasta la extinción del contrato. Si se trata de trabajo a tiempo completo, el vacío se integra ficticiamente como si se hubiera prorrogado dicho contrato, con las bases mínimas que correspondan, y

si el contrato que se extingue lo es a tiempo parcial, en la ficción de su prórroga para no computar los vacíos a cero se toma como referencia el contrato extinguido con la concreta reducción de jornada.

Posteriormente, el Abogado del Estado descarta la vulneración del art. 14 CE, tanto en su vertiente de derecho a la igualdad ante la ley como en la de prohibición de discriminación por razón de sexo. En efecto, la primera, en tanto que no se puede justificar una eventual vulneración del principio de igualdad sobre la base de cómo pueda afectar a un supuesto concreto una norma objetiva. En este sentido, añade que ni pueden compararse los efectos que las distintas carreras de cotización puedan acarrear, ni puede calificarse el sistema como aleatorio únicamente con base a ello. En cuanto a la segunda, afirma que no basta con el dato de afectación mayoritaria a las mujeres para determinar la discriminación, ya que la diferenciación quedará justificada si la disposición atiende a una finalidad legítima y se acredita que los medios para alcanzarla son adecuados y necesarios, circunstancias que concurrirían en el caso cuestionado, al obedecer esa regla al principio de contributividad del sistema y al de proporcionalidad. En cualquier caso, la proporción entre contratos a tiempo parcial femenino y masculino ha evolucionado, no existiendo diferencias tan marcadas como en el pasado.

Termina el Abogado del Estado su escrito señalando, con carácter subsidiario, que la interpretación del Juzgado que plantea la cuestión no es la única posible del precepto legal y que, además, el caso que se plantea es excepcional, pues se contempla un supuesto muy concreto y aislado, sin considerar la configuración general del sistema de Seguridad Social.

10. Por escrito registrado en este Tribunal con fecha de 8 de septiembre de 2014 formuló alegaciones el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en la representación que ostenta. Refiriéndose, primero, al apartado a) de la regla tercera del número 1, de la disposición adicional séptima LGSS, comienza señalando que son principios que sustentan el actual sistema de integración de lagunas en la base reguladora de las pensiones los de suficiencia y proporcionalidad. Con cita de la STC 37/1994, recuerda los elementos esenciales que identifican la garantía institucional del Sistema de Seguridad Social, y añade que este último se caracteriza por las notas de flexibilidad y por estar condicionado a los concretos medios económicos disponibles en cada momento. Tras referirse a las limitaciones que configuran la garantía del principio de pensión adecuada con cita de la STC 134/1987, indica que los principios antes citados también condicionan el sistema de integración de lagunas en materia de cotización, tanto en los casos de trabajo a tiempo completo como parcial. En tal sentido, señala con relación a la integración de las lagunas, esto es, de los periodos en los que no existe obligación de cotizar porque se ha extinguido o suspendido el contrato de trabajo, que el legislador realiza una ficción legal que opera sobre dos ideas. En primer lugar, se presume que el contrato anterior sigue vigente a efectos de cómputo de su cotización en la base reguladora, de manera que el contrato que tenía el trabajador se proyecta sobre el futuro; en segundo lugar, se presume que la cotización se realiza sobre el peor salario que puede recibir un trabajador (salario mínimo interprofesional más el prorrateo de las pagas extraordinarias).

Una vez realizadas las anteriores consideraciones, se pasa a analizar cómo actúa el mecanismo de la integración de lagunas durante la realización de un contrato a tiempo parcial de acuerdo con lo dispuesto en el cuestionado apartado a) de la regla tercera del número 1, de la disposición adicional séptima LGSS, para luego examinar cómo se integran las lagunas tras el cese en el trabajo en un contrato a tiempo parcial [apartado b) de la misma norma].

Con relación al apartado a) se indica que en los contratos de trabajo a tiempo parcial puede suceder que el trabajador trabaje todos los días laborales pero con un porcentaje de jornada inferior a la ordinaria, o que trabaje con menor porcentaje a la jornada ordinaria pero concentrando su actividad durante varios periodos de tiempo al año, permaneciendo inactivo el resto. En ambos casos, se mantiene al trabajador en alta en la Seguridad Social durante todo el año. Dicho esto, se recuerda que para que exista laguna de cotización, la misma se tiene que producir fuera de la vigencia del contrato de manera que hay que distinguir entre las lagunas del contrato y las que se producen fuera del mismo. En las primeras existe verdadera cotización adecuada a la naturaleza del contrato en vigor, mientras que en las segundas no existe cotización ni obligación de cotizar. De este modo, vigente un contrato a tiempo parcial la diferencia entre la cotización a tiempo parcial y la base mínima de cotización no constituye una verdadera laguna de cotización. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de marzo de 2006 y 31 de octubre de 2007, que entiende que se aplican adecuadamente los principios de suficiencia protectora y de contributividad al calcular la base reguladora de los trabajadores a tiempo parcial en función de los salarios cotizados y de la contribución que se ha realizado al sistema de Seguridad Social.

Señala el Juzgador a quo que en algunos casos la aplicación de tal regla desincentiva el trabajo a tiempo parcial cuando la retribución es inferior al salario mínimo interprofesional, pero tal efecto en realidad sería colateral porque la finalidad del Sistema de Seguridad Social es la de sustituir las rentas de trabajo dejadas de percibir a consecuencia de la suspensión o extinción de la relación laboral, pero no la de animar el mercado de trabajo. En suma, se niega que el epígrafe a) analizado infrinja el principio de igualdad y la prohibición de no discriminación (art. 14 CE) y la prohibición de arbitrariedad (art. 9.3 CE), en tanto que como ya tuvo ocasión de pronunciarse la STC 253/2004, en la medida en que el contrato a tiempo parcial supone un esfuerzo contributivo menor que en el caso del contrato a jornada completa, es razonable y proporcionado que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas.

Una vez examinado el apartado a), se pasan a analizar las dudas de constitucionalidad planteadas con referencia al apartado b) de la misma norma, respecto al que el Juzgado utiliza los mismos argumentos que en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3361/2012 planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, insistiendo en la falta de proporción de la regla de cálculo utilizada para la integración de lagunas de cotización en los casos de extinción de la relación laboral (esto es, la de la integración de las lagunas con las bases mínimas que correspondan al número de horas contratadas en último término, es decir, conforme al contrato a tiempo parcial vigente en el momento del cese). Se señala que, en ambos casos, la cuestión de inconstitucionalidad se basa en los efectos que la aplicación de la regla produce en un caso muy concreto y aislado, menospreciando la verdadera naturaleza de la integración de lagunas y su aplicación en la generalidad de los casos. Y se indica que el cómo afecte a un supuesto concreto una norma objetiva no justifica la defensa de la inconstitucionalidad de la misma. En cualquier caso, se afirma que la norma controvertida no ocasiona un agravio a los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a tiempo completo, antes bien, viene a consolidar la finalidad perseguida por el sistema de prestación social en cuanto a la sustitución de las rentas dejadas de percibir por prestaciones proporcionales a dichas rentas, objetivo que se cumple al calcular las prestaciones sobre el periodo elegido por el legislador, que no es caprichoso sino objetivo e igual para todos los ciudadanos, lo que permite descartar la vulneración del principio de igualdad, de la prohibición de discriminación por razón de género, y del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Finalmente, se niega que tanto el apartado a) como el apartado b) de la norma analizada puedan generar una discriminación indirecta, en tanto que lo esencial no es que trabajen más

mujeres que hombres a tiempo parcial, sino si la regla de integración de lagunas cuestionada castiga más a las mujeres que a los hombres a la hora de calcular la base reguladora. Y a este respecto, tras indicarse que existe planteada una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se hacen tres alegaciones.

La primera que «la discriminación indirecta no vendría determinada por el hecho de que existan más mujeres que hombres que trabajan a tiempo parcial, sino si estadísticamente la integración de lagunas tras el cese en un trabajo a tiempo parcial se produce y de una forma más significativa en mujeres que en hombres en supuestos en los que existe una larga vida laboral de trabajo a tiempo completo».

Se aduce, en segundo lugar, que «no se acredita que resulten afectados un número mucho más elevado de mujeres que de hombres», o en otras palabras, que exista una presunción de discriminación indirecta porque la norma perjudique a «un porcentaje considerablemente inferior de hombres que de mujeres», o que haya «un porcentaje o número considerablemente mayor de trabajadoras que de trabajadores».

Y, por último, se afirma que «de los datos que se certifican por esta parte [en el informe que se adjunta relativo a la integración de lagunas en los expedientes de pensión por incapacidad permanente], se desprende que el promedio del número de lagunas integradas a tiempo parcial por expediente fue: en mujeres de cinco lagunas en 2010; cinco en 2011; cuatro en 2012; y dos en 2013. En cambio, en hombres dicho promedio fue de dos lagunas en 2010; dos en 2011; tres en 2012; y dos en 2013. Esto significa que si bien en 2010 y 2011 en mujeres fue superior dicho promedio por expediente, a partir de 2012 se aprecia un cambio que concluye con la igualdad en el dato de hombres y mujeres en 2013. Asimismo, en el total de lagunas integradas en todos los expedientes en los que se efectuó la integración, se advierte que se integraron mayor número de lagunas en hombres (135.752 en 2010, 138.400 en 2011; 144.004 en 2012 y 170.803 en 2013) que en mujeres (131.056 en 2010, 124.737 en 2011, 117.458 en 2012 y 129.281 en 2013). En el detalle de las lagunas integradas a tiempo parcial, se ratifica que en las mujeres, desde 2010 a 2013, desciende el número total de lagunas integradas a tiempo parcial, pasando de 42.085 en 2010 a 17.753 en 2013, y en los hombres, se incrementa dicho número desde 20.925 en 2010 a 22.285 en 2013, de modo que en este último año se integraron mayor número de lagunas a tiempo parcial en hombres que en mujeres».

11. Por escrito registrado en este Tribunal con fecha de 16 de septiembre de 2014 formuló alegaciones el Fiscal General del Estado. En primer término, propone que la cuestión de inconstitucionalidad sea inadmitida con respecto al apartado a) de la norma cuestionada, en tanto que entiende que resulta inaplicable e irrelevante para resolver la litis del proceso seguido ante el Juzgado. En efecto, la divergencia que plantea la actora con el cómputo que realiza el INSS no es otra que la del cálculo de las bases de cotización en el periodo comprendido entre el 17 de noviembre de 2006 y el 8 de febrero de 2011 (fecha esta última en la que alcanza la edad de jubilación) y durante el cual la actora se mantuvo en situación de incapacidad permanente, no existiendo obligación de cotizar. El cálculo de la base reguladora de la pensión lo realizó la entidad gestora integrando las lagunas de cotización con las bases aplicables correspondientes a las horas contratadas en último término, inmediatamente anteriores a la incapacidad permanente (esto es, las correspondientes al trabajo a tiempo parcial durante cinco meses, equivalente a treinta y dos días de cotización). Y es solo ese extremo el que plantea la actora ante el Juzgado, esto es, la influencia decisiva y desproporcionada de ese escaso periodo de trabajo a tiempo parcial frente a los años trabajados a tiempo completo y aquellos otros durante los que cotizó conjuntamente con el Instituto Nacional de Empleo (INEM) mientras percibía el subsidio para mayores de 52 años. En definitiva, siendo la

cuestión controvertida el modo en el que llevó a cabo el INSS la integración de las «lagunas» de cotización, el apartado aplicable al caso no era el a) –que se refiere al genérico modo de calcular las bases reguladoras en aquellos supuesto en los que no exista la necesidad de integrar lagunas de cotización– sino el también impugnado apartado b) de esa misma norma.

Centrándose después en el apartado b), sostiene el Fiscal General del Estado que lo que en realidad se plantea en el presente caso es una cuestión de inconstitucionalidad por insuficiencia normativa, en tanto que no es que el precepto cuestionado contenga claramente una previsión que incida de modo directo en el derecho a la igualdad estableciendo una disposición en todo caso discriminatoria en relación con un determinado colectivo, sino que la particular regulación supone la adopción de un criterio ocasionalmente y en relación con las específicas circunstancias de cada caso que puede llevar –como ocurre en el proceso subyacente– a resultados en los que se dé tratamiento distinto a supuestos idénticos. Y desde tal perspectiva, considera que el Juzgado postula el acogimiento de un criterio legal diferente al que ahora prevé la disposición adicional cuestionada, de manera que la incidencia del azar no acarree resultados desproporcionadamente gravosos que supongan diferencia de trato entre unos trabajadores y otros.

Tras recordar la doctrina constitucional sobre el derecho a la igualdad, sostiene el Fiscal General del Estado que el criterio adoptado por el precepto cuestionado es absolutamente arbitrario en cuanto a su resultancia, en orden a fijar la base reguladora de la prestación por jubilación, al depender única y exclusivamente del azar, es decir, del tipo de contrato del que se disponía inmediatamente antes del inicio de un periodo en el que no hay obligación de cotizar. De tal modo que en un caso en que el contrato lo fuera a tiempo parcial y constituyera una mera anécdota en el conjunto de la vida laboral del trabajador, a éste se le privaría de la racional contraprestación a toda su «carrera de seguro». Por el contrario, a quien hubiera trabajado la mayor parte de su vida a tiempo parcial y solo al final hubiera tenido una contratación a tiempo completo, vería incrementar la base reguladora de su pensión al tomarse en cuenta las bases mínimas de cotización del trabajo a tiempo completo como elemento con el que integrar las lagunas de cotización.

Constatado, en suma, el perjuicio que produce la norma cuestionada sobre los trabajadores a tiempo parcial, y no apreciando justificación objetiva que permita descartar la existencia de discriminación indirecta por razón de sexo, el Fiscal General del Estado interesa que se dicte Sentencia declarando la inconstitucionalidad del apartado b) de la regla tercera, del número 1 de la disposición adicional séptima LGSS.

12. Por providencia de 26 de mayo de 2015 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 28 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña promueve esta cuestión de inconstitucionalidad por posible vulneración de los arts. 9.3 y 14 CE, respecto de los apartados a) y b) de la regla tercera del número 1, de la disposición adicional séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada a los citados apartados, respectivamente, por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y por el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de la estabilidad.

La disposición adicional séptima LGSS establece normas aplicables a la acción protectora de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, y en concreto, por lo que se refiere a la base reguladora de sus prestaciones, prevé lo siguiente en la regla tercera del número 1:

«a) La base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente se calculará conforme a la regla general.

b) A efecto de las pensiones de jubilación y de la incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, la integración de los periodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término.»

La regla general a la que remite el apartado a) transcrito es la contenida en el art. 162 LGSS, conforme al cual la base reguladora de la prestación de jubilación se calculará conforme a las bases reales cotizadas durante el periodo correspondiente, así como el art. 140 LGSS para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes del mismo tenor.

2. El Juzgado promotor de la cuestión considera que los anteriores apartados a) y b) podrían vulnerar el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), así como el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

Como quedó expuesto en los antecedentes, y por lo que al apartado a) se refiere, el Auto de planteamiento sostiene que la vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) y del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) procede de que «no estaría justificado ... que a un trabajador a tiempo completo se le integren las “lagunas” de cotización con bases mínimas, y a quien trabajó a tiempo parcial se le computen las bases reales durante el trabajo a tiempo parcial».

Por lo que atañe al apartado b), se considera que podrían verse vulnerados los mismos preceptos constitucionales (arts. 9.3 y 14 CE) al darse, en cuanto a la integración de lagunas de cotización, un trato desigual e injustificado a los que trabajan a tiempo parcial durante un breve periodo de tiempo al final de su carrera de cotización habiendo cotizado el resto de esa carrera a tiempo completo, debido a que en estos casos la integración de las «lagunas» de cotización hasta la fecha del hecho causante no se realiza con las bases mínimas, como es la regla general, sino con bases mínimas reducidas en la misma proporción correspondiente al número de horas contratadas durante el último periodo cotizado a tiempo parcial. De este modo, conforme a la argumentación del auto de planteamiento, el apartado b) recurrido determina que a dos trabajadores con un mismo número de días cotizados a lo largo de su carrera de seguro le correspondan distintas bases reguladoras meramente por el momento de esa carrera en que se realizó un trabajo a tiempo parcial, generando así una desigualdad que, en la medida que depende de un criterio aleatorio, es injustificada (art. 14 CE) y arbitraria (art. 9.3 CE).

Finalmente, se aduce la vulneración en ambos casos del art. 14 CE en su vertiente de prohibición de discriminación por razón de sexo, en la medida en que el referido trato peyorativo recaería especialmente en las mujeres, al ser el colectivo que en mayor medida es contratado a tiempo parcial.

El Abogado del Estado sostiene, respecto al apartado a), que «falta en el auto de planteamiento la mínima argumentación para acreditar la inconstitucionalidad de la norma», pues «la argumentación principal del auto de planteamiento se remite fundamentalmente al auto del Tribunal Supremo planteando la mencionada cuestión de inconstitucionalidad 3361/2012 en la que no se duda sobre la constitucionalidad del apartado a)». Además, «esta norma no forma parte del imprescindible juicio de relevancia, puesto que el demandante centra su reclamación contra el apartado b) a juzgar por la jurisprudencia que cita en la demanda, y que solo concierne la aplicación de esta última norma». Por estos dos motivos insta la inadmisión de la cuestión en relación con el apartado a). Respecto del apartado b), el Abogado del Estado considera, con el detalle recogido en los antecedentes, que procede la desestimación íntegra de la cuestión de inconstitucionalidad planteada al no haberse vulnerado ninguno de los preceptos constitucionales alegados.

El Fiscal General del Estado también insta la inadmisión de la cuestión planteada respecto al apartado a) por no ser norma relevante para el proceso a quo. Afirma que «el tema de fondo planteado en el proceso subyacente no es otro que el del modo de establecer las bases de cotización para integrar aquellas “lagunas” o períodos de la vida laboral en los que no ha existido obligación de cotizar..., ya que su divergencia con el cómputo que realiza el INSS no es otra que la del cálculo de las bases de cotización en el período comprendido entre el 17 de noviembre de 2006 y el 8 de febrero de 2011 (fecha esta última en la que se alcanza la edad de jubilación), y durante el cual, la actora se mantuvo en situación de incapacidad permanente, no existiendo por tanto obligación de cotizar». Interesa, sin embargo, en los términos reseñados en los antecedentes, la declaración de inconstitucionalidad del apartado b) por cuanto la forma de integración de «lagunas» de cotización prevista para el trabajo a tiempo parcial vulneraría los arts. 9.3 y 14 CE.

La representación procesal del Instituto Nacional de la Seguridad Social sostiene, de la manera consignada en los antecedentes, la desestimación de la cuestión planteada en relación a ambos preceptos.

3. Al examinar la cuestión planteada es necesario, previamente, responder a las objeciones de admisibilidad formuladas, pues nada impide que se pueda apreciar la ausencia de los requisitos, tanto procesales como de fundamentación, exigidos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, además de en el trámite de admisión previsto en el art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), mediante sentencia en coherencia con la doctrina constitucional contenida en las SSTC 183/2013, de 23 de octubre, FJ 2; 206/2014, de 15 de diciembre, FJ 2, y 10/2015, de 2 de febrero, FJ 2.

Como ha quedado señalado, dos son los óbices que se alegan en cuanto al reproche de inconstitucionalidad dirigido por el Juzgado al apartado a) de la regla tercera del número 1, de la disposición adicional séptima LGSS: la falta de la necesaria fundamentación sobre su inconstitucionalidad y el incumplimiento de las exigencias derivadas del juicio de relevancia.

a) En la sistemática de este tipo de procesos constitucionales la relevancia de la norma impugnada para el proceso a quo es condición anterior desde un punto de vista lógico al requisito de la argumentación suficiente de la duda de constitucionalidad, pues asegura el carácter concreto del control de constitucionalidad que informa este tipo de procesos constitucionales. Procede, por tanto, empezar por el segundo óbice de los indicados, que en el fondo plantea una divergencia sobre el objeto del proceso a quo.

El objeto del proceso a quo, por estar íntimamente conectado con el juicio de aplicabilidad y relevancia de la norma recurrida, es una cuestión en la que, salvo que la ausencia de argumentación o su grave inconsistencia conlleve un riesgo para el carácter concreto del control de constitucionalidad verificado mediante este tipo de procesos, este Tribunal debe estar al planteamiento que realice el juez promotor de la cuestión (por todas, STC 18/2014, de 30 de enero, FJ 3).

En este caso debe destacarse que de la lectura de la demanda del proceso a quo se desprende con claridad que, a diferencia de lo que sostienen el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado, la recurrente no solo pretende un distinto modo de integración de las lagunas de cotización acaecidas desde noviembre de 2006 a diciembre de 2010, sino que también insta un distinto modo de computar su base reguladora por lo que hace al periodo que media entre el 6 de junio de 2006 y el 17 de noviembre de 2006, durante el cual no incurrió en lagunas de cotización sino que trabajó a tiempo parcial.

Así, frente a la base reguladora de 491,93 € que el INSS había calculado, la actora sostuvo en el hecho segundo de la demanda que «tomando las bases mínimas de cotización desde 6/06 a 12/10, mi base reguladora asciende a 650,78 €, que es la que debe reconocérseme». En otras palabras, al extender su solicitud al lapso temporal que va del 6 de junio 2006 al 17 de noviembre de 2006, tiempo en el que no hay lagunas de cotización en su carrera de seguro sino cotizaciones a tiempo parcial, resulta aplicable a esta parte de la pretensión deducida en el proceso a quo el apartado a) impugnado, pues este precepto es el que establece la regla de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación por lo que hace a los contratos a tiempo parcial y lo hace por remisión a la regla general de cálculo fijada en el art. 162.1.1 LGSS.

El auto de planteamiento, después de reseñar estos hechos en el fundamento de derecho primero, razona sobre el juicio de relevancia de los preceptos legales cuestionados en el fundamento de derecho segundo. Expone, en relación al apartado a) cuestionado, que «la aplicación de tal precepto determina una base reguladora menor que si durante ese periodo trabajado a tiempo parcial el mismo se integrara con bases mínimas, como ocurriría con el art. 162.1.2 LGSS si el trabajador no hubiera trabajado a tiempo parcial».

Debemos concluir, por tanto, que la eventual declaración de inconstitucionalidad del apartado a) impugnado afectaría necesariamente a la resolución del proceso a quo, como por otra parte el juez promotor razona expresamente en el auto de planteamiento, y en esta medida procede rechazar este óbice de procedibilidad suscitado por el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado.

b) También procede rechazar la alegación del Abogado del Estado de que «falta en el Auto de planteamiento la mínima argumentación para acreditar la inconstitucionalidad de la norma».

Conviene recordar que para cumplir con las exigencias contenidas en el art. 35 LOTC no basta con que el Auto de planteamiento cite las normas cuya constitucionalidad se cuestiona y los preceptos constitucionales que se suponen infringidos, sino que es preciso también «que el órgano judicial exteriorice en él el razonamiento que le ha llevado a cuestionar la constitucionalidad de la norma aplicable», sin que, por consiguiente pueda «limitarse a manifestar la existencia de su propia duda sin aducir las razones que la abonan», pues la presunción de constitucionalidad de las normas con rango de ley «no puede desvirtuarse sin un mínimo de argumentación» o a través de «impugnaciones globales y carentes de una razón suficientemente desarrollada» (STC 245/2004, de 16 de diciembre, FJ 3).

El auto de planteamiento exterioriza en dos tiempos el razonamiento que ha llevado al órgano judicial a dudar de la constitucionalidad del apartado a) cuestionado. Primero expone el contenido de ese precepto, esto es, el significado de la remisión a la «regla general» para calcular la base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente de los trabajadores a tiempo parcial. Afirma literalmente que esta norma cuestionada «establece que la base reguladora de la prestación de jubilación se calculará “conforme a la regla general”. Lo que supone la aplicación del art. 162.1.1 LGSS y, en consecuencia, la toma de las bases reales cotizadas durante el periodo correspondiente... Resultando que la aplicación de tal precepto determina una base reguladora menor que si durante ese periodo trabajado a tiempo parcial el mismo se integrara con bases mínimas, como ocurriría con el art. 162.1.2 LGSS si el trabajador no hubiera trabajado a tiempo parcial».

En segundo lugar, razona por qué, a su juicio, un régimen como el descrito vulnera el derecho a la igualdad (art. 14 CE) y la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), afirmando que «este juzgador entiende que no estaría justificado ... por un lado, y respecto al apartado a) de la regla 3.ª del n.º 1 de la Disp. Adic. 7.ª LGSS (sic), que a un trabajador a tiempo completo se le integren las lagunas de cotización con bases mínimas, y a quien trabajó a tiempo parcial se le computen las bases reales durante el trabajo a tiempo parcial... Todo ello con la consecuencia del posible trato peyorativo no justificado, derivado de una menor base reguladora, para quien trabajó a tiempo parcial con respecto a quien no trabajó durante ese mismo periodo». Y argumenta también que, a su entender, el precepto lesiona la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), «a la vista del hecho de que la contratación a tiempo parcial es realizada de manera más habitual por mujeres, fruto de la realidad social actual».

No cabe reprochar a esta argumentación del juez promotor de la cuestión que se limite «a manifestar la existencia de su propia duda sin aducir las razones que la abonan», ni que comparta la naturaleza de las «impugnaciones globales y carentes de una razón suficientemente desarrollada», por lo que resulta bastante por sí misma, y sin necesidad de tomar en consideración la motivación complementaria realizada por remisión al auto del Tribunal Supremo que plantea la cuestión de inconstitucionalidad 3361-2012, al efecto de suscitar la posible inconstitucionalidad de una norma legal relevante para resolver el proceso a quo.

4. Descartados estos dos óbices de procedibilidad, procede resolver en cuanto al fondo acerca de los motivos de inconstitucionalidad dirigidos contra el apartado a) de la regla tercera del número 1 de la disposición adicional séptima LGSS.

Este precepto remite, en cuanto al cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente y jubilación durante los periodos de empleo y cotización a tiempo parcial, a las normas generales de los arts. 140 y 162 LGSS, lo que implica que el cálculo se realiza sobre las bases por las que se haya efectivamente cotizado durante el período de cómputo.

El primer motivo de inconstitucionalidad que se suscita por el Juzgado promotor de este proceso constitucional es la posible vulneración de la cláusula de igualdad (art. 14 CE), que el auto de planteamiento cifra en el distinto tratamiento legal que, en relación con el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, se dispensa a quienes trabajan (y cotizan) a tiempo parcial frente a los que, por no tener obligación de cotizar y haber trabajado en el periodo inmediatamente anterior a tiempo completo, ven integradas sus lagunas de cotización con bases mínimas completas.

La STC 156/2014, de 25 de septiembre, que enjuiciaba también una norma de seguridad social relativa al trabajo a tiempo parcial, recapitula la doctrina constitucional sobre la cláusula de igualdad ex art. 14 CE. Afirma que «este Tribunal tiene declarado, desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que “el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello ... También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos” (SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; y 88/2005, de 18 de abril, FJ 5, por todas).»

Dicha sentencia añade que «[l]o propio del juicio de igualdad, ha dicho este Tribunal, es “su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas” (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que “las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma” (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5)».

Para aplicar este canon al presente caso, y en particular en orden a determinar si se trata de situaciones subjetivas homogéneas, es necesario partir del régimen jurídico de las dos categorías de personas que, según el Auto de planteamiento, aparecen tratados de un modo desigual injustificadamente. La descripción de este régimen jurídico que contiene la citada STC 156/2014, aunque se hiciera en función de un planteamiento de desigualdad distinto, tiene plena virtualidad a los efectos de este proceso.

Sobre el grupo de personas ofrecido como contraste, esto es, quienes presentan lagunas de cotización durante un cierto periodo, dicha sentencia observó que «[c]on la finalidad de evitar que la existencia de meses sin cotización durante el período que haya de tomarse en consideración para el cálculo de la base reguladora de la pensión redunde en una disminución drástica de la base reguladora de la pensión y, en consecuencia, de la cuantía final de la misma, la Ley general de la Seguridad Social ha previsto la regla de integración de lagunas. Mediante esta regla, sólo aplicable a las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente, se establece la ficción legal de que en los meses sin cotización se ha cotizado. Así, la regla aplicable en nuestro sistema de Seguridad ha sido la de integrar las lagunas de cotización con el 100 por 100 de la base de cotización mínima vigente para mayores de 18 años sin ningún límite temporal (arts. 140.4 y 162.1.1.2 LGSS). Esta regla ha sido modificada por los arts. 3.1 y 4.3 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, preceptos que antes de su entrada en vigor han sido de nuevo modificados por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Esta reforma incorpora una nueva técnica donde se pondera parcialmente, esto es, con límite temporal, el esfuerzo contributivo al reducirse el tiempo durante el que la cobertura de lagunas se efectuará con el 100 por 100 de la base mínima ... Ahora bien, cuando se trata de trabajadores a tiempo parcial, la disposición adicional séptima.1 regla tercera apartado b) LGSS contiene una regla específica, que no ha sido objeto de modificación por las normas

señaladas, según la cual en estos casos la aplicación como ficción legal de la citada base mínima de cotización se realiza en proporción a la jornada a tiempo parcial previa al período cuyas lagunas se tratan de integrar». Debemos añadir ahora que, dado que la litis sustanciada en el proceso a quo versa sobre la cuantía de una pensión de jubilación cuyo hecho causante se produjo en diciembre de 2010, la normativa a tener en cuenta para resolver aquí ha de ser la anterior a la modificación de 2011.

Respecto al otro término de la comparación, que es el grupo de personas que por trabajar a tiempo parcial le es aplicable para el cálculo de la base reguladora relativa a ese periodo el apartado a) de la regla tercera del número 1 de la disposición cuestionada, la STC 156/2014 afirma que «[l]as reglas descritas [de relleno de lagunas] deben ser puestas en relación con las que regulan en situaciones normales de cotización la cuantía de la base mínima de cotización. Así, a efectos de cotización por contingencias comunes los trabajadores son encuadrados en grupos profesionales según su categoría. A cada grupo le corresponde una base máxima y una base mínima de cotización de forma que no se puede cotizar por encima de la base máxima ni por debajo de la base mínima del grupo. Estas bases máximas y mínimas son fijadas anualmente por la Ley de presupuestos generales del Estado. Pues bien, cuando se trata de trabajadores a tiempo parcial, en aplicación estricta del principio de proporcionalidad, se fija una base mínima por hora de trabajo obteniéndose la base mínima mensual multiplicando dicha base mínima por el número de horas realmente trabajadas en el mes (por ejemplo, para 2014, art. 37 de la Orden ESS/106/2014, de 31 de enero)».

El Tribunal constata, a partir del régimen jurídico expuesto, que las dos categorías de personas entre las que se propone el juicio de igualdad en el presente proceso constitucional no son «homogéneas o equiparables». La situación de aquellas personas que, como ocurrió con la recurrente en el proceso a quo desde el 6 de junio de 2006 hasta el 17 de noviembre de 2006, desempeñan un empleo a tiempo parcial se caracteriza porque realizan un trabajo, obtienen un salario por el trabajo que realizan y tienen la obligación de cotizar en correspondencia a ese salario. Por el contrario, aquellas otras personas que carecen en un determinado momento de obligación de cotizar, habiendo trabajado a tiempo completo en el periodo inmediatamente anterior, se encuentran en una posición muy distinta, puesto que no desempeñan un trabajo, ni reciben un salario por él, ni realizan aportaciones por ese concepto al sistema de seguridad social durante ese periodo.

Estas diferencias son relevantes en relación a la finalidad de la norma a la que se le imputa haber generado la situación de desigualdad. Respecto a la cuantía de la pensión de jubilación, que es sobre lo que incide la regla de cálculo de la base reguladora contenida en el precepto cuestionado, no es indiferente, en un sistema de Seguridad Social como el español en que junto al principio de solidaridad también juega un papel importante el principio contributivo, que una persona haya realizado o no aportaciones al sistema durante un cierto periodo. Así, la STC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 6, declaró expresamente que «no resulta contrario al art. 14 CE, en aras al principio contributivo, que el trabajo a tiempo parcial conlleve una pensión de cuantía proporcionalmente inferior a la de un trabajador a tiempo completo. En la medida en que el contrato a tiempo parcial supone un esfuerzo contributivo menor (como consecuencia del inferior salario percibido) que en el caso del contrato a jornada completa, es razonable y proporcionado que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas, lo cual determinará una prestación más reducida que si todo el tiempo trabajado (y cotizado) lo hubiera sido a tiempo completo, al resultar la cuantía de la prestación de la aplicación de un determinado porcentaje sobre la base reguladora».

Este elemento distintivo entre quienes trabajan a tiempo parcial y aquellos que lo hacen a tiempo completo determinó que la STC 156/2014 considerase que el colectivo que se ofrecía de contraste no era un término de comparación válido y, sin necesidad de ir más allá en el examen del canon constitucional de igualdad, desestimase este motivo de inconstitucionalidad. Pues bien, la diferencia es aún más radical en el presente caso, pues los dos grupos que se pretende comparar no solo se distinguen por el dato cuantitativo de una mayor o menor cotización sino por la nota cualitativa de que uno cotiza y el otro no.

Debemos concluir, por todo lo expuesto, que la categoría de personas que se ofrece de contraste no es un término de comparación válido para realizar un juicio de igualdad, lo que determina la falta del primer requisito de los exigidos por la doctrina constitucional para que se pueda apreciar que una ley vulnera la cláusula de igualdad del art. 14 CE y, en consecuencia, conlleva, sin necesidad de considerar el resto de elementos del canon constitucional de igualdad en la ley, la desestimación de este motivo de inconstitucionalidad dirigido contra el apartado a) de la regla tercera del número 1 de la disposición cuestionada.

5. El segundo motivo de inconstitucionalidad que plantea el Juzgado promotor de este proceso constitucional respecto al apartado a) de la regla tercera del número 1 de la disposición cuestionada es que vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). La arbitrariedad consistiría, según el auto de planteamiento, en que quien trabajó a tiempo parcial un cierto periodo recibe un tratamiento legal peor en cuanto a la fijación de la cuantía de la pensión, derivado de una menor base reguladora, que quien no trabajó durante ese mismo periodo.

Según doctrina constitucional asentada, «al examinar una norma legal desde este punto de vista, nuestro análisis ha de centrarse en verificar si el precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien si, no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad (por todas, STC 102/2012, de 8 de mayo, FJ 2)” (STC 111/2013, de 9 de mayo, FJ 5). Por ello, no corresponde a este Tribunal interferirse en el margen de apreciación que corresponde al legislador democrático ni examinar la oportunidad de la medida legal para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles, sino únicamente examinar si la decisión adoptada es plenamente irrazonable o carente de toda justificación» (STC 156/2014, FJ 6).

El precepto legal impugnado en sí mismo considerado no está exento de justificación racional. La regla que el mismo establece, según la cual la base reguladora de los trabajadores contratados a tiempo parcial, y en consecuencia la cuantía de su pensión, se conecta directamente con las cotizaciones efectivamente realizadas y no se puede negar que encuentra apoyo claro en el principio contributivo, que es uno de los que informa nuestro sistema de Seguridad Social (SSTC 253/2004, FJ 6, y 156/2014, FJ 5).

El apartado a) de la regla tercera del número 1 de la disposición cuestionada tampoco deviene «plenamente irrazonable o carente de toda justificación» cuando se pone en contexto con el apartado b) de la misma norma, en virtud del cual quien no cotizó durante un cierto periodo ve reconocida, en virtud de una ficción legal, una base reguladora que en determinadas circunstancias puede ser superior a la de quien sí cotizó, aunque fuese en una cuantía reducida en proporción a su contrato a tiempo parcial. La razón es que, como es doctrina constitucional reiterada (por todas, STC 156/2014, FJ 5), el carácter de régimen público de la Seguridad Social previsto en el art. 41 CE, así como la referencia que en dicho precepto se hace a la cobertura de situaciones de necesidad, permite que el legislador desplace en ocasiones el principio de proporcionalidad entre cotización y prestación. Esta combinación

de principios determina que, como este Tribunal viene reconociendo desde sus primeras resoluciones (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17, entre otras), en materia de Seguridad Social el legislador dispone de un amplio margen de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a las circunstancias económicas y sociales, lo que supone que a él compete en un contexto de recursos escasos ponderar las situaciones de necesidad que han de ser protegidas.

Conforme a esta configuración de nuestro sistema de Seguridad Social e invocando «el carácter redistribuidor inherente a la Seguridad Social», la STC 156/2014, FJ 5, consideró constitucional que, mediante la ficción legal en que consiste la integración de lagunas de cotización, se beneficie a aquellos que durante un período de tiempo, computable a efectos del cálculo de la pensión de jubilación, no han contribuido al sistema y se encontrarían de otro modo en una situación de cotización cero que mermaría de forma considerable la cuantía de esta prestación. Es más, dicha sentencia STC 156/2014, FJ 6, rechazó precisamente que dicha ficción legal vulnerase el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), en la medida que la ficción legal que contiene se apoya en un criterio razonable, como es entender que el trabajador habría continuado prestando servicios en los mismos términos que lo venía haciendo si no se hubiera producido la circunstancia que motivó el cese de su obligación de cotizar y la correspondiente laguna.

En conclusión, el precepto cuestionado, tanto considerado en sí mismo como en su contexto, obedece, como hemos reseñado, a fundamentos racionales y plenamente admitidos en la materia que nos ocupa, por todo lo cual procede declarar que no ha sido desbordado este margen de apreciación y, en consecuencia, que no se ha vulnerado el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

6. El Juzgado promotor de la cuestión de inconstitucionalidad considera, en tercer lugar, que el apartado a) de la regla tercera del número 1 de la disposición adicional séptima LGSS conlleva una discriminación indirecta por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE. Sostiene que las mujeres es el colectivo que en mayor medida realiza trabajos a tiempo parcial, por lo que el trato peyorativo que la norma cuestionada supone profundiza la situación estructural de desventaja en que se halla esa categoría de personas en el ámbito laboral.

Conforme a doctrina constitucional reiterada, «cuando se denuncia una discriminación indirecta no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, como han dicho tanto este Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas (trabajadores a tiempo parcial –STJCE de 27 de junio de 1990–, trabajadores con menos de dos años de permanencia en su puesto de trabajo –STJCE de 9 de febrero de 1999–, trabajadores con menos fuerza física –STC 149/1991–, etc.)» (STC 253/2004, FJ 7).

Junto a este tratamiento legal neutro pero que especialmente afecta a un grupo social y a la exigencia de que se trate de una medida desfavorable, también se requiere «que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajena a toda discriminación por razón de sexo (por todas, SSTJCE de 19 de octubre de 1995, asunto *The Queen v. Secretary of State for Health*; de 6 de abril de 2000, asunto *Jorgensen*, y de 11 de septiembre de 2003, asunto *Steinicke*)» (STC 253/2004, FJ 7).

Sobre la concurrencia de este tercer elemento, la STC 61/2013, de 14 de marzo, FJ 4 b), destacó que «bajo diferentes fórmulas se requiere “que los poderes públicos no puedan probar que la medida responde a una medida de política social” que actúe como justificación suficiente (STC 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 6 y STJUE de 20 de octubre de 2011, asunto Brachner), o que se constate que ‘la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resultar idónea para el logro de tal objetivo’ (STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 3, o STC 198/1996, de 3 de diciembre, FJ 2); en otras palabras, dándose los presupuestos antes vistos, se ha apreciado que una norma puede dar lugar a discriminación indirecta “a menos que esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objetivo perseguido”, considerando que ‘[a]demás, para estar justificada, la medida de que se trate tiene que ser adecuada para garantizar la realización del objetivo legítimo que persigue y no exceder de lo que es necesario para alcanzarlo’ (STJUE de 13 de abril de 2010, asunto Bressol y otros)».

En conclusión, de acreditarse los dos primeros presupuestos, el Tribunal debe analizar si la medida controvertida responde (a) a una finalidad legítima de la política social del Estado miembro, (b) es adecuada para alcanzar el objetivo perseguido y (c) no se excede de lo que es necesario a tal fin, sin olvidar que el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce la existencia de discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres (SSTJUE, Brachner C-123/10 EU: C 2011: 675 ap. 56 y Elbal Moreno, C-385/11, EU: C 2012: 746 ap. 29).

7. En cuanto al primero de los presupuestos del canon de discriminación indirecta descrito en el fundamento jurídico anterior, procede destacar que el documento «Mujeres y hombres en España 2014», elaborado por el Instituto de la Mujer en colaboración con el Instituto Nacional de Estadística, señala que la participación de trabajadores hombres a tiempo parcial en el empleo total masculino fue en 2010, que es el año en que se produjo el hecho causante de la pensión de jubilación cuya cuantía se dirime en el proceso a quo, del 5,4 por 100 mientras que la participación de mujeres con este tipo de jornada en el empleo total femenino fue del 23,2 por 100. Por su parte, en el mismo año 2010 el porcentaje de hombres a tiempo parcial sobre el empleo total (hombres y mujeres) fue del 3 por 100 mientras el de mujeres fue el 10,3 por 100.

Según ese mismo documento, en 2012, año al que se refieren los últimos datos disponibles, el porcentaje de hombres a tiempo parcial sobre el empleo total (hombres y mujeres) fue del 3,6 por 100 mientras el de mujeres asciende al 11,1 por 100 en el año 2012.

Las estadísticas consultadas acreditan, por tanto, que el contrato a tiempo parcial sigue siendo una institución que afecta predominantemente al sexo femenino, de modo que la norma cuestionada, aunque su formulación sea neutra porque se aplica igual a hombres que a mujeres, produce un mayor impacto sobre las trabajadoras.

También concurre el segundo de los presupuestos porque el precepto cuestionado, en la medida que disciplina el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación durante los períodos de empleo a tiempo parcial conforme a un criterio de estricta proporcionalidad, entraña un efecto adverso consistente en una cuantía de la pensión correlativamente inferior a la que tienen derecho los trabajadores a tiempo completo, diferencia peyorativa que, por la razones ya indicadas, incide sustancialmente más en el colectivo de trabajadoras.

8. Constatadas las dos condiciones iniciales del canon de discriminación indirecta, procede que examinemos si la norma cuestionada, a pesar de suponer un trato peyorativo para los trabajadores a tiempo parcial en su mayoría mujeres, es constitucional por responder a un factor objetivo de política social y por completo ajeno a razones discriminatorias. En este análisis ha de partirse de la consideración de los pronunciamientos que han recaído, tanto en este Tribunal Constitucional (SSTC 253/2004, de 22 de diciembre; 61/2013, de 14 de marzo; y ATC 30/2009, de 27 de enero) como en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto Elbal Moreno), acerca de los efectos negativos en materia de Seguridad Social que sobre el colectivo de las mujeres tiene la regulación del trabajo a tiempo parcial y la más reciente STJUE de 14 de abril de 2015, asunto C-527/13 Cachaldora Fernández, resolución que no tiene virtualidad en relación al apartado a) de la regla tercera del número 1 de la disposición cuestionada, aunque sí la tendrá respecto al apartado b) de la misma norma, por lo que será objeto de consideración en los fundamentos jurídicos en los que se resuelva sobre la constitucionalidad de ese apartado b) de la norma cuestionada.

Las SSTC 253/2004, de 22 de diciembre, y 61/2013, de 14 de marzo, así como la STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto Elbal Moreno, versan sobre normas que tienen en cuenta la parcialidad del trabajo en relación al cumplimiento del periodo de carencia necesario para causar derecho a una pensión. En los tres casos se entendió que es la aplicación del principio pro rata temporis al acceso a la prestación hasta el punto de hacerlo prácticamente imposible lo que determina que no constituya una medida efectivamente necesaria para alcanzar el objetivo de salvaguardar el sistema de seguridad social, en especial porque la pensión a la que de otro modo se accedería ya estaría reducida proporcionalmente a la parcialidad del trabajo (y cotización) realizado.

El apartado a) de la regla tercera del número 1 de la disposición cuestionada, que es la norma enjuiciada, relaciona la parcialidad en el trabajo, no con el periodo de carencia para causar derecho a una pensión, sino con la determinación de la cuantía de la misma, por lo que la valoración que hicieron las sentencias antedichas no es en absoluto trasladable a este proceso constitucional.

La distinta virtualidad de uno y otro supuesto normativo en relación a la discriminación por razón de sexo aparece reconocida expresamente en nuestra doctrina, pues la STC 253/2004, FJ 8, afirmó que «el principio de contributividad que informa a nuestro sistema de Seguridad Social justifica sin duda que el legislador establezca (como lo hace en la norma cuestionada) que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de lo efectivamente cotizado, de donde resultará, lógicamente, una prestación de cuantía inferior para los trabajadores contratados a tiempo parcial, por comparación con los trabajadores que desempeñen ese mismo trabajo a jornada completa. Pero lo que no aparece justificado es que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social, diferenciación, por tanto, arbitraria y que además conduce a un resultado desproporcionado, al dificultar el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, situación ésta que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras».

Esta apreciación, consistente en disponer que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de lo efectivamente cotizado se justifica en una circunstancia objetiva ajena a cualquier discriminación por razón de sexo y fue la ratio decidendi, en el ATC 30/2009, de 27 de enero. En esta resolución se enjuiciaba, con el trasfondo de una mujer que trabajaba a tiempo parcial por haberse acogido al derecho de reducción de jornada por guarda legal de su hija menor de seis años, si una norma que conectaba la prestación por

desempleo a lo efectivamente cotizado por dicha contingencia incurría en discriminación por razón de sexo.

Este ATC 30/2009 declaró la conformidad a la Constitución de la norma cuestionada. Afirma en su fundamento jurídico 8 que «en suma, de la propia doctrina sentada en la STC 253/2004, invocada en el Auto de planteamiento, se desprende que las normas objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad son consecuencia del principio de contributividad que informa el sistema de Seguridad Social español, y no pueden considerarse lesivas del art. 14 CE, en relación con los arts. 9.2 y 39 CE, ni desde la perspectiva de la cláusula general de igualdad ante la ley, ni desde la perspectiva de discriminación indirecta por razón de sexo». Y más en concreto precisa «que la regulación legal vigente en el momento del planteamiento de la presente cuestión no contemple una norma específica que permita considerar como cotizados a jornada completa, a efectos del cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social, los periodos trabajados (y cotizados) a jornada reducida (por razones de guarda legal, por trabajo a tiempo parcial, etc.), no determina la inconstitucionalidad por omisión que pretende la Sala proponente, por las razones expuestas, siendo al legislador a quien, en atención a las circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la viabilidad y eficacia del sistema de la Seguridad Social, le corresponde decidir (dentro del respeto a la garantía institucional consagrada por el art. 41 CE), acerca del grado de protección que han de merecer las distintas necesidades sociales (SSTC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17; 134/1987, de 21 de julio, FJ 5; 97/1990, de 24 de mayo, FJ 3; 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; 361/1993, de 3 de diciembre, FJ 2; y 37/1994, de 10 de febrero, FJ 3, por todas, así como AATC 367/2003, de 13 de noviembre, FJ 3, y 200/2007, de 27 de marzo, FJ 7)».

En conclusión, es doctrina reiterada de este Tribunal (STC 253/2004, de 22 de diciembre; y ATC 30/2009, de 27 de enero) que un precepto legal que en aras del principio de contributividad articula el cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social (y en consecuencia la fijación de su cuantía) en función de lo efectivamente cotizado, con lo que a los trabajadores que realizan jornadas a tiempo parcial les corresponde una prestación de cuantía inferior, no puede considerarse lesivo del art. 14 CE desde la perspectiva de discriminación indirecta por razón de sexo.

Este criterio de interpretación constitucional conduce directamente a la desestimación de este tercer motivo de inconstitucionalidad dirigido contra el apartado a) de la regla tercera del número 1 de la disposición adicional séptima, pues este precepto, como ya hemos precisado con detalle anteriormente, se limita a considerar la parcialidad del trabajo realizado a los únicos efectos de determinar la cuantía de una prestación de Seguridad Social.

9. En cuanto a las dudas de constitucionalidad planteadas por el Juzgado con relación al apartado b) de la regla tercera del número 1 de la disposición adicional séptima LGSS, relativas a la vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) y de la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), hay que precisar que estas cuestiones han sido ya resueltas en sentido desestimatorio por este Tribunal en la STC 156/2014, de 25 de septiembre, recaída en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3361-2012 elevada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

En síntesis, en la citada STC 156/2014 hemos descartado, en primer lugar, que el apartado impugnado lesione el derecho a la igualdad (art. 14 CE) ya que «las situaciones sometidas a comparación por el órgano judicial proponente no guardan la identidad que todo juicio de igualdad requiere, pues en un caso se trata de trabajadores a tiempo completo y en otro de

trabajadores a tiempo parcial, y esa diferencia en la duración de la jornada laboral se relaciona, por exigencias del carácter contributivo del sistema y en estricta aplicación del principio de proporcionalidad, con diferencias en los salarios de unos y otros, y consiguientemente en las bases de cotización, y derivadamente en las bases mínimas de cotización utilizadas para la integración de las lagunas» (FJ 5).

En segundo lugar, hemos rechazado la infracción de la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) porque «[l]a regla cuestionada, aunque pueda discreparse de ella, no carece de justificación pues de lo que se trata es de crear una ficción legal que consiste en entender que el trabajador habría continuado prestando servicios a tiempo parcial si no se hubiera producido la circunstancia que motivó el cese de su obligación de cotizar y la correspondiente laguna ... Además, la regla responde a lo que viene siendo una constante en el sistema de Seguridad Social, y es la utilización de determinados períodos de referencia, más o menos amplios, para calcular la cuantía de la prestación, pero siempre inmediatamente anteriores al hecho causante a considerar y sin utilizar criterios relacionados con la totalidad de la vida laboral de un trabajador... Y, finalmente, la regla tampoco produce efectos aleatorios como sostiene el órgano proponente de la cuestión. La regla produce unos efectos ciertos y determinados lo que ocurre es que dichos efectos pueden beneficiar o perjudicar más a unos u otros trabajadores en función de cómo se sucedan los períodos de trabajo y de inactividad y dentro de los primeros, los trabajos a tiempo completo y parcial. Pero ni ello es aleatorio ni diferente a lo que ocurre en otros múltiples aspectos de la relación de Seguridad Social como ya hemos señalado» (FJ 6).

10. Finalmente, el Juzgado promotor de esta cuestión de inconstitucionalidad también suscita la eventual existencia de una discriminación por razón de sexo lesiva del art. 14 CE, y más concretamente afirma que a su juicio la norma cuestionada supone una discriminación indirecta, en tanto que el apartado b) de la regla tercera del número 1 de la disposición adicional séptima LGSS, aunque contiene una regla de cálculo del importe de las pensiones que se aplica por igual a ambos sexos, produce un efecto peyorativo para el sexo femenino, pues las mujeres son el colectivo que en mayor medida trabaja a tiempo parcial, citando al efecto la «Memoria sobre situación socioeconómica y laboral» del Consejo Económico y Social para 2009.

Aunque esta duda fue también planteada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, no fue resuelta por la citada STC 156/2014 por falta de cumplimiento de las exigencias del juicio de relevancia. Dicha sentencia consideró que, siendo varón el demandante en el proceso a quo, la decisión del mismo no dependía de que la norma cuestionada fuese o no discriminatoria por producir efectos adversos para el sexo femenino, déficit en el juicio de relevancia que determinó la inadmisión de este motivo de inconstitucionalidad. Por el contrario, en la presente cuestión de inconstitucionalidad el proceso a quo fue promovido por una mujer, de modo que el requisito de procedibilidad constituido por el juicio de relevancia resulta acreditado, con lo que procede resolver sobre este motivo de inconstitucionalidad.

11. La doctrina de este Tribunal acerca de qué análisis debe abordarse cuando lo que se denuncia es que una norma legal constituye una discriminación indirecta por razón de sexo (art. 14 CE) ha quedado expuesta suficientemente en el fundamento jurídico 6 de esta resolución. Ahora basta con destacar que para que un precepto legal incurra en dicho vicio de inconstitucionalidad es necesario (a) que la medida que contenga consista en un tratamiento perjudicial y (b) que, aunque se formule de un modo neutro, incida en un grupo social integrado de forma claramente mayoritario por mujeres. Solo cuando concurren estas dos condiciones procede analizar un tercer elemento, que es si la medida está justificada por alguna circunstancia objetiva ajena por completo a criterios discriminatorios.

El primer presupuesto está fuera de toda duda. El precepto cuestionado contiene una regla de integración de lagunas de cotización que, por ajustarse a un criterio estrictamente proporcional, es menos favorable para quienes presentan en su carrera de seguro periodos sin obligación de cotizar que siguen inmediatamente a la realización de contratos a tiempo parcial.

El segundo presupuesto exige comprobar si, a pesar de que dicha regla sea neutra, pues se aplica con independencia del sexo de los trabajadores, su efecto desfavorable incide de un modo particularmente significativo en los trabajadores de un determinado sexo, concretamente en este caso en el colectivo femenino porque, según sostiene el auto de planteamiento, «el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino».

Las SSTC 253/2004, de 22 de diciembre, y 61/2013, de 14 de marzo, consideraron que la regulación específica del trabajo a tiempo parcial como generador de prestaciones de la Seguridad Social, que por aplicar una idea pura de proporcionalidad resulta menos favorable que la regla general, afectaba de un modo especial a las mujeres, al ser en cada uno de esos momentos temporales muy mayoritarias las personas de este género que desarrollan su carrera laboral en este régimen de trabajo, con lo que, al no apreciar una razón suficiente de política social que justificase la medida, suponía una discriminación indirecta para las mujeres.

En el presente caso, para valorar la concurrencia de este segundo presupuesto, no se trata de que el Tribunal aprecie si en este preciso momento temporal siguen siendo las mujeres quienes de un modo predominante desarrollan su carrera laboral en régimen de tiempo parcial. El motivo de que ese análisis no sea el relevante es que, en la sistemática del precepto impugnado, lo que da lugar a las consecuencias menos favorables que implica no es realizar la prestación laboral a tiempo parcial, cuestión ésta a la que alude el apartado a) de la norma cuestionada y no el apartado b) que ahora nos ocupa. En efecto, lo que produce los efectos menos favorables derivados del apartado b) no es realizar trabajos a tiempo parcial sino, por el contrario, atravesar periodos de ausencia de cotización que sean inmediatamente posteriores a contratos a tiempo parcial.

No hay una conexión automática entre que el sexo femenino sea el que desarrolla más comúnmente su trabajo a tiempo parcial con que sea el que se halla con mayor habitualidad en situaciones en que, por haberse terminado su relación a tiempo parcial y no haber surgido ninguna otra, falta la obligación de cotizar, dando lugar entonces a lagunas de cotización que deban ser suplidas con la ficción de integración que regula el apartado b) de la norma cuestionada. Por tanto, solo podríamos reconocer que la regla menos favorable que estamos examinando produjese un efecto especialmente adverso para las mujeres si resultase acreditado que son ellas quienes se encuentran más a menudo en este segundo tipo de situación, que no es idéntica a la circunstancia de trabajar a tiempo parcial ni consecuencia inexorable de ésta. En fin, solo constatando que en la carrera laboral de las mujeres hay notablemente más supuestos de lagunas de cotización inmediatamente posteriores a contratos a tiempo parcial podríamos tener por cumplido este segundo presupuesto del canon de discriminación indirecta.

El auto de planteamiento no contiene ninguna afirmación en este sentido, limitándose a razonar sobre este punto que «el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino». Toda su argumentación se refiere, por tanto, a una situación que, como acabamos de exponer, es distinta de la que sería la relevante para poder apreciar que la regla cuestionada repercute mayormente en las mujeres. Ante esta insuficiencia de razonamiento que afecta a la exposición de la duda de constitucionalidad,

precisamente a un elemento central de ella como es uno de los presupuestos que la doctrina constitucional viene imponiendo para apreciar un supuesto de discriminación indirecta, debemos recordar que cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico «es carga del órgano judicial, no sólo la de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia del Tribunal mediante un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan» (SSTC 126/1987, de 16 de julio, FJ 3; 245/2004, de 16 de diciembre, FJ 3; 100/2012, de 8 de mayo, FJ 2, y 60/2013, de 13 de marzo, FJ 2).

Resulta, además, que obra en los autos de este proceso constitucional, aportado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, un informe sobre lagunas de cotización inmediatamente posteriores a contratos a tiempo parcial en los expedientes relativos a pensiones por incapacidad permanente, que atiende a una contingencia distinta a la pensión de jubilación, pero que se asemeja a ella en lo que aquí interesa porque su periodo de carencia es muy largo y, por ello, es paralelo el nivel de lagunas de cotización que han de ser llenadas por la regla de integración recogida en el apartado b) de la norma cuestionada, que entre 2010 y 2013, tanto el número total de lagunas integradas a tiempo parcial como el promedio de lagunas integradas a tiempo parcial por cada expediente han decrecido en cuanto al sexo femenino y han aumentado respecto al masculino, siendo muy similares o algo superiores las que afectan a los hombres.

El criterio expuesto en los párrafos anteriores ha sido también acogido por la STJUE de 14 de abril de 2015 en el asunto C-527/13 Cachaldora Fernández. La decisión prejudicial resuelta por esa sentencia, al igual que sucede en este proceso constitucional, versaba sobre si el apartado b) de la regla tercera del número 1 de la disposición adicional séptima LGSS desconoce la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 4 de la Directiva 79/7/ CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social), con la única diferencia frente a este proceso constitucional ubicada en que lo que se dirimía en el proceso principal subyacente a la cuestión prejudicial de derecho comunitario era la cuantía de una pensión de incapacidad permanente y no de jubilación, especialidad insustancial en este contexto.

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no aprecia discriminación directa basada en el sexo, dado que la norma se aplica indistintamente a trabajadores de ambos sexos y al analizar si existe una discriminación indirecta frente a la mujer por el hecho de que el colectivo de trabajadores a tiempo parcial está compuesto mayoritariamente por mujeres, el Tribunal utiliza dos razones para no apreciar la discriminación indirecta:

a) La disposición adicional séptima, apartado primero, regla tercera, letra b) de la LGSS no se aplica a todos los trabajadores a tiempo parcial, sino únicamente a aquellos cuyas cotizaciones se han visto interrumpidas cuando la interrupción es posterior a un empleo a tiempo parcial.

Por tanto, los datos estadísticos relativos al colectivo de los trabajadores a tiempo parcial en su totalidad no son pertinentes para demostrar que esa disposición afecta a un número mayor de mujeres que de hombres.

b) La norma, tal como está prevista, puede favorecer o perjudicar al trabajador, dependiendo de si en el momento inmediatamente anterior a la interrupción de sus cotizaciones ha cotizado a tiempo parcial o a tiempo completo, dependiendo del tipo de contrato que viniera desempeñando el trabajador con anterioridad a la interrupción de sus cotizaciones y con

independencia de cuál haya sido la modalidad de contratación predominante a lo largo de su vida laboral.

De esta forma, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entiende que no puede estimarse que la disposición adicional séptima, apartado primero, regla tercera, letra b) de la LGSS perjudique principalmente a una determinada categoría de trabajadores, en concreto, a aquellos que trabajan a tiempo parcial y, más concretamente, a las mujeres, al considerar que esta disposición no pueda calificarse de medida indirectamente discriminatoria en el sentido del art. 4.1 de la Directiva 79/7, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de hombres y mujeres en materia de seguridad social.

En estas circunstancias no podemos tener por acreditado que la regla menos favorable que contiene el apartado b) de la norma cuestionada produzca un efecto especialmente adverso para las mujeres y, por tanto, no cabe tener por cumplido el segundo presupuesto del canon de discriminación indirecta, lo que nos exime de tener que analizar si se da el tercer elemento consistente en la ausencia de una razón suficiente de política social que justifique la medida.

También, en este punto, procede concluir desestimando este motivo de inconstitucionalidad.

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 cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña, en relación con los apartados a) y b) de la regla tercera del número 1, de la disposición adicional séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada a los citados apartados, respectivamente, por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y por el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de la estabilidad.

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

Dada en Madrid, a veintiocho de mayo de dos mil quince..—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Adela Asua Batarrita.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Antonio Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2502-2014.

Con respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros en la que se sustenta la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con la argumentación y la decisión de desestimar la cuestión promovida por el Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña sobre los apartados a) y b) de la regla tercera del número 1 de la disposición adicional séptima del texto refundido de la Ley

General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada a los citados apartados, respectivamente, por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, y el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre.

1. Mi primera discrepancia con la opinión mayoritaria en que se sustenta la Sentencia se refiere al cuestionamiento de los apartados a) y b) de la norma controvertida desde la perspectiva del derecho a la igualdad (art. 14 CE) y la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), referido al diferente y arbitrario trato que se da a las situaciones de cómputo e integración de lagunas para acceder a determinadas prestaciones de la Seguridad Social cuando la situación de trabajo a tiempo parcial es la inmediatamente anterior al momento en que se ha de decidir sobre esa prestación.

La opinión mayoritaria viene a defender, como ya se hizo en la STC 156/2014, de 25 de septiembre, profusamente citada, que tanto la regla del apartado a) como la del b) no establecen un trato discriminatorio, ya que el término de comparación aportado entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo no resulta adecuado si se toman en consideración los principios contributivo y de proporcionalidad del régimen de la Seguridad social. Esta posición fue rebatida de manera amplia en el voto particular que formulé a la citada STC 156/2014, al que me remito para evitar reiteraciones innecesarias, al objeto de justificar por qué considero que en este caso también debería haberse estimado la cuestión promovida por vulneración de los arts. 9.3 y 14 CE.

2. Mi segunda discrepancia con la opinión mayoritaria en que se sustenta la Sentencia se refiere a la solución dada al cuestionamiento de estos mismos preceptos por vulneración del principio de no discriminación indirecta por razón de sexo (art. 14 CE).

La opinión mayoritaria viene a defender que la regulación impugnada no es indirectamente discriminatoria respecto de las mujeres, poniendo de manifiesto que, si bien no puede resultar controvertido que (i) el trabajo a tiempo parcial afecta especialmente a las mujeres; y (ii) la normativa cuestionada establece un tratamiento adverso a este tipo de situaciones; sin embargo, (iii) las reglas establecidas para el cómputo e integración de lagunas tienen una justificación objetiva en el carácter contributivo y en la aplicación del principio de aportación proporcional del sistema de seguridad social que impide apreciar que son aspectos completamente ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

En el Voto particular que formulé a la citada STC 156/2014 mantuve que la regla controvertida en el apartado b) resultaba discriminatoria por razón de sexo. Ahora debo confirmar que, en mi opinión, tanto ese apartado b), como el a), con independencia de lo afirmado en su ámbito de competencia en la STJUE de 14 de abril de 2015, asunto C-527/13, vulneran también por este motivo el art. 14 CE.

El razonamiento que me lleva a sustentar esta conclusión radica en que, frente a la alegada objetividad de las reglas impugnadas desde la perspectiva de los principios contributivo y de proporcionalidad, el hecho es que (i) hay una diferencia sustancial entre las reglas para calcular la base reguladora y la integración de las lagunas de cotización en los supuestos de contratación a tiempo parcial y a tiempo completo; (ii) que el resultado de la aplicación de esas diferentes reglas determina un efecto adverso de los trabajadores con contratos a tiempo parcial respecto a los que son beneficiarios de una contratación a tiempo completo; y (iii) que el único elemento determinante para aplicar una u otra regulación es el carácter a tiempo completo o parcial del contrato en el momento en que se debe valorar la contingencia y no el historial de contratación o cotización de trabajador.

De todo ello cabe concluir que si bien, en abstracto, el régimen de división tiempo completo/ tiempo parcial basado en la proporcionalidad de las contribuciones responde a bases objetivas; sin embargo, no lo hace la regulación jurídica para calcular la base reguladora y la integración de lagunas de cotización. En esta regulación se desprecia totalmente el historial contributivo y el principio de proporcionalidad, atendiendo exclusivamente a la naturaleza total o parcial del último contrato, que, al ser una modalidad que afecta especialmente a las mujeres, impone un sistema sesgado, sin anclaje objetivo en el carácter contributivo y proporcional del sistema, que le inflige un trato desfavorable y discriminatorio.

Esta situación de discriminación para la mujer es más evidente si se toma en consideración que en un sistema como el que resulta de la norma cuestionada los mayores perjuicios se derivan para quienes habiendo desarrollado la mayor parte de su vida laboral en régimen de dedicación completa pasan a situaciones de dedicación a tiempo parcial, los cuales resultan especialmente perjudicados por la norma. En una situación de crisis y de negativa evolución de la empleabilidad, este tipo de evolución en el empleo tiene especial incidencia, circunstancia que se une a los abrumadores datos oficiales que ponen de manifiesto que son especialmente las mujeres las que optan por los contratos a tiempo parcial.

Madrid, a veintiocho de mayo de dos mil quince. –Juan Antonio Xiol Ríos.–Firmado y rubricado

Pleno. Sentencia 111/2015, de 28 de mayo de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 7870-2014. Interpuesto por la Presidente del Gobierno en funciones respecto de la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2014, de 4 de abril, del impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito. Límites a la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas: nulidad del precepto legal que regula el impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito (STC 30/2015).

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho, y don Antonio Narvárez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 7870-2014, promovido por la Sra. Presidente del Gobierno, en funciones, contra la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2014, de 4 de abril, del impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito. Han intervenido y formulado alegaciones el Gobierno de la Generalitat y el Parlamento de Cataluña. Ha sido Ponente el Magistrado don Santiago Martínez-Vares García, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal Constitucional el día 30 de diciembre de 2014 el Abogado del Estado, en nombre de la Sra. Presidente del Gobierno, en funciones, interpone recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2014, de 4 de abril, del impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito. Se invoca el art. 161.2 CE, a fin de que se acuerde la suspensión de la norma impugnada.

La demanda considera infringidos los arts. 133, 149.1.13 y 14, y 157 de la Constitución, y el art. 6.2 de la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), ya que el impuesto creado en la Ley 4/2014, de 4 de abril es sustancialmente coincidente con el estatal regulado en el art. 19 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas, tras el art. 124 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. De acuerdo con lo establecido en la doctrina del Tribunal Constitucional (se citan, entre otras, las SSTC 122/2012, de 5 de junio; y la 210/2012, de 14 de noviembre), hay identidad sustancial entre ambos tributos, estatal y autonómico.

Comienza el alegato describiendo sucintamente los elementos esenciales del impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito como tributo propio de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Una vez descritos sus elementos esenciales se concluye que los mismos, y en particular los identificadores de la estructura del tributo –hecho y base imponibles, sujetos pasivos, exenciones o supuestos de no sujeción y devengo– coinciden sustancialmente con el impuesto, del mismo nombre, creado por el Estado mediante la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica (Ley 16/2012, en adelante).

A continuación, se cita la doctrina de este Tribunal acerca de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas y su vinculación con la autonomía política (entre otras, STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 7), cuyo ejercicio implica la capacidad de las Comunidades Autónomas para establecer y exigir sus propios tributos de acuerdo con lo establecido en los arts. 133.2 y 157.1 CE. Se trata así de un poder tributario que está sujeto a límites intrínsecos y extrínsecos, como se desprende de la Constitución, y del bloque de la constitucionalidad, citándose el art. 203.5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que remite precisamente a la ley orgánica a que se refiere también el art. 157.3 CE, esto es, la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre (LOFCA).

A partir de lo anterior se cita la doctrina constitucional referida al art. 6 LOFCA, en su redacción otorgada por la Ley Orgánica 3/2009, con extensa cita de la STC 210/2012, de 14 de noviembre, sobre el impuesto sobre depósitos bancarios en Extremadura.

Se concluye fundamentando la inconstitucionalidad del impuesto sobre los depósitos en entidades de crédito de la Comunidad Autónoma de Cataluña en su coincidencia, en todos los elementos sustanciales, con el impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito. A este respecto, resalta el escrito que ciertamente existe una diferencia en el ámbito de aplicación territorial, dado que el tributo autonómico se aplica sólo en esta Comunidad, si bien esto es inherente a la propia definición de tributo propio autonómico. El precepto impugnado infringe por lo tanto los arts. 133, 157.3 CE; y 6.2 LOFCA.

2. Por providencia de 20 de enero de 2015, el Pleno del Tribunal acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por la Sra. Presidente del Gobierno, en funciones,

y en su representación y defensa, por el Abogado del Estado, contra la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2014, de 4 de abril, del impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito. Asimismo, acordó dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme al art. 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, y al Gobierno y al Parlamento de Cataluña, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimen convenientes. Por último, se acordó publicar la incoación del proceso en el «BOE», lo que se llevó a efecto en el número 21, de 24 de enero de 2015.

3. El 4 de febrero de 2015 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el escrito del Letrado del Parlamento de Cataluña, en la representación que legalmente ostenta, comunicando el acuerdo de la Mesa del Parlamento de 3 de febrero de 2015 por el que el Parlamento ha decidido personarse en el presente proceso, y solicitando que, teniéndosele efectivamente por personado, se conceda a la representación letrada una prórroga del plazo para formular alegaciones.

4. El 4 de febrero de 2015 se registró en este Tribunal el escrito del Senado por el que se comunica el Acuerdo adoptado por la Mesa de la Cámara de personarse en el procedimiento y ofrecer su colaboración a efectos del art. 88.1 LOTC.

5. Mediante providencia de 5 de febrero de 2015 el Pleno del Tribunal acordó incorporar a las actuaciones el anterior escrito del Letrado del Parlamento de Cataluña y conceder una prórroga de ocho días del plazo concedido en la providencia de 20 de enero, a contar desde el siguiente al de expiración del ordinario.

6. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 13 de febrero de 2015, la representación letrada de la Generalitat de Cataluña interesa la desestimación íntegra del recurso a partir de las siguientes alegaciones:

Tras describir la conexión de este asunto con los recursos de inconstitucionalidad 1808-2013, 1873-2013 y 1881-2013, en los que se cuestiona el art. 19 de la Ley 16/2012, que establece el impuesto estatal sobre los depósitos bancarios a tipo cero, considera que no se vulnera el orden competencial y, en concreto, el art. 6.2 LOFCA porque la Ley 4/2014 se limita a dar cobertura formal y continuidad a un impuesto ya existente, regulado en el Decreto-ley 5/2012, norma que entra en vigor cuando aún no se había aprobado y entrado en vigor la Ley 16/2012 cuyo artículo 19 implantó el impuesto estatal sobre depósitos bancarios, y por tanto no existía un hecho imponible gravado por el Estado que impidiera la creación de tal impuesto autonómico, resulta obligado concluir que el Decreto-ley autonómico impugnado en este proceso ha respetado el orden competencial establecido en el bloque de la constitucionalidad sin que pueda imputársele tacha alguna de inconstitucionalidad.

Añade que además el impuesto estatal creado mediante la Ley 16/2012 era un impuesto ficticio, una simulación de tributo sin idoneidad por tanto para generar un supuesto de doble imposición que a tenor del art. 6.2 LOFCA impidiera la creación de un impuesto autonómico. De hecho, no sería hasta la aprobación del Real Decreto-ley 8/2014 cuando el tipo de gravamen pasó de ser el 0 al 0,03 por 100.

A partir de lo anterior se refiere a los antecedentes legales de la aprobación de la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2014, con referencia a la doctrina contenida en la STC 210/2012 que legitimaba a las Comunidades Autónomas para establecer este tipo de tributos, concluyendo

que no se ha vulnerado el art. 6.2 LOFCA ni las competencias que los arts. 133.1, 149.1.13 y 14 CE atribuyen al Estado.

Es cierto que hay coincidencia entre el tributo estatal y el autonómico, algo que considera que «no se discute». La controversia se suscita únicamente en torno a la secuencia temporal, de forma que cuando, como en este caso, el impuesto estatal es posterior al autonómico, el Estado puede aprobar su propio impuesto sobre el mismo hecho imponible desplazando a los impuestos autonómicos preexistentes, pero está obligado a prever medidas compensatorias o de coordinación en favor de las Comunidades Autónomas que sufran el desplazamiento de su impuesto a fin de paliar la minoración de sus ingresos. Tal es el caso en este proceso, de manera que el impuesto autonómico sobre los depósitos en las entidades de crédito y su posterior modificación por la Ley 4/2014, anteceden al impuesto estatal equivalente, por lo que dicha Ley 4/2014 no ha incurrido en infracción del párrafo primero del artículo 6.2 LOFCA y es además aplicable el párrafo segundo de dicho artículo 6.2 de la misma norma, que obliga al Estado a instrumentar las medidas de compensación o coordinación adecuadas en favor de la Generalitat de Cataluña para resarcirla de la minoración de ingresos imputable al desplazamiento del impuesto autonómico que se ha producido como consecuencia de la posterior aprobación del impuesto estatal.

Añade a lo anterior que el artículo 19 de la Ley 16/2012 fue aprobado con transgresión del procedimiento de tramitación parlamentaria, incurriendo en un uso fraudulento y abusivo de la potestad tributaria del Estado, lo que implica el incumplimiento del principio de lealtad constitucional. En conexión con ello, aduce que la Ley 4/2014 ha dado continuidad al impuesto autonómico creado por el Decreto-ley 5/2012 y ha sido válidamente aprobada bajo la vigencia de la versión originaria del artículo 19 de la ley 16/2012, que, al crear un impuesto estatal ficticio, no activó la prohibición de doble imposición impuesta por el artículo 6.2 LOFCA a la potestad tributaria autonómica. En fin, cuando se aprobó y entró en vigor, el 10 de abril de 2014, la Ley 4/2014, no existía ningún impuesto estatal sobre los depósitos en las entidades de crédito que conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2 LOFCA fuera un obstáculo para que el legislador catalán mantuviera y diera continuidad al impuesto autonómico sobre los depósitos en las entidades de crédito, esta vez con la cobertura formal de ley, introduciendo las modificaciones menores que estimó oportunas.

Se refiere, por último, al art. 19 de la Ley 16/2012, que de forma indebida limita la posibilidad de aplicar las medidas de compensación y coordinación del art. 6.2 LOFCA, lo que afecta únicamente al impuesto creado mediante el Decreto-ley 5/2012. Dicha limitación contradice, alega, el art. 6.2 LOFCA, insistiendo en este punto en el carácter ficticio del tributo creado mediante el art. 19 de la Ley 16/2012.

Por último, se refiere expresamente a las disposiciones adicionales y final de la Ley 4/2014, que tienen como finalidad dar continuidad temporal a la regulación contenida en el Decreto-ley 5/2012 respecto de las obligaciones tributarias nacidas bajo su vigencia, cuya exigibilidad se sujeta a los términos establecidos en la Ley 4/2014, y que dispone la aplicación del Decreto-ley 5/2012 a dichas obligaciones cuando resulte más favorable para los contribuyentes. Pues bien, en este sentido, afirma que el establecimiento, por parte del Real Decreto-ley del Estado 8/2014, de un tipo de gravamen en el impuesto estatal sobre depósitos, ha determinado que desde el 5 de julio de 2014 exista un impuesto estatal sobre el mismo hecho imponible que el gravado por la Ley 4/2014, que en virtud de lo dispuesto por el artículo 6.2 LOFCA, ha desplazado al impuesto autonómico precedente, por lo que al margen de las medidas compensatorias y de coordinación que deba articular el Estado en favor de la Generalitat de Cataluña, «dicho impuesto autonómico ya no es directamente exigible a los sujetos pasivos por lo que las previsiones sobre la aplicación de las prescripciones del Decreto-ley 5/2012

establecidas en las disposiciones adicionales y final de dicha ley 4/2014 a las que alude el fundamento de derecho quinto de la demanda carecen actualmente de eficacia».

Finaliza solicitando el levantamiento de la suspensión de la norma, así como la acumulación del presente recurso al número 7279-2014.

7. El 27 de febrero de 2015 tiene entrada el escrito de alegaciones del Parlamento de Cataluña, a través de su representación letrada, en el que solicita la desestimación del recurso de inconstitucionalidad.

En el escrito se alega que la Ley de Cataluña 4/2014 no crea el impuesto sobre depósitos en entidades de crédito, pues el mismo ya había sido establecido mediante el Decreto-ley 5/2012. De esta manera, y a pesar de que la Ley de Cataluña 4/2014 sea posterior a la Ley del Estado 16/2012, el impuesto catalán sobre los depósitos en las entidades de crédito es anterior, ya que se creó mediante el Decreto-ley 5/2012, de 18 de diciembre («DOGC» 19/12/2012), y fue convalidado por el Parlamento de Cataluña en la sesión celebrada el 23 de enero de 2013, sin perjuicio de que en la misma sesión el Parlamento acordó su tramitación como proyecto de ley, de cuya tramitación trae causa la Ley de Cataluña 4/2014.

Es, por tanto, el Estado el que a posteriori establece formalmente un tributo sobre un hecho imponible gravado por la Comunidad Autónoma de Cataluña.

En consecuencia, la función de la Ley de Cataluña 4/2014 no es crear y establecer un tributo, sino dar continuidad a un tributo existente y cuyo establecimiento es cronológicamente anterior a la Ley del Estado 16/2012, por lo que el supuesto de hecho es el inverso del que describe el recurso del Presidente del Gobierno, y por tanto la Ley de Cataluña 4/2014 no infringe el artículo 6.2 LOFCA.

Finaliza solicitando el levantamiento de la suspensión de la norma impugnada.

8. Por providencia de 26 de mayo de 2015, se señaló para deliberación y votación del presente recurso el día 28 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de inconstitucionalidad tiene por objeto la Ley 4/2014, de 4 de abril, del Parlamento de Cataluña, del impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito. El Abogado del Estado, en representación de la Sra. Presidente del Gobierno, en funciones, considera vulnerados los arts. 133, 149.1.13 y 14, y 157 de la Constitución, y el art. 6.2 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), ya que el impuesto autonómico guarda identidad con el homónimo impuesto del Estado regulado en el art. 19 de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas.

El Parlamento y el Gobierno de Cataluña interesan la desestimación íntegra del recurso con los argumentos que han quedado recogidos en los antecedentes.

2. Debemos en este lugar dejar constancia de que, en su redacción originaria, el art. 19 de la citada Ley 16/2012 fue objeto de impugnación en los recursos 1808-2013, 1873-2013, y 1881-2013, desestimados, respectivamente, por las SSTC 26/2015, de 19 de febrero; 59/2015, de

18 de marzo, y 73/2015, de 14 de abril. Por último la Ley 18/2014 fue impugnada en el recurso de inconstitucionalidad 275-2015, desestimado mediante STC 102/2015, de 26 de mayo.

Para determinar si el impuesto autonómico creado por la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2012, es contrario al art. 6.2 LOFCA, el mismo debe compararse con el sistema tributario estatal vigente en el momento de resolver este pleito (en los términos expuestos en nuestra STC 30/2015, de 19 de febrero, FJ 2). En este caso, con el impuesto regulado en el art. 19 de la Ley 16/2012, en su dicción vigente, esto es, tras la última reforma, efectuada mediante el art. 124 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

Planteado el recurso de inconstitucionalidad en los términos expuestos con detalle en los antecedentes, debemos examinar el impuesto catalán regulado en la Ley 4/2014, que es la norma impugnada en el presente pleito.

Debe en concreto precisarse, frente a lo alegado en las contestaciones a la demanda, que el hecho de que el impuesto fuera originariamente establecido mediante el Decreto-ley 5/2012 no determina en ningún caso que debamos pronunciarnos sobre dicha norma. Tampoco implica, como se aduce en las alegaciones de la Generalitat y el Parlamento de Cataluña, que no sea de aplicación el art. 6.2 LOFCA toda vez que el impuesto había sido creado con anterioridad.

Para resolver la controversia planteada debe aplicarse nuestra doctrina sobre el art. 6.2 LOFCA, que recordamos en la STC 30/2015, de 19 de febrero, cuyo fundamento tercero debe darse en su integridad por reproducido.

En consecuencia, procede a continuación, para apreciar la coincidencia o no entre hechos imponibles, que es lo prohibido en el art. 6.2 LOFCA, atender a los elementos esenciales de los tributos que se comparan, al objeto de determinar no sólo la riqueza gravada o materia imponible, punto de partida de toda norma tributaria, sino la manera en que dicha riqueza o fuente de capacidad económica es sometida a gravamen en la estructura del tributo.

A partir de lo anterior, los elementos esenciales de uno y otro impuesto son los siguientes:

– El impuesto autonómico objeto de impugnación establece, como hecho imponible «la captación y tenencia de fondos de terceros, sea cual sea su naturaleza jurídica, en forma de depósitos» (art. 3 de la Ley 4/2014); guardando así similitud con el impuesto estatal, cuyo hecho imponible es «el mantenimiento de fondos de terceros, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, por los contribuyentes señalados en el apartado Seis de este artículo, y que comporten la obligación de restitución, a excepción de los fondos mantenidos en sucursales fuera del territorio español» (art. 19.3 de la Ley 16/2012).

– La base imponible del impuesto autonómico es «la cuantía económica total equivalente al resultado del promedio aritmético de los datos del final de cada trimestre natural del período impositivo, de las partidas P4.2.1 –depósitos a la vista– y P4.2.2 –depósitos a plazo de otros sectores residentes– del pasivo del balance de las entidades de crédito que queden incluidas, en sus estados financieros individuales, en la parte que corresponda a los depósitos captados por las sedes, sucursales y oficinas operativas ubicadas en el ámbito territorial de Cataluña» (art. 6, Ley 4/2014); mientras que la del impuesto estatal es «el importe resultante de promediar aritméticamente el saldo final de cada trimestre natural del período impositivo, con independencia de la duración del período impositivo, correspondiente a la partida 4 “Depósitos de la clientela” del Pasivo del Balance reservado de las entidades de crédito,

incluidos en los estados financieros individuales» (art. 19.7, Ley 16/2012), con los ajustes a que se refiere el mismo precepto.

– En ambos casos los sujetos pasivos son las entidades de crédito; en el caso del impuesto catalán «las personas jurídicas que, de acuerdo con la normativa aplicable, tienen la consideración de entidades de crédito y captan fondos de terceros con obligación de restituirlos, en el ámbito territorial de Cataluña, ya sea mediante su sede central, sucursales u oficinas operativas ubicadas en dicho ámbito territorial» (art. 5, Ley 4/2014); y, en el caso del estatal, «las entidades de crédito definidas en el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, sobre adaptación del derecho vigente en materia de Entidades de crédito al de las Comunidades Europeas así como las sucursales en territorio español de entidades de crédito extranjeras (art. 19.6, Ley 16/2012).»

– La cuota íntegra, en el caso del impuesto autonómico, es el resultado de aplicar la siguiente escala de gravamen a la base imponible (art. 7 de la Ley 4/2014):

Base imponible máxima (en euros)	Cuota íntegra (en euros)	Resto base imponible (hasta euros)	Tipo aplicable (porcentaje)
–	–	150.000.000	0,3
150.000.000	450.000	600.000.000	0,4
600.000.000	2.250.000	en adelante	0,5

En el caso del impuesto estatal el tipo de gravamen «será el resultado de aplicar a la base imponible el tipo de gravamen del 0,03 por 100» (art. 19.8 Ley 16/2012).

– Por último, en el impuesto autonómico se establecen diversas deducciones para entidades de crédito cuyo domicilio social radique en esta Comunidad Autónoma (art. 8 Ley 4/2014).

3. La conclusión de lo anterior es que el impuesto autonómico impugnado coincide, en sus elementos esenciales, con el homónimo estatal, incurriendo por tanto en la incompatibilidad que establece el art. 6.2 LOFCA. Hay coincidencia en el hecho imponible, la base imponible y los contribuyentes, refiriéndose las únicas diferencias a la cuota tributaria y a las deducciones establecidas por la Comunidad Autónoma para sucursales radicadas en su territorio.

Al igual que concluimos en la STC 30/2015, de 19 de febrero, en relación con el impuesto valenciano sobre los depósitos en las entidades de crédito, similar al aquí impugnado, las citadas coincidencias sustanciales, en los elementos esenciales de ambos impuestos, suponen la vulneración de los arts. 133.2 y 157.3 CE, así como del art. 6.2 LOFCA.

Debemos en consecuencia declarar la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2014, de 4 de abril, del impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito.

FALLO

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

Ha decidido

Estimar el presente recurso de inconstitucionalidad y declarar la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2014, de 4 de abril, del impuesto sobre depósitos en las entidades de crédito.

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

Dada en Madrid, a veintiocho de mayo de dos mil quince..–Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Adela Asua Batarrita.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Fernando Valdés Dal-Ré.–Juan José González Rivas.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Pedro José González-Trevijano Sánchez.–Ricardo Enríquez Sancho.–Antonio Narváez Rodríguez.–Firmado y rubricado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias

Sala Segunda. Sentencia 112/2015, de 8 de junio de 2015. Recurso de amparo 1281-2013. Promovido por don Lluís Corominas Padullés en relación con las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictadas en juicio ante tribunal del jurado. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia: resoluciones judiciales que anulan la Sentencia de instancia y el veredicto del jurado, y ordenan la retroacción de actuaciones sin prejuzgar el resultado del nuevo enjuiciamiento.

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 el recurso de amparo núm. 1281-2013, promovido por don Lluís Corominas Padullés, representado por el Procurador de los Tribunales don Jaime Briones Méndez y asistido por los Abogados don Carlos Bueren Roncero y don Óscar Morales García, contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de fecha 28 de noviembre de 2012, dictada en el recurso de casación núm. 913-2012, por la que se declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de marzo de 2012 (Sala de lo Civil y Penal) en el rollo de apelación núm. 29-2011. Esta última resolución, por su parte, había estimado el primer motivo del recurso interpuesto por la acusación particular constituida por doña Huseni Burbuque y representada por la Procuradora de los Tribunales doña Begoña Sáez Pérez, anulando el veredicto de inculpabilidad emitido por el Tribunal del Jurado en el procedimiento núm. 29-2009, así como la Sentencia de 21 de junio de 2011 derivada del mismo, procedentes del seguido ante el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Manresa como procedimiento jurado núm. 2-2006, ordenándose la celebración de nuevo juicio ante un nuevo Tribunal del Jurado. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Ricardo Enríquez Sancho, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 5 de marzo de 2013, el Procurador de los Tribunales don Jaime Briones Méndez, en nombre y representación de don Lluís Corominas Padullés, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se citan en el

encabezamiento, solicitando por otrosí, como medida cautelar, la suspensión de la ejecución de las resoluciones impugnadas.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) El 21 de junio de 2009 la Magistrada-Presidente del Tribunal del Jurado dictó Sentencia en el procedimiento jurado núm. 29-2009, seguido contra el demandante de amparo ante la Audiencia Provincial de Barcelona y procedente del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Manresa. En ella se absolvía al demandante del delito de homicidio del que venía acusado, expresando el fallo la apreciación en su conducta de la eximente completa de legítima defensa putativa. Se imponía, no obstante, al acusado y a la empresa CES 21, S.L., la obligación de indemnizar, en calidad de responsable civil directo el primero y de responsable civil subsidiaria la segunda, a las personas físicas y jurídicas determinadas en el fallo, en las cantidades y con los intereses asimismo especificados.

La Sentencia de la Audiencia Provincial declaraba probado, de conformidad con el veredicto del Jurado, lo siguiente:

«Primero.–El acusado Lluís Corominas Padullés, nacido el 13 de junio de 1961, y sin antecedentes penales, desde enero de 2006, se hallaba habilitado como Director de Seguridad con TIP n.º 3762, sin ejercer oficialmente actividad profesional de seguridad privada.

Segundo.–El acusado actuaba a modo de coordinador de seguridad privada de la familia Tous.

Tercero.–En la fecha de los hechos, el acusado era socio y administrador único de la sociedad “CES 21, SL”, desarrollando la mencionada actividad de manera vinculada a esta empresa.

Cuarto.–Alrededor de las 19 horas del día 9 de diciembre de 2006, el acusado recibió una llamada telefónica de uno de los auxiliares de control encargados del control del servicio de videovigilancia de las viviendas de la familia Tous, sitas principalmente de (sic) la Urbanización Pineda de la localidad de San Fruitós de Bages en la que le comunicaba que, a través de las cámaras de seguridad, había observado la presencia de intrusos dentro de la finca del matrimonio Tous (suegros del acusado), y que ya había avisado a los Mossos d’Esquadra.

Quinto.–En esos momentos, no se encontraba en el interior del domicilio de los Sres. Tous ninguno de sus moradores.

Sexto.–El acusado, pasados unos minutos de las 19 horas del día 9 de diciembre de 2006, se dirigió hacia la Avenida Pirineus con calle Cardona de dicha Urbanización, y paró el vehículo Mercedes con matrícula 8806 DRX que conducía delante de la puerta principal del domicilio de sus suegros portando consigo la pistola semiautomática de la marca Glock de su propiedad, cargada con siete cartuchos ordinarios de calibre 9 mm parabellum y con un cartucho del calibre 9 mm parabellum que montaba una bala expansiva de punta perforada, siendo esta última considerada munición prohibida.

Séptimo.–Una vez hubo llegado a la Avenida Pirineus, y hallándose fuera del vehículo, el acusado se percató de la presencia de un vehículo aparcado en la calle Pastor de la misma urbanización.

Octavo.—Al sospechar que podía estar relacionado con los intrusos, el acusado decidió subir de nuevo al vehículo y dirigirse hacia donde se hallaba dicho automóvil, tratándose de un Renault Megane con matrícula 1164-FHN, percatándose, al llegar a su altura, de que en su interior había dos personas ocupando el asiento del conductor y del copiloto, y deteniendo allí su vehículo.

Noveno.—Los ocupantes del Renault Megane, Sinani Gazmend y Dulji Kosum, formaban parte de un grupo de personas que estaban intentando cometer un robo en la mencionada finca.

Décimo.—En el momento en que el acusado detuvo su vehículo a la altura del Renault Megane, el conductor de este último inició su marcha.

Undécimo.—El acusado, utilizando la pistola semiautomática que portaba, efectuó dos disparos al vehículo.

Duodécimo.—Ambos proyectiles penetraron en el habitáculo delantero del vehículo a través del cristal de la ventanilla delantera izquierda, alojándose uno de ellos en la parte interior de la puerta delantera derecha del vehículo, mientras que el otro proyectil penetró por la parte posterior izquierda del cráneo de Sinani Gazmend, quien ocupaba el lugar del conductor, y salió por la parte delantera frontal del cráneo hasta impactar contra la parte inferior derecha del parabrisas.

Decimotercero.—El proyectil que alcanzó el cráneo de Sinani Gazmend causó de forma irremediable su muerte, al provocarle una lesión cerebral global con necrosis del tronco encefálico con encefalopatía mecánica, produciéndose su desconexión de los medios instrumentales médicos a las 10,30 horas del día 11 de diciembre de 2006.

Decimocuarto.—Inmediatamente después de efectuar los disparos, el acusado bajó de su vehículo, y mantuvo encañonado al copiloto, identificado como Dulji Kosum, mientras esperaba la llegada de los Mossos d'Esquadra.

Decimoquinto.—En el momento en que el acusado se acercó al vehículo Renault Megane, los ocupantes Sinani Gazmend y Dulji Kosum hicieron un movimiento brusco.

Decimosexto.—Ese movimiento brusco hizo creer al acusado que iban a dispararle.

Decimoséptimo.—El acusado disparó su arma para defenderse del ataque del que creyó erróneamente que estaba siendo objeto.

Decimooctavo.—Los disparos efectuados eran necesarios para responder al ataque que el acusado se representó como procedente de los ocupantes del Renault Megane.

Decimonoveno.—Los disparos efectuados eran proporcionados al ataque que el acusado se representó como procedente de los ocupantes del Renault Megane.

Vigésimo.—Inmediatamente antes de que el acusado se dirigiera al Renault Megane, el vigilante de seguridad le informó de que los dos asaltantes que estaban en la casa bajaban hacia la puerta de salida donde el acusado se encontraba, advirtiéndole de que parecían ir armados, y

de que los Mossos d'Esquadra aún no habían llegado; información que, unida al conocimiento del asalto de días previos, le provocó un temor a sufrir algún mal sobre su persona.

Vigésimo primero.—El miedo que sintió el acusado procedía de una amenaza real, seria e inminente para su persona.

Vigésimo segundo.—El acusado disparó con su arma determinado por el miedo que sentía.

Vigésimo tercero.—Después de efectuar los disparos, el acusado realizó una llamada a los Mossos d'Esquadra, reclamando el envío de una ambulancia, y permaneciendo en el lugar de los hechos.

Vigésimo cuarto.—El día 15 de diciembre de 2006, el acusado pagó a través del Juzgado la cantidad de 150.000 euros en concepto de indemnización por la muerte de Sinani Gazmend.

Vigésimo quinto.—Sinani Gazmend estaba casado con Huseni Burbeque y tenían un hijo común menor de edad llamado Rinor Sinani.

Vigésimo sexto.—Los padres de Sinani Gazmend, Xhfafer Sinani y Nexhmije Halimi, le han sobrevivido.

Vigésimo séptimo.—El vehículo Renault Megane, matrícula 1164-FMN, propiedad de la empresa "Julio Sánchez 4 por 4, S.L.", resultó con daños cuya cuantía asciende a 617 euros.»

La apuntada declaración fáctica venía a ser traslación de la convicción alcanzada por los jurados, que apreciaron en el acusado una actuación bajo la exigente completa de miedo insuperable, inserto en la legítima defensa putativa. Entendieron los jurados que el acusado había actuado movido por un error invencible, al haber deducido equivocadamente que los ocupantes del vehículo sobre el que disparó —provocando con ello la muerte del conductor, por alcance en la cabeza— estaban relacionados con el asalto que, en esos momentos, se estaba cometiendo en el domicilio de la familia Tous e iban a acabar con su vida, llevándole su instinto a defenderse. La apreciación de estas exigentes condujo al dictado del citado fallo absolutorio en primera instancia.

El hecho probado undécimo que se acaba de transcribir es el resultado, tal como se refleja en el acto de votación del jurado, del hecho 11 del objeto del veredicto que obtuvo un resultado de tres votos a favor y seis en contra respecto de lo siguiente: «El acusado, siendo consciente del riesgo que para la vida de los ocupantes del Renault Megane implicaba su acción, y de las altas probabilidades de causar su muerte, utilizando una pistola semiautomática que portaba, efectuó dos disparos al vehículo». La votación de este hecho encuentra su reflejo probatorio al folio 15 del acta, justificándolo los jurados en la declaración emitida por el acusado el día 12 de mayo de 2011 cuando, a preguntas de un jurado, manifestó que en aquel momento no era consciente de los hechos; también en lo manifestado en la pericial forense, en el concreto particular de que «en una situación de estrés puede haber un estado de alerta con distorsión de la percepción sensorial, visual y cognitiva». Desde estos elementos de convicción, los jurados consideraron que el acusado, al tiempo de los hechos, «no era consciente del riesgo de su acción porque no tuvo tiempo real para pensar en su situación».

Habiendo descartado por mayoría lo anterior, los jurados introdujeron un hecho 11 bis, que fue aprobado por unanimidad, del siguiente tenor: «El acusado, utilizando la pistola semiautomática

que portaba, efectuó dos disparos al vehículo». El acta da cuenta de que el soporte probatorio de esta convicción dimana, igualmente, de la declaración prestada por el acusado el 12 de mayo de 2011, en la que reconoció haber efectuado esos dos disparos.

b) Trasladando éstos y otros resultados de la votación popular, la Magistrada-Presidente encabezó el fundamento jurídico 1 de la Sentencia del siguiente modo:

«[L]os jurados han considerado probado que Lluís Corominas Padullés efectuó dos disparos contra el vehículo en que se encontraban los intrusos, alcanzando uno de ellos el cráneo de Sinani Gazmend, quien murió a consecuencia de dicha acción. De igual modo, declaran probado que el acusado actuó determinado por un miedo (que resulta tributario de la calificación jurídica de insuperable, como se analizará con posterioridad), el cual provocó en él una creencia errónea e invencible (extremos que también se analizarán en párrafos posteriores de esta fundamentación jurídica) de que los ocupantes del vehículo iban a dispararle, completando ese relato fáctico, de forma congruente, con la declaración de que los referidos disparos iban dirigidos, en exclusiva, a defenderse de la agresión errónea de la que creía ser objeto, siendo necesarios y proporcionados a ella, sin que el acusado tuviera frente a esta aparente agresión otra alternativa de conducta.»

Dichas afirmaciones cuentan después con un amplio desarrollo en el cuerpo de la Sentencia, en el cual la Magistrada pone de relieve que la proposición 11 del objeto del veredicto «que, sin oposición de las partes, incorporaba en un solo hecho la acción de disparar y el dolo eventual de matar de forma inherente a la misma», no encontró refrendo entre los jurados, contando con sólo tres votos a favor de considerarlo demostrado. Y que ello motivó que los propios jurados realizaran una proposición alternativa 11 bis, aprobada por unanimidad, basando la realidad de este hecho en la declaración prestada por el acusado en el plenario, reconociendo ante los jurados que efectuó los dos disparos. La Sentencia subraya que, ello no obstante, no consideraron probado que aquél actuara con conciencia del riesgo para la vida de los ocupantes del vehículo que comportaba su acción, como tampoco de las altas probabilidades de causar su muerte.

En este punto, la Magistrada-Presidente reconoce que en estas premisas «se encuentra la esencia de la calificación jurídica sostenida por las acusaciones, la cual viene concretada en un delito de homicidio en grado de consumación». Con esos fines calificadores, y partiendo del nexo de causalidad existente entre la acción de disparar y el resultado letal derivado de la misma –hechos ambos que fueron declarados probados por unanimidad (11 bis y 14)–, la Magistrada consideró necesario determinar «el ánimo que movió al agente a su acción, a fin de contrastar si nos hallamos o no ante la infracción penal analizada». Y, tras reflejar en la Sentencia las diferentes teorías doctrinales y jurisprudenciales sobre el propósito criminal, apuntó que la conclusión sobre la existencia del ánimo de matar o sobre la falta del mismo, ante la negativa permanente del acusado, no podía obtenerse sino mediante el estudio de las circunstancias envolventes de la acción. Se trataba, en definitiva, de determinar si el resultado mortal sufrido por la víctima era reprochable al agente por haberlo perseguido voluntariamente, ya de forma directa, ya a través de la construcción jurídica del denominado dolo eventual.

Desde este preliminar, continúa expresando la Sentencia cómo el Jurado fue ilustrado sobre la necesidad de efectuar una inferencia lógica respecto de sus conclusiones sobre hechos no perceptibles directamente por los sentidos, como son las intenciones o las emociones, y cómo desde esas instrucciones los jurados concluyeron que el acusado, al efectuar los disparos, no era consciente de las altas probabilidades de causar la muerte que conllevaba su acción. No obstante reconocer que era ésta la única proposición que, en relación con

la intencionalidad que movió al acusado, se sometió a la consideración del Jurado, siendo descartada por su mayoría, la Sentencia afirma acto seguido que «dicho pronunciamiento no puede analizarse de forma aislada e independiente, pues sólo alcanzará plena significación y congruencia con el resto del veredicto al ponerse en contacto con las demás proposiciones que fueron declaradas probadas, y que comportan, como luego se verá, la apreciación de los elementos definidores de la legítima defensa putativa motivada por un miedo insuperable, cuya concurrencia en el caso de autos apoyan los jurados sobre iguales pruebas y análogos razonamientos». Entendió la Magistrada-Presidente que la cuestión quedaba centrada, por tanto, en determinar si la proposición declarada probada bajo el ordinal 11 bis del objeto del veredicto, puesta en relación con los demás hechos probados, constituía sustento suficiente para estimar concurrentes en el caso los elementos definidores del delito de homicidio por el que se sostenía acusación, conclusión a la que llegaba la redactora en sentido afirmativo, apreciando en el actuar del acusado todos los elementos del delito.

Sentado cuanto antecede, afronta la Sentencia en su fundamento jurídico 2 el conjunto de proposiciones sometidas a la consideración del Tribunal popular en orden a determinar las circunstancias modificativas concurrentes. En concreto, si el acusado efectuó los disparos amparado por una eximente de legítima defensa putativa, relacionada con las figuras del error invencible y del miedo insuperable (hechos 17 a 21 del objeto del veredicto), todo lo cual los jurados estimaron probado, por un lado, a través de lo manifestado por el acusado en el juicio oral en el sentido de que «se vio muerto y su instinto le llevó a defenderse» y, por otro, desde un concreto apartado de la pericial forense sobre la salud mental del acusado que indicaba cómo, desde un plano teórico, ante situaciones de estrés o miedo técnicamente puede generarse en quien lo sufre un estado de alerta con distorsión de la percepción sensorial, visual o auditiva, aunque el hecho que la provoca no exista o sea malinterpretado. Con apoyo en estas dos consideraciones principales, a las que añadían algunas otras, estimaron los jurados verosímil que el acusado incurriera en error al interpretar el movimiento brusco referido en el hecho 17, creyendo ver un arma en manos del conductor del vehículo y deduciendo de ello, de forma fundada y razonable, que iban a dispararle. A lo anterior añade la Sentencia el pronunciamiento popular favorable a la invencibilidad del error sufrido, declarando no probado que el acusado tuviera posibilidad de hacer desaparecer su creencia errónea de que iba a ser atacado por los ocupantes del vehículo (hecho 22 del objeto del veredicto), lo que cuenta con apoyo probatorio en esos mismos apartados de la declaración del acusado y de la pericial, añadiéndose lo referido por uno de los peritos sobre el denominado «efecto túnel». Para los jurados, los hechos se sucedieron tan rápidamente que el acusado no tuvo tiempo de vencer la percepción errónea de la realidad que en esos instantes recibía, y que le había sumido en un estado de irracionalidad e inconsciencia.

Figura analizada, acto seguido, la eximente de miedo insuperable que, sobre la base de la decisión popular, la Sentencia recoge igualmente en sentido afirmativo, en grado completo. El soporte probatorio relativo a su aspecto subjetivo (hecho 25) se residencia nuevamente en su declaración plenaria sobre el instinto de defenderse, así como en el citado extremo de la pericial. Los jurados se pronunciaron, asimismo, a favor de la insuperabilidad del miedo, no considerando probado que para evitarlo el acusado dispusiera de otra conducta, alternativa y distinta a los disparos que realizó (hecho 26), y ello con apoyo en el insistente mismo punto de la pericial, llegando a la conclusión de que «actuó bajo presión de forma y casi como un acto reflejo, respondiendo a un posible ataque, sin tiempo real para pensar en otra actuación».

Desde las líneas esencialmente expuestas, llega la Sentencia de primer grado al mentado fallo absolutorio, estimando que el miedo a sufrir algún mal sobre su persona fue el factor desencadenante de la conducta del acusado que le hizo creer, erróneamente, que era víctima de un ataque frente al cual no tenía más opción defensiva que disparar el arma que portaba.

c) Contra la anterior resolución prepararon recurso de apelación, en el lado de las acusaciones, el Ministerio Fiscal y la acusación particular y, en el lado de las defensas, el acusado Lluís Corominas Padullés y la responsable civil subsidiaria CES 21, S.L. Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con fecha 19 de marzo de 2012 el Tribunal Superior de Justicia dictaba Sentencia estimatoria del primer motivo del recurso interpuesto por la acusación particular, anulando el veredicto del jurado, así como la Sentencia apelada, al tiempo que ordenaba la devolución de la causa a la oficina del jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona con el fin de que se procediera a la celebración de juicio oral ante un nuevo Jurado y un nuevo Magistrado-Presidente.

d) El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por su parte, examinó con carácter preferente el primero de los motivos del recurso de apelación interpuesto por la acusación particular, que denunciaba como cuestión preliminar la infracción de los arts. 9.3, 24.1, 117.1 y 120.3 de la Constitución, en relación con el art. 61.1.d) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (LOTJ), por manifiesta arbitrariedad e insuficiencia motivacional en los juicios de inferencia en los que se basó la apreciación de las dos eximentes completas.

Tras centrar la pretensión impugnativa, la Sentencia de apelación describe las características del procedimiento español ante el Tribunal el Jurado y efectúa, acto seguido, una minuciosa cita jurisprudencial, así como de la doctrina fijada por este Tribunal Constitucional en las repetidas SSTC 169/2004, de 6 de octubre; 246/2004, de 20 de diciembre; 115/2006, de 24 de abril, y 192/2005, de 18 de julio, sobre el canon de motivación exigible a las decisiones del jurado. Desde estas consideraciones preliminares, se aproximó el Tribunal Superior de Justicia a la cuestión nuclear, destacando cómo el consenso del Jurado encalló en la valoración del animus necandi con el que habría actuado el acusado, descartando que fuera consciente del riesgo para la vida de los ocupantes del vehículo sobre el que disparó y de las altas probabilidades de causar su muerte (hecho 11) para ponerse únicamente de acuerdo en atribuirle, de manera alternativa a la proposición formulada por la Magistrada-Presidente con el consenso de las partes, una simple acción mecánica, consistente en efectuar dos disparos con su arma en dirección al vehículo ocupado por la víctima y su acompañante (hecho 11 bis).

Para el Tribunal Superior de Justicia resultaba evidente que el Jurado bien no entendió, bien desoyó las instrucciones recibidas de la Magistrada sobre este particular fáctico del objeto del veredicto, comprensivo del elemento intencional, pues alcanzaron una deducción de todo punto incompatible con los extremos previamente tenidos por probados, referidos al tipo de arma utilizada, su potencialidad letal y la escasa distancia de los disparos respecto de su objetivo, sabiendo como sabía el acusado que en la dirección en la que disparó se encontraban los dos ocupantes del vehículo. Destaca el Tribunal Superior de Justicia en su Sentencia que, siendo la conclusión excluyente de la intención de matar, o bien de la representación y/o conocimiento de las altas probabilidades de ocasionar tal resultado con su acción de disparar, irracional por contraria a los demás elementos objetivos tenidos por probados, una vez recibida el acta de votación y después de valorar que la inferencia sobre la falta de dolo homicida impedía el análisis de las causas excluyentes de su culpabilidad, la Magistrada se abstuvo de hacer uso de la facultad prevista en el art. 63.1 d) LOTJ para, en su lugar, optar por corregir directamente el juicio de inferencia del Jurado y estimar concurrentes en el caso los elementos definidores del delito de homicidio objeto de acusación; en concreto, la intención dolosa de matar, en el entendimiento de que la «falta de conciencia en su actuar» que el Jurado atribuyó al acusado «no afecta al dolo de su acción y, por tanto, nada tiene que ver con el animus necandi».

Remarcaba el Tribunal Superior de Justicia en que el veredicto no puede incluir conceptos jurídicos, de manera que si, por error, se sometieran a la consideración del Jurado, su decisión no vincularía al Magistrado-Presidente. Está, en cambio, plenamente admitido que los jurados

se pronuncien, cuando sea necesario, sobre los elementos intencionales bien del delito, bien de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, aun sin olvidar que la decisión que adopten al respecto no deja de ser un juicio de inferencia que necesariamente ha de tener base objetivada en una secuencia lógica de datos externos, que habrán de declararse previa y expresamente como probados o no. Resaltaba también cómo, una vez preguntado el Jurado sobre los elementos intencionales del delito o de las circunstancias agravantes, y una vez aceptada su decisión –sea cual sea el sentido de la misma– por el Magistrado-Presidente sin hacer uso de la facultad de devolución del acta que le confiere el art. 63 LOTJ, «éste viene obligado por el art. 70.1 LOTJ a incluir fielmente en su resolución el contenido correspondiente del veredicto», ajustándose en la redacción de la Sentencia a «los estrictos términos que se derivan de las respuestas dadas a cada uno de los puntos que han sido objeto de preguntas». De modo que el Magistrado-Presidente, más allá de las simples correcciones de estilo, carece de facultad alguna para disentir en la Sentencia del resultado de la deliberación o de la motivación que los integrantes del Jurado hayan hecho constar en el acta de votación del veredicto, tanto en lo referido a hechos objetivos directamente susceptibles de prueba como a hechos subjetivos sólo cognoscibles mediante inferencias. De igual manera, no puede completar los hechos declarados probados por el Jurado, y ello aunque concurren pruebas que pudieran justificar añadidos o rectificaciones, posibilidades ambas vetadas por la Ley. Tampoco puede alterar el verdadero sentido de la declaración efectuada por el Jurado, pues el veredicto emitido por los Jueces legos, como expresión de su voluntad, es base intangible sobre la que el Juez profesional debe realizar la calificación jurídica de los hechos enjuiciados.

Hallándose, pues, claramente delimitadas las funciones de éste (art. 4 LOTJ) y las de aquéllos (art. 3 LOTJ), y formando todos parte de un mismo órgano judicial (art. 2.1 LOTJ), la única posibilidad al alcance del Magistrado-Presidente de desconocer la eficacia del veredicto, si advirtiese que el juicio de inferencia sobre los elementos subjetivos realizado por el Jurado es contradictorio con los pronunciamientos relativos a los elementos objetivos en que aquél deba fundarse, es la devolución prevista en el art. 63.1 d) LOTJ, previa explicación detenida de las causas que la justifican y de la forma en que deben subsanarse los defectos advertidos (art. 64 LOTJ).

Desde este punto de partida, el Tribunal Superior de Justicia establecía una doble línea de análisis. Por un lado, se mostraba plenamente conforme con el razonamiento expuesto por la Magistrada-Presidente, por las mismas razones invocadas en la Sentencia recurrida, a la hora de estimar irracional, en tanto que contrario a los demás elementos objetivos tenidos por probados, la convicción popular sobre los hechos 11 y 11 bis del veredicto frente a los incluidos en los hechos 6, 8, 13 y 14, de los que se desprende inequívocamente que el acusado realizó la acción homicida con pleno conocimiento de la situación y de la creación de un riesgo para la vida de los ocupantes de vehículo, inherente a su conducta. Se mostraba, en cambio, disconforme con la vía escogida por la Magistrada para solucionar el grave defecto apreciado en el veredicto, no teniendo otra opción para subsanarlo que acudir al señalado mecanismo del art. 63.1.d) LOTJ, del que no hizo uso.

En un segundo nivel de análisis, estimó también el Tribunal Superior de Justicia que ninguno de los elementos probatorios sobre los que, desde su reflejo en el acta de votación, el Jurado hacía gravitar la concurrencia del miedo insuperable lo justificaban en buena lógica, según las reglas de la experiencia racional. En particular, en lo referido a la afectación de la salud mental del acusado, pues la perturbación psicológica afirmada por los jurados se basaba en un aserto genérico o meramente teórico de la pericial forense, aserto que, siendo determinante en la convicción popular, en puridad la pericial no había extrapolado a la concreta situación del acusado al tiempo de los hechos.

Fue como resultado de todo ello como el Tribunal Superior de Justicia entendió que el Jurado, por un lado, había desatendido las instrucciones de la Magistrada-Presidente, incurriendo en una contradicción evidente al inferir que el acusado no había actuado con intención de matar, pese al contenido de aquellos otros hechos incompatibles con semejante conclusión y que con carácter inmediato anterior había tenido por probados; por otro, para justificar su decisión, había tergiversado esencialmente la pericial forense, sin explicar sus conclusiones en forma que permita a un observador imparcial entender el significado del fallo.

Para el Tribunal Superior de Justicia, teniendo en cuenta que, respecto de la acreditación bastante de circunstancias eximentes y modificativas de la responsabilidad criminal no rige la presunción de inocencia, su concurrencia debía hallarse adecuadamente contrastada, lo que entendió motivado en el caso de autos de manera claramente arbitraria y errónea, con trascendencia en la tutela judicial efectiva de la acusación particular recurrente, en su vertiente de derecho a obtener una resolución racional y fundada (art. 24.1 CE).

Todo lo cual justificaba la anulación tanto de la Sentencia de instancia como del veredicto, ordenando la Sala de apelación la retroacción de las actuaciones para la celebración de un nuevo juicio oral ante un Tribunal de diferente composición.

e) Únicamente el demandante de amparo preparó recurso de casación, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a la Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución. Al formalizar el recurso, el hoy demandante articuló un total de cinco motivos: cuatro de ellos, sustentados en diversas infracciones en materia de los derechos y garantías del proceso, invocando el derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia y a la interdicción de la arbitrariedad (arts. 24.1 y 2, y 9.3 CE); y un último motivo por infracción de ley, relacionado con los arts. 138 y 70 del Código penal. Respecto de todos ellos, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión y subsidiaria desestimación, siendo asimismo impugnados por la representación procesal de doña Huseni Burbuque. Admitido a trámite el recurso, y tras quedar conclusos los autos para deliberación y fallo, el 28 de noviembre de 2012 la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó Sentencia íntegramente desestimatoria del recurso del hoy demandante, confirmando así el pronunciamiento emitido por el Tribunal Superior de Justicia.

El Tribunal Supremo, después recordar que la segunda instancia en el proceso ante el Tribunal del Jurado es una impugnación con nombre de segunda instancia, pero con armazón y sustancia de recurso extraordinario, y después de delimitar, desde esa misma premisa, sus funciones de revisión o control casacional, constreñidas a lo decidido en la Sentencia de apelación, puso de relieve cómo en los juicios con Jurado la existencia de una Sentencia intermedia entre la de primera instancia y la de casación altera en buena medida el funcionamiento tradicional de la casación, no pudiendo reproducirse íntegramente en tal sede el debate previamente llevado a cabo en apelación, como tampoco introducirse buena parte de las pretensiones efectuadas por el recurrente, al desbordar algunos de sus planteamientos los límites vetados a la casación, entre ellos: a) la vulneración de una norma penal sustantiva canalizable por el art. 849.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), al no existir en la Sentencia de apelación examinada un pronunciamiento penal de fondo; b) el error en la valoración de la prueba (art. 849.2 LECrim), en la medida en que la anulación de la Sentencia de primer grado provoca la inexistencia de hechos probados en la de apelación; y c) la vulneración del derecho a la presunción de inocencia tanto en su vertiente de regla de juicio, como en su dimensión de regla probatoria, dado que la Sentencia combatida no contiene pronunciamiento condenatorio alguno, como tampoco de culpabilidad, limitándose a declarar una nulidad. Estimó, en consecuencia, factible revisar el pronunciamiento del Tribunal de apelación únicamente desde la perspectiva que brinda el art. 852 LECrim.

Expuesto lo anterior, destacó igualmente el Tribunal Supremo dos aspectos de la decisión tomada por el Tribunal Superior de Justicia en orden a la repetición del juicio ante un nuevo Jurado: el primero de ellos, que la Sentencia de apelación no introdujo modificación alguna en el relato de hechos probados; el segundo, que tampoco vulneró la presunción de inocencia del acusado, pues sólo un pronunciamiento que en apelación hubiera declarado su culpabilidad, adentrándose en el fondo de la cuestión mediante una valoración probatoria que incluyera aquellas pruebas sometidas a inmediación, podría violar este derecho. Añadía, con cita de la STC 169/2004, de 6 de octubre, que un Tribunal de apelación puede declarar la nulidad de una Sentencia absolutoria por considerar arbitraria o insuficientemente motivada la valoración de la prueba efectuada, sin necesidad de oír al acusado. Lo que le está vedado, en cambio, es dictar Sentencia condenatoria al margen de los principios de inmediación y audiencia, que imponen el deber de escuchar directa y personalmente al acusado según la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De este modo, para el Tribunal Supremo sólo resultaban revisables las consecuencias de la decisión de la Magistrada que presidió el Tribunal del Jurado de considerar dolosa la conducta del acusado, en contra de lo que resultaba formalmente del veredicto.

Adentrándose en la cuestión, el Tribunal de casación dictaminó que, coincidiendo el Tribunal Superior de Justicia con el criterio antes sostenido por la Magistrada-Presidente en cuanto a las quebras lógicas existentes en el veredicto del jurado, la Sala de apelación no había invadido ningún espacio que exigiese práctica de prueba sujeta a inmediación, del mismo modo en que tampoco había llegado a un pronunciamiento de culpabilidad. Al efecto, distingue la Sentencia casacional entre los supuestos de condena en segunda instancia y aquéllos en los que lo único que se ordena es la celebración de un nuevo juicio con nuevo Jurado, como es el caso. Concluye su análisis entendiendo razonable la lesión apreciada por el Tribunal Superior de Justicia desde el estándar de racionalidad y suficiencia exigible a la motivación del veredicto del Jurado, conclusión ésta la de segunda instancia que no consideró arbitraria, como tampoco lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente. Matizaba, por último, el Tribunal Supremo que no se estaba en este caso ante una primigenia Sentencia absolutoria, sino ante un veredicto de inculpabilidad basado en determinados elementos fácticos que, en forma de eximentes, se erigieron en óbice para el nacimiento de la responsabilidad penal, supuesto en el que el nivel de exigencia motivacional ha de ser necesariamente superior.

3. A través de tres motivos diferentes de queja, el demandante de amparo invoca los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y nuevamente a la tutela judicial efectiva por interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 24.1 CE).

En la primera de las quejas, estima vulnerada su tutela judicial efectiva como consecuencia de la anulación en grado de apelación de la previa absolución decidida por el Tribunal del Jurado, lo que considera fruto de un claro ejercicio de valoración de prueba personal por parte del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, pese a no disponer de la inmediación de la instancia. Considera, igualmente, que el órgano de apelación aplicó de forma desmesurada la doctrina relativa al canon de motivación exigible a las Sentencias absolutorias del Tribunal del Jurado, con lo cual incurrió, asimismo, en arbitrariedad. Infracciones que, por ratificar la misma, el demandante extiende a la Sentencia de casación.

En la argumentación de fondo que sustenta la queja, el demandante efectúa un doble análisis. De un lado, considera que la Sentencia de apelación, al valorar prueba personal directamente practicada ante los jurados, se extralimitó en sus funciones revisoras bajo la excusa de un veredicto irracional e inmotivado. Estima que dicha forma de actuar compromete la doctrina constitucional consagrada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, que prohíbe al órgano

de apelación valorar pruebas practicadas a presencia del órgano llamado a decidir en primer grado cuando ello implique revocar una resolución absolutoria por otra condenatoria. De otro, tras dejar amplia constancia de las resoluciones en las que este Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el canon de motivación exigible al veredicto (SSTC 169/2004, 246/2004, 192/2005, o 115/2006), expone los detalles por los que considera que, en realidad, dicho vicio in iudicando no era imputable a la decisión emitida por el Jurado en este caso, a la vista del número de páginas a que se extiende el acta de votación, por lo que el Tribunal Superior de Justicia fue riguroso en exceso en relación con la motivación que cabe requerir a un Jurado, a tenor del canon demandado por este Tribunal Constitucional, más liviano en tales casos que el aplicable con carácter general. Como argumento de cierre, aduce que nada hay en la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que impida extender las exigencias de respeto a la intermediación y de la audiencia al reo, fijadas para la revocación en segunda instancia de un previo pronunciamiento absolutorio, a aquellos supuestos en que éste simplemente deviene anulado.

En cuanto a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, para el demandante de amparo la afirmación por la Magistrada que presidió el Tribunal de primer grado de que actuó con dolo eventual, cuando realmente el Jurado lo había descartado, atrae el riesgo de generalizar una práctica que rompe la presunción de inocencia, al incorporar como probado un hecho que el único órgano soberano para decidir no entendió como tal. Añade que, precisamente para dotar de coherencia la decisión sometida a su consideración, y tras rechazar por seis votos frente a tres tener como probado el hecho 11 del veredicto («El acusado, siendo consciente del riesgo que para la vida de los ocupantes del Renault Megane implicaba su acción, y de las altas probabilidades de causar su muerte, utilizando la pistola semiautomática que portaba, efectuó dos disparos al vehículo»), los jurados introdujeron un hecho 11 bis, que estimaron probado por unanimidad, del siguiente tenor: «El acusado, utilizando la pistola semiautomática que portaba, efectuó dos disparos al vehículo».

A través del tercero de los motivos considera vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, que conecta con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, tildando de arbitrarias las resoluciones emanadas tanto del Tribunal Superior de Justicia como del Tribunal Supremo. Estima que la Sentencia de apelación añadió afirmaciones fácticas en perjuicio del acusado, para lo cual «inventa hechos que no constan en el hecho probado y que fueron desmentidos por los peritos», en relación con el movimiento de los vehículos y con la desocupación de la vivienda. Adjudica a la Sentencia de apelación la plasmación de una realidad que no existió, para lo cual introdujo ciertos aspectos probatorios sujetos a intermediación y concretamente obtenidos de prueba pericial y testifical. Considera que el Tribunal Supremo, al convalidar la decisión de apelación, perpetuó tal arbitrariedad.

El demandante interesa, en función de todo ello, que se tenga por interpuesto recurso de amparo frente a las tres Sentencias recaídas en este caso, reconociéndose la vulneración de sus derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia. Condiciona los efectos de un eventual otorgamiento del amparo en función de que lo sea por el primero o por el tercero de los motivos de queja (en cuyo caso solicita la anulación de las Sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia y el Tribunal Supremo, con devolución de las actuaciones a este último para que se pronuncie sobre el quinto de los motivos aducidos en casación), o bien por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por sí solo o conjuntamente con la tutela judicial efectiva (en cuyo caso solicita la anulación de las tres Sentencias, con directa absolución del demandante respecto del delito de homicidio doloso, al haberse declarado no probado por el Jurado el hecho delictivo objeto de acusación).

Por otrosí solicitaba, finalmente, la suspensión de la ejecución de las resoluciones impugnadas a la espera de la decisión por parte de este Tribunal, en aras de evitar los perjuicios que una eventual concesión del amparo pudiera generarle en otro caso. Petición que reiteró mediante un nuevo escrito registrado en este Tribunal el 1 de abril de 2013.

4. Por providencia de 3 de junio de 2013, la Sala Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, en aplicación de lo previsto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC), dirigir atenta comunicación a los órganos judiciales correspondientes, a fin de que remitiesen certificación o copia adverada de las actuaciones que dieron lugar al presente procedimiento de amparo. Emplazó, asimismo, a las demás partes personadas en el procedimiento por si fuese su deseo comparecer en el presente recurso de amparo.

Con esa misma fecha el Tribunal acordó también la suspensión provisional de la ejecución de las resoluciones judiciales impugnadas, al apreciarse las condiciones a que se refiere el art. 56.2 LOTC, ordenando al propio tiempo formar pieza separada para la sustanciación del incidente de suspensión y dar los pertinentes traslados a las partes para alegaciones respecto de su mantenimiento.

Efectuadas las oportunas alegaciones por la representación del demandante, así como por el Ministerio Fiscal, que informó en sentido favorable al mantenimiento de la medida cautelar, por Auto de 9 de septiembre de 2013 este Tribunal así lo acordó.

5. Por escrito registrado el 12 de junio de 2013, el Procurador de los Tribunales don Marco Aurelio Labajo González se personó en el presente procedimiento de amparo en nombre de la mercantil «CES 21, S.L.».

Evacuando el traslado conferido para alegaciones, mediante escrito presentado el 10 de septiembre de 2013, bajo la dirección letrada de don Eduardo Sánchez-Cervera García, «CES 21, S.L.», mostró su adhesión a los motivos aducidos por el demandante de amparo, haciendo expresa remisión a los argumentos de fondo esgrimidos en la demanda principal.

6. Conferido, asimismo, un nuevo traslado al demandante de amparo para alegaciones, mediante escrito registrado el 11 de septiembre de 2013 ratificó íntegramente el contenido de su demanda.

7. Con fecha 7 de octubre de 2013, el Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones sobre el fondo de la demanda. En su minuciosa exposición, el Fiscal expresa las razones por las que interesa la desestimación del amparo solicitado, al no apreciar lesión de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), a los que el Fiscal agrega el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), que estima tácitamente incluido en la demanda, pese a no ser objeto de expresa invocación.

Partiendo como premisa de que la repetición de un juicio no necesariamente lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, afirma el Fiscal que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no entró a valorar prueba personal, sino prueba documental, consistente en material videográfico y de audio. De igual modo, aunque el Tribunal Superior de Justicia también se adentrara en la prueba pericial, no lo hizo respecto de lo declarado por los peritos en la vista, sino desde el contenido de los informes obrantes en las actuaciones, que tienen el carácter de pericial documentada. Por tal motivo, ni era necesario que dichas pruebas se practicaran bajo

la intermediación del Tribunal de apelación, ni la ausencia de la misma supuso una quiebra de la doctrina emanada de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y sus sucesoras.

Para el Fiscal, tanto el Tribunal Superior de Justicia como el Tribunal Supremo fiscalizaron la decisión del Jurado ciñéndose a un análisis de racionalidad y suficiencia de la valoración probatoria, premisa desde la que observaron que la inferencia de los jurados carecía de esa exigible racionalidad, habiendo asimismo motivado insuficientemente algunas de sus conclusiones. La Sala de apelación observó que la prueba pericial había sido tergiversada, pues el Jurado se había quedado en la parte teórica de la misma, desconociendo su aplicación al caso concreto, y ello porque el único extremo del informe pericial que los jurados pusieron de relieve en el acta de votación del veredicto en todos los casos en los que lo mencionaron fue aquél que expone que en una situación de estrés o miedo puede existir un estado de alerta, con distorsión de la percepción sensorial, visual o cognitiva (hecho 11), o auditiva, aunque no existan o sean malinterpretadas (hechos 17 a 22, 25 y 26), añadiendo en algunos casos la referencia, asimismo teórica, de uno de los doctores al llamado «efecto túnel», que ocasionalmente surge por situaciones de estrés, perdiéndose la percepción de lo que ocurre alrededor (25 y 26).

Considera que el veredicto no cubría, en efecto, la motivación exigible ex art. 120.3 CE, al incurrir en contradicción interna y no explicitar las razones por las que se entendía aplicable al acusado tal punto teórico de la pericial, no trasladado por los peritos al caso del explorado. Tal defecto fue implementado a través de la directa intervención de la Magistrada encargada de la labor de redactar la Sentencia, en lugar de acudir al mecanismo de la devolución del acta al Jurado que prevé el art. 63.1 d) LOTJ, previa explicación de las causas que la justifican y de la forma en que deben subsanarse los defectos advertidos (art. 64 LOTJ).

La decisión de apelación no se pronunció, pues, sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado, como tampoco alteró los hechos en su perjuicio. Muy al contrario, apreció un defecto en una garantía esencial del proceso, como es la racionalidad de la motivación del veredicto, garantía que también asiste a las acusaciones. Para corregir tal defecto no necesitaba la intermediación de la que habían dispuesto los jurados. Fue ésta la razón por la que el Tribunal Superior de Justicia dejó sin efecto la Sentencia absolutoria y ordenó la retroacción de las actuaciones para la celebración de un nuevo juicio, lo cual es algo bien distinto de dictar una Sentencia condenatoria en vía de recurso, revocando una anterior de sentido absolutorio.

En relación con la supuesta arbitrariedad en que habría incurrido el Tribunal Superior de Justicia al introducir hechos no declarados probados por los jurados (en concreto, acerca de si había o no alguien en el interior de la finca asaltada y si los vehículos estaban en movimiento en el momento de los disparos), destaca el Ministerio Público que la Sentencia de apelación no contiene un relato de hechos probados propios, por lo que no puede afirmarse –como postula el demandante de amparo– que introdujera hechos nuevos y diferentes a los tenidos en cuenta por el Jurado en su veredicto de inculpabilidad. Simplemente, valoró el resultado de ciertas pruebas documentadas. Para el Fiscal, el punto en el que la demanda asienta esa supuesta arbitrariedad muestra, simplemente, la discrepancia del demandante respecto de la apreciación que, desde las pruebas expresamente atendidas por los jurados, hizo el órgano de apelación, llegando a la conclusión de que el veredicto resultaba arbitrario e insuficiente. Lo que en modo alguno convierte en arbitraria a la Sentencia de apelación que así lo declaró.

En función de todo ello, descarta el Fiscal que los órganos judiciales lesionaran los derechos aducidos como soporte del amparo, solicitando, en consecuencia, su desestimación.

8. Mediante 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 demanda de amparo se dirige contra las tres Sentencias recaídas en el presente procedimiento, siendo éstas la dictada el 28 de noviembre de 2012 por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 913-2012, que declaró no haber lugar al recurso interpuesto por el demandante contra la que el 19 de marzo de 2012 emitió el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal) en el rollo de apelación núm. 29-2011. Tal Sentencia, por su parte, estimando el primer motivo del recurso interpuesto por la acusación particular frente al pronunciamiento absolutorio de primera instancia, ordenó la celebración de un nuevo juicio ante un Tribunal del Jurado de diferente composición, anulando tanto el veredicto emitido por los jurados, como la Sentencia dictada el 21 de junio de 2011, en función del mismo, por la Magistrada de la Audiencia Provincial de Barcelona que había presidido dicho Tribunal.

El objeto de nuestro enjuiciamiento se contrae a determinar si las resoluciones impugnadas han vulnerado los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión y con interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que el Fiscal reconduce hacia el proceso con todas las garantías, así como del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.1 y 2 CE), en la forma que a continuación se describe.

En relación con el primero de estos derechos, afirma el demandante de amparo, a través del primer motivo de la demanda, que la anulación en grado de apelación de la absolución decidida por un Jurado popular en la instancia previa lesiona su derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que se asienta sobre la valoración de pruebas personales no sometidas a la preceptiva inmediación. Tal vicio, en el que estaría directamente incurso la Sentencia de apelación, extendería su efecto a la decisión casacional al haber venido a refrendar la misma. Considera que ambas resoluciones judiciales incurren además en una aplicación desequilibrada, por desproporcionada, de la doctrina constitucional relativa a la «sucinta motivación» exigible a las decisiones del Jurado, para lo cual recurren a un análisis de pruebas personales desprovisto de inmediación. Recuerda la demanda el menor rigor motivacional que precisan, en todo caso, las sentencias absolutorias frente a las condenatorias, habiendo quedado sobradamente exteriorizados en el acta del veredicto no sólo los hechos que el Jurado tuvo aquí por probados y no probados, sino también el sustento probatorio relacionado con cada uno. Por todo lo cual no cabe atribuir laconismo, vaguedad o contradicciones internas al juicio emitido por los jurados, que el Tribunal Superior de Justicia simplemente no compartió.

El motivo segundo de la demanda viene a sostener que la apreciación por la Magistrada-Presidente de que el demandante actuó con dolo eventual, cuando realmente tal extremo había sido expresamente descartado por los jurados, atrae el riesgo de generalizar en este concreto tipo de procedimientos una práctica permeable a la incorporación como probados de hechos que el único órgano soberano para decidir no entendió como tales, en quiebra del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Finalmente, la tercera de las quejas viene a insistir, de nuevo desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva y en expresa conexión con el primero de los motivos, en el ámbito de control que incumbe a los órganos que conocen de los hechos en vía de recurso, y que debe ceñirse a la fiscalización de la racionalidad y rigurosidad del proceso discursivo y motivacional de instancia. Desde esta perspectiva, el demandante estima que tanto el Tribunal Superior de

Justicia como el Tribunal Supremo incurrieron en arbitrariedad, el primero al introducir en su resolución datos que no constan en el cuerpo de hechos probados para plasmar una realidad que no existió, y el segundo al refrendar tal exceso.

En virtud de todo ello, el recurrente –a cuya demanda muestra íntegra conformidad la responsable civil subsidiaria «CES 21, S.L.»– solicita el otorgamiento del amparo, en la forma expuesta en los antecedentes de esta resolución.

El Ministerio Fiscal se opone, de contrario, al otorgamiento del amparo, entendiendo que ni la decisión de apelación ni la casacional infringen los derechos fundamentales objeto de denuncia.

2. Con carácter preliminar, en cuanto al escrito por el que la mercantil «CES 21, S.L.», expresa su conformidad con los motivos esgrimidos por don Lluís Corominas Padullés, se ha de subrayar que este Tribunal tan sólo puede tomar en consideración sus alegaciones en aquello que tienen de refuerzo de la posición de quien es el único demandante de amparo en este caso, sin que proceda efectuar ningún pronunciamiento respecto de la situación de la mercantil como responsable civil subsidiaria, al no haber interpuesto por sí misma y en momento hábil para ello recurso de amparo contra las resoluciones judiciales sometidas a nuestro enjuiciamiento.

Resulta de aplicación, al efecto, una doctrina reiteradamente establecida por este Tribunal, conforme a la cual «con independencia de la configuración doctrinal que se dé a la situación de los personados no solicitantes originarios del amparo, es lo cierto que no pueden transformarse en recurrentes, ni, por tanto, deducir pretensiones propias, aunque pueden formular alegaciones, y (pedir) que se les notifiquen las resoluciones que recaigan en el proceso de amparo que tiene por objeto, exclusivamente, las pretensiones deducidas por quienes lo interpusieron en tiempo y forma» (STC 33/2015, de 2 de marzo, FJ 2, por remisión a las SSTC 5/2009, de 12 de enero, FJ 3, y 66/1989, de 17 de abril, FJ 1; en igual sentido, SSTC 228/1997, de 16 de diciembre, FJ 2, 78/2003, de 28 de abril, FJ 2, 209/2003, de 1 de diciembre, FJ 6, 192/2004, de 2 de noviembre, FJ 5, 220/2004, de 29 de noviembre, FJ 3, 295/2005, de 21 de noviembre, FJ 2, 143/2006, de 8 de mayo, FJ 2, o 285/2006, de 9 de octubre, FJ 3, entre otras).

3. Hecha la precisión anterior, abordaremos la primera de las cuestiones de fondo que suscita la demanda y que, desde el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), sostiene la necesidad de cohonestar la doctrina constitucional en materia de Sentencias absolutorias con el respeto debido al juicio emitido por un Jurado popular, lo que a su vez se pone en relación con el ámbito de control del canon de motivación exigible al veredicto, como expresión documentada de la decisión popular.

Como antes se adelantaba, entiende el demandante que la anulación en grado de apelación de la previa absolución decidida por el Jurado violentó tal derecho fundamental, en la medida en que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña valoró a tal fin pruebas personales, pese a no disponer de la intermediación necesaria, de la únicamente dispusieron los jurados. Estima que dicha forma de actuar compromete la doctrina constitucional consagrada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y sus sucesoras, que prohíbe al órgano de apelación valorar pruebas practicadas a presencia del órgano llamado a decidir en primer grado cuando ello implique revocar una resolución absolutoria por otra condenatoria, doctrina que considera extrapolable a aquellos supuestos en los que se declara la nulidad de la primera sentencia, como es el de autos. La Sala de apelación se habría extralimitado así en sus funciones

revisoras, bajo la excusa de un veredicto irracional e inmotivado. Considera, igualmente, que el Tribunal Superior de Justicia sobredimensionó la doctrina de este Tribunal relativa al canon de motivación exigible a las Sentencias absolutorias, exigiendo del Jurado un esfuerzo de fundamentación desmesurado, con lo cual incurrió asimismo en arbitrariedad. Infracciones estas que, por venir a ratificar la decisión del Tribunal Superior de Justicia, el demandante extiende a la Sentencia de casación. Tras dejar amplia constancia de las resoluciones en las que este Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el canon de motivación exigible al veredicto (SSTC 169/2004, 246/2004, 192/2005 y 115/2006, entre otras), expone los detalles por los que considera que, en verdad, dicho vicio in iudicando no era imputable a la decisión que emitieron los jurados, aludiendo para ello a la extensión del acta de votación.

Conviene tener presente, antes de acometer su análisis, que es realmente la motivación contenida en las Sentencias de segundo y tercer grado la que incumbe examinar en respuesta al motivo. Por lo que sólo tangencial e indirectamente, desde el examen de la de primer grado de la que las mismas dan cuenta, cabrá un examen constitucional de lo decidido por el primer Tribunal. En consecuencia, desde esa función meramente fiscalizadora de los pronunciamientos dictados por los dos últimos órganos judiciales, en modo alguno incumbe a este Tribunal conocer de los hechos que dieron lugar al proceso, sino tan sólo de las vulneraciones eventualmente ocasionadas en vía de recurso.

Delimitado en tal modo el ámbito de revisión que suscita el primer motivo de queja, resulta oportuno incluir algunas otras consideraciones de carácter general.

4. Este Tribunal Constitucional ha destacado la singularidad que plantea, a los efectos de la interdicción del bis in idem, la anulación de una Sentencia penal absolutoria con orden de retroacción de actuaciones, dada la diferencia que existe entre la acusación y los acusados desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso penal.

Así, en línea de principio, no cabe retroacción de actuaciones ante la vulneración de algún derecho fundamental de carácter sustancial que asista a las acusaciones, ya que ello impone al acusado absuelto la carga de un nuevo enjuiciamiento no destinado a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional. Pero también ha expresado este Tribunal que el reconocimiento de esa limitación no puede comportar la negación a las acusaciones de la protección constitucional dispensada por el art. 24 CE, que asimismo les incumbe. Por tal motivo, en un decidido equilibrio entre el estatuto constitucional reforzado del acusado y la necesidad de no excluir a las acusaciones de las garantías del art. 24 CE, se admite constitucionalmente la posibilidad de anular una resolución judicial penal materialmente absolutoria, con orden de retroacción de actuaciones, en aquellos casos en los que se constate la quiebra de una regla esencial del proceso en perjuicio de la acusación, ya que en ese escenario la ausencia de garantías no permite hablar de «proceso» en sentido propio, ni puede permitir tampoco que la Sentencia absolutoria adquiera el carácter de inatacable (SSTC 23/2008, de 11 de febrero, FJ 3; 220/2007, de 8 de octubre, FJ 4; 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 5, o 4/2004, de 16 de enero, FJ 4). En suma, la excepción afecta a aquellas resoluciones absolutorias dictadas en el seno de un proceso penal sustanciado sobre un proceder lesivo de las más elementales garantías procesales de las partes (SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1; 168/2001, de 16 de julio, FJ 7, o 12/2006, de 16 de enero, FJ 2).

5. El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

Cierto es que el señalado deber de motivación adquiere mayor importancia cuando la Sentencia es condenatoria que cuando resulta absolutoria, al no estar en juego los mismos derechos fundamentales, ya que en el segundo caso la tutela judicial efectiva se ve reforzada por la presunción de inocencia. Ahora bien, semejante afirmación en modo alguno significa que las Sentencias absolutorias aparezcan exoneradas del deber general de motivación, pues ésta, como indica el art. 120.3 CE, es requerida «siempre». De modo que la Sentencia absolutoria no puede quedar limitada al puro decisionismo de la absolución, sin dar cuenta del porqué de la misma, ya que en tal caso se vería afectado el principio general de interdicción de la arbitrariedad como garantía frente a la irrazonabilidad. Así pues, la resolución, cualquiera que sea su fallo, habrá de contener aquellos elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios que la fundamentan, sin acoger una aplicación arbitraria de la legalidad, manifiestamente irrazonada o irrazonable, o incurso en un error patente, por la que la aplicación de la legalidad haya sido tan sólo una mera apariencia (SSTC 158/2002, de 16 de septiembre, FJ 6; 30/2006, de 30 de enero, FJ 5; 82/2009, de 23 de marzo, FJ 6, o 107/2011, de 20 de junio, FJ 2).

Siendo lo anterior doctrina de carácter general, la particularidad del caso que nos ocupa reside en el órgano encargado de decidir: un Jurado. El art. 61.1.d), de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo (en adelante, LOTJ), dedicado al acta de votación del veredicto, impone la inclusión en la misma de un apartado cuarto, cuyo específico cometido será que los jurados describan los elementos probatorios desde los que han formado su convicción y bajo la expresa exigencia de una «sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados». Por lo tanto, según se desprende del propio tenor literal del precepto, la necesidad de una «sucinta explicación» aparece vinculada no sólo a lo declarado probado, sino también al rechazo de tener determinados hechos por probados. En realidad, dicho deber no es sino emanación de la previsión constitucional de que las Sentencias sean siempre motivadas; de modo que, tal y como recordaba la STC 115/2006, de 24 de abril, FJ 5, por remisión a lo decidido por el Pleno de este Tribunal en la STC 169/2004, de 6 de octubre, no puede sostenerse que la motivación sea una mera formalidad prescindible en supuestos de absolución, como tampoco que la ausencia de motivación bastante en la decisión del Jurado carezca de toda trascendencia: la falta de la apuntada explicación sucinta afecta al contenido del art. 120.3 CE, proyectado al Jurado, y supone, en definitiva, la carencia de una de las garantías procesales que, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, integran el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE, SSTC 188/1999, de 25 de octubre; 169/2004, de 6 de octubre, y 246/2004, de 26 de diciembre, entre otras).

La dificultad de que un órgano integrado por personas legas en Derecho motive sus decisiones, aun mediante esa mitigada exigencia de que la explicación sea «sucinta», no ha pasado desapercibida al legislador. Así lo revela la propia exposición de motivos de la LOTJ cuando deja constancia de la opción por un sistema en el que «el Jurado debe someterse inexorablemente al mandato del legislador. Y tal adecuación sólo es susceptible de control en la medida en que el veredicto exterioriza el curso argumental que lo motivó». A esa exteriorización del curso argumental que motiva el veredicto atiende la Ley –según sigue indicando la exposición de motivos– al exigir del Jurado, entre otros extremos, que «su demostrada capacidad para decidirse por una u otra versión alcance el grado necesario para la exposición de sus motivos. Bien es cierto que la exposición de lo tenido por probado explicita la argumentación de la conclusión de culpabilidad o inculpabilidad. Pero hoy, la exigencia constitucional de motivación no se satisface con ello. También la motivación de estos argumentos es necesaria. Y desde luego posible si se considera que en modo alguno requiere especial artificio y cuenta en todo caso el Jurado con la posibilidad de instar el asesoramiento necesario» (apartado V, el veredicto, núm. 1, sobre el objeto). De modo que el legislador ha optado por imponer a

los jurados, a los efectos que interesan para la resolución del presente recurso de amparo, la exigencia de explicar en el acta del veredicto las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados.

Del cuerpo jurisprudencial que queda expuesto, se pueden extraer algunas ideas rectoras del análisis de la suficiencia constitucional de cualquier veredicto pronunciado por un Jurado. La primera de ellas, que el deber de motivación impuesto legalmente no puede desconectarse de la condición de sus integrantes, no forzosamente concedores del Derecho, por lo que no resulta exigible de los jurados un exhaustivo análisis de toda la actividad probatoria desplegada, como tampoco una exégesis jurídica equivalente a la del profesional en Derecho. En segundo lugar, que el nivel de exigencia habrá de modularse también en función de que el Jurado suscriba un pronunciamiento de culpabilidad o inculpabilidad, menos riguroso en este último caso. Ninguna de estas dos premisas excluye, sin embargo, el deber de coherencia y racionalidad intrínsecamente exigible a su decisión, como a cualquier otra resolución judicial de fondo, ex art. 24.1 CE, en tanto que garantía frente a la arbitrariedad y a la irrazonabilidad en la actuación de quien asume tal poder de decisión.

Igual grado de racionalidad y razonabilidad incumbe a la resolución por la que el Magistrado que preside dicho Tribunal popular, acogiendo el veredicto, dicte Sentencia.

Debe también tenerse en cuenta una reiterada doctrina de este Tribunal que expresa que la apreciación o no de la concurrencia de circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad es una cuestión de estricta legalidad penal cuya resolución corresponde a los órganos judiciales competentes, y cuyo control en esta sede se limita a comprobar que la respuesta de éstos sea suficientemente motivada y no arbitraria, irrazonable o patentemente errónea (STC 78/2013, de 8 de abril, FJ 3, por remisión a las SSTC 211/1992, de 30 de noviembre, FJ 5; 133/1994, de 9 de mayo, FJ 4; 63/2001, de 17 de marzo, FJ 11; 239/2006, de 17 de julio, FJ 5; 5/2010, de 7 de abril, FJ 5, y 142/2012, de 2 de julio, FJ 7; en igual sentido, SSTC 5/2010, de 7 de abril, FJ 5, y 142/2012, de 2 de julio, FJ 7).

En consecuencia, el control constitucional que, desde el prisma de la tutela judicial efectiva, cabe efectuar en estos casos quedará limitado a los supuestos en los que bien el veredicto, bien la resolución judicial que lo recoge se muestren manifiestamente infundados, arbitrarios, irrazonables o irrazonados, o bien sean fruto de error patente (SSTC 169/2004, de 6 de octubre, FJ 7, y 246/2004, de 20 de diciembre, FJ 5).

6. Tras las precedentes consideraciones, es momento de examinar si las resoluciones judiciales del Tribunal Superior de Justicia y del Tribunal Supremo vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo, bien al anular, bien al confirmar la anulación tanto de la Sentencia de primer grado como del veredicto del Jurado.

Como punto de partida de nuestro análisis debemos recordar que, tal como se expone pormenorizadamente en el antecedente 2 de esta resolución, la Magistrada- presidenta del Jurado dictó una sentencia por la que absolvía al recurrente en amparo del delito de homicidio del que había sido acusado por considerar que concurría la eximente completa de legítima defensa putativa, pese a que el propio jurado había rechazado incluir como hecho probado en su veredicto uno que declaraba que «[e]l acusado, siendo consciente del riesgo que para la vida de los ocupantes del Renault Megane implicaba su acción, y de las altas probabilidades de causar muerte, utilizando una pistola semiautomática que portaba, efectuó dos disparos al vehículo», para, después comprobar si, al anular tanto la Sentencia de primer grado como el veredicto del Jurado en la forma que queda vista, el Tribunal Superior de Justicia vulneró

el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo. El sustrato principal del presente análisis consiste, pues, en determinar el punto de equilibrio entre el carácter lego de los jurados, su deber de motivar racionalmente las conclusiones alcanzadas y el rol sanador que el Tribunal Superior de Justicia estimó inadecuadamente ejercido motu proprio por la Magistrada que había presidido el Tribunal del Jurado, encauzando los términos del veredicto hacia una reformulación de la intencionalidad del acusado a través del mecanismo del que da cuenta la Sentencia de primer grado, en lugar de proceder a la devolución del acta bajo la fórmula que prevé el art. 63.1.d) LOTJ. Todo ello sin perder de vista la particular naturaleza de la apelación en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, cuyo sistema tasado de motivos la aproxima hacia un recurso extraordinario.

El propio demandante reconoce en su escrito esa labor integradora de la Sentencia inicial, que trató la cuestión como una suerte de «error» del Jurado al desarrollar sus inferencias sobre los elementos subjetivos. Trata, no obstante, de reconducir el thema decidendi hacia la esfera de las Sentencias absolutorias de primer grado, después revocadas en apelación, tesis que luego se analizará. Basta ahora destacar que las decisiones de apelación y casación no se pronunciaron sobre su culpabilidad o inculpabilidad como acusado. Simplemente apreciaron una quiebra en la lógica interna al veredicto, quiebra que ya había constatado la Magistrada a quo. Lo cual en modo alguno convierte en arbitraria a la Sentencia de apelación que así lo declara, como tampoco a la que, en casación, vino a refrendar la postura de la inmediata anterior.

El Tribunal Superior de Justicia acometió la tarea no realizada en la instancia en orden a reparar un vicio que, observado ex ante, se había rectificado invadiendo competencias reservadas al Jurado con exclusividad, por expresa voluntad del legislador. Desde la racional motivación que, sobre este particular, ofrece la Sentencia de apelación resulta suficientemente justificada la revocación de la Sentencia de primer grado, como también –ante la disolución del Jurado que conoció de los hechos– la retroacción de las actuaciones hasta el momento que se señala. Fue ésta la razón principal por la que el Tribunal de apelación dejó sin efecto la Sentencia absolutoria y ordenó la retroacción de las actuaciones para la celebración de un nuevo juicio, algo bien distinto de dictar una Sentencia condenatoria en vía de recurso, revocando una anterior de sentido absolutorio. Y fue esta misma razón la que llevó al Tribunal de casación a ratificar la decisión de apelación, ratificación que en igual medida deviene justificada.

De ahí que las decisiones judiciales que ahora se impugnan no puedan considerarse lesivas del derecho del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva, que no cabe entender vulnerado por el mero hecho de que el Tribunal Superior de Justicia reparara, como órgano ad quem, el derecho a la tutela judicial efectiva que también asiste a la acusación y cuya subsanación había interesado ésta expresamente en vía de recurso.

En suma, ambas resoluciones judiciales, de apelación y de casación, fueron respetuosas con el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante (art. 24.1 CE), no incurriendo en arbitrariedad, como tampoco en exceso alguno al ejercer sus funciones revisoras en los términos que quedan vistos. Por las fundadas razones expuestas en la Sentencia de apelación, la decisión de celebración de nuevo juicio resultaba, igualmente, la única opción compatible con lo motivadamente decidido.

Cierto es que la Sala de apelación apreció un segundo defecto en el veredicto o, por ser más precisos, en el sustento probatorio desde el que los jurados fundamentaron sus conclusiones sobre el estado anímico del acusado al tiempo de los hechos. En concreto, al acoger un punto técnico de la pericial no trasladado a la concreta situación y personalidad del hoy

demandante. Es sobre este particular de la decisión de apelación sobre el que el demandante focaliza la atención constitucional, entendiendo que la valoración del Tribunal Superior de Justicia se hizo de espaldas a la intermediación. Sin embargo, tal aspecto de su queja viene a quedar necesariamente sin objeto desde cuanto se acaba de exponer con anterioridad, dado que la razón primera y fundamental que contempla la decisión revocatoria de apelación pivotó sobre la ya señalada constatación de una contradicción interna al juicio emitido por el jurado acerca de la intencionalidad que habría guiado al acusado al emprender su acción de disparar. Incoherencia cuya importancia hacía obligado un nuevo enjuiciamiento, por cuanto queda visto, y ante lo cual toda reflexión adicional que pudiera ahora proporcionarse, en clave constitucional, deviene innecesaria.

7. Descendiendo al segundo motivo de la demanda, en él se invoca el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), que el demandante considera vulnerado a través de la Sentencia de primer grado, en la medida en que vino a afirmar que actuó con dolo eventual cuando el Jurado había descartado este extremo mediante el rechazo del hecho 11 del veredicto e introducción, en su lugar y por unanimidad, del hecho 11 bis, aséptico a cualquier tipo de intencionalidad resultante de la sola acción de disparar. Considera el demandante que la aceptación de la actividad integradora expresamente admitida por la Magistrada-Presidente atrae el riesgo de generalizar una práctica que haría quebrar el citado derecho fundamental, pues autorizaría la incorporación como probados de hechos que el único órgano soberano para decidir no habría tenido por tales. De ello se sirve para solicitar su libre absolución en sede de amparo, basándose en que no puede haber delito de homicidio sin intencionalidad, como así lo decidió el Jurado en este caso.

Con tal planteamiento –que el demandante ya defendió en el primer motivo de su recurso de apelación y que no resolvió el Tribunal Superior de Justicia ante la estimación preferente de la cuestión previa suscitada a instancias de la acusación particular, antes vista– no viene sino a reconocer el complemento integrador que motu proprio realizó quien presidía el Tribunal del Jurado. Complemento que, precisamente, la Sala de apelación entendió erróneo, en tanto que contrario a la norma aplicable, que prevé como única alternativa posible en tal situación la devolución del acta al Jurado. La queja se remonta, pues, a aquella Sentencia cuyos efectos vinieron a quedar anulados mediante el uso del régimen de recursos, primero en apelación y después en casación, y por la que se entendió lesionado un derecho fundamental que obligaba a la reposición de las actuaciones a un momento anterior. Resulta, en tal medida, contradictoria con los restantes argumentos defendidos en la demanda de amparo y dirigidos a cuestionar lo decidido en apelación, ya que, aunque amparándose en diferente derecho fundamental, no viene sino a dar la razón al Tribunal Superior de Justicia en su decisión de anular la Sentencia de primer grado.

En cualquier caso, cabe asimismo recordar que el derecho a la presunción de inocencia se configura, en su perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, por lo que, para desplegar sus efectos, requiere un pronunciamiento de condena, inexistente en este caso. Sólo desde una situación preliminar de condena cabe valorar si el derecho a la presunción de inocencia ha sido vulnerado, derecho que una consolidada doctrina de este Tribunal (SSTC 107/2011, de 20 de junio, FJ 4, o 68/2010, de 18 de octubre, FJ 4, entre otras muchas) configura, en tanto que regla de juicio y con la perspectiva constitucional, como «el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos». De modo que, como también declaró la STC 189/1998, de 28 de septiembre, «sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo

válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado» (FJ 2).

Como se ha expuesto con anterioridad, ni en apelación ni en casación los Tribunales aquí intervinientes se pronunciaron sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado. Tampoco alteraron los hechos en su perjuicio. Limitaron su función revisora a un control externo de lo decidido en la instancia inmediatamente anterior, llegando a una conclusión de ausencia de racionalidad sin abordar cuestiones de fondo en términos de condena, por todo lo cual la pretendida lesión no puede entenderse existente.

8. El demandante centra su última alegación de nuevo sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, que expresamente anuda al primero de los motivos para adjudicar una vez más su vulneración a los Tribunales de segundo y tercer grado, que de tal modo habrían actuado arbitrariamente. Insiste en que el Tribunal Superior de Justicia se excedió en sus funciones de control de la motivación exigible al Jurado popular, pues consideró que el veredicto se apartó de las reglas de la lógica mediante la introducción de hechos nuevos, que no constan en el veredicto y que se encuentran en abierta oposición a la prueba efectivamente practicada, en referencia al movimiento de los vehículos al tiempo de producirse los disparos y a la desocupación de la vivienda en el momento del asalto. Al igual que en el caso anterior, extiende tal exceso al Tribunal Supremo al haber venido a confirmar la decisión precedente.

Sin embargo, tal y como ya se ha señalado anteriormente y como también lo expuso el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, la Sentencia de apelación no contiene un relato propio de hechos probados, por lo que difícilmente puede afirmarse que introduzca hechos nuevos y diferentes de aquéllos que tuvo en cuenta el Jurado al emitir un veredicto de inculpabilidad. De hecho, los dos aspectos fácticos en los que el demandante sitúa la queja aparecen entre los expresamente declarados probados en el veredicto popular (hechos 5 y 10).

Es desde el contenido de la Sentencia de primer grado, que a su vez se basa en lo recogido en el acta de votación, desde donde el Tribunal Superior de Justicia verificó la nuclear fisura que ha quedado vista, sin modificar por ello el relato histórico. Tampoco sobrepasó el canon de motivación exigible a los jurados al venir a reparar así un daño efectivo en el derecho a la tutela judicial de la acusación recurrente, lo cual no implica arbitrariedad. Y si el pretendido exceso no es predicable de la Sentencia de apelación, tampoco lo es de aquélla dictada en casación que, sobre el estricto contenido de lo señalado en la directamente impugnada y no sin delimitar antes nítidamente los límites de su análisis revisor, estima justificada, en términos de racionalidad y suficiencia motivacional, la decisión que le precede en grado. Ambas resoluciones judiciales respetaron el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante (art. 24.1 CE), satisfaciendo igualmente el específico canon de motivación a ellas exigible, ex art. 120.3 CE.

Como se ha expresado con anterioridad, el demandante trata de reconducir la situación hacia la esfera de las Sentencias absolutorias de primer grado que devienen revocadas en apelación, dictándose en esa segunda instancia un pronunciamiento condenatorio ex novo. Al respecto, este Tribunal ha estimado contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria

actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal (STC 157/2013, de 23 de septiembre, FFJJ 3 y 5, por remisión a las SSTC 167/2002, de 18 de septiembre; 272/2005, de 24 de octubre, FJ 2; 184/2009, de 7 de septiembre; 126/2012, de 18 de junio, FJ 2; 22/2013, de 31 de enero, FJ 4; 43/2013, de 25 de febrero, FJ 5, y 88/2013, de 11 de abril, FJ 6). Presupuestos que no cabe apreciar en un reenvío de la causa a la instancia de origen bajo circunstancias como las antes expuestas, en las que la devolución se realiza sin prejuzgar en modo alguno el resultado del nuevo enjuiciamiento, para el que el nuevo Tribunal dispondrá de plena soberanía y libertad de juicio.

Los razonamientos precedentes conducen también así a la desestimación del último de los motivos de la demanda.

9. Por lo expuesto, procede denegar el amparo solicitado.

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 el recurso de amparo solicitado por don Lluís Corominas Padullés.

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

Dada en Madrid, a 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 Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado

Sala Primera. Sentencia 113/2015, de 8 de junio de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 5080-2013. Planteada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en relación con el artículo 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales: extinción, por pérdida de objeto, de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 83/2015).

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente; doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tessara, don Santiago Martínez-Vares García y don Juan Antonio Xiol Ríos, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5080-2013 promovida por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en relación con el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Han comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Sindicato Unión Sindical Obrera. Ha intervenido el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Con fecha 4 de septiembre de 2013, tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un oficio de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional remitiendo testimonio de las actuaciones correspondientes al procedimiento 107-2013, en materia de conflicto colectivo, seguido a instancia del sindicato Unión Sindical Obrera, contra la Administración General del Estado (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas). Estas incorporan el Auto de 5 de julio de 2013, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 2 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en su aplicación al personal laboral del sector público.

2. Los antecedentes del proceso en el que se plantea la cuestión son los siguientes:

a) La Unión Sindical Obrera (USO) promovió un procedimiento de conflicto colectivo que tenía por objeto la declaración de nulidad de la decisión empresarial de no abonar la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 y el reconocimiento del derecho de los trabajadores afectados a percibir dicha paga. Subsidiariamente, en el caso de que no fuera estimado lo anterior, solicitaba el reconocimiento del derecho a percibir la parte proporcional de la mencionada paga por el periodo devengado hasta el 14 de julio del mismo año. Además de otras vulneraciones de derechos constitucionales, invocaba el sindicato demandante la vulneración por el precepto legal cuestionado del principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos (art. 9.3 CE), haciendo alusión al escrito de la Defensora del Pueblo, conforme al cual los trabajadores debían tener derecho a la parte proporcional según la forma de devengo y, por tanto, el derecho a percibir la paga suprimida en la cuantía devengada hasta el 14 de julio de 2012.

b) Celebrada la vista y concluso el procedimiento para Sentencia, la Sala acordó, mediante providencia de 9 de mayo de 2013, oír a las partes y al Ministerio Fiscal, por el plazo común de diez días, sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, citado en el encabezamiento. La duda planteada consistía en que el citado precepto, al establecer la reducción de retribuciones en las cuantías que correspondiera percibir el mes de diciembre de 2012, sin excepción alguna respecto de la parte ya devengada a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley, podría vulnerar el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, al ser la paga extraordinaria una manifestación del salario diferido que se devenga día a día.

c) El 21 de mayo de 2013, los sindicatos FSC-CC. OO., CSIF, UGT FED, servicios públicos, CIG y ELA se personaron en el procedimiento solicitando se les tuviera como partes, y se les concediera plazo para formular alegaciones respecto de la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

d) Por diligencia de ordenación del mismo día se acordó tenerles por personados y se les dio traslado de las actuaciones a fin de que alegasen, en el plazo de diez días a partir de la recepción de la resolución, lo que a su derecho conviniera.

e) El 22 de junio de 2013, el Abogado del Estado presentó alegaciones suplicando el no planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Con esta misma fecha, USO presentó las suyas solicitando la elevación de la cuestión. El informe del Ministerio Fiscal, con entrada en la Sala el 29 de mayo de 2013, señalaba, sin entrar en el fondo de la cuestión planteada, que el juicio de relevancia era correcto por lo que correspondía a la Sala resolver sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Finalmente, el 13 de junio de 2013 presentaron sus alegaciones FSC-CC.OO, CSIF, y UGT solicitando el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

f) Por Auto de 5 de julio de 2013, la Sala acordó elevar cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional para que resolviera si la redacción del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en su aplicación al personal laboral del sector público, ha vulnerado o no el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales contemplado en el art. 9.3 CE.

3. El razonamiento en que se basa el Auto de 5 de julio de 2013, es el que a continuación se expone. Considera que el precepto citado suprime la paga extraordinaria del mes de diciembre del 2012 a partir de su entrada en vigor, el 15 de julio de 2012, sin que precise cosa alguna sobre excepciones por derechos devengados, por lo que no es posible interpretar que el art. 2 del Real Decreto-ley citado permite abonar la parte de la parte de la paga extraordinaria que ya se hubiera devengado a su entrada en vigor. De la constitucionalidad de la norma legal cuestionada depende el contenido del fallo, pues una de las pretensiones formuladas en las demandas es que se mantenga incólume la percepción de la parte ya devengada de la paga extraordinaria de diciembre de 2012.

Parte el Auto de la doctrina constitucional sobre el fundamento y alcance de la prohibición de retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (con referencia expresa a la STC 112/2006, de 5 de abril) y señala que, a pesar de ser consciente del espíritu restrictivo que impregna la interpretación del art. 9.3 CE, concurren en este caso los requisitos para concluir la lesión del mencionado principio. Se trata de un derecho individual, pues los derechos retributivos pertenecen a la esfera de protección de la persona consagrados en el art. 35 CE, que comprende el derecho al trabajo remunerado y la promoción económica a través del trabajo, en definitiva, un concepto más amplio que la estricta cuantía mínima interprofesional que encaja en el supuesto de hecho del art. 9.3 CE. Además, la supresión de la paga extraordinaria para el personal laboral del sector público, constituye un supuesto de retroactividad auténtica. Entiende la Sala que frente a la concepción que el Abogado del Estado hace derivar de la norma impugnada, que no es otra que el devengo puntual en el momento del pago de las gratificaciones, debe primar la concepción jurisprudencial según la cual el devengo se hace día a día. En primer lugar, porque se trata de una jurisprudencia consolidada que constituye fuente del derecho. En segundo lugar, porque estos reiterados pronunciamientos se han vertido en recursos de casación en unificación de doctrina sobre los que el Tribunal Constitucional ha mantenido un valor normativo complementario de salvaguarda de la pureza de la ley. En tercer lugar, porque nada hay en la norma, más allá de su entrada en vigor, que permita entender que el legislador ha pretendido corregir el criterio jurisprudencial sobre las pagas extraordinarias, siendo así que este cambio del concepto de las pagas extraordinarias debía haber sido expreso y no quedar en manos de una presunta voluntad tácita del legislador. Se trata, pues de una retroactividad de grado máximo o auténtica.

Frente al argumento de la Abogacía del Estado, según el cual la retroactividad estaría ligada al bien común y al interés general al que sirven los ajustes presupuestarios provocados por la situación de crisis, entiende la Sala que la excepción que puede introducirse a la prohibición de retroactividad del art. 9.3 CE debe ser interpretada restrictivamente, no sólo porque al tratarse de una excepción no puede albergar una concepción amplia de los supuestos que comprende, sino también porque el Tribunal Constitucional ha añadido un plus más restrictivo aún, al referirse a exigencias «cualificadas del bien común» y no a cualquier bien común. Señala el Auto que resulta necesario tener en cuenta la seguridad jurídica, pues si esta regla opera en el caso de retroactividad de las normas tributarias que no son restrictivas de derechos, con mayor razón deberá hacerlo en este caso. Pues bien, la reducción del déficit público no reúne la nota de calificación excepcional necesaria para sacrificar el principio constitucional de seguridad jurídica, siendo el interés general el que se ataca al negar el derecho a percibir el salario correspondiente a quienes hayan prestado los servicios. El bien común que justifica el sacrificio de la irretroactividad debe estar conectado con valores de igual entidad, como los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por el contrario, el propio Tribunal Constitucional ha entendido que ni la finalidad de evitar el enriquecimiento injusto puede considerarse una especial circunstancia de interés general que resulte prevalente a los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (STC 18 de mayo de 2009), ni tampoco la claridad y sencillez del sistema y facilidad de la gestión y continuidad del aseguramiento puede imponerse a la modificación retroactiva del encuadramiento en la Seguridad Social de un determinado colectivo (STC de 20 de abril de 2009).

Continúa el Auto señalando que tanto las instituciones europeas (resolución del Parlamento de 5 de julio de 2011, sobre el futuro de los servicios sociales de interés general), como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 6 de octubre de 2005, Draon contra Francia) tienen una concepción elevada de lo que representa el interés general. De ahí que entienda que la pretensión de reducir el gasto público, por muy urgente y necesaria que sea, no constituye sin más un bien común que abra la puerta a exceptuar los principios básicos constitucionales.

Descarta el Auto, finalmente, que exista una expropiación legislativa de derechos que contemple la adecuada indemnización. La hipotética devolución futura de cantidades ni está garantizada, ni es propiamente una devolución, pues las cuantías detraídas se aportarán a planes de pensiones o contratos de seguro cuya existencia dependerá de lo que establezca el legislador en el futuro, sin que se determinen los concretos términos o condiciones, quedando sometida esta «compensación» al principio de estabilidad presupuestaria.

4. Por providencia de 8 de octubre de 2013, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad; deferir su conocimiento a la Sala Primera; dar traslado de las actuaciones al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno y al Fiscal General del Estado para personación y alegaciones; comunicar la resolución a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado».

5. Por sendos escritos registrados en el Tribunal Constitucional el 23 y 25 de octubre de 2013, los Presidentes del Senado y del Congreso, actuando en la representación que legalmente ostentan, se personaron en el proceso y dieron por ofrecida la colaboración de ambas Cámaras.

6. Las alegaciones del Abogado del Estado, que a continuación se resumen, tuvieron entrada en el Tribunal Constitucional el 30 de octubre de 2013. Comienza acotando el objeto de la cuestión, ya el Auto de planteamiento solo se refiere en realidad al apartado 2.2 del art. 2, es

decir, a la aplicación de la supresión de la paga extraordinaria de diciembre al personal laboral del sector público y sólo se reprocha al legislador el que no haya incluido una disposición transitoria, por la cual se hubiera exceptuado de la mencionada supresión la parte proporcional de la paga extraordinaria que se entiende devengada del 1 al 15 de julio, fecha esta última de entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012. Una inconstitucionalidad por omisión de la que, en su caso, no se derivaría la inconstitucionalidad del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, sino la obligación del legislador de excepcionar de la supresión la parte proporcional de los días 1 al 15 de julio de 2012.

Niega que nos encontremos ante una «disposición sancionadora no favorable o restrictiva de derechos individuales» en el sentido del art. 9.3 CE. El art. 35.1 CE (derecho a una remuneración suficiente) comprende el derecho al «mantenimiento» de una determinada retribución con independencia de la coyuntura económica, ni permite afirmar que una reducción salarial es una norma constitucionalmente restrictiva de derechos en el sentido del art. 9.3 CE. Tampoco establece una retroactividad proscrita por el art. 9.3 CE, la «auténtica o de grado máximo» (que supone la incidencia sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas). Según el Auto de planteamiento, la cuestión radica en determinar si el derecho a la paga extraordinaria de Navidad, en cantidad proporcional a los días 1 al 15 de julio, «estaba ya consolidado, asumido e integrado en el patrimonio de los trabajadores cuando entró en vigor» el Real Decreto-ley 20/2012, o si, por el contrario, se trataba de una expectativa de derecho o de un derecho futuro o condicionado, que la Sala resuelve con invocación de la jurisprudencia. Pero la interpretación jurisprudencial de un precepto legal no puede erigirse en parámetro de constitucionalidad de otra norma de rango legal, siendo la jurisprudencia la que tiene que adaptarse a lo que disponga el legislador. De acuerdo con el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 las gratificaciones extraordinarias se devengan en el momento del pago; concepción esta, por otro lado, perfectamente conforme con los arts. 26 y 31 de la Ley del estatuto de los trabajadores, así como con la doctrina de este Tribunal Constitucional en relación con los tributos de hecho imponible duradero (y respecto de los que el legislador puede modificar algunos aspectos por medio de disposiciones legales dictadas precisamente durante el período impositivo en el que deben surtir efectos) de los que se ha dicho que se estaría afectando a hechos imponibles aún no consumados (STC 176/2011, de 8 de noviembre), cuya doctrina es perfectamente trasladable a la cuestión aquí suscitada.

Aún en el caso de que se considerase que la norma supone una retroactividad auténtica, concurrirían excepcionales circunstancias de interés público que la justificarían. Recuerda que de conformidad con la doctrina constitucional y con la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pueden reputarse conformes a la Constitución modificaciones con cualquier grado de retroactividad cuando existieran claras exigencias de «interés general», siendo la reducción de las retribuciones una medida extraordinaria de «contención de gastos de personal» que tiene por finalidad «contribuir a la consecución del inexcusable objetivo de estabilidad presupuestaria derivado del marco constitucional y de la Unión Europea». No comparte el Abogado del Estado que el Auto de planteamiento trate de restringir los supuestos en los que procede limitar el principio de irretroactividad y de seguridad jurídica al identificar el «bien común» con «los grandes valores que cohesionan la sociedad» o con «los derechos fundamentales», considerando, de esta manera, que la reducción del déficit no constituye un bien común. Entiende que tal postura chocaría con la doctrina constitucional que ha señalado que basta la concurrencia de cualificadas exigencias «del bien común o de interés general» para admitir tales restricciones, «razón por la cual, pueden reputarse conforme a la Constitución modificaciones con cualquier grado de retroactividad cuando 'existieran claras exigencias de interés general'» (por ejemplo, para evitar operaciones de elusión fiscal). Niega, finalmente, que las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos citadas por el Auto de planteamiento puedan servir para avalar la tesis mantenida en el mismo, ya que a

diferencia de lo que ocurre en el presente caso, en tales supuestos se alegaron intereses difusos para proceder a la aplicación retroactiva de una medida que no estaba justificada desde la perspectiva de la proporcionalidad. Por todo ello, se interesa la desestimación de la cuestión.

7. Por escrito que tuvo entrada en el Tribunal Constitucional el 4 de noviembre de 2013, el Fiscal General del Estado realizó sus alegaciones, solicitando la declaración de inconstitucionalidad del precepto cuestionado, por vulnerar el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales que garantiza el art. 9.3 CE.

Considera que los derechos retributivos de los trabajadores están integrados en la «esfera general de protección de la persona» que contempla este Tribunal como límite a la eficacia de la norma retroactiva, en concreto, se enmarcarían dentro del derecho al trabajo y a la remuneración suficiente que prevé el art. 35.1 CE. Si bien no llegan a comprometerse derechos fundamentales o libertades públicas, sí que se ven concernidos derechos individuales, expresión directa de la esfera general de protección de la persona. La idea de sanción resulta clara, pues se pretende extraer del patrimonio de los ciudadanos y sin indemnización, un bien o un derecho del que ya dispone. Esto expuesto, llega a la conclusión de que la norma afecta a un derecho incorporado definitivamente al patrimonio de los trabajadores, a quienes la aplicación retroactiva de la norma obligaría a la devolución de parte de los salarios ya percibidos, pues como afirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las gratificaciones extraordinarias se devengan día a día y se incorporan cada jornada al patrimonio del trabajador, y ello con independencia de que su efectiva percepción tenga lugar en el último mes del período. De este modo, la privación de la cantidad correspondiente a dicho período supondría la restricción injustificada de un derecho individual que como tal, prohíbe el art. 9.3 CE. Invoca, además, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2013 (caso N.K.M. v. Hungría), que declaró la vulneración del art. 1 del Protocolo núm. 1 anexo al Convenio por un acto de privación de la cuantía de una indemnización (cantidad devengada pero no percibida) por cese a una funcionaria, señalándose que «los bienes» en el sentido del citado art. 1 son «bienes existentes» o activos, en los que el solicitante puede tener por lo menos una «expectativa legítima» de que esta se realizará. Y entiende que en el caso ahora examinado sí existía esa expectativa legítima conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al tratarse de cantidades de devengo diario. Recuerda que el Tribunal Constitucional no rechaza la posibilidad de una actuación extraordinaria por parte de los poderes públicos para que, en atención a la excepcionalidad de determinadas circunstancias o exigencias del bien común, pueda dotarse de eficacia retroactiva máxima a una normativa privativa de derechos. Sin embargo, tal hipótesis no puede suponer un aval genérico para que el poder público pueda conducirse apartándose de una expresa previsión legal, cuando el art. 33 CE impide la expropiación de bienes o derechos por causa de utilidad pública o interés social si no se acompaña de un justiprecio. Entiende, en suma, que los compromisos meramente posibilistas contemplados en la norma, relativos a genéricas aportaciones a futuros fondos carecen de la mínima concreción para que les alcance el calificativo de justo precio debido. Es más, aquellas intenciones parcialmente reparadoras se refieren a la supresión de las cantidades a devengar a lo largo de todo el semestre y no específicamente al período al que se concreta la cuestión de inconstitucionalidad, en tanto que se centra exclusivamente en el período ya devengado, y en concreto, en el transcurrido durante las fechas comprendidas entre la correspondiente al inicio del cómputo del devengo de la paga extraordinaria y la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012 (15 de julio de 2012).

Precisa, finalmente, que en el Auto de planteamiento no se cuestiona todo el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 sino sólo su apartado 2.2, y que tratándose de un supuesto de retroactividad máxima en relación con derechos ya integrados en el patrimonio de sus titulares,

en caso de una declaración de inconstitucionalidad el efecto habría de limitarse al período ya mencionado comprendido entre las fechas del 1 y el 15 de julio de 2012.

8. El 22 de noviembre de 2013, USO presentó sus alegaciones en el Registro General del Tribunal Constitucional. Tras recordar el tenor literal de los arts. 70 y 73 del Convenio único para el personal laboral de la Administración General del Estado, de 31 de julio de 2009, y reproducir la regulación del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, entiende que vulnera los principios de legalidad, jerarquía normativa, seguridad jurídica e irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, prohibición de la arbitrariedad (todos ellos del art. 9.3 CE), así como el principio de derecho comunitario de protección de la confianza legítima. Se trata de una norma restrictiva o menos favorable de derechos que prevé la supresión de una partida retributiva en una cuantía que en parte ya ha sido devengada conforme a las normas generales de devengo aplicadas al sector público. La limitación constitucional es clara: la reducción salarial no puede afectar a partidas ya devengadas, siendo preciso distinguir entre devengo, cuantía retributiva y momento del pago.

9. 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 de la Audiencia Nacional plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, precepto que, en lo que aquí importa, dispone para el personal del sector público definido en el art. 22.1 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de presupuestos generales del Estado para 2012, la supresión de la paga extraordinaria (o equivalente) del mes de diciembre de 2012. En síntesis, la Sala entiende que el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, en su aplicación al personal laboral del sector público, puede vulnerar el principio constitucional de interdicción de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE), al no contemplar excepción alguna respecto de las cuantías ya devengadas al momento de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012 (esto es, desde el 1 al 14 de julio de 2002).

En los términos en que han sido recogidos en los antecedentes de esta Sentencia, el Fiscal General del Estado coincide con el juicio de inconstitucionalidad formulado por el Auto de planteamiento de la cuestión, por lo que interesa la estimación de la misma, mientras que el Abogado del Estado solicita su desestimación.

2. Con carácter previo al análisis de la cuestión planteada, conviene realizar una serie de precisiones para acotar debidamente el objeto de la misma y el alcance de nuestro enjuiciamiento.

a) En primer lugar, resulta obligado advertir que, aunque la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional plantea la cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 2 Real Decreto-ley 20/2012 in totum, su razonamiento permite concluir que lo único cuestionado es su aplicación al personal laboral del sector público, lo que resulta del todo coherente con el juicio de aplicabilidad y relevancia, pues la cuestión de inconstitucionalidad trae causa de un proceso de conflicto colectivo promovido por varios sindicatos con motivo de la supresión, por aplicación de las previsiones contenidas en el Real Decreto-ley 20/2012, de la paga o gratificación extraordinaria de diciembre de 2012 al personal laboral de la Administración General del Estado (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas). En este proceso la pretensión

principal es la nulidad de la decisión empresarial de no abonar la paga extra del mes de diciembre de 2012 y, subsidiariamente que se declare el derecho de los trabajadores a percibir la parte proporcional de la paga extra de diciembre de 2012 que consideran ya devengada al momento de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012. Así pues, la presente cuestión de inconstitucionalidad debe entenderse referida al apartado 1 del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, que establece la reducción de retribuciones en 2012 para todo el personal del sector público definido en el art. 22.1 de la Ley 2/2012, de presupuestos generales del Estado para 2012, como consecuencia de la supresión de la paga o gratificación extraordinaria de diciembre de 2012, y al apartado 2.2 del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, que se refiere específicamente a la supresión de la paga o gratificación extraordinaria de diciembre de 2012 o equivalente al personal laboral del sector público.

b) No se cuestiona por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional la medida de supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 en sí misma considerada (que es la pretensión principal que se deduce por los demandantes en el proceso a quo, como se ha dicho), sino sólo en cuanto su aplicación haya podido suponer la infracción del principio de irretroactividad establecido en el 9.3 CE, al no contemplar excepción alguna respecto de las cuantías de dicha paga extra que se entienden ya devengadas (en concreto, catorce días del mes de julio de 2012) a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012 (que tuvo lugar el 15 de julio de 2012, conforme a su disposición final decimoquinta), ni fijar indemnización alguna por la supresión de un derecho patrimonial. A esta concreta duda de constitucionalidad (planteada a partir de la pretensión subsidiaria en el proceso a quo) se ceñirá nuestro enjuiciamiento.

3. Delimitado el alcance de nuestra decisión, debemos remitirnos a lo dicho en la STC 83/2015, de 30 de abril, sobre la pérdida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, como consecuencia de lo establecido en la disposición adicional duodécima de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2015, que bajo el epígrafe «Recuperación de la paga extraordinaria y adicional del mes de diciembre de 2012», establece, en su apartado 1.1, que cada Administración pública, en su ámbito, podrá aprobar el abono de cantidades en concepto de recuperación de los importes efectivamente dejados de percibir como consecuencia de la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 por aplicación del Real Decreto-ley 20/2012, siendo esas cantidades equivalentes a la parte proporcional correspondiente a los primeros 44 días de la paga extraordinaria suprimida, según establece en su apartado 1.2; y en su apartado 2 dispone las reglas para el abono de dichas cantidades al personal del sector público estatal, previsiones cuya aplicación efectiva se ha llevado a cabo en el ámbito del sector público estatal conforme a las instrucciones contenidas en la resolución conjunta de las Secretarías de Estado de Presupuestos y Gastos y de Administraciones Públicas de 29 de diciembre de 2014 (publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 2 de enero de 2015), en la que se precisa que «el reconocimiento del derecho a recuperar las cantidades dejadas de percibir se produce por imperativo de la propia Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2015 y produce sus efectos a partir de este último año, por lo que todas las cantidades que se reconozcan en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional constituyen percepciones correspondientes al ejercicio de 2015».

En este caso, ha de estarse a lo dispuesto en el apartado II de la referida Instrucción, en cuanto que contiene las reglas aplicables al personal laboral del sector público estatal al que resulta de aplicación el III Convenio colectivo único del personal laboral al servicio de la Administración General del Estado, publicado por resolución de 3 de noviembre de 2009 («BOE» núm. 273, de 12 de noviembre de 2009)

En el fundamento jurídico 3 de la STC 83/2015 pusimos de manifiesto que era innegable la incidencia que tenía la medida contenida en la disposición adicional duodécima de la Ley

36/2014, de presupuestos generales del Estado para 2015 sobre la pretensión deducida el pleito a quo, «que afecta de modo determinante a la subsistencia del presente proceso constitucional, dada la estrecha vinculación existente entre toda cuestión de inconstitucionalidad y el procedimiento judicial de que dimana.»

En la presente cuestión de inconstitucionalidad se plantea si la supresión del derecho de los trabajadores de la Administración General del Estado (Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas) a percibir la parte proporcional (en concreto, 14 días) de la paga extra de diciembre de 2012, por entenderse ya devengada al momento de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, contraviene el art. 9.3 CE, en relación con el art. 33.3 CE. Así enmarcada, debemos concluir que la recuperación por esos trabajadores de la parte proporcional correspondiente a los primeros 44 días de la paga extra de diciembre de 2012, en virtud de lo establecido en la citada disposición adicional duodécima de la Ley 36/2014, de presupuestos generales del Estado para 2015, supone la satisfacción extraprocesal de la pretensión deducida en el proceso laboral sobre la que se articula la presente cuestión. Ello determina, al igual que en la antes citada STC 83/2015, la pérdida de objeto de la presente cuestión, una vez perdida la finalidad de la cuestión de inconstitucionalidad, que no es otra que la de realizar un juicio de constitucionalidad concreto, con efectos para el caso en el que ésta se ha planteado, lo que ya no ocurre en este caso.

FALLO

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

Ha decidido

Declarar la extinción de la presente cuestión de inconstitucionalidad por desaparición sobrevenida de su objeto.

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

Dada en Madrid, a ocho de junio de dos mil quince.–Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Firmado y rubricado.

Sala Primera. Sentencia 114/2015, de 8 de junio de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 5490-2013. Planteada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en relación con el artículo 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales: extinción, por pérdida de objeto, de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 83/2015).

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García y don Juan Antonio Xiol Ríos, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5490-2013 promovida por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en relación con el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Ha comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado. Ha intervenido el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Andrés Ollero Tassara, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 27 de septiembre de 2013 se registró en este Tribunal oficio de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional al que se acompañaba, junto al testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto de ese mismo órgano judicial de 24 de junio de 2013; en él se acordaba plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (en adelante, Real Decreto-ley 20/2012), convalidado por el Congreso de los Diputados ex art. 86.2 CE en su sesión de 19 de julio de 2012, por posible vulneración del art. 9.3 CE.

2. Los antecedentes de hecho del planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad son los siguientes:

a) Ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional se formuló por la Unión Sindical Obrera (USO), la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (FSP-UGT), la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CCOO) y la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-F), demanda de conflicto colectivo que dio lugar a los autos núm. 151-2013. Las citadas organizaciones sindicales pretendían en su demanda que se declarase que no procedía aplicar al personal laboral del consejo de administración del Patrimonio Nacional lo dispuesto en los arts. 2, 3 y 7 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, respecto de la supresión de la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 al personal del sector público y que se reconozca a estos trabajadores el derecho a percibir dicha paga extra; subsidiariamente, pretendían que no se descontase de la paga extra de diciembre (de devengo semestral a partir del 1 de junio hasta el 30 de noviembre, y pagadera en el mes de diciembre, según dispone el art. 81 del Convenio colectivo de aplicación) la parte proporcional de la misma ya devengada al momento de la entrada en vigor de dicho Real Decreto-ley (15 de julio de 2012); esto es, desde el 1 de junio al 14 de julio de 2012, porque de acuerdo con el art. 9.3 CE no cabe que la supresión opere de modo retroactivo sino, únicamente, a partir del 15 de julio de 2012.

b) Concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar Sentencia, por providencia de 31 de mayo de 2013 la Sala acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que alegasen sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, por posible vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE) en la medida en que suprime el derecho de los trabajadores a percibir cuantías de la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 ya devengadas a la fecha de entrada en vigor de dicho Real Decreto-ley.

c) El Ministerio Fiscal presentó escrito de alegaciones en el que se afirmaba que el juicio de relevancia estaba correctamente planteado, sin que ello supusiese compartirlo. Por su parte, la Unión Sindical Obrera (USO), la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (FSP-UGT), la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras (FSC-CCOO) y la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-F), estimaron pertinente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. El Abogado del Estado, en representación del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, se opuso al planteamiento de la cuestión por entender que el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 es plenamente conforme con la Constitución.

d) Por Auto de 24 de junio de 2013, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012.

3. En el Auto de 24 de junio de 2013 la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional considera que el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 podría vulnerar el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, que garantiza el art. 9.3 CE, con fundamento en los razonamientos que a continuación se resumen:

a) Tras una síntesis de los antecedentes de hecho y la transcripción del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, se señala que está claro que tal disposición suprime la percepción de la paga extraordinaria del mes de diciembre del año 2012 para el personal laboral del sector público; lo hace a partir de su entrada en vigor (15 de julio de 2012), sin precisar excepciones por derechos ya devengados. Estima la Sala que el Gobierno es plenamente consciente de la posibilidad de que haya comenzado a devengarse la paga extraordinaria cuya percepción se suprime, en tanto que en el apartado 1 del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 se indica que la medida afecta a las cuantías «que corresponda percibir», en tiempo verbal no condicional, admitiendo que el derecho ya se habría generado, no obstante lo cual cierra la puerta a su abono.

Desde esa perspectiva, entiende la Sala que no es posible interpretar el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 considerando que cabe abonar aquella parte de la paga extraordinaria de diciembre que ya se hubiera devengado a la fecha de la entrada en vigor de la citada norma. Así, «por mucho que ya se hubiera devengado la paga extraordinaria correspondiente a catorce días (del 1 al 14 de julio)», la aplicación del citado art. 2 impediría su abono. Atendiendo a la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que se cita, según la cual las pagas extraordinarias son salario diferido y se devengan día a día, entiende la Sala que el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 podría considerarse contrario al art. 9.3 CE, que garantiza la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales y la seguridad jurídica, puesto que se estaría suprimiendo el derecho ya generado a percibir la parte proporcional de la paga extraordinaria devengada antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012.

Expuesto lo que precede, indica la Sala que la norma cuestionada es determinante para el resultado del litigio y no admite una interpretación que la acomode a la Constitución. Una de las pretensiones formuladas por los demandantes es, justamente, que se mantenga incólume la percepción de la parte ya devengada de la paga extra de diciembre de 2012, a pesar de lo dispuesto en el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012. Posteriormente se hace referencia a las alegaciones realizadas por las partes y el Ministerio Fiscal en el trámite de audiencia, y se señala que tras ellas subsiste la duda de inconstitucionalidad.

b) Seguidamente se refiere la Sala a la doctrina constitucional sobre la prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE). Señala que, conforme a dicha doctrina, solo puede afirmarse que una norma es retroactiva a los efectos del citado precepto cuando incide sobre «relaciones consagradas» y afecta a «situaciones agotadas». El espíritu restrictivo que impregna el art. 9.3 CE queda plasmado en la STC 89/2009, de 20 de abril, que ha aclarado que la mención de ese precepto constitucional a la «restricción de derechos individuales» ha de entenderse referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. A la vista de lo anterior, lo primero que hay que preguntarse es si en este caso estamos ante un derecho individual en el sentido apuntado desde esa consideración restrictiva, lo que entiende la Sala que merece una respuesta positiva. En tal sentido, se prosigue afirmando que los derechos retributivos del personal del sector público pertenecen a la esfera general de protección de la persona consagrados en el art. 35.1 CE, que reconoce el derecho a la remuneración suficiente (lo que, en principio, se correspondería sólo con el salario mínimo interprofesional) y también el derecho al trabajo (una de cuyas notas esenciales es su carácter remunerado). Por su parte la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobada por el legislador en cumplimiento del mandato contenido en el art. 35.2 CE, reconoce en su art. 31 el derecho del trabajador a dos gratificaciones extraordinarias al año, una en Navidad y otra en el mes que se determine por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores. A su vez, el art. 27 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público, dispone que «las retribuciones del personal laboral se determinarán de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo, respetando en todo caso lo establecido en el art. 21 del presente Estatuto»; precepto este último –concluye la Sala– que vincula las retribuciones de los funcionarios y del personal laboral del sector público a los límites fijados en las leyes de presupuestos del Estado.

Partiendo de este enfoque, se señala que el Tribunal Constitucional ha venido admitiendo con naturalidad el encaje en el supuesto de hecho del art. 9.3 CE en el caso de normas que, como la cuestionada, se inspiran en la finalidad de la contención del gasto público mediante la reducción retributiva. En este sentido se citan la STC 330/2005, de 15 de diciembre (en la que se niega que la regulación de la retribución para el personal de una Administración autonómica vulnere el art. 9.3 CE pero por motivos distintos a su no consideración como derechos individuales a los que alude el precepto) y el ATC 162/2012, de 13 de septiembre (que rechaza que la reducción de las retribuciones impuesta legalmente afecte al art. 9.3 CE, pero no por no tratarse de derechos individuales protegibles sino por no poseer efectos retroactivos al examinarse una regulación pro futuro). A la vista de todo ello, se considera que en el presente caso nos encontraríamos ante derechos individuales amparables por el principio de interdicción de retroactividad (art. 9.3 CE).

c) A continuación analiza la Sala si el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, al establecer la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 para el personal laboral del sector público, supone una retroactividad prohibida por el art. 9.3 CE; esto es, la que incide sobre los efectos jurídicos ya producidos al amparo de una norma anteriormente vigente. Para ello, considera preciso determinar si el derecho a la paga extraordinaria de diciembre estaba ya consolidado, asumido e integrado en el patrimonio de los trabajadores cuando entró en vigor el Real Decreto-ley 20/2012 o si, por el contrario, se trataba de una expectativa de derecho, o de un derecho futuro o condicionado.

Indica la Sala que, dado que la regulación legal de las pagas extraordinarias no ofrece respuesta a este interrogante (se limita a fijar el momento de su percepción), se ha de tener en cuenta la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en unificación de

doctrina que se cita, que configura la paga extraordinaria como de devengo diario y de cobro aplazado. Tras ello, se pregunta la Sala si la posible inconstitucionalidad del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 puede operar tomando como referencia un criterio jurisprudencial y llega a la conclusión de que la configuración normativa del derecho a las pagas extraordinarias se ve complementada por su configuración jurisprudencial, por lo que la respuesta habría de ser afirmativa. Se añade a este respecto que no estamos ante un pronunciamiento aislado de un tribunal menor, sino ante jurisprudencia, que, además, ha sido dictada en unificación de doctrina. Por ello, el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el devengo diario de las pagas extraordinarias «se alza con valor normativo complementario, salvaguardando la pureza de la ley, de modo que forma una unidad con la misma como parámetro de inconstitucionalidad del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012».

Teniendo en cuenta todo lo anterior, concluye la Sala que «estamos ante un derecho que se genera día a día, incorporándose como tal al acervo patrimonial de los trabajadores». «En el caso examinado, al ser la paga extra de diciembre de 2012 de devengo semestral a partir del 1 de julio, por disponerlo así el Convenio colectivo de aplicación», a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012 «ya se había devengado y generado el derecho a la parte proporcional a catorce días de trabajo», que sin embargo el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 suprime, operando con ello «una retroactividad auténtica o de grado máximo».

d) Se pregunta a continuación la Sala en su Auto de planteamiento de la cuestión si, aun siendo esa retroactividad de grado máximo, puede resultar justificada por concurrir exigencias cualificadas del bien común que podrían imponerse excepcionalmente (STC 197/1992, de 19 de noviembre). La Abogacía del Estado alegó, en este sentido, la exigencia de unos fuertes ajustes presupuestarios provocados por la situación de crisis económica. Sostiene que la necesidad de reducir el déficit público que inspira la norma cuestionada constituiría ese objetivo de procurar el bien común y proteger el interés general, lo que permitiría exceptuar la interdicción de retroactividad. Discrepa la Sala de esta conclusión, porque considera que la crisis económica podría acaso justificar determinadas medidas restrictivas de derechos individuales como la cuestionada, pero no puede abrir la puerta, sin más, a que esas restricciones operen de modo retroactivo. Entiende la Sala que la excepción a la irretroactividad recogida en la doctrina constitucional debe interpretarse de forma restrictiva y que no cabe extenderla a toda medida de interés general. En otras palabras, estima la Sala que la reducción del déficit público puede justificar muchas medidas; no reúne sin embargo la nota de cualificación absolutamente excepcional que sería necesaria para sacrificar el principio constitucional de seguridad jurídica que sustenta la irretroactividad, en aras del bien común. Es el interés general lo que se ataca cuando se niega a quienes han prestado sus servicios al sector público el derecho a percibir el salario correspondiente. Se hace referencia también en el Auto de planteamiento a algunos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los que –según la Sala– este Tribunal mantiene una concepción cualificada del «interés general» y descarta 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 cabría identificar, en cambio, con el interés general de los ciudadanos.

e) Finalmente, la Sala se plantea la posibilidad de que estemos ante una expropiación legislativa de derechos, pero rechaza tal posibilidad en tanto que la previsión de una hipotética compensación o devolución futura de cantidades en modo alguno resultaría asimilable al justo precio al que alude la Ley de expropiación forzosa. Añade que ni está garantizada, ni es propiamente una devolución, puesto que las cuantías detraídas se transformarían en aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguro en los términos que establezca el legislador, sujetas, además, al previo cumplimiento de los objetivos de estabilidad

presupuestaria. Por otra parte, el carácter meramente hipotético y condicionado de la devolución de las cantidades detraídas a raíz de la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012, «diluye cualquier brizna de proporcionalidad de la compensación que pudiera alegarse para justificar la injerencia retroactiva y se aleja del todo del concepto de expropiación legislativa de derechos».

Por todo lo expuesto, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional concluye que el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, en su aplicación al personal laboral del sector público, ha podido vulnerar el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales previsto en el art. 9.3 CE, al no contemplar excepción alguna respecto de las cuantías ya devengadas al momento de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012.

4. Por providencia de 22 de octubre de 2013, el Pleno de este Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, deferir a la Sala Primera el conocimiento de la misma conforme al art. 10.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y dar traslado de la demanda y documentos presentados al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, a través del Ministro de Justicia, y al Fiscal General del Estado, para que en el improrrogable plazo de quince días pudieran personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimasen convenientes (art. 37.3 LOTC). Asimismo se ordenó, de un lado, comunicar esa resolución a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional a fin de que, de conformidad con el art. 35.3 LOTC, permaneciese suspendido el proceso hasta que este Tribunal resolviese definitivamente la presente cuestión; asimismo publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado», lo que se llevó a efecto en el núm. 262, de 1 de noviembre de 2013. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia del Pleno de 22 de octubre de 2013, se concedió un plazo de quince días a partir de la publicación del referido edicto para que, de conformidad con lo establecido en el art. 37.2 LOTC, quienes fuesen parte en el procedimiento núm. 151-2013 seguido ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional pudieran personarse ante este Tribunal.

5. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 31 de octubre de 2013, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó la decisión de la Mesa de esa Cámara de personarse en el presente proceso constitucional, ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 6 de noviembre de 2013, el Presidente del Senado comunicó el acuerdo de la Mesa de la Cámara de personarse en el presente proceso constitucional, ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

7. Por escrito registrado en este Tribunal el 14 de noviembre de 2013, el Abogado del Estado se personó en el presente proceso constitucional y formuló las alegaciones que a continuación se sintetizan.

Comienza señalando que aunque el Auto de planteamiento cuestiona la totalidad del extenso art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, se refiere en realidad solo al apartado 2.2 del art. 2; es decir, a la aplicación de la supresión de la paga extraordinaria de diciembre al personal laboral del sector público. Además precisa que no se cuestiona genéricamente la referida supresión, sino que tan solo se reprocha al legislador el que no haya incluido una disposición transitoria por la cual se hubiera exceptuado de la mencionada supresión la parte proporcional de la paga extraordinaria que se entiende «devengada del 1 al 15 de julio», fecha esta última de entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012. En definitiva, entiende que lo que se plantea es

una inconstitucionalidad por omisión y que la consecuencia que podría derivarse no sería la declaración de inconstitucionalidad del art. 2 Real Decreto-ley 20/2012, sino simplemente de imponer al legislador, con respecto a su libertad de configuración, el establecimiento de una expresa excepción a la supresión de la paga extraordinaria de Navidad (la correspondiente a la parte proporcional de los días 1 al 14 de julio de 2012).

Precisado lo anterior, el Abogado del Estado pasa a contestar los puntos argumentales del Auto de planteamiento. Comienza negando que nos encontremos ante una «disposición sancionadora no favorable o restrictiva de derechos individuales» en el sentido del art. 9.3 CE. Indica, en tal sentido, que una norma que aspira a la contención del gasto de personal (como principal componente del gasto público) no es ni sancionadora, ni restrictiva de derechos en el sentido constitucional de la expresión. Tampoco el art. 35.1 CE (derecho a una remuneración suficiente) comprendería el derecho al «mantenimiento» de una determinada retribución con independencia de la coyuntura económica, ni permitiría afirmar que una reducción salarial es una norma constitucionalmente restrictiva de derechos en el sentido del art. 9.3 CE.

Subsidiariamente, para el caso de que este Tribunal apreciase que sí nos encontramos ante una «disposición restrictiva de derechos individuales», el Abogado del Estado niega que la norma cuestionada establezca una retroactividad proscrita por el art. 9.3 CE. En este sentido, señala que, de acuerdo con la doctrina constitucional sólo la retroactividad «auténtica o de grado máximo» (que supone la incidencia sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas) está incluida en la prohibición de ese precepto constitucional; no lo está, por el contrario, la retroactividad «impropia o de grado medio» (que incide en situaciones jurídicas actuales aún no concluidas), pero que puede tener relevancia constitucional desde la perspectiva de la protección de la seguridad jurídica.

Según el Auto de planteamiento, la cuestión radica en determinar si el derecho a la paga extraordinaria de Navidad, en cantidad proporcional a los días 1 al 14 de julio, «estaba ya consolidado, asumido e integrado en el patrimonio de los trabajadores cuando entró en vigor» el Real Decreto-ley 20/2012, o si se trataba, por el contrario, de una expectativa de derecho o de un derecho futuro o condicionado.

Señala el Abogado del Estado que la propia Sala reconoce en el Auto de planteamiento de la cuestión que la regulación legal de las pagas extraordinarias no ofrece respuesta a esa pregunta, siendo el Tribunal Supremo el que ha hecho referencia a su devengo diario y cobro aplazado en su jurisprudencia. No obstante, a juicio del Abogado del Estado resulta evidente que una determinada interpretación jurisprudencial de un precepto legal no puede erigirse en parámetro de constitucionalidad de otra norma de rango legal. No puede pretenderse la inconstitucionalidad de esta última sobre la base del modo en que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha configurado una determinada partida salarial. Al contrario, es la jurisprudencia la que tiene que adaptarse a lo que disponga el legislador. Prosigue diciendo que el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 ha entendido, precisamente, que las gratificaciones extraordinarias se devengan en el momento del pago. Esta concepción es, por otro lado, perfectamente conforme con los arts. 26 y 31 de la Ley del estatuto de los trabajadores, así como con la doctrina de este Tribunal Constitucional en relación con los tributos de hecho imponible duradero; respecto a ellos el legislador puede modificar algunos aspectos por medio de disposiciones legales dictadas precisamente durante el período impositivo en el que deben surtir efectos) de los que se ha dicho que se estaría afectando a hechos imposables aún no consumados (STC 176/2011, de 8 de noviembre). Trasladando esa doctrina a la legislación laboral, cabe entender que las gratificaciones extraordinarias se generan en un período determinado, si bien no surten efecto ni se incorporan propiamente al patrimonio del trabajador hasta el momento en que deben abonarse, por lo que el legislador puede modificarlas durante el período de

generación. En suma, entiende el Abogado del Estado que no hay en este caso una eficacia retroactiva, dado que el Real Decreto-ley 20/2012 incide sobre una paga extraordinaria que todavía no se ha percibido.

Seguidamente sostiene el Abogado del Estado que aún en el caso de que se considerase que la norma supone una retroactividad auténtica, concurrirían excepcionales circunstancias de interés público que la justificarían. Recuerda en este sentido que, de conformidad con la doctrina constitucional (STC 173/1996, de 31 de octubre) y con la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de 26 de abril de 2005), pueden reputarse conforme a la Constitución modificaciones con cualquier grado de retroactividad cuando existieran claras exigencias de «interés general». Aplicando tal doctrina al presente caso, considera que la medida cuestionada encontraría su justificación en un interés público relevante, como lo es el de la necesidad de realizar fuertes ajustes presupuestarios en el marco de una crisis económica sin precedentes, siendo la reducción de las retribuciones prevista en el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 una medida extraordinaria de «contención de gastos de personal» que tiene por finalidad «contribuir a la consecución del inexcusable objetivo de estabilidad presupuestaria derivado del marco constitucional y de la Unión Europea».

En tal sentido, se hace referencia a lo indicado al respecto en el preámbulo y exposición de motivos del Real Decreto-ley 20/2012 y en el debate de convalidación de la norma, así como a los datos ofrecidos en los sucesivos informes anuales del Banco de España de 2008, 2009, 2010 y 2011. También se señala que este Tribunal no se ha mostrado ajeno a la gravedad de la crisis económica que atraviesa la zona euro, habiéndose hecho eco de la profunda crisis presupuestaria en diversas resoluciones (singularmente, entre otros, en el ATC 160/2011, de 22 de noviembre). Teniendo en cuenta todo lo anterior, se afirma que en la senda de consolidación fiscal pactada con los órganos de la Unión Europea, España se ha visto obligada a una fuerte reducción del déficit del 8,9 por 100 en 2011 al 6,3 por 100 del PIB en 2012, lo que ha exigido adoptar importantes medidas de reducción del gasto público. Se recuerda, asimismo, que la estabilidad presupuestaria es un principio constitucional que vincula a todos los poderes públicos; se insiste en que el análisis de la norma cuestionada ha de partir del contexto recesivo descrito.

No comparte el Abogado del Estado que el Auto de planteamiento trate de restringir los supuestos en los que procede limitar el principio de irretroactividad y de seguridad jurídica, al identificar el «bien común» con «los grandes valores que cohesionan la sociedad» o con «los derechos fundamentales», considerando, de esta manera, que la reducción del déficit no constituye un bien común. Entiende que tal postura chocaría con la doctrina constitucional que ha señalado que basta con la concurrencia de cualificadas exigencias «del bien común o de interés general» para admitir tales restricciones; «razón por la cual, pueden reputarse conforme a la Constitución modificaciones con cualquier grado de retroactividad cuando “existieran claras exigencias de interés general”» (por ejemplo, para evitar operaciones de elusión fiscal). Así las cosas, afirma el Abogado del Estado que no existe razón para negar la concurrencia de un «interés general», dada la situación descrita de grave crisis económica.

Finalmente, niega el Abogado del Estado que las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos citadas por el Auto de planteamiento puedan servir para avalar la tesis mantenida en el mismo; a diferencia de lo que ocurre en el presente caso, en tales supuestos se alegaron intereses difusos para proceder a la aplicación retroactiva de una medida que no la justificaba desde la perspectiva de la proporcionalidad. Se recuerda que, por el contrario, en el presente caso no existen motivos «difusos», sino concretos de interés general; en realidad no asistiríamos a una reducción del sueldo de los empleados públicos sino a una «congelación» de la paga extra de diciembre con previsión de su devolución mediante su aportación a planes

de pensiones en un horizonte no lejano (2015); eso sí, en función de las necesidades y del equilibrio presupuestario. En definitiva, se concluye diciendo que ante el interés público a que se trata de atender, resulta absolutamente proporcionado que únicamente se exija como sacrificio a los empleados públicos el aplazamiento temporal del abono de la parte proporcional de la paga extraordinaria correspondiente a los días 1 a 14 de julio de 2012; que es lo único que se discute en la presente cuestión de inconstitucionalidad. Por todo ello, se interesa la desestimación de la cuestión.

8. Por escrito registrado en este Tribunal el 18 de noviembre de 2013, el Fiscal General del Estado evacuó el trámite de alegaciones, solicitando la declaración de inconstitucionalidad del precepto cuestionado, por considerarlo contrario al principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE).

Coincidiendo con lo expuesto en el Auto de planteamiento de la cuestión, considera el Fiscal que los derechos retributivos de los trabajadores están integrados en la «esfera general de protección de la persona», que contempla este Tribunal como límite a la eficacia de la norma retroactiva; en concreto, se enmarcarían dentro del derecho al trabajo y a la remuneración suficiente que prevé el art. 35.1 CE. En este sentido prosigue diciendo que, si bien no llegan a comprometerse en este caso derechos fundamentales o libertades públicas, sí se ven concernidos derechos individuales que son expresión directa de la esfera general de protección de la persona. Además, afirma que la idea de sanción resultará robustecida en este caso, dado que se pretende extraer del patrimonio de los ciudadanos, sin indemnización, un bien o un derecho del que ya dispone.

Llegados a este punto, pasa a analizar si la norma cuestionada contiene un grado de retroactividad permitido por el art. 9.3 CE, a la luz de la doctrina constitucional que sintetiza. Llega a la conclusión de que resulta obvia la supresión por la norma de un efecto jurídico ya agotado, en tanto derecho incorporado definitivamente al patrimonio de los trabajadores, a quienes la aplicación retroactiva de la norma obligaría a la devolución de parte de los salarios ya percibidos, pues –como afirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo– las gratificaciones extraordinarias se devengan día a día. A la vista de la interpretación de la legalidad ordinaria por el máximo órgano jurisdiccional a quien compete dicha función, resulta evidente, a juicio del Fiscal General del Estado, que las pagas extraordinarias se devengan día a día, incorporándose cada jornada al patrimonio del trabajador; con independencia de que su efectiva percepción tenga lugar en el último mes del período (salario devengado pero de percepción diferida). De este modo, sostiene que la privación de la cantidad correspondiente a dicho período supondría la restricción injustificada de un derecho individual que como tal prohíbe el art. 9.3 CE. Además, entiende que el criterio del Auto de planteamiento tendría el respaldo de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2013 (caso N.K.M. v. Hungría); este declaró la vulneración del art. 1 del Protocolo núm. 1 anexo al Convenio por un acto de privación de la cuantía de una indemnización (cantidad devengada pero no percibida) por cese a una funcionaria, señalándose que «los bienes» en el sentido del citado art. 1 son «bienes existentes» o activos, en los que el solicitante puede tener por lo menos una «expectativa legítima» de que esta se realizará. Entiende que en el caso ahora examinado sí existía esa expectativa legítima conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al tratarse de cantidades de devengo diario.

Prosigue diciendo que, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional no rechaza la posibilidad de una actuación extraordinaria por parte de los poderes públicos para que, en atención a la excepcionalidad de determinadas circunstancias o exigencias del bien común, pueda dotarse de eficacia retroactiva máxima a una normativa privativa de derechos. Tal hipótesis no puede suponer, sin embargo, un aval genérico para

que con esa excusa el poder público pueda conducirse apartándose de una expresa previsión legal. Se añade que el art. 33 CE impide la expropiación de bienes o derechos por causa de utilidad pública o interés social si no se acompaña de un justiprecio. Entiende, en suma, que los compromisos meramente posibilistas contemplados en la norma relativos a genéricas aportaciones a futuros fondos carecen de la mínima concreción para que les alcance el calificativo de justo precio debido. Es más, aquellas intenciones parcialmente reparatoras se refieren a la supresión de las cantidades a devengar a lo largo de todo el semestre y no específicamente al período al que se concreta la cuestión de inconstitucionalidad, en tanto que se centra exclusivamente en el periodo ya devengado, y en concreto en el transcurrido durante las fechas comprendidas entre la correspondiente al inicio del cómputo del devengo de la paga extraordinaria y la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012 (15 de julio de 2012).

El Fiscal General del Estado concluye sus alegaciones precisando que en el Auto de planteamiento no se cuestiona todo el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 sino sólo su apartado 2.2, ya que es el que resulta aplicable para resolver el pleito sometido al conocimiento de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (referido en exclusiva a personal laboral y no a personal funcionario o estatutario). Asimismo, en cuanto a los efectos de la hipotética declaración de inconstitucionalidad, se indica que tratándose de un supuesto de retroactividad máxima en relación con derechos ya integrados en el patrimonio de sus titulares, el efecto en caso de una declaración de inconstitucionalidad habría de limitarse al período ya mencionado comprendido entre las fechas del 1 y el 14 de julio de 2012.

9. 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 de la Audiencia Nacional plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Este precepto, en lo que aquí importa, dispone para el personal del sector público definido en el art. 22.1 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de presupuestos generales del Estado para 2012, la supresión de la paga extraordinaria (o equivalente) del mes de diciembre de 2012. En síntesis, la Sala entiende que el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, en su aplicación al personal laboral del sector público, puede vulnerar el principio constitucional de interdicción de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE), al no contemplar excepción alguna respecto de las cuantías ya devengadas al momento de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, esto es, desde el 1 al 14 de julio de 2012 (si bien ha de precisarse que los demandantes en el proceso a quo reclamaban las cuantías ya devengadas por los 44 días transcurridos desde el 1 de junio al 14 de julio de 2012).

En los términos en que han sido recogidos en los antecedentes de esta Sentencia, el Fiscal General del Estado coincide con el juicio de inconstitucionalidad formulado por el Auto de planteamiento de la cuestión; interesa la estimación de la misma, mientras que el Abogado del Estado solicita su desestimación.

2. Con carácter previo al análisis de la cuestión planteada conviene realizar una serie de precisiones para acotar debidamente el objeto de la misma y el alcance de nuestro enjuiciamiento.

a) En primer lugar, resulta obligado advertir, en consonancia con lo manifestado en sus alegaciones respectivas por el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado, que, si bien la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional plantea la cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 en su integridad, lo cierto es que de los razonamientos que se contienen en el Auto de planteamiento se infiere sin dificultad que no se cuestiona todo el precepto sino sólo «en su aplicación al personal laboral del sector público» (como se precisa expresamente en la parte dispositiva del Auto). Ello se conecta lógicamente con el juicio de relevancia, correctamente expresado por el órgano judicial. La cuestión de inconstitucionalidad trae causa de un proceso de conflicto colectivo promovido por varios sindicatos con motivo de la supresión, por aplicación de las previsiones contenidas en el Real Decreto-ley 20/2012, de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 al personal laboral de una entidad pública estatal (consejo de administración del Patrimonio Nacional), proceso en el que lo pretendido por los demandantes con carácter subsidiario a la pretensión principal (referida a que no se aplique en esa entidad pública la medida de supresión de la paga extra de diciembre de 2012) es justamente que se declare el derecho de los trabajadores de esa entidad a percibir la parte proporcional de la paga extra de diciembre de 2012 que consideran ya devengada al momento de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, porque, de acuerdo con el art. 9.3 CE, no cabe que la supresión de esa paga extra por dicho Real Decreto-ley tenga efectos retroactivos.

De este modo, en los términos en que ha sido planteada, la presente cuestión de inconstitucionalidad debe entenderse referida al apartado 1 del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, que establece la reducción de retribuciones en 2012 para todo el personal del sector público –definido en el art. 22.1 de la Ley 2/2012, de presupuestos generales del Estado para 2012–, como consecuencia de la supresión de la paga o gratificación extraordinaria de diciembre de 2012; también al apartado 2.2 del art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012, que se refiere específicamente a la supresión de la paga o gratificación extraordinaria de diciembre de 2012, o equivalente, al personal laboral del sector público.

b) Por otra parte debe tenerse en cuenta que no se cuestiona por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional la medida de supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 en sí misma considerada (que es la pretensión principal que se deduce por los demandantes en el proceso a quo, como se ha dicho); se cuestiona sólo en cuanto su aplicación haya podido suponer la infracción del principio de irretroactividad establecido en el 9.3 CE, al no contemplar excepción alguna respecto de las cuantías que se entienden ya devengadas de dicha paga extra a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012 (que tuvo lugar el 15 de julio de 2012, conforme a su disposición final decimoquinta). A esta concreta duda (planteada a partir de la pretensión subsidiaria en el proceso a quo) deberá, pues, ceñirse nuestro enjuiciamiento.

c) Conviene asimismo advertir que la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional no cuestiona el art. 3.2 del Real Decreto-ley 20/2012. Este reitera, para el personal laboral del sector público estatal incluido en el art. 27 de la Ley 2/2012, de presupuestos generales del Estado para 2012 (personal en el que se cuentan los trabajadores del consejo de administración del Patrimonio Nacional, regulado por la Ley 23/1982, de 16 de junio y el Real Decreto 496/1987, de 18 de marzo, modificado por Real Decreto 214/2014, de 28 de marzo), la regla de la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 establecida en el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012. Tampoco cuestiona la Sala el art. 6 del Real Decreto-ley 20/2012, que, en consonancia con esa misma regla, suprime durante el año 2012 para el personal laboral del sector público «la percepción de la gratificación extraordinaria con ocasión de las fiestas de Navidad contenida en el art. 31 del Estatuto de los Trabajadores». Por tanto, las previsiones contenidas en los arts. 3.2 y 6 del Real Decreto-ley 20/2012 quedan fuera de nuestro pronunciamiento.

3. Delimitado el alcance de nuestra decisión, debemos remitirnos a lo dicho recientemente en la STC 83/2015, de 30 de abril, FJ 3, sobre la posible pérdida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, como consecuencia de lo establecido en la disposición adicional duodécima de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2015. Bajo el epígrafe «Recuperación de la paga extraordinaria y adicional del mes de diciembre de 2012», se establece, en su apartado 1.1, que cada Administración pública, en su ámbito, podrá aprobar el abono de cantidades en concepto de recuperación de los importes efectivamente dejados de percibir como consecuencia de la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 por aplicación del Real Decreto-ley 20/2012, siendo esas cantidades equivalentes a la parte proporcional correspondiente a los primeros 44 días de la paga extraordinaria suprimida, según establece el apartado 1.2. En su apartado 2 dispone las reglas para el abono de dichas cantidades al personal del sector público estatal (entre el que se encuentran los trabajadores del consejo de administración del Patrimonio Nacional); previsiones cuya aplicación efectiva se ha llevado a cabo en el ámbito del sector público estatal conforme a las instrucciones contenidas en la resolución conjunta de las Secretarías de Estado de Presupuestos y Gastos y de Administraciones Públicas de 29 de diciembre de 2014 (publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 2 de enero de 2015). En ella se precisa: «El reconocimiento del derecho a recuperar las cantidades dejadas de percibir se produce por imperativo de la propia Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2015 y produce sus efectos a partir de este último año, por lo que todas las cantidades que se reconozcan en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional constituyen percepciones correspondientes al ejercicio de 2015».

En el presente caso ha de estarse a lo dispuesto en el apartado III de las referidas Instrucciones, que contiene las reglas aplicables al personal laboral del sector público estatal al que no le resulte de aplicación el III Convenio colectivo único del personal laboral al servicio de la Administración General del Estado; en esta situación se encuentra el personal incluido en el ámbito de aplicación del convenio colectivo del personal laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, publicado por Resolución de 14 de julio de 2010 de la Dirección General de Trabajo («BOE» núm. 180, de 26 de julio de 2010).

En la STC 83/2015, FJ 3, se recuerda la reiterada doctrina constitucional sobre los efectos extintivos del objeto del proceso en las cuestiones de inconstitucionalidad, como consecuencia de la derogación o modificación de la norma legal cuestionada. Se puso de manifiesto que era innegable la incidencia que tenía la medida contenida en la disposición adicional duodécima de la Ley 36/2014, de presupuestos generales del Estado para 2015, sobre la pretensión deducida en el pleito a quo, «que afecta de modo determinante a la subsistencia del presente proceso constitucional, dada la estrecha vinculación existente entre toda cuestión de inconstitucionalidad y el procedimiento judicial de que dimana.» Otro tanto acontece en el presente caso.

En el conflicto colectivo del que trae causa la presente cuestión de inconstitucionalidad se discute el derecho de los trabajadores de una entidad del sector público estatal (Consejo de Administración del Patrimonio Nacional) a percibir la parte proporcional de la paga extra de diciembre de 2012, ya devengada al momento de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, que suprimió el derecho a su percepción. Ello por estimar los demandantes en el proceso a quo que la supresión de esa paga extra por la citada norma no puede tener efectos retroactivos por imperativo de lo dispuesto en el art. 9.3 CE. Al suscitarse sobre este extremo la duda de constitucionalidad que plantea el órgano judicial, es obligado constatar que la recuperación por esos trabajadores de la parte proporcional correspondiente a los primeros 44 días de la paga extra de diciembre de 2012, en virtud de lo establecido en la citada disposición adicional duodécima de la Ley 36/2014, de presupuestos generales del Estado para 2015.

Su aplicación efectiva se ha llevado a cabo en el ámbito del sector público estatal siguiendo las Instrucciones contenidas en la también citada resolución conjunta de las Secretarías de Estado de Presupuestos y Gastos y de Administraciones Públicas de 29 de diciembre de 2014 (conforme a lo indicado en el apartado III de estas Instrucciones para el caso de la entidad pública consejo de administración del Patrimonio Nacional). Todo ello «supone la satisfacción extraprocesal de la pretensión deducida en el proceso laboral sobre la que se articula la presente cuestión. Esto la hace perder su objeto, al ser tal satisfacción extraprocesal uno de los posibles supuestos de extinción de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 6/2010, FJ 2; AATC 945/1985, de 19 de diciembre; 723/1986, de 18 de septiembre; y 485/2005, de 13 de diciembre)» (STC 83/2015, FJ 3).

En conclusión, «la regulación contenida en la citada disposición adicional duodécima de la Ley 36/2014, de Presupuestos Generales del Estado para 2015, determina la extinción de la presente cuestión de inconstitucionalidad, pues, “aun cuando el enjuiciamiento constitucional de la norma cuestionada sigue siendo posible y esta plantea un problema constitucional de interés, ya no se trataría de un juicio de constitucionalidad en concreto, al que se refiere el art. 163 CE, sino en abstracto, sin efectos para el caso, lo que resulta improcedente en toda cuestión de inconstitucionalidad” (por todas, STC 6/2010, FJ 3 y 83/2015, FJ 3; y en el mismo sentido AATC 340/2003, de 21 de octubre, FJ único; y 75/2004, de 9 de marzo, FJ único)» (STC 83/2015, FJ 3).

FALLO

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

Ha decidido

Declarar la extinción de la presente cuestión de inconstitucionalidad por desaparición sobrevenida de su objeto.

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

Dada en Madrid, a ocho de junio de dos mil quince.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Firmado y rubricado.

Sala Segunda. Sentencia 115/2015, de 8 de junio de 2015. Recurso de amparo 1040-2014. Promovido por Secciones Mobiliarias, S.L., en relación con los Autos de la Audiencia Provincial de Valencia y un Juzgado de Primera Instancia de Alzira que inadmitieron su demanda de reconocimiento de un derecho de retracto arrendaticio. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): inadmisión de demanda de retracto sin causa legal, al exigir el cumplimiento de una carga de consignación inexistente (STC 144/2004).

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 el recurso de amparo núm. 1040-2014, promovido por la entidad Secciones Mobiliarias, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales don Víctor Enrique Mardomingo Herrero y asistido por el Abogado don Rafael Sánchez García, contra el Auto de 30 de diciembre de 2013, dictado por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Undécima), desestimatorio de la solicitud de nulidad de actuaciones promovida contra el Auto de 26 de julio de 2013, dictado por el mismo órgano judicial en el rollo núm. 707-2012, que, a su vez, ha declarado la desestimación del recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 15 de julio de 2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alzira, recaído en el juicio de ordinario núm. 152-2011. Ha comparecido la entidad Inverco 2009, S.L., y ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Narváez Rodríguez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el día 21 de febrero de 2014, el Procurador de los Tribunales don Víctor Enrique Mardomingo Herrero, en nombre y representación de la entidad Secciones Mobiliarias, S.L., interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se citan en el encabezamiento.

2. Los hechos en los que trae causa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

a) Mediante escrito registrado el día 2 de febrero de 2011 en el Decanato de los Juzgados de Alzira (Valencia), la recurrente, en su condición de arrendataria de las naves industriales sitas en el núm. 13 de la Avenida de la Montanyeta de la localidad de Alberique (Valencia), presentó demanda de juicio ordinario contra las entidades mercantiles Inverco 2009, S.L., Saysor Promociones y Construcciones, S.L., y Bancaja. En dicha demanda, la actora solicitó, con carácter principal, el reconocimiento de su derecho de retracto arrendaticio sobre la finca, la consiguiente rectificación del Registro de la Propiedad y la declaración de nulidad y cancelación de cargas y gravámenes. Con carácter subsidiario, interesó que se declarara vigente y exigible el contrato de arrendamiento suscrito con el anterior titular del inmueble.

En lo que a este proceso de amparo concierne, debe destacarse que ya en el apartado VII, letra b) de la demanda, la actora señalaba, con cita expresa de la STC 144/2004, de 13 de septiembre, que no era exigible, a efectos de admisión de la acción de retracto arrendaticio, la previa consignación del precio de venta satisfecho por el comprador del inmueble, pues ese requisito de admisibilidad no estaba expresamente previsto en la legislación procesal en vigor.

b) La demanda fue admitida mediante decreto del Sr. Secretario de 1 de marzo de 2011, dictado en el seno del procedimiento ordinario núm. 152-2011, incoado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alzira. Esta resolución fue recurrida en reposición por la

demandada Inverco 2009, S.L., en el entendimiento de que infringía el art. 266.3 de la Ley de enjuiciamiento civil (en adelante, LEC) en relación con el art. 403.3 del mismo texto legal.

En el escrito del recurso, registrado ante el Juzgado el día 10 de mayo de 2011, Inverco 2009 sostenía que la actora había realizado una interpretación «interesada, parcial y sesgada» de la STC 144/2004, resolución de la que no se desprendía, en opinión de la entidad mercantil de referencia, la inexigibilidad de la consignación. Reproducía, para avalar esta afirmación, varios extractos literales de la citada Sentencia, resaltando tipográficamente, dentro del texto entrecomillado, las concretas frases que, a su modo de ver, sustentaban su tesis. Añadía, asimismo, aquella que la exigencia de consignación era, en cualquier caso, pacífica en la doctrina del Tribunal Supremo y que se trataba de un requisito de admisibilidad «de orden público» y, por tanto, de cumplimiento imprescindible.

Cerraba Inverco 2009 la argumentación de su recurso señalando que no se oponía a la admisión de la pretensión formulada subsidiariamente por la demandante, relativa a la declaración de vigencia y a la exigibilidad del contrato de arrendamiento suscrito con el anterior propietario. Se reservaba, no obstante, las razones de oposición de fondo al trámite oportuno de contestación de la demanda.

c) Por diligencia de ordenación de 7 de junio de 2011 se tuvo por admitido el recurso de reposición interpuesto, abriéndose un plazo común de cinco días para la impugnación del mismo, trámite que fue exclusivamente cumplimentado por la demandante de amparo, que registró su escrito en el Juzgado el día 20 de junio de 2011.

En su escrito de impugnación del recurso, la ahora demandante de amparo advertía que los textos de la STC 144/2004, de 13 de septiembre, extractados por la entidad demandada, se referían al art. 1618.2 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 (en lo sucesivo, LEC-1881), norma derogada en la que la consignación del precio del retracto sí se concebía como un requisito de admisibilidad de la demanda. Destacaba, asimismo, la actora que esa misma resolución del Tribunal Constitucional había descartado que el art. 1.518 del Código civil (en lo sucesivo, CC) tuviera tal eficacia impeditiva de la admisión de la demanda, ya que se trataba de un puro reembolso, imprescindible a la hora de hacer efectivo un derecho de retracto ya reconocido pero irrelevante a efectos de obtener judicialmente dicho reconocimiento. Era el art. 1518 CC, según recordaba la demandante, el que, por expresa remisión del art. 25.3 de la Ley de arrendamientos urbanos resultaba aplicable al retracto arrendaticio. Por ello, de acuerdo con el art. 266.3 LEC, debía concluirse que, ni la ley aplicable (art. 1.518 CC), ni tampoco el contrato celebrado (que nada decía al respecto) exigían la consignación del precio de venta como requisito de admisibilidad de la demanda.

Finalmente, en el apartado «segundo» del escrito de impugnación del recurso, la actora volvía a poner de manifiesto al órgano judicial que una decisión de inadmisión de la demanda supondría la vulneración del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, afirmación que volvía a justificar con una amplia cita de la STC 144/2004.

d) Mediante Auto de 15 de julio de 2011, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alzira estimó «íntegramente el recurso de reposición» interpuesto por Inverco 2009, S.L., y acordó «inadmitir la acción de retracto planteada, prosiguiendo el procedimiento en cuanto a la acción acumulada de declaración de existencia y vigencia de contrato de arrendamiento». En la fundamentación jurídica de la resolución, el órgano judicial consideraba que, de acuerdo con varios pronunciamientos de la Audiencia Provincial de Alicante, la consignación del precio era un requisito imprescindible para la admisión de la demanda de retracto arrendaticio. Acto

seguido, afirmaba que «una correcta y no tergiversada lectura» de la STC 144/2004, de 13 de septiembre, permitía deducir que la exigencia de consignación era «plenamente conforme a derecho», sin que conculcara ningún derecho fundamental, ya que aquella resolución distinguía «entre la consignación del precio, perfectamente exigible con la finalidad señalada, y el reembolso efectivo de ese precio más los gastos en que se hubiera podido incurrir».

e) El día 1 de agosto de 2011, la actora preparó ante el propio Juzgado de Primera Instancia el correspondiente recurso de apelación, interponiéndolo después en fecha 19 de octubre siguiente. En dicho recurso, volvía a poner de manifiesto que, en el asunto planteado, no existía ninguna norma legal que exigiera la consignación del precio y que el Tribunal Constitucional, en la repetidamente citada STC 144/2004, había señalado que no podía derivarse tal obligación de consignar del art. 1518 CC –que aludía a un mero reembolso para el ejercicio de un derecho de retracto ya reconocido–. Insistía, por ello, en que la inadmisión de la demanda basada en dicho precepto debía considerarse contraria al derecho de acceso a la jurisdicción previsto en el art. 24.1 CE.

Una vez más, la actora dedicaba un apartado específico (ordinal tercero) del escrito de recurso a denunciar la violación del art. 24.1 CE, que podía llegar a consumarse en caso de que prosperase finalmente la interpretación realizada en la instancia.

f) En Auto de 26 de julio de 2013, la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Undécima) desestimó íntegramente el recurso de apelación interpuesto, citando como fundamento de su decisión una Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 4 de noviembre de 2008. A juicio de la Audiencia y, de acuerdo con la referida resolución del alto tribunal, la exigencia de consignación no era un «simple formalismo», pues trataba de evitar que llegara a consumarse una «transmisión inviable al actor, privando, a su vez, al vendedor de su libre disposición».

g) En fecha 27 de septiembre de 2013 la demandante promovió incidente extraordinario de nulidad de actuaciones ante la precitada Audiencia Provincial de Valencia, denunciando la vulneración de su derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE). En el escrito presentado, la actora solicitó, asimismo, la suspensión de la ejecución del Auto de 15 de julio de 2011, a efectos de evitar que la petición de nulidad formulada perdiera su finalidad.

h) Mediante diligencia de ordenación de 3 de octubre de 2013 fue admitido el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la actora; del escrito de promoción le fue dado traslado por cinco días a las partes personadas, trámite que fue cumplimentado por las tres entidades demandadas, que se opusieron a la estimación del mismo.

i) Por medio de Auto de 4 de noviembre de 2013, la Audiencia Provincial de Valencia denegó la petición de suspensión formulada por la actora, al entender que una eventual estimación del incidente podría dar lugar a la retroacción de las actuaciones, lo que era suficiente para restituir a la recurrente en su posición previa. Posteriormente, en fecha 30 de diciembre de 2013, la Audiencia dictó Auto por el que desestimó la nulidad de actuaciones interesada por la demandante, precisando que había basado su interpretación de la legalidad aplicable en una Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de noviembre de 2008, «posterior a las del TC». Dicha resolución, según explicaba, «se decanta por la aplicabilidad de las exigencias contempladas en el art. 266 LEC en el supuesto de retracto arrendaticio manteniendo la doctrina que había seguido hasta el momento al señalar que el art. 266.3 LEC coincide prácticamente con el derogado art. 1618 LEC de 1881».

j) Firme la inadmisión parcial de la demanda, el pleito siguió su curso en lo relativo a la pretensión subsidiaria de declaración de vigencia y exigibilidad del contrato de arrendamiento. No obstante, el Juzgado acordó, a instancia de la propia actora y mediante Auto de 10 de enero de 2014, la suspensión del proceso por prejudicialidad penal.

3. En su escrito de demanda, la recurrente denuncia la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción. En su opinión, los órganos del Poder Judicial han eludido pronunciarse sobre el fondo del asunto aplicando, para ello, un requisito de admisibilidad que no está previsto en la normativa procesal en vigor.

La actora vuelve a apoyarse en la STC 144/2004, de 13 de septiembre, cuya cita complementa ahora con una referencia a la STC 127/2008, de 27 de octubre. A su juicio, de las resoluciones aludidas se desprende meridianamente que la inadmisión de la demanda de retracto arrendaticio por falta de consignación del precio de venta viola el citado derecho fundamental, pues carece de cobertura legal en los arts. 266.3 LEC y 1.518 CC. A diferencia del anterior art. 1618.2 LEC-1881, el vigente art. 266.3 LEC no exige directamente tal consignación, remitiéndose a lo previsto en ley material o en el contrato. Debe, pues, concluirse, a juicio de la actora, que los órganos del Poder Judicial han inadmitido la pretensión principal formulada en la demanda aplicando un requisito procesal inexistente, pues, ni el contrato exigía la consignación del precio, ni tampoco lo hace el art. 1518 CC, que se refiere a un reembolso previo al ejercicio del derecho de retracto ya reconocido.

4. Por providencia de 18 de diciembre de 2014, la Sala Segunda acordó admitir a trámite la demanda, y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), dirigir atenta comunicación a la Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Valencia y al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alzira, a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitieran, respectivamente, certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación núm. 707-2012 y al procedimiento ordinario núm. 152-2011, interesándose al propio tiempo del Juzgado que emplazara a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto a la parte recurrente en amparo, para que pudieran comparecer en el plazo de diez días.

Asimismo, se acordó la formación de pieza separada de suspensión. Por Auto 16 de febrero de 2015, la Sala Segunda denegó la suspensión de las resoluciones judiciales impugnadas que había solicitado la recurrente, acordando, en su lugar, la anotación preventiva de la demanda de amparo en el Registro de la Propiedad.

5. Por diligencia de ordenación de 25 de marzo de 2015 se tuvo por personada ante este Tribunal a la mercantil Inverco 2009, S.L., que así lo había solicitado en escrito registrado el día 4 de marzo anterior. En la misma resolución, se ordenó dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal para que pudieran formular alegaciones en plazo común de veinte días.

6. El día 28 de abril de 2015 la entidad Inverco 2009, S.L., ha presentado sus alegaciones, en las que solicita la desestimación del recurso de amparo. Entiende la aludida sociedad que, a efectos de aplicar el art. 266.3 LEC, ha de realizarse una ponderación adecuada entre el derecho del recurrente a acceder al proceso y el derecho de la demandada a obtener garantías de que, en caso de estimación del retracto, pueda cobrar el importe pagado por la finca. En su opinión «de igual calado constitucional es el derecho de Inverco a tener garantizado que la oferta del retrayente es seria y que va a poder pagar el precio» que el derecho de la

demandante de amparo de acceder a los tribunales para que sea reconocido su derecho de retracto.

Entiende, asimismo, Inverco 2009, S.L., que el actual art. 266.3 LEC «coincide prácticamente» en su redacción con el derogado art. 1618.2 LEC-1881, razón por la cual el propio Tribunal Supremo, en la Sentencia de 4 de noviembre de 2008, ha considerado que la normativa actualmente vigente sigue exigiendo la consignación del precio como requisito de admisibilidad de la acción de retracto arrendaticio. De dicha Sentencia del Alto Tribunal se deduciría, así, que «la falta de consignación no es sólo un mero defecto procesal... sino un presupuesto básico para el ejercicio... de la acción de retracto, pues el hipotético reconocimiento del derecho a retraer debe llevar implícito el derecho a que la parte demandada reciba el precio con carácter simultáneo».

Concluye sus alegaciones la entidad mercantil señalando que fue el recurrente el que se apartó deliberadamente de esa interpretación del Tribunal Supremo, por lo que la inadmisión padecida no fue más que el fruto de su impericia y pasividad.

7. La representación de la recurrente de amparo presentó sus alegaciones en escrito registrado el día 28 de abril de 2015, en el que se limitó a ratificar las ya efectuadas en la demanda.

8. El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones mediante escrito de fecha 7 de mayo de 2015, en el que interesa que se otorgue el amparo solicitado por la recurrente por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su modalidad de acceso a la jurisdicción.

Considera, en efecto, el Ministerio Fiscal que el recurso de amparo plantea un supuesto de posible violación del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de acceso a la jurisdicción. A su parecer, esta circunstancia obliga a someter a las resoluciones impugnadas a un canon de constitucionalidad distinto y más exigente que el que, derivando del mismo precepto constitucional, veda toda interpretación que pueda ser tildada de arbitraria, irrazonable o incurso en error patente. Estando en juego el acceso mismo a los tribunales, debe examinarse si el pronunciamiento judicial que impide obtener una resolución sobre el fondo del asunto es desproporcionado, por su rigorismo o formalismo excesivos. Se exige, en definitiva, un juicio de proporcionalidad que pondere, de una parte, la finalidad perseguida por la decisión del órgano judicial y, de otra, los intereses que resultan sacrificados con la misma.

Descendiendo al problema concretamente planteado, el Fiscal señala que el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la exigencia de la consignación del precio como requisito de admisibilidad de la demanda de retracto. En particular, según glosa el representante del Ministerio Fiscal, este Tribunal ha considerado, en la STC 12/1992, de 27 de enero, FJ 4, que la norma contenida en el art. 1618. 2 LEC-1881, que condicionaba la admisión a trámite de la demanda a «la consignación del precio de la transmisión de la que nace el derecho de retracto» es, en sí misma, compatible con la Constitución, ya que supone una limitación constitucional legítima del derecho a la tutela judicial efectiva.

Recuerda, no obstante, el Fiscal que el propio Tribunal aclaró después en su STC 144/2004, FJ 3, que no podía confundirse la consignación o afianzamiento del precio, exigido en la citada norma procesal (ya derogada), con el reembolso que regula, en el ámbito del Derecho sustantivo, el art. 1518 CC. A diferencia del art. 1618.2 LEC-1881, que contemplaba un requisito estrictamente procesal, el precepto citado del Código civil contiene un presupuesto material o sustantivo para el ejercicio del derecho de retracto, necesario para que se consume la adquisición del retrayente, pero irrelevante a efectos procesales.

Señala, asimismo, el Ministerio Fiscal que la STC 127/2008 ya aclaró que el tenor del actual art. 266.3 LEC no era en absoluto coincidente con el del art. 1618.2 LEC-1881, ya que el precepto ahora vigente supedita la posibilidad de que la consignación se convierta en requisito de admisión de la demanda a que así esté expresamente previsto en la ley aplicable o en el contrato celebrado por las partes.

Concluye el Fiscal su exposición señalando que la aplicación de esta doctrina al caso planteado debe llevar a entender que el Auto de 15 de julio de 2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alzira vulneró el derecho de acceso a la jurisdicción de la recurrente, ya que «ninguno de los preceptos legales invocados como fundamento de la decisión judicial del juez a quo configura la consignación del precio de la venta como un requisito procesal esencial para la admisión y tramitación de las demandas de retracto arrendaticio». El mismo defecto observa el Fiscal en el Auto de apelación de 26 de julio de 2013, pues éste confirmó la decisión de inadmisión sobre la base de una supuesta identidad de redacción entre el art. 266.3 LEC y el art. 1618.2 LEC-1881, ignorando, por tanto, las diferencias sustanciales existentes entre ambos preceptos, que ya fueron puestas de manifiesto por el Tribunal Constitucional en la aludida STC 127/2008. La «censura constitucional» debe igualmente extenderse, a juicio del Fiscal, al Auto de 30 de diciembre de 2013, pues la Audiencia, al desestimar la petición de nulidad de actuaciones, «no reparó la lesión constitucional del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso al proceso».

El Fiscal interesa, por todo ello, que se estime la demanda de amparo, se acuerde la nulidad de las resoluciones impugnadas y se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado del Auto de 15 de julio de 2011, para que el Juzgado de Primera Instancia dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

9. 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. Como ha quedado expuesto en los antecedentes, la recurrente de amparo impugna el Auto de 15 de julio de 2011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alzira, por el que se acordó la inadmisión de la demanda presentada en el procedimiento ordinario núm. 152-2011 en lo relativo a la pretensión principal de que le sea reconocido un derecho de retracto arrendaticio, la rectificación del Registro de la Propiedad y la declaración de nulidad y cancelación de cargas y gravámenes. También, impugna el Auto de 26 de julio de 2013, dictado por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Undécima) en el rollo de apelación 707-2012, resolución que confirmó la decisión de inadmisión liminar, así como el Auto de la misma Audiencia de fecha 30 de diciembre de 2013 por el que se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones.

La demandante de amparo denuncia la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción. A su juicio, las resoluciones impugnadas aplicaron un requisito de admisibilidad ajeno a la normativa procesal en vigor, privándole de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Por su parte, Inverco 2009, S.L., entidad demandada en el proceso a quo, solicita la desestimación del recurso de amparo considerando que las resoluciones impugnadas ponderaron correctamente el interés de todas las partes y valoraron adecuadamente la necesidad de no dejar sin efecto la transmisión del bien en virtud de un derecho de retracto económicamente inviable. El Ministerio Fiscal interesa,

por su parte, la estimación del amparo aduciendo las razones que han sido expuestas en los antecedentes de esta resolución.

2. Aunque las partes comparecidas no han puesto en duda que concurra el requisito de admisión previsto en los arts. 49.1 y 50.1 b) de nuestra Ley Orgánica reguladora, exigencias de certeza y buena administración de justicia (STEDH de 20 de enero de 2015, asunto Arribas Antón contra España, apartado 46) obligan a explicitar el cumplimiento del mismo, a efectos de que los supuestos de especial trascendencia constitucional establecidos con carácter general por este Tribunal en su STC 155/2009, de 25 de junio (FJ 2), pasen a ser plenamente reconocibles para todos los ciudadanos que pretendan acceder al recurso de amparo.

En el presente caso, la actuación de la de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Undécima) es subsumible en el supuesto de «negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional», causa de especial trascendencia, comprendida en la letra f) del fundamento jurídico 2 de la citada STC 155/2009, que ya hemos señalado que no puede identificarse con una aplicación meramente errónea de la doctrina constitucional pues requiere, según afirmamos en el ATC 26/2012, de 31 de enero (FJ 3), «una decisión consciente de soslayarla... elemento intencional o volitivo que caracteriza el concreto supuesto de especial trascendencia constitucional».

La lectura de los hechos consignados en el antecedente segundo de esta resolución permite constatar que, en el caso que nos ocupa, concurre dicho elemento intencional. El Auto de 26 de julio de 2013 de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Undécima) confirmó la inadmisión parcial de la demanda y se apartó de la doctrina constitucional invocada por la recurrente omitiendo toda referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional que hasta ese momento había centrado el debate procesal. Posteriormente, en el Auto de 30 de diciembre de 2013, resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones, la Audiencia hizo explícito el carácter deliberado de su incumplimiento, pues manifestó abiertamente en dicha resolución su reticencia a aplicar la doctrina de este Tribunal amparándose en otra posterior del Tribunal Supremo.

3. Entrando ya en el fondo del asunto, es doctrina consolidada de este Tribunal que la exigencia de consignación del precio de venta como requisito de admisibilidad del ejercicio de la acción de retracto arrendaticio es una opción legítima de política legislativa que, considerada en sí misma, no conculca el orden constitucional. Como señalamos en la STC 12/1992, de 27 de enero, la finalidad de una norma procesal de este tipo –como era el caso del art. 1.618.2 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 (LEC-1881), precepto que condicionaba el curso de las demandas de retracto al cumplimiento del requisito de consignación o afianzamiento del precio– es la de «garantizar la seriedad de la demanda y asegurar al demandado que, si recae Sentencia estimatoria, será reembolsado, en el momento del otorgamiento de la escritura correspondiente, de las cantidades que señala el art. 1.518 del Código Civil». Según dijimos entonces, resulta «manifiesto que esta finalidad justifica la exigencia de la norma procesal y debe, en consecuencia, considerarse una limitación constitucional legítima del derecho a la tutela judicial» (FJ4).

Con esta premisa, bajo la vigencia del referido art. 1618.2 LEC-1881, este Tribunal se limitó a revisar el juicio de proporcionalidad efectuado por los órganos del Poder Judicial en aplicación de dicho requisito procesal, otorgando su amparo a quienes habían sido víctimas de una interpretación «excesivamente onerosa o desproporcionada respecto de la finalidad de garantía» inspiradora del mismo. En el ejercicio de esa labor, consideramos contrarias al art. 24.1 CE, por excesivamente formalistas, varias decisiones de inadmisión que habían

rechazado la consignación realizada a través de cheque conformado (STC 12/1992, de 27 de enero), mediante fianza o aval bancario (SSTC 145/1998, de 30 de junio y 189/2000, de 10 de julio) o fuera del estricto plazo de caducidad previsto en la referida norma cuando la extemporaneidad era exclusivamente achacable a una mala praxis del propio órgano judicial (STC 327/2005, de 12 de diciembre).

No obstante, una vez derogado el art. 1618.2 LEC-1881, este Tribunal se vio en la necesidad de examinar decisiones de inadmisión de demandas de retracto arrendaticio adoptadas con arreglo a la nueva norma procesal aplicable, el art. 266.3 LEC, innovación legislativa que nos obligó a ampliar nuestra perspectiva de análisis, pues la carga de consignar sólo podía servir de restricción legítima al acceso a los tribunales si seguía estando prevista en la legislación procesal en vigor. De no ser así, una decisión de inadmisión por falta de consignación, adoptada sin cobertura legal expresa por un órgano del Poder Judicial, por muy legítimos o ponderados que fueran los fines perseguidos por el mismo, debía reputarse lesiva del derecho de acceso al proceso reconocido en el art. 24.1 CE, pues, como ha señalado insistentemente este Tribunal, una decisión de inadmisión sólo es compatible con dicho derecho fundamental si «es consecuencia de la aplicación razonada y proporcionada de una causa legal en la que se prevea tal consecuencia (STC 158/2000, de 12 de junio, FJ 5. En igual sentido, SSTC 115/1999, de 14 de junio, FJ 2; 157/1999, de 14 de septiembre, FJ 2; 33/2002, de 11 de febrero de 2002, FJ 5, y 111/2009, de 11 de mayo, FJ 2)» (STC 39/2015, de 2 de marzo, FJ 4).

Fue precisamente en la STC 144/2004, de 13 de septiembre, reiteradamente invocada por la recurrente de amparo ante el Juzgado de Primera Instancia y ante la Audiencia Provincial, cuando tuvimos ocasión de examinar la nueva regla procesal aplicable, llegando entonces a la conclusión inequívoca de que el tenor literal del nuevo art. 266.3 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) presentaba una diferencia sustancial frente a la norma precedente, pues pasaba a condicionar «la consignación o la constitución de caución como requisito para la admisión a trámite de la demanda de retracto [...] a que se exija por ley o contrato» (FJ 4). De acuerdo con esta nueva redacción, concluimos en la citada STC 144/2004 que se había conculcado el derecho de acceso a la jurisdicción, pues ni el contrato contemplaba carga alguna de consignar ni del art. 1.518 del Código civil (CC) podía deducirse requisito procesal de ningún tipo. Según el propio Tribunal había señalado previamente (STC 145/1998, de 30 de junio, FJ 4), dicha norma del Código civil contempla un simple reembolso del precio de transmisión como «presupuesto material o sustantivo para el ejercicio del derecho de retracto, sin el cual no puede consumarse la adquisición del derecho objeto del retracto por parte del retrayente».

En este mismo sentido nos pronunciamos después en la STC 127/2008, de 27 de octubre, en la que, recalcando la importancia de la modificación legislativa producida, señalamos que «bajo el régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 la exigencia de consignar venía impuesta directamente por su art. 1618.2 ... Por el contrario, el actual art. 266.3 LEC supedita la carga de consignar a que así se exija por ley o por contrato» (FJ 3). Reiteramos, asimismo, en esa resolución que la carga procesal de consignar no puede deducirse del art. 1.518 CC pues «el reembolso al comprador del precio de la venta y de los gastos derivados que impone el art. 1.518 CC» no es «un requisito para la admisión a trámite de la demanda» sino un «requisito sustantivo para el ejercicio del derecho de retracto, esto es, una vez obtenida sentencia estimatoria del mismo». Concluimos, por ello, como habíamos hecho en la anterior STC 144/2004, que «no es posible sustentar la inadmisión de la demanda en el art. 266.3 LEC pues, como resulta del tenor literal del precepto, se condiciona la consignación a que se exija por ley o contrato, supuestos que no se dan en este caso» (FJ 3).

4. La doctrina fijada en las aludidas SSTC 144/2004 y 127/2008 es plenamente trasladable al caso que ahora se nos plantea, en el que puede comprobarse, sin necesidad de mayor

análisis, que, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, inadmitieron a trámite la demanda –en lo relativo a la acción de retracto ejercitada principalmente por la recurrente– al margen de lo previsto en la legislación procesal en vigor (art. 266.3 LEC), pues, ni la carga de consignar estaba prevista en el contrato, ni tal carga puede inferirse del art. 1518 CC, como repetidamente ha señalado este Tribunal desde la ya citada STC 145/1998.

Al proceder de este modo, ambos órganos jurisdiccionales impidieron a la demandante de amparo obtener una resolución sobre el fondo del litigio sin que concurriera una causa legal que amparara esa decisión, por lo que debemos considerar vulnerado el derecho de la actora a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su dimensión de acceso a la jurisdicción.

5. Lo expuesto determina la estimación del recurso de amparo.

FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado a Secciones Mobiliarias, S. L., y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de los Autos de 30 de diciembre y 26 de julio de 2013, dictados por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Undécima) en el rollo de apelación núm. 707-2012, así como del Auto de 15 de julio de 2011, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alzira en el procedimiento ordinario núm. 152-2011.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse el Auto de 15 de julio de 2011, para que el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alzira dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

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

Dada en Madrid, a 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

Sala Segunda. Sentencia 116/2015, de 8 junio de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 1458-2014. 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). Voto particular.

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. 1458-2014, 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 la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 11 de marzo 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. 572-2013, y del rollo de suplicación núm. 674-2013, Auto de 6 de febrero de 2014, en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con 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) Dos pensionistas interpusieron demanda ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social 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, solicitaban 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 1 de octubre de 2013 estimando en parte la demanda, declarando «el derecho de todos los demandantes 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 el «derecho de los actores 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». Se condena al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) a abonar a los demandantes que se citan determinadas cantidades que se especifican en el fallo de la Sentencia.

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 10 de diciembre de 2013.

d) Concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar Sentencia, el órgano judicial dictó providencia de 10 de diciembre de 2013 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 6 de febrero 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 asimismo el Auto 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 podrán 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 de la CE, afectando de forma retroactiva a derechos adquiridos y con la vulneración del art. 9.3 de la 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 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 8 de abril 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 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (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. Mediante escrito registrado el 23 de abril 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.

Por escrito registrado el 25 de abril 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.

6. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 23 de abril 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 24 de abril 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, mediante escrito de alegaciones registrado el 7 de mayo 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 índice de precios al consumo (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 general 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 general 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 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 la que 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 cómo 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 CE 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 Fiscal General del Estado presentó escrito de alegaciones ante este Tribunal el 23 de mayo de 2014 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 2, 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 sea obvia la vulneración por parte del Decreto-ley, cuando suspende las normas generales del art. 48 LGSS, de la retroactividad, y que lo haga 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 100, (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 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 éste 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 presupuestaria 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 que ha incurrido el legislador en el precepto cuestionado.

10. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social por escrito registrado el 26 de mayo de 2014 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, de 21 de julio, 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 que, 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 ésta 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, de 24 de mayo, 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 Ley general de la Seguridad Social 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 Ley general de la Seguridad Social, 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 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 previstos 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, se produce 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».

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 la reciente STC 49/2015, de 5 de marzo, 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, de 5 de marzo, 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 índice de precios al consumo (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 de la Ley general de la Seguridad Social (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 5 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.

En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en la STC 49/2015, de 5 de marzo, 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 el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a 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.

Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1458-2014

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno en la que se sustenta la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de la misma, que entiendo hubiera debido de ser estimatorio por vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), pese a que como Ponente de la presente Sentencia y, en dicha condición, recojo en ella la opinión mayoritaria del Pleno.

Las razones de mi discrepancia son coincidentes con las que ya fueron expuestas en el Voto particular formulado por los Magistrados don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Fernando Valdés Dal-Ré a la STC 49/2015, 5 de marzo, al que entonces me adherí y al que para evitar reiteraciones innecesarias me remito.

Madrid, a ocho de junio de dos mil quince.—Adela Asua Batarrita.—Firmado y rubricado.

Sala Segunda. Sentencia 117/2015, de 8 de junio de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 1459-2014. 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 Narvárez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1459-2014, promovida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León (sede de Burgos) 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 Antonio Narváez Rodríguez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El día 11 de marzo de 2014 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un oficio de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede de Burgos) al que se acompaña, junto con el testimonio del procedimiento ordinario núm. 376-2013, Auto de 31 de enero de 2014, en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con 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) Un grupo de varios pensionistas de la Seguridad Social interpuso demanda ante la jurisdicción social contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en reclamación de actualización de la pensión que venían percibiendo, 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, interesaban que se declarase el derecho a que la revalorización de la pensión en 2013 se efectuara 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, que había tramitado la demanda así formulada, dictó Sentencia el día 25 de junio de 2013 estimando parcialmente aquella, declarando «el derecho de todos los demandantes 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», así como el «derecho de los actores 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». El Juzgado condenó, igualmente, al INSS a abonar a los demandantes que se citan el pago de determinadas cantidades que se especifican en el fallo de la Sentencia.

c) Interpuesto por el INSS recurso de suplicación contra la mencionada Sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede de Burgos) señaló para su deliberación y fallo el día 10 de diciembre de 2013.

d) Concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar Sentencia, el órgano judicial dictó providencia de 10 de diciembre de 2013 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 posible 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 31 de enero de 2014 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede de Burgos) acordó plantear la presente cuestión de inconstitucionalidad y del análisis de su contenido interesa destacar los siguientes puntos:

a) Comienza la Sala la fundamentación jurídica de su Auto 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, 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., a este respecto, 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 de autos 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 la jubilación una de las contingencias previstas, 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 cuyo objeto es el de no hacer perder a aquél el poder adquisitivo de la pensión que tiene derecho a percibir como consecuencia de su previa contribución al sistema; tal es el sistema de revalorizaciones de las pensiones, que viene establecido en 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 el Auto de la Sala que el mandato del art. 50 CE ha sido desarrollado por el art. 48.1 LGSS, que regula la revalorización de las pensiones, estableciendo en su apartado 1 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». Además, el apartado 2 del mismo art. 48.1 LGSS establece el período que se debe tener en cuenta para el cálculo del índice de precios al consumo («el período 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 el 1-12-2012, una vez transcurrido el período 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 Cuarta, acordó admitir a trámite la cuestión mediante providencia de 6 de mayo 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 (sede de Burgos), 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 día 14 de mayo 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 en fecha 28 de mayo 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. Por medio de escrito presentado en el Registro de este Tribunal el día 19 de mayo de 2014 el Letrado de la Administración de la Seguridad Social se personó en nombre del INSS y, mediante otrosí, solicitó que, a los efectos de representación y defensa del precitado Instituto, se designase indistintamente a los Letrados de la Administración de la Seguridad Social destinados en el servicio jurídico delegado central en aquél.

7. Por diligencia de ordenación de 20 de mayo 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 Fiscal General del Estado presentó escrito de alegaciones ante este Tribunal el día 26 de mayo de 2014 interesando la estimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Comienza su escrito el Fiscal General delimitando el contenido de la cuestión de inconstitucionalidad, ya que entiende que en el Auto de planteamiento la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de referencia discute sus dudas de constitucionalidad sobre 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. 48.1.1 de la Ley general de la 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, contienen, en realidad, 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 período de tiempo referido al último año.

En el parecer del Fiscal, para poder aclarar y delimitar el alcance de la cuestión tal como la configura el Tribunal cuestionante, pues 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, hay que comenzar por establecer dicha delimitación. En este sentido, a su juicio, no cabe ninguna duda que la Sala 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 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 y otra norma.

Recuerda seguidamente la doctrina de este Tribunal 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 sólo éstas tienen en principio limitada la retroacción. Así, destaca de la doctrina constitucional, que no existe imposibilidad de revisar las normas fiscales o económicas, lo que es obvio, pues lo contrario supondría en la práctica impedir al Gobierno ejecutar una verdadera política económica.

El Fiscal General del Estado señala que, en el caso que nos ocupa, la norma cuestionada del Real Decreto-ley 28/2012, cuando suspende la aplicación de las normas generales del art. 48 LGSS, no ha incurrido en la vulneración de la Constitución Española que señala el órgano judicial cuestionante respecto de la eventual retroactividad que introduce, porque entiende que el precepto cuestionado no lo hace, en los términos que denuncia la Sala cuestionante, respecto de las dos reglas que establece dicho precepto, la primera relativa a la fijación del incremento de las pensiones para el año 2013, con arreglo al índice real de precios al consumo, y la segunda que tiene que ver con la fijación del pago único, compensatorio de la pérdida del poder adquisitivo durante el año 2012, en el entendimiento de que ambas problemáticas deben ser estudiadas por separado.

En este sentido, parte el Fiscal 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 100, (excepcionalmente el 2 por 100), pero aunque lo relaciona con un hecho actual, cual es la fijación del aumento del IPC en un 2,9 por 100 durante el año 2012, lo realiza antes de que se haya consolidado la situación, ya que lo hace a fecha 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 cuestione esta suspensión como infractora de la Constitución Española, 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 IPC comprendido entre los días 1 de diciembre de 2011 y 30 de noviembre de 2012, habida cuenta de que el Real Decreto-ley de referencia entró en vigor el día 1 de diciembre de 2012, es decir en fecha posterior a la del período de determinación, por lo que, a su parecer, la norma cuestionada está incurriendo en un 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 IPC, la cuantía de este no se podía conocer hasta esa fecha del día 30 de noviembre.

A su juicio, la remisión que el art. 48 LGSS hace a la Ley de presupuestos generales del Estado 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 presupuestaria a fijar el apunte contable, sin que se deje pendiente de aprobación para 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 no es más que una consecuencia de la existencia de retroactividad prohibida en la que, a su entender, ha incurrido el legislador en el precepto cuestionado.

9. El Abogado del Estado, mediante escrito de alegaciones registrado el día 30 de mayo 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 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 de este Tribunal.

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, pasa a examinar los elementos que conforman la eventual aplicación del principio de irretroactividad consagrado en el art. 9.3 CE, deteniéndose en concreto en lo que entiende este Tribunal por «derechos individuales» y el nivel de irretroactividad que admite.

En relación con los derechos individuales, señala el Abogado del Estado que este 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 es 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 entre 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 la que 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 concrete 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 Española 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 de 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 que rijan cada momento, con el objeto de asegurar de ese modo la suficiencia y solvencia de aquel, 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 caso de autos, 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 ya 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 28/2012.

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.

10. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social, por escrito registrado el día 10 de junio de 2014, 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 del derecho a una pensión adecuada y periódicamente actualizada, así como la doctrina de este Tribunal 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 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 al sistema de la Seguridad Social suponen que éste se configure legalmente, reconociéndole al legislador un amplio margen de disposición. Asimismo, afirma que este Tribunal 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 tampoco 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 tampoco afecta, en principio, a ningún derecho individual en los términos contemplados en el art. 9.3 CE, antes bien, lo que, a su parecer, 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 este 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, según señala, 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, indica que se estableció en su momento un mecanismo suplementario que pretendía garantizar el poder adquisitivo de las pensiones. Se dispuso así un mecanismo corrector consistente en que, una vez conocido el incremento efectivo del IPC real en un período objetivamente determinado, la pensión se actualizara en la cuantía correspondiente a la diferencia constatada y se efectuara 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 período correspondiente al tiempo transcurrido entre el 1 de diciembre del año anterior y el 30 de noviembre del año al que correspondiera 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 supedita la efectividad de aquella a que se contemple la actualización de la diferencia y del pago único en la correspondiente Ley de presupuestos generales del Estado 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 condicione 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 si dicha Ley de presupuestos fuera 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, supondría deslegitimar al legislador presupuestario, que se podría ver imposibilitado, por ejemplo, de 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 real tomando como período de cálculo del incremento de los precios el período comprendido entre los meses de noviembre de un año a noviembre del siguiente, 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 así lo 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 una paga única compensatoria 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».

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 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede de Burgos) 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. Por el contrario, el Abogado del Estado y el Letrado de la Administración de la Seguridad Social solicitan su desestimación, al entender que el derecho a la actualización de las pensiones no estaba consolidado al tiempo de entrar en vigor el precepto cuestionado del mencionado Real Decreto-ley 28/2012.

2. Así expuestos los términos del debate, hay que señalar que la duda de constitucionalidad planteada por el órgano judicial ha sido resuelta ya por este Tribunal en la reciente STC 49/2015, de 5 de marzo, a cuya doctrina hemos de remitirnos. En dicha resolución 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, criterio que las SSTC 95/2015, de 14 de mayo y 109/2015, de 28 de mayo, han aplicado puntualmente para la resolución de sendas cuestiones de inconstitucionalidad (núms. 7434-2013 y 1457-2014), que son plenamente asimilables a la que ahora nos ocupa.

3. 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 reconocen 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 del año correspondiente para dicho reconocimiento. En este sentido, 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). Al respecto, recuerda la precitada sentencia 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 5 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.

4. 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.

En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en la STC 49/2015, de 5 de marzo, 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 núm. 1459-2014.

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

Dada en Madrid, a 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 Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.

Sala Segunda. Sentencia 118/2015, de 8 de junio de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 1460-2014. 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. 1460-2014, 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 Pedro José González Trevijano, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 11 de marzo 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. 483-2013, Auto de 6 de febrero 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) Un grupo de pensionistas 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 efectuase sobre la cuantía de la pensión a 1 de enero de 2012, actualizada con la diferencia que resultara 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 4 de octubre de 2013 estimando la demanda, declarando «el derecho de los demandantes 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», así como «el derecho de los actores a percibir las diferencias correspondientes al año 2012 que son la diferencia entre el 1 por ciento 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 10 de diciembre de 2013.

d) Concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar Sentencia, el órgano judicial dictó providencia de 10 de diciembre de 2013 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 formuló alegaciones.

3. Por Auto de 6 de febrero 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 podrán 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 de la CE, afectando de forma retroactiva a derechos adquiridos y con la vulneración del art. 9.3 de la 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 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 6 de mayo 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 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), 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 14 de mayo 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 LOTIC, con remisión a la Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones, y a la asesoría jurídica de la Secretaría General.

Mediante escrito registrado el 28 de mayo 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 LOTIC.

6. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 19 de mayo 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 20 de mayo 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 LOTIC, se le concedió un plazo de quince días para que formulase las alegaciones que estimase convenientes.

8. El Fiscal General del Estado presentó escrito de alegaciones ante este Tribunal el 26 de mayo de 2014 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 2 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 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 presupuestaria 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.

9. El Abogado del Estado presentó escrito de alegaciones el 30 de mayo de 2014 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 índice de precios al consumo (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 generales 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 se actualicen las pensiones, en su caso.

Es por ello, añade, que el art. 48.1.2 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 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.

10. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social por escrito registrado el 11 de junio de 2014 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 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 Ley general de la Seguridad Social 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 del Estado ha de ser un mero trasunto contable de la obligación legal contenida en la Ley general de la Seguridad Social, 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».

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 la reciente STC 49/2015, de 5 de marzo, 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 índice de precios al consumo (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 de la Ley general de la Seguridad Social (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 5 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.

En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en la STC 49/2015, de 5 de marzo, 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, a 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.

Sala Primera. Sentencia 119/2015, de 8 de junio de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 1461-2014. 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). Voto particular.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García y don Juan Antonio Xiol Ríos, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1461-2014, 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 Antonio Xiol Ríos, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 11 de marzo 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. 291-2013, Auto de 31 de enero 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) Un grupo de pensionistas interpusieron 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 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, solicitaban 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 estimando en parte la demanda, declarando «el derecho de todos los demandantes 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 el «derecho de los actores 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». Se condena al INSS a abonar a los demandantes que se citan el pago de determinadas cantidades que se especifican en el fallo de la Sentencia.

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 10 de diciembre de 2013.

d) Concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, el órgano judicial dictó providencia de 10 de diciembre de 2013 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 formuló alegaciones.

3. Por Auto de 31 de enero 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 podrán 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 8 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 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 Primera, acordó admitir a trámite la cuestión mediante providencia de 6 de mayo de 2014; deferir a la Sala Primera 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 14 de mayo 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 28 de mayo 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 19 de mayo 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 20 de mayo 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 Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones el 26 de mayo de 2014 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 la 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 100, (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 Española, 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 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.

9. El Abogado del Estado se personó por escrito presentado el 30 de mayo de 2014 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 de la Ley general de la Seguridad Social 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 Española 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.

10. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social presentó su escrito de alegaciones el 11 de junio de 2014 interesando la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

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 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 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 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».

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 la reciente STC 49/2015, de 5 de marzo, 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 5 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 solo 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, «solo 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 solo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futuros». De ello se deduce que la norma impugnada es 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, y esa privación no es expropiatoria.

En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en la STC 49/2015, de 5 de marzo, 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, a ocho de junio de dos mil quince.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Encarnación Roca Trías, Andrés Ollero Tassara, Santiago Martínez-Vares García, Juan Antonio Xiol Ríos.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1461-2014

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Sala en la que se sustenta la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de esta, que entiendo hubiera debido de ser estimatorio por vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Las razones de mi discrepancia son coincidentes con las que ya fueron expuestas en el Voto particular formulado a la STC 49/2015, de 5 de marzo, al que para evitar reiteraciones innecesarias me remito.

Madrid, a ocho de junio de dos mil quince.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Firmado y rubricado.

Sala Primera. Sentencia 120/2015, de 8 de junio de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 1462-2014. 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). Voto particular.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García y don Juan Antonio Xiol Ríos, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1462-2014, 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 Santiago Martínez-Vares García, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 11 de marzo 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. 413-2013, Auto de 6 de febrero de 2014, en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con 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) Cuarenta pensionistas interpusieron demanda ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social 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, solicitaban 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 1 de octubre de 2013 estimando en parte la demanda, declarando «el derecho de todos los demandantes a excepción de los

que no cobraban pensión en el año 2011 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 el «derecho de los actores 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». Se condena al INSS a abonar a los demandantes que se citan el pago de determinadas cantidades que se especifican en el fallo de la Sentencia.

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 10 de diciembre de 2013.

d) Concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, el órgano judicial dictó providencia de 10 de diciembre de 2013 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 formuló alegaciones.

3. Por Auto de 6 de febrero 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 podrán 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 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. Mediante diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia del Tribunal Constitucional de 13 de marzo de 2014 se interesa que se certifique si además del Ministerio Fiscal el resto de las partes personadas evacuaron el traslado conferido en providencia de 10 de diciembre de 2013, remitiendo en su caso copia de los escritos presentados. La Sala proponente contestó que «en el presente procedimiento se dio el traslado acordado en la providencia en la que se planteó la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pero sólo se presentó informe por el Ministerio Fiscal, cuyo testimonio se ha aportado en ese Tribunal».

5. El Pleno de este Tribunal, a propuesta de la Sección Segunda, acordó admitir a trámite la cuestión mediante providencia de 6 de mayo de 2014; deferir a la Sala Primera 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».

6. Por escrito registrado el 14 de mayo 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 28 de mayo 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.

7. Mediante escrito presentado en el Registro de este Tribunal el 19 de mayo 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.

8. Por diligencia de ordenación de 20 de mayo 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.

9. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones ante este Tribunal con fecha 26 de mayo de 2014, 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 100, (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 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.

Asu 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.

10. El Abogado del Estado se personó, mediante escrito de alegaciones registrado en el Tribunal el 30 de mayo de 2014, 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 de la Ley general de la Seguridad Social 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.

11. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social presentó su escrito de alegaciones el 11 de junio de 2014.

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 la 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».

12. Por providencia de tres de junio de dos mil quince 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 la reciente STC 49/2015, de 5 de marzo, 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 5 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.

En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en la STC 49/2015, de 5 de marzo, 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, a ocho de junio de dos mil quince.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Encarnación Roca Trías, Andrés Ollero Tassara, Santiago Martínez-Vares García, Juan Antonio Xiol Ríos.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1462-2014

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Sala en la que se sustenta la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de esta, que entiendo hubiera debido de ser estimatorio por vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Las razones de mi discrepancia son coincidentes con las que ya fueron expuestas en el Voto particular formulado a la STC 49/2015, de 5 de marzo, al que para evitar reiteraciones innecesarias me remito.

Madrid, a ocho de junio de dos mil quince.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Firmado y rubricado.

Sala Segunda. Sentencia 121/2015, de 8 de junio de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 1463-2014. 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. 1463-2014, 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 11 de marzo 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. 410-2013, Auto de 6 de febrero 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 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 1 de octubre de 2013 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».

c) Interpuesto recurso de suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) contra la mencionada Sentencia, la Sala de lo Social señaló para su deliberación y fallo el día 10 de diciembre de 2013.

d) Concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, el órgano judicial dictó providencia de 10 de diciembre de 2013 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 6 de febrero 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 revalorización 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 (noviembre-2011-noviembre 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 aquéllos, 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 6 de mayo 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 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), 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 14 de mayo 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 27 de mayo 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 19 de mayo 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 20 de mayo 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 Fiscal General del Estado presentó escrito de alegaciones ante este Tribunal el 26 de mayo de 2014 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 100, (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 ciento, 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 Española, 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 presupuestaria 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.

9. El Abogado del Estado se personó por escrito registrado el 30 de mayo de 2014 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 se actualicen las pensiones, en su caso.

Es por ello, añade, que el art. 48.1.2 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. 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 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 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 Española 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.

10. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social por escrito registrado el 11 de junio de 2014 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 ésta 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 Ley general de la Seguridad Social 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 Ley general de la Seguridad Social, 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».

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, a 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 Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.

Sala Segunda. Sentencia 122/2015, de 8 de junio de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 2131-2014. 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. 2131-2014, 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 Ricardo Enríquez Sancho, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 11 de marzo 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. 446-2013, Auto de 13 de marzo 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) Varios pensionistas interpusieron 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, solicitaban 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 25 de junio de 2013 estimando en parte la demanda, declarando «el derecho de todos los demandantes 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 el «derecho de los actores 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». Se condena al INSS a abonar a los demandantes que se citan el pago de determinadas cantidades que se especifican en el fallo de la Sentencia.

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 13 de febrero de 2014.

d) Concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, el órgano judicial dictó providencia de 13 de febrero 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 13 de marzo 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 podrán 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 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 Cuarta, acordó admitir a trámite la cuestión mediante providencia de 6 de mayo 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 14 de mayo 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 28 de mayo 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 General de este Tribunal el 19 de mayo 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 20 de mayo 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 Fiscal General del Estado presentó escrito de alegaciones ante este Tribunal el 26 de mayo de 2014 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 la 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 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.

Asu 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.

9. El Abogado del Estado presentó escrito de alegaciones el 30 de mayo de 2014 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 lo 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 de la Ley general de la Seguridad Social 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.

10. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social por escrito registrado el 11 de junio de 2014 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».

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 la reciente STC 49/2015, de 5 de marzo, 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 5 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».

(FJ 5). 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 consolidada 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.

En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en la STC 49/2015, de 4 de marzo, 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 a 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 Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.

Sala Segunda. Sentencia 123/2015, de 8 de junio de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 3450-2014. 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. 3450-2014, 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 Pedro González-Trevijano Sánchez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 2 de junio 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. 1036-2013, Auto de 25 de marzo 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 23 de diciembre de 2013 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», así como «el derecho de los actores a percibir las diferencias correspondientes al año 2012 que son la diferencia entre el 1 por ciento aplicado y el 2,9 por ciento 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 6 de marzo de 2014.

d) Concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, el órgano judicial dictó providencia de 6 de marzo 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 25 de marzo 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 podrán 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 de la CE, afectando de forma retroactiva a derechos adquiridos y con la vulneración del art. 9.3 de la 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 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 24 de junio 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 2 de julio 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 8 de julio 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. El Abogado del Estado se personó mediante escrito de alegaciones registrado el 2 de julio de 2014 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 lo 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 CE 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.

7. El Fiscal General del Estado presentó escrito de alegaciones ante este Tribunal el 9 de julio de 2014 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 100,

(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 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 presupuestaria 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.

8. Mediante escrito presentado en el Registro de este Tribunal el 14 de julio 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.

9. Por diligencia de ordenación de 15 de julio 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.

10. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social por escrito registrado el 23 de julio de 2014 interesa la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

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».

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 la reciente STC 49/2015, de 5 de marzo, 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 5 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.

En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en la STC 49/2015, de 5 de marzo, 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, a 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 Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.

Sala Segunda. Sentencia 124/2015, de 8 de junio de 2015. Recurso de amparo 3834-2014. Promovido por doña Matilde Torres Sánchez en relación con el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Cáceres, que desestimó su impugnación de la resolución de la comisión de asistencia jurídica gratuita denegatoria de este beneficio. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso legal): denegación del derecho a la asistencia jurídica gratuita al no haberse solicitado en primera instancia (STC 90/2015).

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 el recurso de amparo núm. 3834-2014, promovido por doña Matilde Torres Sánchez, representada por el Procurador de los Tribunales don Jaime Gafas Pacheco y asistido por el Abogado don Antonio Arnela González, contra el Auto de fecha 6 de junio de 2014 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Cáceres, en procedimiento 97-2014, y contra la resolución denegatoria de asistencia jurídica gratuita, de fecha 11 de marzo de 2014, dictada por la Comisión Provincial de Asistencia Jurídica Gratuita de Cáceres. Han comparecido el Abogado del Estado y la entidad aseguradora Zurich, representada por el Procurador de los Tribunales don Álvaro García de la Noceda de las Alas Pumariño. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Juan José González Rivas, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 17 de junio de 2014, el Procurador de los Tribunales don Jaime Gafas Pacheco, en nombre y representación de doña Matilde Torres Sánchez y bajo la dirección del Abogado don Antonio Arnela González, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones referidas en el encabezamiento.

2. Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Por doña Matilde Torres Sánchez se interpuso, en fecha 11 de mayo de 2012, recurso contencioso-administrativo contra la resolución desestimatoria presunta del Ayuntamiento de Coria, de la reclamación de responsabilidad patrimonial que había formulado por lesiones sufridas al caer en la vía pública de esa localidad, tramitándose procedimiento abreviado

núm. 144-2012 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Cáceres, que dictó Sentencia de fecha 25 de abril 2013, desestimando el recurso contencioso, con imposición de costas.

b) Por la demandante se interpuso recurso de apelación contra la Sentencia dictada en primera instancia y, previamente, el 21 de mayo de 2013 solicitó el reconocimiento de asistencia jurídica gratuita para poder acudir a la segunda instancia, con renuncia expresa de los honorarios del Letrado en apelación.

Al interponer el recurso de apelación la recurrente, solicitó se suspendiera su tramitación, en tanto se resolvía su solicitud de asistencia jurídica gratuita, suspensión que fue concedida mediante providencia del Juzgado de fecha 3 de junio de 2013.

c) Al formular la solicitud la parte recurrente hizo constar, de forma extractada, las siguientes circunstancias: Primera. Su situación de incapacidad permanente, percibiendo una pensión de 558 euros mensuales. Segunda. La circunstancia sobrevenida de vivir el hijo mayor en el domicilio familiar al que se reintegra por haber quedado en paro. Tercera. El abono de la tasa judicial con un desembolso de 867,83 € y Cuarta. La condena en la totalidad de las costas causadas en la primera instancia jurisdiccional que comprenderían una suma total de 28.128,41€.

d) La Comisión Provincial de Justicia Gratuita de Cáceres, tras la tramitación del expediente núm. 2013-02738, dictó resolución de fecha 11 de marzo de 2014, denegando a doña Matilde Torres Sánchez el derecho a la asistencia jurídica gratuita para acudir a la apelación, de conformidad con lo previsto en el art 8.2 de la Ley 1/1996, de 10 enero, de asistencia jurídica gratuita (LAJG).

e) La demandante, de conformidad con lo prevenido en el art 20 LAJG, recurrió la resolución denegatoria de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, impugnación de la que conoció el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Cáceres en procedimiento de justicia gratuita, núm. 97-2014. En su recurso la demandante alegó que la resolución denegatoria del derecho a la asistencia jurídica gratuita lesionaba el art 119 CE en relación con el art. 24.1 y 2 CE.

f) Por Auto de fecha 6 de junio de 2014, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Cáceres desestimó la impugnación formulada contra la resolución de la Comisión Provincial de Asistencia Jurídica Gratuita, denegatoria del reconocimiento de la asistencia jurídica para recurrir en apelación, frente a la cual se deduce el presente recurso de amparo.

3. La parte recurrente aduce en su demanda de amparo que la resolución recurrida en amparo vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la segunda instancia en condiciones de igualdad y sin que se pueda sufrir indefensión por razones económicas, reconocido en el art. 24.1 y 2 CE, en relación con los arts. 14 y 119 CE.

Alega que se vulneran los derechos invocados por cuanto que las resoluciones impugnadas deniegan la concesión del beneficio de justicia gratuita porque no se pidió en primera instancia, aunque se acreditan las condiciones económicas para ser beneficiaria de la asistencia jurídica gratuita, y ello con base en una interpretación rigorista del art. 8.2 LAJG, contraria a los preceptos constitucionales invocados.

Solicita para el restablecimiento de los derechos que estima le han sido lesionados, se declare la nulidad del Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Cáceres de fecha 6 de junio de 2014, y de la resolución denegatoria de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, declarando su derecho a la asistencia jurídica gratuita para recurrir en apelación la Sentencia dictada el 25 de abril de 2013 en el procedimiento abreviado núm. 144-2012 seguido ante el citado Juzgado núm. 2 de Cáceres, con confirmación definitiva de la designación provisional de los profesionales, abogado y procurador que se realizó en el expediente.

Por medio de otrosí, solicitó como medida cautelar el mantenimiento de la suspensión de la tramitación del recurso de apelación.

4. Mediante providencia de 18 de diciembre de 2014, la Sala Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo presentada y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dirigir atenta comunicación al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Cáceres, a fin de que remitiera certificación o copia adverada de las actuaciones y para que se procediera al emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el proceso para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional de amparo. Asimismo, se acordó formar pieza separada de suspensión que, una vez tramitada, fue resuelta por Auto estimatorio de fecha 19 de enero de 2015.

5. Por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal, de fecha 4 de marzo de 2015, se tuvo por personado al Abogado del Estado y al Procurador don Álvaro García de la Noceda de las Alas Pumariño, en representación de la compañía aseguradora Zurich, y se acordó, con arreglo al art. 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), conceder al Ministerio Fiscal y a las partes personadas plazo común de veinte días para que, con vista de las actuaciones, formularan alegaciones.

6. Con fecha 6 de abril de 2015, el Abogado del Estado presentó escrito de alegaciones en el que interesa la desestimación de la demanda de amparo.

El Abogado del Estado alega que la denegación de justicia gratuita en segunda instancia sólo podría afectar al art. 24 CE si fuera arbitraria, irracional o incurra en error patente, circunstancias que no concurren en el caso debatido.

Considera que la interpretación que tanto la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita como el órgano judicial han realizado, no vulnera derecho fundamental alguno, puesto que tal interpretación del art. 8 de la Ley de asistencia jurídica gratuita es razonable, ya que no existen circunstancias sobrevenidas que justifiquen el reconocimiento del derecho en segunda instancia.

7. Con fecha 7 de abril de 2015 la representación de la compañía aseguradora Zurich presentó escrito de alegaciones en el que solicita la inadmisión o, subsidiariamente, la desestimación del recurso.

Alega como causa de inadmisibilidad que en la demanda se ha omitido justificar la especial trascendencia del recurso, requisito procesal exigido en los arts. 41 a 46 y 49 LOTC.

En cuanto al fondo, considera que el Auto impugnado expresa los razonamientos que le llevan a desestimar la solicitud, los cuales están fundados en un criterio legal, proporcionado y razonable no siendo apreciable ninguna vulneración de derechos fundamentales.

8. Con fecha 7 de abril de 2015 el demandante presentó alegaciones ratificando las ya formuladas en su escrito de demanda de amparo constitucional, añadiendo que desde la interposición del recurso se había producido la promulgación del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, y que si se entiende que la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional (Ley 10/2012) sigue siendo aplicable, permanecerían subsistentes los argumentos de la demanda sobre la limitación derivada de la necesidad de satisfacerla para interponer el recurso de apelación.

9. Con fecha 13 de abril de 2015 el Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones, en el que se solicita la estimación del amparo por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art 24.1 CE, en relación con el derecho a la justicia gratuita del art. 119 CE.

Alega en primer lugar que el canon de constitucionalidad aplicable es el correspondiente al derecho al recurso, que supone que el control de la decisión impugnada debe hacerse desde la perspectiva de ser una decisión no manifiestamente errónea, irracional o arbitraria, en relación con el contenido constitucional del derecho que se estima vulnerado.

Entiende que la única interpretación razonable del art 8.2 de la Ley 1/1996, para ser compatible con el contenido del derecho a la justicia gratuita, es considerar que la acreditación de que las circunstancias y condiciones precisas sobrevinieron a la primera instancia, es aplicable cuando esas condiciones no concurrían en el solicitante al acceder a la jurisdicción en la primera instancia; por tanto, no es una decisión razonable denegar ese reconocimiento a quien, acreditando las condiciones exigidas por la ley como manifestación de falta de recursos, no hizo uso de su derecho en la primera instancia, solicitando el reconocimiento del derecho en la segunda instancia.

Concluye que la resolución denegatoria del reconocimiento se basa en una interpretación del citado art. 8.2 manifiestamente irracional, atendido el contenido constitucional del derecho a la justicia gratuita, por lo que lesiona el mismo y, por ello, la efectividad de las garantías procesales inherentes al derecho a la tutela judicial efectiva, sin indefensión.

10. 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. Como se ha expuesto en los antecedentes, el presente recurso de amparo se dirige contra la resolución de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de Cáceres de 11 de marzo de 2014, denegatoria del beneficio de justicia gratuita solicitada por la recurrente, así como el Auto de 6 de junio de 2014, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Cáceres, desestimatorio de la impugnación planteada contra la resolución señalada.

En la demanda de amparo se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la actora (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a los recursos, en relación con los arts. 14 y 119 CE.

El Abogado del Estado y la aseguradora Zurich, parte demandada en el proceso a quo, se oponen al recurso, mientras que el Ministerio Fiscal considera que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, en relación con el derecho a la justicia gratuita.

2. Con carácter previo, debemos examinar el óbice de admisibilidad opuesto por la aseguradora Zurich por no cumplirse el requisito procesal de la demanda, de justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso.

En relación a esta causa de inadmisibilidad, hemos de determinar si conforme a lo establecido en el art. 50.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), en relación con el art. 49.1 in fine de la misma Ley, procede o no la inadmisión del recurso de amparo por no haber cumplido el demandante con la carga insubsanable que le correspondía de justificar tal especial trascendencia constitucional.

El art. 50.1 a) LOTIC señala que la admisión del recurso de amparo exige el cumplimiento de los requisitos fijados en los arts. 41 a 46 y 49 LOTIC, estableciendo este último precepto en su apartado primero in fine, de forma inequívoca —[e]n todo caso—, que la demanda ha de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso, a cuyo efecto hemos indicado en la STC 178/2012, de 15 de octubre, FJ 3, que aunque la indicada previsión del art. 49.1 in fine LOTIC se configura como una carga procesal de la parte, es también un instrumento de colaboración con la Justicia constitucional, habida cuenta de que el legislador ha querido que la valoración del Tribunal acerca de la especial trascendencia constitucional de cada recurso venga siempre precedida de la iniciativa y apreciaciones de la parte, recogidas en su escrito de demanda. A la parte recurrente, pues, le es exigible un esfuerzo argumental (ATC 154/2010, de 15 de noviembre, FJ 4) que ponga en conexión las vulneraciones constitucionales que alega con los criterios establecidos en el art. 50.1 b) LOTIC» (STC 128/2014, de 21 de julio, FJ 2).

Pues bien, conforme a la anterior doctrina, observamos que la demanda recoge un apartado específico en el que desarrolla la especial «relevancia constitucional» del recurso, la cual concreta, en síntesis, en la necesidad de que este Tribunal «aclare y confirme el derecho a obtener justicia gratuita en cualquier instancia», exponiendo la proyección que tiene esta interpretación en el cierre del acceso al recurso de apelación. Este razonamiento que permite conectar materialmente la alegada lesión con uno de los supuestos en los que cabe apreciar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional conforme a lo establecido en la STC 155/2009, de 25 de junio, a saber, que el recurso plantea un problema o faceta nueva de un derecho fundamental [FJ 2, apartado a)], lo cual nos llevó asimismo a admitir el recurso de amparo núm. 393-2014, resuelto por STC 90/2015, de 11 de mayo, que planteaba la misma problemática de la denegación de la justicia gratuita desde la perspectiva del derecho de acceso al recurso.

Por consiguiente, puede afirmarse que el razonamiento pone de relieve los datos necesarios para justificar la proyección objetiva del amparo solicitado (STC 143/2011, de 26 de septiembre, FJ 2), por lo que hemos de entender satisfecha en el presente caso la carga de justificar la especial trascendencia constitucional a la que se refiere el art. 49.1 in fine LOTIC.

3. La queja del recurso de amparo constitucional que se plantea se encuadra en el derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a los recursos legalmente previstos, en relación con el derecho a la asistencia jurídica gratuita reconocida en el art. 119 CE.

La conexión que existe entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita de quienes carecen de recursos económicos para litigar, art. 119 CE, y el derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE, ha sido resaltada por nuestra jurisprudencia (SSTC 95/2003, de 22 de mayo, FJ 4, y 128/2014, de 21 de julio, FJ 3, entre otras), que afirma que el art. 119 CE consagra un derecho constitucional de carácter instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE, que hemos calificado «como derecho prestacional y de configuración legal, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio, como sucede con otros de esa naturaleza, corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias... la amplia libertad de configuración legal que resulta del primer inciso del art. 119 CE no es absoluta, pues el inciso segundo de dicho precepto explícitamente declara que la gratuidad de la justicia se reconocerá en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar...» (STC 90/2015, de 11 de mayo, FJ 3).

Así, también se indica en la citada STC 90/2015, de 11 de mayo, FJ 3, que existe «un contenido constitucional indisponible para el legislador que obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita necesariamente a quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar (SSTC 16/1994, de 20 de enero, FJ 3, y 117/1998, de 2 de junio, FJ 3, entre otras). Por ello, ese contenido esencial debe ser respetado por el legislador en todo el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, tanto en la vertiente del derecho de acceso a la justicia, como en la vertiente del derecho de acceso a los recursos legalmente previstos, sin perjuicio, de que el control constitucional en uno u otro ámbito deba ser de diferente intensidad».

En cuanto a la doctrina constitucional en relación con el derecho de acceso al recurso, en la citada STC 90/2015, de 11 de mayo, FJ 3, se recuerda que «es doctrina consolidada que tal derecho se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva, si bien es cierto que, a diferencia del acceso a la jurisdicción, que se alza como elemento esencial del mismo, el acceso a los recursos es un derecho de configuración legal que, con la excepción de los recursos contra sentencias penales de condena, se incorpora a aquel derecho en las condiciones fijadas por cada una de las leyes procesales (SSTC 71/2002, de 8 de abril, FJ 3; 191/2005, de 18 de julio, FJ 3). Y ello, como venimos declarando desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5, se refleja forzosamente en la función de control atribuida a este Tribunal respecto de las resoluciones judiciales que vedan el paso a dicha fase, pues siendo la decisión sobre la admisión o no del recurso y la comprobación del cumplimiento de los requisitos establecidos para ello una cuestión de legalidad ordinaria que compete, según dispone el art. 117.3 CE, exclusivamente a los Jueces y Tribunales, aquel control se limita a verificar si la interpretación o aplicación de la norma que se adopte es o no arbitraria, notoriamente irrazonable o incurra en un error patente (por todas, STC 7/2015, de 22 de enero) o, dicho de otro modo, las decisiones judiciales que no admiten un recurso por no cumplir con los requisitos materiales y procesales legalmente previstos no son revisables a través del proceso de amparo, excepto en el caso de que se quebrante el derecho a la tutela judicial efectiva por haberse basado en una interpretación de la legalidad que haya que tachar, como se acaba de referir, de arbitraria, irrazonable o producto de un error patente».

4. Llegados a este punto, debe anticiparse que el examen que nos compete se limita a fiscalizar la interpretación realizada por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de Cáceres y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de dicha localidad, del art. 8.2 de la Ley de asistencia jurídica gratuita (LAJG), en base al cual denegó la solicitud del beneficio de asistencia jurídica gratuita, y no si la demandante reunía o no las condiciones para obtener el beneficio solicitado.

Dicho precepto dispone que «cuando el actor o el demandado pretendan el reconocimiento del derecho en la segunda instancia sin haberlo solicitado en la primera, deberán acreditar ante la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita que las circunstancias y condiciones precisas sobrevinieron en el curso de la primera instancia o con posterioridad a ella.» La Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita y el Juzgado denegaron la solicitud con fundamento en que no se había solicitado la justicia gratuita en primera instancia, y que no se había acreditado que las circunstancias económicas y condiciones necesarias para la obtención del beneficio de justicia gratuita hubieran sobrevenido con posterioridad al momento de iniciarse la primera instancia.

La interpretación realizada implica constreñir la aplicación del art. 8.2 a los casos de merma de ingresos o empeoramiento de fortuna después de iniciarse la primera instancia, descartando otro tipo de circunstancias que también pueden tener cabida en el citado precepto. En la STC 90/2015, de 11 de mayo, FJ 4, hemos afirmado que «la regla establecida en el art. 8 regula un supuesto especial, como es el que un ciudadano se vea obligado a solicitar el beneficio de justicia gratuita para actuar en segunda instancia de un proceso no habiéndolo necesitado en primera. La razón por la que no se haya necesitado para la primera instancia puede deberse a diversas causas; la disminución sobrevinida de medios económicos será, normalmente, la causa más común pero ello no impide –como tampoco lo hace el precepto aplicado– que el solicitante pueda esgrimir otros motivos para justificar que necesita el beneficio de justicia gratuita para actuar en una segunda instancia».

Dentro de estos «otros» motivos, las circunstancias alegadas por la ahora demandante como el gravamen adicional que supone la condena en la totalidad de las costas de primera instancia, o la carga económica sobrevinida de la necesidad de pago de tasas en apelación al momento de interponerse el recurso, cuya exigencia no era previsible cuando inició el proceso antes de la entrada en vigor de la Ley 10/2012, debieron ser ponderadas por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita a la hora de adoptar su decisión; al no hacerlo así e ignorar completamente tales argumentos, se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente ya que la decisión carece de una motivación errónea y es consecuencia de una interpretación restrictiva del derecho fundamental a los recursos legalmente previstos, puesto que la decisión de denegar tal beneficio impidió a la parte recurrente acceder al recurso de apelación en el pleito principal.

En definitiva, como alega el Ministerio Fiscal, la interpretación tanto de la Comisión como la del órgano judicial no puede compartirse al no resultar suficientemente razonable y ser contraria al sentido de la finalidad de la norma, lesionando con ello el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, en relación con el derecho a la asistencia jurídica gratuita. La Comisión denegó la petición sin examinar la situación económica de la recurrente y sin comprobar la concurrencia de los requisitos legales que condicionan su otorgamiento, conforme a lo previsto en los arts. 3 y 5 LAJG; simplemente se limitó a invocar como única razón para fundamentar tal denegación el hecho de que no había sido solicitado su reconocimiento en primera instancia, sin ponderar los argumentos esgrimidos por la recurrente ni sus circunstancias. Con esta interpretación se afectó al derecho a la tutela judicial efectiva, al impedir a la recurrente el acceso a los recursos, en el presente caso, la apelación contra la sentencia dictada en primera instancia.

5. Los razonamientos expuestos conducen a otorgar el amparo solicitado por la recurrente y reconocer su derecho a la justicia gratuita (art. 119 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en su vertiente del derecho de acceso a los recursos legalmente previstos. En consecuencia, debemos anular la resolución administrativa denegatoria, que es la que lesionó el derecho fundamental, así como la judicial, en tanto que no reparó la vulneración denunciada (SSTC

118/2014, de 8 de julio, FJ 2, y 128/2014, de 21 de julio FJ 2), y retrotraer las actuaciones a fin de que la recurrente obtenga una respuesta acorde con los derechos fundamentales referidos.

FALLO

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

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por doña Matilde Torres Sánchez, y, en su virtud:

1.º Reconocer el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE, en su vertiente del derecho a los recursos legalmente previstos, en relación con el derecho a la gratuidad de la justicia, art. 119 CE.

2.º Restablecer su derecho y, a tal fin, anular la resolución de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de la provincia de Cáceres de 11 de marzo de 2014, denegatoria del beneficio de justicia gratuita solicitada por la recurrente, así como el Auto de fecha 6 de junio de 2014 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Cáceres, en procedimiento 97-2014, desestimatorio del recurso planteado contra la resolución señalada.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictarse la primera de las mencionadas resoluciones, para que se pronuncie otra respetuosa con los derechos fundamentales reconocidos.

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

Dada en Madrid, a 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.

Sala Primera. Sentencia 125/2015, de 8 de junio de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 6288-2014. 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). Voto particular.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García y don Juan Antonio Xiol Ríos, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6288-2014, 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 Presidente don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 21 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. 179-2014, Auto de 1 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) Un pensionista interpuso demanda ante el instituto nacional de la Seguridad Social 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 en parte la demanda, declarando «el derecho del 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» y el «derecho del actor 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». Se condena al INSS a abonar al demandante el pago de la cantidad que se especifica en el fallo de la Sentencia.

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 16 de septiembre de 2014.

d) Concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, el órgano judicial dictó providencia de 16 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 formuló alegaciones.

3. Por Auto de 31 de enero 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 podrán 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 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 Segunda, acordó admitir a trámite la cuestión mediante providencia de 18 de noviembre de 2014; deferir a la Sala Primera 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. Mediante escrito presentado en el Registro de este Tribunal el 27 de noviembre 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.

6. Por diligencia de ordenación de 28 de noviembre 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.

7. Por escrito registrado el 28 de noviembre 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 5 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.

8. El Abogado del Estado se personó por escrito presentado el 3 de diciembre de 2014 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 lo 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 general 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 general 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 Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones el 5 de diciembre de 2014 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 100,

(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 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 receptor 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 presupuestaria 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.

10. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social presentó su escrito de alegaciones el 2 de enero de 2015 interesando la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

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 supone 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 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».

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 la reciente STC 49/2015, de 5 de marzo, 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 5 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.

En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en la STC 49/2015, de 5 de marzo, 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, a ocho de junio de dos mil quince.–Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6288-2014

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Sala en la que se sustenta la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de esta, que entiendo hubiera debido de ser estimatorio por vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Las razones de mi discrepancia son coincidentes con las que ya fueron expuestas en el Voto particular formulado a la STC 49/2015, de 5 de marzo, al que para evitar reiteraciones innecesarias me remito.

Madrid, a ocho de junio de dos mil quince.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Firmado y rubricado.

Sala Segunda. Sentencia 126/2015, de 8 de junio de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 6289-2014. 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). Voto particular.

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. 6289-2014, 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 la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 21 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. 189-2014, y del rollo de suplicación núm. 575-2014, Auto de 1 de octubre de 2014, en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con 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) Un pensionista interpuso demanda ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social 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 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 estimando en parte la demanda, declarando «el derecho del 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» y el «derecho del actor 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». Se condena al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) a abonar al demandante la cantidad que se especifica en el fallo de la Sentencia.

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 16 de septiembre de 2014.

d) Concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, el órgano judicial dictó providencia de 16 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 1 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 asimismo el Auto 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 podrán 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 de la CE, afectando de forma retroactiva a derechos adquiridos y con la vulneración del art. 9.3 de la 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 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 18 de noviembre 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 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (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 28 de noviembre 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 5 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 27 de noviembre 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 28 de noviembre 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, mediante escrito de alegaciones registrado el 3 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 general 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 general 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 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 la que 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 cómo 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 Española 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 Fiscal General del Estado presentó escrito de alegaciones ante este Tribunal el 5 de diciembre de 2014 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 sólo 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 sea obvia la vulneración por parte del Decreto-ley, cuando suspende las normas generales del art. 48 de la LGSS, de la retroactividad, y que lo haga 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 ciento), pero aunque lo relaciona con un hecho actual, cual es la fijación del aumento del IPC en 2,9 por ciento, 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 Española, 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 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 éste no se podía conocer hasta esa fecha de 30 de noviembre.

Asu 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 que ha incurrido el legislador en el precepto cuestionado.

10. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social por escrito registrado el 2 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 supone 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 que 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 ésta 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 Ley general de la Seguridad Social, al margen de contravenir lo dispuesto expresamente en el art. 48.1.2 de la LGSS, supone deslegitimar al legislador presupuestario que vendría imposibilitado, por ejemplo, para ajustar

los gastos a los ingresos del Estado, aun 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 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 se produce 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».

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 la reciente STC 49/2015, de 5 de marzo, 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 5 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.

En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en la STC 49/2015, de 5 de marzo, 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, a 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.

Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6289-2014

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno en la que se sustenta la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de la misma, que entiendo hubiera debido de ser estimatorio por vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), pese a que como Ponente de la presente Sentencia y, en dicha condición, recojo en ella la opinión mayoritaria del Pleno.

Las razones de mi discrepancia son coincidentes con las que ya fueron expuestas en el Voto particular formulado por los Magistrados don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Fernando Valdés Dal-Ré a la STC 49/2015, 5 de marzo, al que entonces me adherí y al que para evitar reiteraciones innecesarias me remito.

Madrid, a ocho de junio de dos mil quince.–Adela Asua Batarrita.–Firmado y rubricado.

Sala Primera. Sentencia 127/2015, de 8 de junio de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 6396-2014. 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). Voto particular.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García y don Juan Antonio Xiol Ríos, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6396-2014, 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 Santiago Martínez-Vares García, 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. 1398-2013, 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) Tres pensionistas interpusieron 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, solicitaban 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 estimando la demanda respecto de uno de los pensionistas y rechazándola respecto de los otros dos porque habían empezado a ser pensionistas el 1 de enero de 2012. En relación con el pensionista respecto del que se estima la demanda declara la Sentencia el derecho «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 el derecho «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 16 de julio de 2014.

d) Concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, el órgano judicial dictó providencia de 16 de julio 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 art. 9.3 y 33 CE.

e) El Ministerio Fiscal mostró su conformidad con el planteamiento de la cuestión. El resto de las partes no formuló 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 podrán 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 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 Segunda, acordó admitir a trámite la cuestión mediante providencia de 18 de noviembre de 2014; deferir a la Sala Primera 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 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), 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 26 de noviembre 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 LOTIC, con remisión a la Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones, y a la asesoría jurídica de la Secretaría General.

Mediante escrito registrado el 5 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 LOTIC.

6. Mediante escrito presentado en el Registro de este Tribunal el 27 de noviembre 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 28 de noviembre 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 LOTIC, se le concedió un plazo de quince días para que formulase las alegaciones que estimase convenientes.

8. El Abogado del Estado por escrito presentado el 3 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, solo será y en la forma que fije la Ley de presupuestos generales cuando se determine 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 CE 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 Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones el 5 de diciembre de 2014 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 la 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 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 receptor 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 presupuestaria 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.

10. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social presentó su escrito de alegaciones el 2 de enero de 2015 interesando la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

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».

11. Por providencia de tres de junio de dos mil quince 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 la reciente STC 49/2015, de 5 de marzo, 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 5 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.

En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en la STC 49/2015, de 5 de marzo, 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, a ocho de junio de dos mil quince.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6396-2014

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Sala en la que se sustenta la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de esta, que entiendo hubiera debido de ser estimatorio por vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Las razones de mi discrepancia son coincidentes con las que ya fueron expuestas en el Voto particular formulado a la STC 49/2015, de 5 de marzo, al que para evitar reiteraciones innecesarias me remito.

Madrid, a ocho de junio de dos mil quince.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Firmado y rubricado.

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 lo 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 receptor 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 presupuestaria 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.

Sala Segunda. Sentencia 129/2015, de 8 de junio de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 6398-2014. 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). Voto particular.

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 Narvárez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6398-2014, 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 Fernando Valdés Dal-Ré, 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 núm. 12-2014, 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) Varios pensionistas interpusieron demanda ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en reclamación de actualización de sus pensiones, 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 Seguridad Social (LGSS), derivada de la diferencia que resulta entre el índice de precios al consumo (IPC) en función del cual se calculó dicha revalorización, que fue del 1 por 100, y el IPC acumulado correspondiente al período comprendido entre el 1 de diciembre de 2011 y el 30 de noviembre de 2012. Asimismo, solicitaban que se declarase el derecho a que la revalorización de la pensión en 2013 fuera efectuada 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 el 1 de diciembre de 2011 y el 30 de noviembre de 2012, que fue del 2,9 por 100.

b) El Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos dictó Sentencia el 29 de abril de 2014 estimando en parte la demanda, declarando «el derecho de todos los demandantes 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, asimismo, el «derecho de dichos actores 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». Se condena al INSS a abonar a los demandantes el pago de determinadas cantidades que se especifican en el fallo de la Sentencia.

c) Interpuesto recurso de suplicación por el INSS contra la mencionada Sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, 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 (LPGE-2012).

El Ministerio Fiscal mostró su conformidad con el planteamiento de la cuestión. El letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSS, sostuvo que no existía vulneración de los arts. 9.3 y 33 CE. La parte actora no formuló alegaciones.

3. Por Auto de 8 de octubre de 2014, la Sala de lo Social mencionada acordó plantear la presente cuestión de inconstitucionalidad. Del análisis de su contenido, interesa destacar los siguientes puntos:

a) 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, deberá analizarse 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 sólo exigencias del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio» (STC 197/1992).

b) El Auto declara 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 evitar la pérdida del 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. A él se refiere el art. 50 CE que, como consecuencia del incremento del coste de la vida en unos años, garantiza a las pensiones un derecho a la suficiencia, impidiendo así el 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 define 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»), enunciando 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. La misma regla establece el art. 27 de la Ley de clases pasivas del Estado.

Indica además 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 considera 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 de la CE, afectando de forma retroactiva a derechos adquiridos y con la vulneración del art. 9.3 de la CE que prohíbe la retroactividad de las disposiciones procesales (sic) restrictivas de los derechos fundamentales».

Según el Auto, «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 S.S. 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 C. 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 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 Cuarta, acordó mediante providencia de 18 de noviembre de 2014 admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada. De conformidad al art. 10.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), igualmente acordó deferir a la Sala Segunda, por turno objetivo, el conocimiento de la presente cuestión. Y, al amparo de lo previsto en el art. 37.3 LOTIC, procedió a dar traslado de las actuaciones recibidas al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que, en el improrrogable plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaran convenientes. Asimismo convino comunicar la resolución

adoptada al órgano judicial que plantea la cuestión de inconstitucionalidad y publicar su incoación en el «Boletín Oficial del Estado» («BOE» núm. 283, de 22 de noviembre de 2014).

5. Por escrito registrado el 28 de noviembre 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 5 de diciembre de 2014, el Presidente del Senado notificó 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. Por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 27 de noviembre de 2014, el Letrado de la Administración de la Seguridad Social se personó en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social. 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 28 de noviembre 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 se personó en el presente proceso mediante escrito de alegaciones registrado en el Tribunal el 3 de diciembre de 2014, interesando la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad por las razones que, resumidamente, se exponen a continuación:

a) Comienza su escrito refiriéndose a la configuración constitucional del sistema de Seguridad Social. Señala que dicho sistema, 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 su propia viabilidad y eficacia. 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, dice 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 general 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 General 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. Se condiciona la existencia del derecho a que 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 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. 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.

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 sus características 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, prosigue, 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 casos 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 señala, sobre la vulneración del art. 33 CE, que la alegada vulneración de este precepto parte de la consideración de la existencia de un derecho adquirido incorporado al patrimonio; por tanto y una vez argumentada la inexistencia de tal derecho adquirido, no concurre el juego del art. 33 CE alegado.

9. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones ante este Tribunal con fecha 5 de diciembre de 2014, interesando la estimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Comienza su escrito el Fiscal General delimitando el contenido de la cuestión. Resalta que, aunque en el auto de planteamiento el Tribunal Superior de Justicia cite el art. 86 CE, la providencia de 3 de septiembre de 2014 que daba traslado a las partes de la duda de constitucionalidad nada decía sobre su supuesta infracción, tampoco desarrollada después en dicho Auto, de suerte que se trataría de un mero error. En realidad, prosigue, el órgano judicial 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, contienen dos reglas distintas, una primera 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. Sin embargo, el Tribunal cuestionante 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, debe entenderse 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, mientras que la otra regla, la de determinación de la paga compensatoria, sólo incidentalmente se menciona. 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 por lo 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. Y destaca de la doctrina constitucional que no existe una imposibilidad de revisar las normas fiscales o económicas, pues lo contrario supondría en la práctica impedir a los órganos de gobierno ejecutar una verdadera política económica.

El Fiscal General del Estado no comparte que en el caso que nos ocupa sea obvia la vulneración por parte del Decreto-ley, cuando suspende las normas generales del art. 48 LGSS, de la retroactividad. Parte en sus alegaciones 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 100, (excepcionalmente el 2 por 100), pero aunque lo relaciona con un hecho actual, cual es la fijación del aumento real del IPC en el 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 cuestione esta suspensión como infractora de la CE, no puede compartirse ese cuestionamiento. Sin embargo, 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; teniendo en cuenta que el Decreto

entra en vigor el 1 de diciembre de 2012, se está incurriendo, en efecto, en supuesto de retroactividad auténtica, ya que se vinculan 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. Esto es, 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 presupuestaria a efectuar 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 la que entiende el Fiscal General ha incurrido el legislador en el precepto cuestionado.

10. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social presentó su escrito de alegaciones el 2 de enero de 2015.

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 la aplicación del principio de irretroactividad en el sistema normativo de la Seguridad Social.

Así, subraya 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 la 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 65/1987, de 21 de mayo; 134/1987, de 21 de julio; 66/1990, de 5 de abril, y 89/2009, de 20 de abril.

Añade que de la jurisprudencia constitucional se desprende que no existe una exigencia constitucional que obligue necesariamente a revalorizar las pensiones. 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 más tarde 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. En determinadas circunstancias una medida como la controvertida puede hacer posible el mantenimiento de los rasgos esenciales del sistema.

El art. 48.1 LGSS, en la redacción vigente en la fecha del proceso, establece respecto a la revalorización de las pensiones contributivas que 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 fija 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, 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 supedita su efectividad 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, los dos incisos del apartado 1 del art. 48 LGSS exigen una interpretación conjunta, de manera que la efectividad de los derechos programados se subordina al principio de legalidad presupuestaria.

Por tanto, la regla establecida en el art. 48.1.1 LGSS se configura como una norma programática cuya efectividad e imperatividad dependen de la disposición normativa que se efectúe en la correspondiente Ley de presupuestos generales del Estado de cada ejercicio. La Ley general de la Seguridad Social 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 dispone 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, entender 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.

Lo que hace el art. 48.1.2 LGSS es cuantificar la diferencia entre los IPC previstos y reales tomando como período de cálculo del incremento de los precios entre diciembre 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. La actualización por diferencias en la revalorización y el nacimiento del derecho a la paga nacen 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 tales, 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».

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 la reciente STC 49/2015, de 5 de marzo, 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.

Según señala la mencionada Sentencia, 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 índice de precios al consumo (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 ambos preceptos 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 pasajes legales «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). E igualmente rememora 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 5 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 afirmando 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 y 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 el 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.

En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en la STC 49/2015, de 5 de marzo, 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, a 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 Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6398-2014

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Sala en la que se sustenta la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de esta, que entiendo hubiera debido de ser estimatorio por vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Las razones de mi discrepancia son coincidentes con las que ya fueron expuestas en el Voto particular formulado a la STC 49/2015, de 5 de marzo, al que para evitar reiteraciones innecesarias me remito.

Madrid, a ocho de junio de dos mil quince.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Firmado y rubricado.

Sala Primera. Sentencia 130/2015, de 8 de junio de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 6481-2014. 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). Voto particular.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García y don Juan Antonio Xiol Ríos, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6481-2014, 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 Antonio Xiol Ríos, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 30 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. 166-2014, Auto de 15 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) Un pensionista interpuso demanda ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social 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 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 estimando la demanda, declarando «el derecho del 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 el «derecho del actor 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 1 de octubre de 2014.

d) Concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, el órgano judicial dictó providencia de 1 de octubre 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 formuló alegaciones.

3. Por Auto de 15 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 podrán 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 de la CE, afectando de forma retroactiva a derechos adquiridos y con la vulneración del art. 9.3 de la 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 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 Primera, acordó admitir a trámite la cuestión mediante providencia de 2 de diciembre de 2014; deferir a la Sala Primera 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 se personó por escrito registrado el 26 de diciembre de 2014 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 lo 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 Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones el 7 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 100,

(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 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 receptor 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 presupuestaria 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.

10. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social presentó su escrito de alegaciones el 7 de enero de 2015 interesando la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

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».

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 la reciente STC 49/2015, de 5 de marzo, 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 5 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 solo 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 en el art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012 falta 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, «solo 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 solo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futuros». De ello se deduce que la norma impugnada es 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, y esa privación no es expropiatoria.

En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en la STC 49/2015, de 5 de marzo, 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, a ocho de junio de dos mil quince.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6481-2014

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Sala en la que se sustenta la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de

esta, que entiendo hubiera debido de ser estimatorio por vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Las razones de mi discrepancia son coincidentes con las que ya fueron expuestas en el Voto particular formulado a la STC 49/2015, de 5 de marzo, al que para evitar reiteraciones innecesarias me remito.

Madrid, a ocho de junio de dos mil quince.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Firmado y rubricado.

Sala Primera. Sentencia 131/2015, de 8 de junio de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 6482-2014. 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). Voto particular.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García y don Juan Antonio Xiol Ríos, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6482-2014, 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 Abogado del Estado, el Letrado de la Administración de la Seguridad Social y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Santiago Martínez-Vares García, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 30 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. 202-2014, Auto de 8 de octubre de 2014, en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con 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) Un pensionista interpuso demanda ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social 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.

El Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos dictó Sentencia el 20 de mayo de 2014 estimando la demanda. Se reconoció al demandante el derecho a que se considerase como pensión del año 2012 la que venía percibiendo incrementada en un 2,9 por 100 y que la misma sirviese de base para el incremento acordado en el año 2013 y 2014, así como el derecho a percibir las diferencias correspondientes al año 2012 (la diferencia entre el 1 por 100 aplicado y el 2,9 por 100 debido).

b) Interpuesto recurso de suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) contra la mencionada Sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León señaló para su deliberación y fallo el día 24 de septiembre de 2014.

c) Concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia el órgano judicial dictó providencia de 24 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 en relación con el art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012 por posible vulneración de los arts. 9.3 y 33 CE.

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

3. Por Auto de 8 de octubre de 2014 la Sala de lo Social 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, debe analizarse si, aun siendo de grado máximo, carece realmente de justificación habilitante, puesto que el 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 podrán 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 de la CE, afectando de forma retroactiva a derechos adquiridos y con la vulneración del art. 9.3 de la CE que prohíbe la retroactividad de las disposiciones procesales 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 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 Segunda, acordó admitir a trámite la cuestión mediante providencia de 2 de diciembre de 2014; deferir a la Sala Primera el conocimiento de esta cuestión; 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 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (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 persona en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social y por medio de otrosí solicita que a los efectos de representación y defensa del Instituto Nacional de la Seguridad Social se designe 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 acuerda tener por personado y parte al Letrado de la Administración de la Seguridad Social y conforme establece el art. 37.2

LOTC, se le concede un plazo de quince días para que formule las alegaciones que estime convenientes.

8. El Abogado del Estado por escrito registrado el 26 de diciembre de 2014 interesa la desestimación del recurso interpuesto 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 Española 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 del recurso.

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 ésta 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 Ley general de la Seguridad Social 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 Ley general de la Seguridad Social, al margen de contravenir lo dispuesto expresamente en el art. 48.1.2 de la 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 por escrito registrado el 8 de enero de 2015 interesa 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 de la 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 100, (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 CE, 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 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 éste 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 presupuestaria 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 tres de junio de dos mil quince, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día ocho 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 la reciente STC 49/2015, de 5 de marzo, 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 5 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.

En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en la STC 49/2015, de 5 de marzo, 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, a ocho de junio de dos mil quince.–Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6482-2014

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Sala en la que se sustenta la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de esta, que entiendo hubiera debido de ser estimatorio por vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Las razones de mi discrepancia son coincidentes con las que ya fueron expuestas en el Voto particular formulado a la STC 49/2015, de 5 de marzo, al que para evitar reiteraciones innecesarias me remito.

Madrid, a ocho de junio de dos mil quince.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Firmado y rubricado.

Sala Segunda. Sentencia 132/2015, de 8 de junio de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 6483-2014. 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 Narvárez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6483-2014, 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 30 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. 198-2014, Auto de 15 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) Un 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 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 del 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 del actor 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 16 de septiembre de 2014.

d) Concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, el órgano judicial dictó providencia de 16 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 15 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 20 de enero de 2015; 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. Mediante escrito registrado el 3 de febrero de 2015, 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.

Por escrito registrado el 5 de febrero de 2015 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.

6. Mediante escrito presentado en el Registro de este Tribunal el 6 de febrero de 2015 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 9 de febrero de 2015 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 presentado en el Registro General de este Tribunal el 10 de febrero de 2015 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 lo 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 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 13 de febrero 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 el 20 de febrero de 2015 ante este Tribunal 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 100, (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 CE, 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.

Sala Segunda. Sentencia 133/2015, de 8 de junio de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 6484-2014. 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). Voto particular.

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. 6484-2014, 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 Fernando Valdés Dal-Ré, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 30 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 núm. 229-2014, 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) Un pensionista interpuso demanda ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en reclamación de actualización de sus pensiones, 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 de precios al consumo (IPC) en función del cual se calculó dicha revalorización, que fue del 1 por 100, y el IPC acumulado correspondiente al período comprendido entre el 1 de diciembre de 2011 y el 30 noviembre de 2012. Asimismo, solicitaba que se declarase el derecho a que la revalorización de la pensión en 2013 fuera efectuada 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 periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2011 y el 30 noviembre de 2012, que fue del 2,9 por 100.

b) El Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos dictó Sentencia el 22 de mayo de 2014 estimando en parte la demanda, declarando «el derecho del 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 los años 2013 y 2014» y, asimismo, el «derecho del actor 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». Se condena al INSS a abonar al demandante el pago de una determinada cantidad que se especifica en el fallo de la Sentencia.

c) Interpuesto recurso de suplicación por el INSS contra la mencionada Sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, dictó providencia de 1 de octubre 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.

El Ministerio Fiscal mostró su conformidad con el planteamiento de la cuestión. El letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSS, sostuvo que no existía vulneración de los arts. 9.3 y 33 CE. La parte actora no formuló alegaciones.

3. Por Auto de 8 de octubre de 2014, la Sala de lo Social mencionada acordó plantear la presente cuestión de inconstitucionalidad. Del análisis de su contenido, interesa destacar los siguientes puntos:

a) 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, deberá analizarse 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 sólo exigencias del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio» (STC 197/1992).

b) El Auto declara 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 evitar la pérdida del 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. A él se refiere el art. 50 CE que, como consecuencia del incremento del coste de la vida en unos años, garantiza a las pensiones un derecho a la suficiencia, impidiendo así el 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 define 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»), enunciando 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. La misma regla establece el art. 27 de la Ley de clases pasivas del Estado.

Indica además 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 considera 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 de la CE, afectando de forma retroactiva a derechos adquiridos y con la vulneración del art. 9.3 de la CE que prohíbe la retroactividad de las disposiciones procesales (sic) restrictivas de los derechos fundamentales».

Según el Auto, «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 S.S. 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 C. 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 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 Cuarta, acordó mediante providencia de 16 de diciembre de 2014 admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada. De conformidad al art. 10.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), igualmente acordó deferir a la Sala Segunda, por turno objetivo, el conocimiento de la presente cuestión. Y, al amparo de lo previsto en el art. 37.3 LOTIC, procedió a dar traslado de las actuaciones recibidas al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que, en el improrrogable plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaran convenientes. Asimismo convino comunicar la resolución adoptada al órgano judicial que plantea la cuestión de inconstitucionalidad y publicar su incoación en el «Boletín Oficial del Estado» («BOE» núm. 306, de 19 de diciembre de 2014).

5. El Abogado del Estado se personó en el presente proceso, mediante escrito de alegaciones registrado en el Tribunal el 26 de diciembre de 2014, interesando la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad por las razones que, resumidamente, se exponen a continuación:

a) Comienza su escrito refiriéndose a la configuración constitucional del sistema de Seguridad Social. Señala que dicho sistema, 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 su propia viabilidad y eficacia. 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, dice 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 general de presupuestos del Estado», esto es, la actualización no es automática sino que sólo podrá realizarse en los términos que fije la Ley de presupuestos

generales. Se condiciona la existencia del derecho a que 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 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. 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.

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 sus características 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, prosigue, 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 casos 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 señala, sobre la vulneración del art. 33 CE, que la alegada vulneración de este precepto parte de la consideración de la existencia de un derecho adquirido incorporado al patrimonio; por tanto y una vez argumentada la inexistencia de tal derecho adquirido, no concurre el juego del art. 33 CE alegado.

6. Por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 29 de diciembre de 2014, el Letrado de la Administración de la Seguridad Social se personó en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social. 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 5 de enero de 2015, 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. Por escrito registrado el 15 de enero de 2015, 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 27 de enero de 2015, el Presidente del Senado notificó 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.

9. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones ante este Tribunal con fecha 20 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. Resalta que, aunque en el auto de planteamiento el Tribunal Superior de Justicia cite el art. 86 CE, la providencia de 1 de octubre de 2014 que daba traslado a las partes de la duda de constitucionalidad nada decía sobre su supuesta infracción, tampoco desarrollada después en dicho Auto, de suerte que se trataría de un mero error. En realidad, prosigue, el órgano judicial 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, contienen dos reglas distintas, una primera 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. Sin embargo, el Tribunal cuestionante 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, debe entenderse 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, mientras que la otra regla, la de determinación de la paga compensatoria, sólo incidentalmente se menciona. 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 por lo 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. Y destaca de la doctrina constitucional que no existe una imposibilidad de revisar las normas fiscales o económicas, pues lo contrario supondría en la práctica impedir a los órganos de gobierno ejecutar una verdadera política económica.

El Fiscal General del Estado no comparte que en el caso que nos ocupa sea obvia la vulneración por parte del Decreto-ley, cuando suspende las normas generales del art. 48 LGSS, de la retroactividad. Parte en sus alegaciones 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 100, (excepcionalmente el 2 por 100), pero aunque lo relaciona con un hecho actual, cual es la fijación del aumento real del IPC en el 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 cuestione esta suspensión como infractora de la Constitución Española, no puede compartirse ese cuestionamiento. Sin embargo, 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; teniendo en cuenta que el Decreto entra en vigor el 1 de diciembre de 2012, se está incurriendo, en efecto, en supuesto de retroactividad auténtica, ya que se vinculan 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. Esto es, 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 efectuar 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 la que entiende el Fiscal General ha incurrido el legislador en el precepto cuestionado.

10. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social presentó su escrito de alegaciones el 27 de enero de 2015.

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 la aplicación del principio de irretroactividad en el sistema normativo de la Seguridad Social.

Así, subraya 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 la 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.

Añade que de la jurisprudencia constitucional se desprende que no existe una exigencia constitucional que obligue necesariamente a revalorizar las pensiones. 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 más tarde 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. En determinadas circunstancias una medida como la controvertida puede hacer posible el mantenimiento de los rasgos esenciales del sistema.

El art. 48.1 LGSS, en la redacción vigente en la fecha del proceso, establece respecto a la revalorización de las pensiones contributivas que 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 fija 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, 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 supedita su efectividad 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, los dos incisos del apartado 1 del art. 48 LGSS exigen una interpretación conjunta, de manera que la efectividad de los derechos programados se subordina al principio de legalidad presupuestaria.

Por tanto, la regla establecida en el art. 48.1.1 LGSS se configura como una norma programática cuya efectividad e imperatividad dependen de la disposición normativa que se efectúe en la correspondiente Ley de presupuestos generales del Estado de cada ejercicio. La Ley general de la Seguridad Social 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 dispone 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, entender 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 de la Ley general de la Seguridad Social, 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.

Lo que hace el art. 48.1.2 LGSS es cuantificar la diferencia entre los IPC previstos y reales tomando como período de cálculo del incremento de los precios entre diciembre 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. La actualización por diferencias en la revalorización y el nacimiento del derecho a la paga nacen 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 tales, 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».

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 la reciente STC 49/2015, de 5 de marzo, 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.

Según señala la mencionada Sentencia, 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 índice de precios al consumo (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 de la Ley general de la Seguridad Social (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 ambos preceptos 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 pasajes legales «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). E igualmente rememora 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 5 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 afirmando 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 y 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 el 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.

En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en la STC 49/2015, de 5 de marzo, 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, a 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 Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6484-2014

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Sala en la que se sustenta la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de esta, que entiendo hubiera debido de ser estimatorio por vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Las razones de mi discrepancia son coincidentes con las que ya fueron expuestas en el Voto particular formulado a la STC 49/2015, 5 de marzo, al que para evitar reiteraciones innecesarias me remito.

Madrid, a ocho de junio de dos mil quince.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Firmado y rubricado.

Sala Segunda. Sentencia 134/2015, de 8 de junio de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 6721-2014. 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). Voto particular.

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. 6721-2014, 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 Fernando Valdés Dal-Ré, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 11 de noviembre 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 núm. 165-2014, Auto de 29 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) Dos pensionistas interpusieron demanda ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en reclamación de actualización de sus pensiones, 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 de precios al consumo (IPC) en función del cual se calculó dicha revalorización, que fue del 1 por 100, y el IPC acumulado correspondiente al período comprendido entre el 1 de diciembre de 2011 y el 30 de noviembre de 2012. Asimismo, solicitaban que se declarase el derecho a que la revalorización de la pensión en 2013 fuera efectuada 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 el 1 de diciembre de 2011 y el 30 de noviembre de 2012, que fue del 2,9 por 100.

b) El Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos dictó Sentencia el 28 de abril de 2014 estimando en parte la demanda de uno de ellos, teniendo por desistida a la otra actora, y declarando respecto de aquél «el derecho del 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 los años 2013 y 2014» y, asimismo, el «derecho del actor 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». Se condena al INSS a abonar al demandante el pago de una determinada cantidad que se especifica en el fallo de la Sentencia.

c) Interpuesto recurso de suplicación por el INSS contra la mencionada Sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, dictó providencia de 8 de octubre 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.

El Ministerio Fiscal mostró su conformidad con el planteamiento de la cuestión. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSS, sostuvo que no existía vulneración de los arts. 9.3 y 33 CE, justamente lo contrario de lo que postuló en su escrito de alegaciones la representación procesal de la parte actora.

3. Por Auto de 29 de octubre de 2014, la Sala de lo Social mencionada acordó plantear la presente cuestión de inconstitucionalidad. Del análisis de su contenido interesa destacar los siguientes puntos:

a) 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, deberá analizarse 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 sólo exigencias del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio» (STC 197/1992).

b) El Auto declara 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 evitar la pérdida del 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. A él se refiere el art. 50 CE que, como consecuencia del incremento del coste de la vida en unos años, garantiza a las pensiones un derecho a la suficiencia, impidiendo el 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 define 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»), enunciando 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. La misma regla establece el art. 27 de la Ley de clases pasivas del Estado.

Indica además 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 considera 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».

Según el Auto, «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 S.S. 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 C. 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 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 Cuarta, acordó mediante providencia de 16 de diciembre de 2014 admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada. De conformidad al art. 10.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), igualmente acordó deferir a la Sala Segunda, por turno objetivo, el conocimiento de la presente cuestión. Y, al amparo de lo previsto en el art. 37.3 LOTIC, procedió a dar traslado de las actuaciones recibidas al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que, en el improrrogable plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaran convenientes. Asimismo convino comunicar la resolución adoptada al órgano judicial que plantea la cuestión de inconstitucionalidad y publicar su incoación en el «Boletín Oficial del Estado» («BOE» núm. 306, de 19 de diciembre de 2014).

5. El Abogado del Estado se personó en el presente proceso, mediante escrito de alegaciones registrado en el Tribunal el 26 de diciembre de 2014, interesando la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad por las razones que, resumidamente, se exponen a continuación:

a) Comienza su escrito refiriéndose a la configuración constitucional del sistema de Seguridad Social. Señala que dicho sistema, 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 su propia viabilidad y eficacia. 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, dice 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. Se condiciona la existencia del derecho a que 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. 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.

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 sus características 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, prosigue, 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 casos 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 señala, sobre la vulneración del art. 33 CE, que la alegada vulneración de este precepto parte de la consideración de la existencia de un derecho adquirido incorporado al patrimonio; por tanto y una vez argumentada la inexistencia de tal derecho adquirido, no concurre el juego del art. 33 CE alegado.

6. Por escrito presentado en el Registro de este Tribunal el 29 de diciembre de 2014 el Letrado de la Administración de la Seguridad Social se personó en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social. 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 12 de enero de 2015, 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. Por escrito registrado el 15 de enero de 2015, 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 27 de enero de 2015, el Presidente del Senado notificó 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.

9. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones ante este Tribunal con fecha 15 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. Resalta que, aunque en el auto de planteamiento el Tribunal Superior de Justicia cite el art. 86 CE, la providencia de 8 de octubre de 2014 que daba traslado a las partes de la duda de constitucionalidad nada decía sobre su supuesta infracción, tampoco desarrollada después en dicho Auto, de suerte que se trataría de un mero error. En realidad, prosigue, el órgano judicial 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, contienen dos reglas distintas, una primera 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. Sin embargo, el Tribunal cuestionante 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, debe entenderse 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, mientras que la otra regla, la de determinación de la paga compensatoria, sólo incidentalmente se menciona. 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 por lo 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. Y destaca de la doctrina constitucional que no existe una imposibilidad de revisar las normas fiscales o económicas, pues lo contrario supondría en la práctica impedir a los órganos de gobierno ejecutar una verdadera política económica.

El Fiscal General del Estado no comparte que en el caso que nos ocupa sea obvia la vulneración por parte del Decreto-ley, cuando suspende las normas generales del art. 48 LGSS, de la

retroactividad. Parte en sus alegaciones 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 ciento), pero aunque lo relaciona con un hecho actual, cual es la fijación del aumento real del IPC en el 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 cuestione esta suspensión como infractora de la Constitución, no puede compartirse ese cuestionamiento. Sin embargo, 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; teniendo en cuenta que el Decreto entra en vigor el 1 de diciembre de 2012, se está incurriendo, en efecto, en supuesto de retroactividad auténtica, ya que se vinculan 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. Esto es, 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 presupuestaria a efectuar 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 la que entiende el Fiscal General ha incurrido el legislador en el precepto cuestionado.

10. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social presentó su escrito de alegaciones el 27 de enero de 2015.

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 la aplicación del principio de irretroactividad en el sistema normativo de la Seguridad Social.

Así, subraya 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 la 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.

Añade que de la jurisprudencia constitucional se desprende que no existe una exigencia constitucional que obligue necesariamente a revalorizar las pensiones. 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 más tarde 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. En determinadas circunstancias una medida como la controvertida puede hacer posible el mantenimiento de los rasgos esenciales del sistema.

El art. 48.1 LGSS, en la redacción vigente en la fecha del proceso, establece respecto a la revalorización de las pensiones contributivas que 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 fija 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, 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 supedita su efectividad 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, los dos incisos del apartado 1 del art. 48 LGSS exigen una interpretación conjunta, de manera que la efectividad de los derechos programados se subordina al principio de legalidad presupuestaria.

Por tanto, la regla establecida en el art. 48.1.1 LGSS se configura como una norma programática cuya efectividad e imperatividad dependen de la disposición normativa que se efectúe en la correspondiente Ley de presupuestos generales del Estado de cada ejercicio. 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 dispone 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, entender 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 de la 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.

Lo que hace el art. 48.1.2 LGSS es cuantificar la diferencia entre los IPC previstos y reales tomando como período de cálculo del incremento de los precios entre diciembre 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. La actualización por diferencias en la revalorización y el nacimiento del derecho a la paga nacen 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 tales, 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».

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 la reciente STC 49/2015, de 5 de marzo, 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.

Según señala la mencionada Sentencia, 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 ambos preceptos 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 pasajes legales «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). E igualmente rememora 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 5 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 afirmando 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 y 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 el 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.

En consecuencia, de acuerdo con lo dispuesto en la STC 49/2015, de 5 de marzo, 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, a 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 Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6721-2014

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Sala en la que se sustenta la sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de esta, que entiendo hubiera debido de ser estimatorio por vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Las razones de mi discrepancia son coincidentes con las que ya fueron expuestas en el Voto particular formulado a la STC 49/2015, 5 de marzo, al que para evitar reiteraciones innecesarias me remito.

Madrid, a ocho de junio de dos mil quince.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Firmado y rubricado.

Sala Primera. Sentencia 135/2015, de 8 de junio de 2015. Cuestión de inconstitucionalidad 6722-2014. 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). Voto particular.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García y don Juan Antonio Xiol Ríos, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6722-2014, promovida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, con sede en Burgos, en relación con 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 intervenido 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 Andrés Ollero Tassara, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 11 de noviembre de 2014 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un oficio de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, al que se acompaña, junto con el testimonio del procedimiento ordinario núm. 1397-2013, el Auto de 15 de octubre de 2014, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con 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 de la cuestión de inconstitucionalidad son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Un grupo de pensionistas interpuso demanda ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en reclamación de actualización de sus pensiones, solicitando que se reconociese su derecho a percibir la paga única compensatoria a que se refiere el apartado 1.2 del art. 48 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS). Derivaría 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, solicitaban los demandantes que se declarase el derecho a que la revalorización de la pensión en 2013 se efectuase 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 11 de abril de 2014 estimando en parte la demanda; declaró el derecho de todos los demandantes (a excepción de los que no cobraban pensión en el año 2011) «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 el «derecho de los actores 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». Se condena al INSS a abonar a los demandantes que se dictan el pago de determinadas cantidades que se especifican en el fallo de la Sentencia.

c) Interpuesto recurso de suplicación por el INSS contra la mencionada Sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León señaló para su deliberación y fallo el 24 de septiembre de 2014. En esa misma fecha dictó providencia por la que acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal [art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)] 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. El Ministerio Fiscal mostró su conformidad con el planteamiento de la cuestión. El resto de las partes no formuló alegaciones.

3. Por Auto de 15 de octubre de 2014 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León acordó plantear 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 Auto se fundamenta en las consideraciones que a continuación se resumen.

Tras exponer los antecedentes del caso, la Sala se refiere a la obligación de plantear cuestión de inconstitucionalidad cuando considere que una norma, con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución (arts. 163 CE, 35.1 LOTC y 5.2 LOPJ). Seguidamente se refiere a los límites constitucionales del decreto-ley (art. 86.1 CE) y a continuación alude a la doctrina constitucional sobre el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE). La Sala afirma ser consciente del «espíritu restrictivo» que inspira la interpretación del supuesto de la prohibición de retroactividad; por ello, señala que lo primero que habría que despejar es si en el caso existe un derecho individual desde la consideración restrictiva apuntada, lo que entiende que merece una respuesta positiva. En segundo lugar, debe examinarse si, aun el caso de que la retroactividad fuera de grado máximo, puede tener una justificación legítima, 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).

El Auto señala que el sistema de Seguridad Social tiene carácter contributivo. Los trabajadores cotizan a la Seguridad Social para que, en el caso de que se produzca la contingencia objeto de protección, se les reconozca el derecho a percibir la prestación correspondiente. Una de las contingencias previstas es la jubilación, por la que se reconoce al beneficiario el derecho a percibir una pensión en proporción al salario por el que cotizó 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 la pensión que tiene derecho a percibir no

pierda poder adquisitivo: el sistema de revalorizaciones de las pensiones, que establece el art. 50 CE, para evitar que, como consecuencia del incremento del coste de la vida, al cabo de los años las pensiones reconocidas pierdan entidad y se produzca un empobrecimiento de los pensionistas.

Afirma la Sala que el desarrollo del art. 50 CE se ha realizado a través del art. 48 LGSS, que regula la revalorización de las pensiones. Establece su apartado 1.1 una regla, de carácter general que no admite ninguna excepción, según la cual «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 1.2 del mismo art. 48 LGSS determina 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»), así como un mecanismo para compensar las posibles desviaciones que se produzcan si el índice de precios al consumo (IPC) previsto es inferior al que finalmente resulta: 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; debe abonarse, según la misma norma, antes del 1 de abril del ejercicio posterior. La misma regla se establece en el art. 27 de la Ley de clases pasivas del Estado.

Indica la Sala que el único límite al importe de la revalorización de las pensiones contributivas se establece en el art. 49 LGSS: la revalorización 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.

Añade la Sala 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».

Sentado lo anterior, la Sala señala que la cuestión estriba en determinar si la supresión de la paga compensatoria correspondiente al año 2012 «vulnera un derecho causado, consolidado y devengado, conforme al art. 50 de la CE, afectando de forma retroactiva a derechos adquiridos y con la vulneración del art. 9.3 de la CE que prohíbe la retroactividad de las disposiciones procesales (sic) restrictivas de los derechos fundamentales».

Por todo ello, la Sala acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012, que deja sin efecto para el año 2012 la actualización de las pensiones en los términos previstos en el apartado 1.2 del art. 48 LGSS y en el párrafo 2 del art. 27.1 de la Ley de clases pasivas. Entiende que vulnera: a) lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución, por el que se garantiza la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos fundamentales individuales, y b) el artículo 33 de la Constitución, de entender que por parte del aludido art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012 serían objeto de expropiación los derechos de los perceptores de pensiones de seguridad, por cuanto son derechos económicos incorporados al patrimonio de aquellos, aunque no hayan sido abonados pero sí devengados. Todo ello por cuanto el Real Decreto-ley 28/2012 «entró en vigor [el] 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».

4. El Pleno del Tribunal acordó admitir a trámite la cuestión mediante providencia de 2 de diciembre de 2014; asimismo deferir a la Sala Primera 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 proceso 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 11 de diciembre de 2014 el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó a este Tribunal la decisión de la Mesa de la Cámara de personarse en el presente proceso constitucional, ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC. En similares términos se pronuncia el Presidente del Senado en el escrito registrado en este Tribunal el 17 de diciembre de 2014.

6. Mediante escrito registrado en 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 de esta entidad gestora, se designase indistintamente a los Letrados de la Administración de la Seguridad Social destinados en el servicio jurídico delegado central de la misma.

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 presentó su escrito de alegaciones el 26 de diciembre de 2014 interesando la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad por las razones que, resumidamente, se exponen a continuación.

Comienza señalando que nuestro sistema de Seguridad Social (art. 41 CE) se caracteriza constitucionalmente por consistir en una garantía institucional que deja al legislador su configuración en atención a las circunstancias económicas y sociales, imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél; cita en este sentido diversa doctrina constitucional.

A continuación pasa a examinar los elementos que configuran la eventual aplicación del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables y restrictivas de derechos individuales, que garantiza el art. 9.3 CE, a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre lo que debe entenderse por «derechos individuales» y el grado de retroactividad permisible. Señala que el Tribunal Constitucional identifica los derechos individuales con los «derechos fundamentales y libertades públicas o la esfera general de protección de la persona»; relaciona su restricción con la idea de sanción (STC 43/1986).

Afirma seguidamente que la actualización de las pensiones conforme al IPC del año en curso no constituye un derecho consolidado integrado en el patrimonio del pensionista, sino una mera expectativa de derecho o un derecho condicionado a la fijación de su contenido por la

Ley de presupuestos generales del Estado 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 un derecho a la actualización automática de las pensiones, sino que lo somete a la condición de que exista una diferencia entre el IPC previsto en la actualización recogida en la Ley de presupuestos generales del Estado del año correspondiente y el IPC acumulado a un mes concreto (noviembre del ejercicio en curso). Por ello, el art. 48.1.2 LGSS continúa diciendo: «a tales efectos, a los pensionistas cuyas pensiones hubiesen sido objeto de revalorización en el ejercicio anterior»; esto es, 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 del Estado. Es lógico, ya que es la Ley de presupuestos de cada ejercicio la que fija los «gastos» a cargo del Estado, que integran el contenido mínimo esencial de la propia Ley. El entendimiento de esta actualización como una mera expectativa encaja en la forma en que la Constitución ha regulado el sistema de Seguridad Social, dejando al legislador un amplísimo margen para definir las características del mismo en función de las circunstancias económicas y sociales en cada momento, con la finalidad de asegurar la suficiencia y solvencia del sistema.

Recuerda también el Abogado del Estado que, conforme a la doctrina constitucional, para que resulte aplicable la garantía de irretroactividad del art. 9.3 CE se exigiría, además, que la medida eventualmente restrictiva tuviera, a su vez, un «matiz sancionador»; esta circunstancia no concurriría en la norma cuestionada, cuya única finalidad es garantizar la viabilidad y suficiencia del sistema de Seguridad Social. En este sentido, recuerda los grados de retroactividad a que se refiere el art. 9.3 CE y recuerda que la STC 182/1997 delimitó en qué supuestos pueden establecerse medidas retroactivas de derechos individuales: cuando existan exigencias cualificadas de interés público. Sostiene el Abogado del Estado que la medida cuestionada obedece a imperiosas circunstancias de índole económica que afectan a la subsistencia y sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, a las que se refiere expresamente la exposición de motivos del Real Decreto-ley 28/2012.

Por último, sobre la alegada vulneración del art. 33 CE señala el Abogado del Estado que esta supuesta vulneración parte de la premisa de la existencia de un derecho adquirido incorporado al patrimonio del pensionista; rechazada la existencia de tal derecho adquirido por las razones antes expuestas no cabe hablar de infracción del art. 33 CE.

9. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social presentó su escrito de alegaciones el 7 de enero de 2015 interesando 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 constitucional respecto a la conservación de los derechos adquiridos y sobre la aplicación del principio de irretroactividad en el sistema de la Seguridad Social. Señala que la doctrina de este Tribunal 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 al sistema de Seguridad Social suponen su configuración legal, 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. Deja 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. Este, 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». De la doctrina constitucional se desprende que no existe una exigencia constitucional que obligue necesariamente a revalorizar las pensiones. El art. 50 CE establece una actualización periódica, pero no determina la periodicidad ni la cuantía y alcance de la revalorización; la revalorización y actualización de las pensiones depende de los recursos disponibles, de la situación económica de cada momento y de la ponderación de las necesidades sociales concurrentes.

Recuerda también que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de establecer una consolidada 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 (cita las SSTC 65/1987, de 21 de mayo; 134/1987, de 21 de julio; 66/1990, de 5 de abril, y 89/2009, de 20 de abril).

Afirma a continuación 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 vulnera los arts. 41 y 50 CE, ni afecta a ningún derecho individual en los términos contemplados en el art. 9.3 CE. Lo que verdaderamente ha de ser tutelado por imperativo constitucional es que no se pongan en cuestión los rasgos estructurales del sistema 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 de Seguridad Social.

Señala también que el art. 48.1 LGSS, en la redacción vigente en la fecha del proceso a quo, establece respecto a la revalorización de las pensiones contributivas que se producirá anualmente en función del correspondiente 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 trata de 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 del IPC previsto y el realmente acontecido; se toma 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. En coherencia con la doctrina 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; la efectividad de la medida dependerá de que se contemple la actualización de la diferencia y del pago único en la correspondiente Ley de presupuestos generales del Estado 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 previstos en ambos puntos se condiciona al principio de legalidad presupuestaria.

A juicio del Letrado de la Administración de la Seguridad Social, la regla establecida en el art. 48.1.2 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 Ley general de la Seguridad Social 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.

En suma, no existe un consolidado derecho subjetivo perfecto al abono de una paga única por la diferencia entre el incremento del IPC previsto en la Ley de presupuestos generales del Estado para 2012 y el IPC real, acumulado durante el intervalo de diciembre de 2011 a noviembre de 2012; no cabe pues apreciar vulneración del art. 9.3 CE.

Por último afirma que, al no existir un derecho subjetivo a la actualización y al abono de la paga única compensatoria, tampoco cabe afirmar que el art. 2.1 del Real Decreto-ley 28/2012 actúe retroactivamente limitando o restringiendo esos supuestos derechos adquiridos, que no son tales. Tampoco se podría sostener, con apoyo en 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 su escrito de alegaciones el 8 de enero de 2015, interesando la estimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Comienza su escrito delimitando el contenido de la cuestión. Estima que el Auto de planteamiento adolece de imprecisión; considera que ha de entenderse que el órgano judicial cuestiona la regla sobre la actualización anual de las pensiones prevista para el año siguiente, concretamente en el caso que nos ocupa para el año 2013, mientras que la otra regla, referida a la determinación de la paga única compensatoria, sólo la menciona incidentalmente. Para el órgano judicial, los derechos que nacen de ambas reglas gozan de la misma naturaleza, y se consolidan simultáneamente en el tiempo, pero en opinión del Fiscal esto no es cierto; entiende que deberían haberse tratado separadamente las razones que podrían cuestionar la constitucionalidad de una norma y la otra.

Recuerda seguidamente la doctrina constitucional en materia de proscripción de la retroactividad de las normas (art. 9.3 CE) partiendo del desarrollo que se ha dado de los conceptos de normas sancionadoras no favorables y de normas restrictivas de derechos individuales. A la vista de esta doctrina, considera el Fiscal que la decisión que se contiene en el precepto cuestionado de suspender para el ejercicio 2012 la aplicación de la regla de abono de la paga única compensatoria (que debería realizarse antes del 1 de abril de 2013) por la desviación entre el IPC previsto y el IPC acumulado, correspondiente al periodo comprendido entre noviembre de 2011 y noviembre de 2012, incurre en supuesto de retroactividad auténtica; vincula los efectos a un hecho ya consumado y consolidado, toda vez que el Real Decreto-ley 28/2012 entró en vigor el 1 de diciembre de 2012. Se trataría, por tanto, de un derecho económico consolidado, ya incorporado al patrimonio del pensionista. Lo que se posterga es simplemente el pago, que si no se hizo antes es por faltar la constatación matemática de la cuantía. Al depender del IPC acumulado, la cuantía no se podía conocer hasta el 30 de noviembre de 2012.

A su juicio, la remisión que el art. 48 LGSS hace a la Ley de presupuestos generales del Estado no puede considerarse una postergación del derecho a lo que determine esa ley. La actualización se produciría de forma automática cuando el Instituto Nacional de Estadística fija ese índice, limitándose la Ley de presupuestos generales del Estado a fijar el apunte contable. No se dejaría pendiente de aprobación por 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 violación de este art. 33 CE será una consecuencia de la existencia de retroactividad prohibida por el art. 9.3 CE en que entiende el Fiscal que incurre 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 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, 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.

Por las razones que han quedado expuestas en el relato de antecedentes de la presente resolución, el Fiscal General del Estado solicita la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad, mientras que el Abogado del Estado y el Letrado de la Administración de la Seguridad Social solicitan su desestimación.

2. La duda de constitucionalidad planteada por el órgano judicial ha sido ya resuelta por este Tribunal en la reciente STC 49/2015, de 5 de marzo, en la que hemos desestimado el recurso de inconstitucionalidad núm. 1114-2013 interpuesto contra 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. A su doctrina hemos de remitirnos; declara que este precepto, que deja sin efecto para el ejercicio 2012 la regla de actualización de las pensiones prevista en el art. 48.1.2 LGSS y el art. 27.1, párrafo segundo, de la Ley de clases pasivas del Estado (para el caso de que el IPC acumulado correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico en curso sea superior al índice de precios al consumo (IPC) previsto y en función del cual se calcula la revalorización de la pensión), no vulnera los arts. 9.3 y 33 CE.

a) En efecto, según señala la STC 49/2015, FJ 5, para valorar si la norma cuestionada vulnera la interdicción de retroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos individuales que garantiza el art. 9.3 CE, «resulta ineludible 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, por el contrario, tenían un derecho consolidado, asumido e integrado en su patrimonio».

Afirma la STC 49/2015 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». Recuerda que el art. 50 CE «no obliga a que todas y cada una de las pensiones ya causadas experimenten un incremento anual. La “garantía de actualización periódica no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones. Al fijar un límite a la percepción de nuevas pensiones o al negar la actualización durante un tiempo de las que superan ese límite, el legislador no rebasa el ámbito de las funciones que le corresponden en la apreciación de aquellas circunstancias

socioeconómicas que condicionan la adecuación y actualización del sistema de pensiones” (STC 134/1987, de 21 de julio, FJ 5)»; igualmente 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)» (STC 49/2015, FJ 5).

Con fundamento en la doctrina constitucional citada, la STC 49/2015 considera 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 la STC 49/2015 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 (STC 49/2015, FJ 5).

b) Por lo que se refiere a la pretendida 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». Reiterando lo declarado 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 cuestionada «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» (STC 49/2015, FJ 6).

En suma, por las mismas razones expresadas en la STC 49/2015, la presente cuestión de inconstitucionalidad 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, a ocho de junio de dos mil quince.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6722-2014

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Sala en la que se sustenta la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de esta, que entiendo hubiera debido de ser estimatorio por vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

Las razones de mi discrepancia son coincidentes con las que ya fueron expuestas en el Voto particular formulado a la STC 49/2015, de 5 de marzo, al que para evitar reiteraciones innecesarias me remito.

Madrid, a ocho de junio de dos mil quince.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Firmado y rubricado.

Pleno. Sentencia 136/2015, de 11 de junio de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 2205-2013. Interpuesto por la Junta de Extremadura en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Límites de los decretos-leyes, principios de seguridad jurídica e igualdad tributaria: nulidad de los preceptos legales que disponen la repercusión obligatoria de los tributos o recargos autonómicos a los consumidores de energía eléctrica del propio territorio.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narvárez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 2205-2013, interpuesto por la Junta de Extremadura contra el art. 38 y la disposición adicional decimoquinta del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Ha comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Santiago Martínez-Vares García, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal Constitucional el día 12 de abril de 2013 el Letrado de la Junta de Extremadura, en la representación que ostenta, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el art. 38 y la disposición adicional decimoquinta del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

El recurso se fundamenta en los motivos que, resumidamente, se exponen a continuación:

El Letrado de la Junta de Extremadura comienza sus alegaciones con un apartado titulado hechos, en el que expone el contenido de los preceptos impugnados y la aplicación a los mismos del procedimiento previsto en el art. 33.2 LOTC. Además señala que la materia jurídico constitucional sobre la que versa el recurso ya fue objeto de un acuerdo previo de resolución de conflicto entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Extremadura en relación con la Ley 7/1997, de 29 de mayo, de medidas fiscales sobre la producción y el transporte de energía que incidan sobre el medio ambiente. A continuación expone lo que denomina fundamentos jurídico-procesales, señalando el objeto del recurso, la legitimación de la Junta de Extremadura para interponerlo, el plazo de interposición y el cumplimiento de las reglas sobre postulación.

En cuanto a la fundamentación del recurso, comienza negando que el recurso tenga carácter prospectivo o preventivo en cuanto que las normas, al establecer la obligatoriedad de incluir un suplemento territorial para cubrir la totalidad del sobrecoste derivado de los tributos que graven las actividades o instalaciones destinadas al suministro eléctrico, afecta a los tributos autonómicos y, entre ellos, al impuesto extremeño sobre las instalaciones que incidan en el medio ambiente. Alude a continuación a que esta modificación pretende evitar desequilibrios en los costes de las empresas del sector eléctrico, estableciendo la obligatoriedad de imponer el suplemento territorial en los peajes de acceso y tarifas de último recurso, debiendo ser abonados por los consumidores, en el ámbito territorial de la respectiva Comunidad Autónoma. Además se deja en manos del Gobierno –concretamente en el Ministro de Industria, Energía y Turismo–, la decisión de qué tributos son susceptibles de ser repercutidos. Extremadura, dispone de un tributo propio que se declara expresamente como directo, esto es no repercutible al consumidor. Dicho tributo fue objeto de una modificación fruto del acuerdo con el Estado, en cuya virtud, se retiraba el recurso interpuesto contra la ya citada Ley 7/1997, y la Comunidad Autónoma se comprometía a modificar la norma en los términos fijados en dicho acuerdo, lo que se llevó a cabo mediante la Ley 8/2005, de modificación de la anterior. Para la demanda «se consensuó con el Estado la existencia pacífica de un impuesto directo, (a soportar por los titulares de las instalaciones medioambientalmente incisivas) de naturaleza extrafiscal (desmotivador de esa incidencia medioambiental) sobre instalaciones (eléctricas y de telefonía) con incidencia en el medio ambiente», consenso que ahora se ve alterado por cuanto la nueva redacción dada por el Real Decreto-ley 20/2012 a la Ley del sector eléctrico establece la obligatoriedad de imponer el suplemento territorial en los peajes de acceso y tarifas de último recurso, debiendo ser abonado por los consumidores ubicados en el ámbito territorial de la respectiva Comunidad Autónoma.

Tras estas consideraciones generales, la demanda expone los siguientes motivos de inconstitucionalidad:

a) Vulneración del art 86.1 CE por afectar al régimen de las Comunidades Autónomas en el reparto de competencias financieras del bloque de la constitucionalidad. La modificación de la norma estatal supone un límite nuevo a la capacidad autonómica para crear tributos que hubiera debido introducirse en la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas

(LOFCA), en la medida en que esta norma, en sus arts. 6 y 9, consagra el poder tributario autonómico y lo limita tan sólo en el sentido de evitar la doble imposición o la extraterritorialidad. Poder tributario autonómico que, por lo demás, cuenta con respaldo estatutario expreso en el art. 81 del Estatuto de Autonomía de Extremadura. En el caso concreto del impuesto extremeño se consensuó en el seno de la comisión bilateral de cooperación poniendo de manifiesto un entendimiento de los límites del art. 6.3 LOFCA que luego se confirmó en la Ley Orgánica 3/2009. De este modo, según el Letrado de la Junta de Extremadura, la norma estatal constituye un límite indebido al principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, y, en concreto, a la capacidad tributaria de Extremadura, por cuanto distorsiona y modifica unilateralmente la potestad de regular sus propios tributos, al cambiar, no sólo los elementos del mismo (modificación del obligado tributario, estableciendo un régimen de repercusión jurídica no establecido en la norma autonómica), sino la propia finalidad extrafiscal (ecológica), que anima al tributo, por cuanto el Estado persigue neutralizar «el efecto directo del tributo medioambiental autonómico, repercutiéndolo sobre los usuarios y consumidores finales, con el indisimulado fin de que no afecte ni suponga carga alguna a sus actuales destinatarios y obligados tributarios, las empresas productoras y distribuidoras de electricidad, cuya actividad afecta el medio natural». A juicio de la demanda, esa modificación impone una limitación al ejercicio del poder tributario de Extremadura, que no puede llevarse a cabo por Decreto-ley.

b) Vulneración del art. 86.1 CE por afectar al deber constitucional de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas al trasladar el tributo a los consumidores. La demanda recuerda que, conforme a la doctrina constitucional, vulnera el art. 86.1 CE «cualquier intervención o innovación normativa que, por su entidad cualitativa o cuantitativa, altere sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario». Esa alteración se produciría en el caso del Real Decreto-ley 20/2012, en cuanto que modifica la carga tributaria para trasladarla a los abonados finales, alterando así el deber de contribuir del art. 31 CE.

c) Vulneración del art. 86.1 CE, por carecer las disposiciones impugnadas del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad. Tras exponer la doctrina constitucional sobre la cuestión, la demanda señala que «la urgencia se vincula a la imposibilidad de implementar el contenido de la regulación o, en otras palabras, de alcanzar la finalidad deseada o buscada, mediante el procedimiento parlamentario común» así como «que la naturaleza extraordinaria de la necesidad, ha sido interpretada como el supuesto excepcional en el que la coyuntura circunstancial requiere una intervención normativa inmediata por parte del poder ejecutivo», intervención debidamente justificada en el texto de la norma o en la documentación que lo acompaña. Tras recoger las afirmaciones de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 20/2012 acerca del conjunto de medidas adoptadas en el sector eléctrico y, en concreto, sobre los preceptos impugnados, así como en relación con el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad, señala que «no se alcanza a ver qué relación tiene el déficit o estabilidad presupuestaria pública con el hecho que sean las compañías eléctricas o sean los consumidores finales los que soporten los tributos autonómicos». Indica, además, que ninguna conclusión puede obtenerse del debate de convalidación, lo que le lleva a concluir que «aunque existe una explicación de lo que se hace, el por qué se hace, nada se justifica sobre la urgencia de la misma más que por el recurso a formular estereotipos carentes de consistencia alguna», resultando entonces de aplicación la doctrina de la STC 137/2011 en relación a la carencia de la nota de urgencia constitucionalmente exigida. Carencia de urgencia que también pone de manifiesto la falta de aplicación de la habilitación legal contenida en la disposición adicional decimoquinta con relación a la concreción de los tributos territoriales que han de ser repercutidos a los usuarios finales.

d) Vulneración del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE por la disposición adicional decimoquinta del Real Decreto-ley 20/2012. En este sentido la demanda califica la norma de arbitraria y argumenta que se crea inseguridad jurídica respecto a la decisión última del Ministro y su alcance respecto al tributo extremeño, pues lo que debería evitarse es que «la obligación patrimonial que traslada el Decreto ley a los abonados eléctricos, penda efectiva y jurídicamente del criterio del Ministro de Industria».

e) Vulneración del principio de reserva de ley en materia tributaria del art. 31.3 CE por la disposición adicional decimoquinta del Real Decreto-ley 20/2012. Así, argumentando que el mandato de la disposición adicional decimoquinta, al introducir un suplemento público al precio del consumo de un bien esencial como la electricidad, se engarza en una prestación patrimonial de carácter público, estima que, conforme al art. 31 CE, ha de ser fijado por ley, pues la reserva legal alcanza no sólo a la creación sino también a la determinación de los elementos esenciales de esa prestación patrimonial de carácter público. De esta manera derivar al Ministro la determinación de las Comunidades Autónomas a las que afectaría el «suplemento territorial», constituye una auténtica deslegalización de la determinación y aplicación misma de dicho suplemento territorial, vulnerando así la necesaria reserva de ley.

f) Infracción del principio de lealtad institucional. Tras aludir profusamente a la doctrina constitucional en la materia, el Letrado de la Junta de Extremadura señala que el mencionado principio se ha plasmado en el art. 86.1 del Estatuto de Autonomía de Extremadura, así como en el art. 2.1 g) LOFCA, de los que, a su juicio, se deriva la obligación de compensar a las Comunidades Autónomas, en el caso de perturbación de un recurso tributario autonómico por una decisión estatal. Algo a lo que también obligaría el art. 9 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria. Según el Letrado de la Junta de Extremadura, «en el caso que nos ocupa, la incidencia de la actuación del Decreto-ley del Estado es incuestionable sobre la finalidad extrafiscal del tributo extremeño», resaltando además que la regulación actualmente vigente del impuesto extremeño, la que deriva de la Ley 8/2005, es fruto de un acuerdo expreso en el seno de la comisión bilateral de cooperación, cumplido en sus literales términos por la Comunidad Autónoma de Extremadura. Dicha actuación «no ha tenido una respuesta idéntica por parte del Estado en la medida que el Decreto-ley recurrido no solo se aparta de lo pactado literalmente con Extremadura sino que establece una previsión literalmente contraria a la prohibición de repercusión del tributo medioambiental extremeño». En la demanda se afirma que «el Estado por Decreto ley no puede pervertir y desnaturalizar una política medioambiental sustentada por la finalidad extrafiscal de un tributo que ha sido pactado, en su configuración literal, con el Estado. La anterior afirmación, sin duda nos lleva a una violación por parte del Estado del principio de lealtad institucional, en cualquiera de sus dimensiones y por muy básica que se quiera entender su configuración».

g) Vulneración del principio de igualdad tributaria del art. 139 en relación con los arts. 14 y 31 CE. La demanda alega que los preceptos impugnados «suponen la imposición de una carga desigual, injusta y absolutamente injustificada y desproporcionada a los ciudadanos de la Comunidad Autónoma de Extremadura, con respecto de los de otras Comunidades Autónomas». Igualmente sostiene que «con el sobrecoste de la energía eléctrica, no vinculado al consumo de la misma, se conculca de manera clara el precitado art. 139 CE, en relación con el artículo 14, por cuanto supone una discriminación injustificada, y del artículo 31, por cuanto no se vincula el sobrecoste al principio de capacidad económica, al hacer de cada consumidor extremeño, los sujetos pasivos de un impuesto que va destinado como únicos destinatarios a las empresas a las que la ley extremeña sujeta al impuesto como obligados tributarios a título de contribuyentes». Niega la demanda que las normas objeto del presente recurso respondan a un objetivo legítimo desde el punto de vista constitucional, ni una relación de causalidad y necesidad con el medio ordenado para hacerlo posible, de suerte que vulnera tanto la

consagración de la igualdad de derechos y obligaciones de los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado como la libertad de circulación ordenada por el art. 139 CE.

h) Vulneración del principio de capacidad económica establecido en el art. 31 CE, por cuanto «el suplemento territorializado pretendido con la norma estatal, desvincula su cuantía de la capacidad económica de los consumidores, al hacer recaer sobre los mismos la totalidad del gravamen, pensado y diseñado en todos sus elementos, con el propósito de que recayera sobre una actividad empresarial generadora de riqueza, como es la actividad empresarial del sector eléctrico».

i) Quebrantamiento del principio democrático por el exceso de normas afectadas por el Decreto-ley recurrido por cuanto, según se afirma, «el aluvión de normas y sectores afectados por el Decreto-ley, así como su heterogeneidad, dificultan incluso el control a posteriori del parlamento, por cuanto la convalidación de la misma no se acomete con la precisión y rigor sectorizado, pues el debate y aprobación se efectúa respecto a la norma en su conjunto».

2. Por providencia de 7 de mayo de 2013, el Pleno del Tribunal Constitucional, a propuesta de la Sección Segunda, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad y dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme establece el art. 34 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado así como al Gobierno, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes. También se ordenó publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado».

3. Por escrito registrado el 14 de mayo de 2013, el Abogado del Estado se personó en nombre del Gobierno solicitando una prórroga en el plazo para la formulación de alegaciones, prórroga que le fue concedida por providencia del Pleno de 16 de mayo de 2013.

4. El día 22 de mayo de 2013, el Presidente del Senado comunicó el acuerdo de la Mesa de la Cámara de personarse en el procedimiento y ofrecer su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC. Lo mismo hizo el Presidente del Congreso de los Diputados por escrito que tuvo entrada en este Tribunal el día 23 de mayo de 2013.

5. Las alegaciones presentadas por el Abogado del Estado interesando la desestimación del recurso fueron registradas en este Tribunal el día 14 de junio de 2013.

Tras recoger el tenor literal de los preceptos impugnados y sistematizar los motivos de la impugnación, examina en primer lugar la queja relativa a la ausencia del presupuesto habilitante exigido por el art. 86.1 CE.

A tal efecto expone pormenorizadamente la doctrina constitucional, señalando que de la misma se deduce que el canon de enjuiciamiento se ciñe a corregir una eventual valoración abusiva o arbitraria por parte de los poderes políticos de la necesidad concurrente. Indica que, desde un punto de vista formal, los órganos políticos han cumplido con la exigencia de exteriorizar las razones de urgencia que legitiman la utilización de esta figura normativa, motivos que justifican la decisión de acudir al Real Decreto-ley 20/2012. Tales motivos son los siguientes: la existencia de una crisis económica sin precedentes que exige de fuertes ajustes presupuestarios y cuya virulencia se ha acrecentado en los dos primeros trimestres del año, obligando a la adopción de medidas urgentes en dos ejes: la consolidación fiscal y el impulso de nuevas reformas estructurales. En el debate de convalidación se hizo asimismo referencia a la grave situación de crisis y a las debilidades estructurales de la economía española y de su sector público y lo mismo hace la memoria de análisis de impacto normativo del Real

Decreto-ley 20/2012, que acompaña a su escrito. Finaliza este alegato señalando que, de la difícil situación de la economía española se han hecho eco tanto el Banco de España, en sus informes anuales, como diversas decisiones de este Tribunal.

Alude, en segundo lugar, a la situación del sector eléctrico, señalando el problema que supone el denominado déficit tarifario que obliga a adoptar medidas adicionales a las ya previstas, entre las que se encuentra la del suplemento territorial, debidamente justificada en el preámbulo del Real Decreto-ley 20/2012 así como en la memoria de análisis de impacto. Igualmente acompaña a su escrito un informe de la Comisión Nacional de Energía en la que se ponen de manifiesto el problema del déficit tarifario y la necesidad de introducir reformas que alteren la insostenible situación actual. Concluye el Abogado del Estado indicando que «sería urgente abordar una situación como la descrita del sector eléctrico en la que se está generando año tras año una importante deuda que amenaza con lastrar la economía española para el futuro y que afecta gravemente a la competitividad de empresas y emprendedores. Conviene no olvidar que el sobrecoste energético y el endeudamiento derivado del déficit tarifario se hace recaer sobre una economía profundamente debilitada con una situación de las cuentas públicas insostenible y con cifras de paro alarmantes».

Descarta a continuación la vulneración de los límites materiales que derivan del art. 86.1 CE. Indica al respecto que el argumento impugnatorio principal denuncia que las medidas estatales recurridas conllevan la repercusión de los tributos propios de las Comunidades Autónomas sobre instalaciones eléctricas a los consumidores de electricidad de cada región y que con ello se vienen a desconocer las prohibiciones de repercusión establecidas en las normas autonómicas, en concreto, la que prescribe el art. 16.2 del Decreto Legislativo 2/2006, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de tributos propios. Frente a ello señala el Abogado del Estado que el establecimiento de un suplemento territorial no es en modo alguno una repercusión tributaria que transforme a estos impuestos directos en otros de naturaleza indirecta, debiendo tenerse en cuenta, además, que tanto el esquema de costes como de ingresos de las empresas del sector eléctrico están regulados, sin que sea posible la libre traslación de los costes impositivos de acuerdo a los criterios puros de mercado. Tras señalar que la norma autonómica no es parámetro de constitucionalidad de la estatal destaca que ésta se dicta al amparo de las competencias estatales sobre el régimen económico del sector eléctrico, reconocidas por la doctrina de las SSTC 18/2011, 148/2011 y 102/2013, y que determinan la existencia de un régimen único para todo el territorio nacional al ser necesaria una regulación uniforme para calcular la retribución de los distintos operadores que realizan las diferentes actividades encaminadas al suministro eléctrico, entre las que se encuentran las de producción, transporte y distribución. En definitiva el legislador básico, dentro del ámbito de sus competencias, se limita a garantizar la existencia de un régimen económico único para todo el territorio nacional del sector eléctrico y trata de garantizar que la aplicación y el desenvolvimiento del tributo autonómico, que no se cuestiona, no incida en el régimen económico del sector eléctrico afectando a la formación de los precios de la energía en el ámbito nacional.

Por otro lado resalta el difícil encaje de la norma autonómica en la configuración técnica de la repercusión tributaria, a la que resulta ajena una prohibición como la que se establece en el tributo autonómico. Entiende el Abogado del Estado que, en una economía de mercado, esta cuestión excede de la regulación propia de los elementos del tributo y se adentra en la determinación del precio del correspondiente producto o servicio. Resulta innegable, según el escrito de contestación a la demanda, que lo que el legislador estatal pretende «es que los tributos autonómicos no tengan repercusión en el precio final de la energía eléctrica que se deba pagar en todo el territorio nacional, sino que se soporte en aquellas Comunidades

Autónomas que decidan imponerlo, en coherencia con el principio de territorialidad consignado en el artículo 9 LOFCA» de modo que «se introduce una previsión que garantice que el desenvolvimiento y la aplicación del tributo no tenga incidencia en los precios del sistema eléctrico nacional y no afecte, en consecuencia, al régimen económico único del sector eléctrico establecido por el Estado para todo el territorio nacional». Por último, alega que este motivo de inconstitucionalidad relacionado con el problema competencial que suscita la demanda debe ser rechazado atendiendo a la doctrina constitucional acerca del límite material relativo al «régimen de las Comunidades Autónomas» que no puede entenderse referente a cualquier regulación que incida en las competencias autonómicas.

Respecto a la afectación al deber constitucional de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas al trasladar a los consumidores la carga de un tributo señala, tras exponer la doctrina en la materia, que los preceptos impugnados no vulneran ese límite material y, por tanto, son conformes con el art. 86.1 CE, pues dicho precepto únicamente impediría que por decreto-ley se abordara una innovación normativa que, por su entidad cualitativa o cuantitativa, alterase sensiblemente la posición de la generalidad de los obligados a contribuir. Para que pueda producirse esa afectación es preciso que se incida en un tributo que ocupe una posición central en el sistema tributario y, además, que se modifiquen elementos esenciales de ese tributo. Para el Abogado del Estado resulta claro que se respetan tales límites pues no modifica el régimen de ningún impuesto central de nuestro sistema tributario, sino que se trata de una figura tributaria de aplicación territorialmente limitada y, por tanto, de escasísimo relieve en el «conjunto del sistema tributario», que se aplica, comparativamente, a pocos sujetos pasivos, por lo que no puede considerarse que quede esencialmente afectado el deber constitucional de contribuir.

Descarta a continuación la vulneración del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE, que se reprocha a la disposición adicional decimoquinta, indicando que «tiene una evidente explicación racional que no es otra que evitar recoger en un texto legal la concreta mención de cada uno los tributos y recargos que “serán considerados a efectos de la aplicación del suplemento territorial a los peajes de acceso y tarifas de último recurso”.» Señala también que la norma «no incurre en ninguno de los vicios que le harían vulnerar la seguridad jurídica, al ser patente que no es una norma incierta o falta de la indispensable claridad, por contar con un contenido preciso y unos efectos perfectamente determinados; haber sido formalmente publicada y no incurrir en arbitrariedad ni carecer de razonabilidad».

El Abogado del Estado niega la vulneración del principio de reserva de ley tributaria del art. 31.3 CE, que se imputa también a la disposición adicional decimoquinta, por entender que el suplemento territorial no constituye un tributo y aun aceptando que pudiera calificarse de prestación patrimonial de carácter público, la determinación de los tributos autonómicos a tener en cuenta para aplicar el suplemento y la de los mecanismos para su gestión y liquidación no pueden estimarse que vulneren la reserva de ley constitucionalmente establecida, atendiendo, además, a la posibilidad de una mayor intervención del reglamento respecto a estas últimas.

Descarta que exista la deslealtad constitucional que se hace derivar del supuesto incumplimiento por parte del Estado del Acuerdo de la comisión bilateral de cooperación Administración general del Estado-Comunidad Autónoma de Extremadura respecto del inicial tributo autonómico, pues tal acuerdo fue cumplido por el Estado al desistir del recurso de inconstitucionalidad que se menciona en el acuerdo. Lo que no puede pretenderse es «vincular pro futuro al Estado traduciendo el respeto al acuerdo en su día alcanzado para llevar a cabo determinada actuación, en una prohibición que impida al Estado cualquier actuación legislativa posterior que precise adoptar en aras del interés general, cual es en este supuesto hacer frente a la

carga económica que vienen soportando los consumidores nacionales por la creación de determinados tributos autonómicos».

En cuanto a la vulneración del principio de igualdad tributaria del art. 139 en relación con los arts. 31 y 14 CE, señala que no se produce la ruptura de la unidad de mercado que se aprecia en la demanda, ni tampoco existe una discriminación que no tenga una justificación objetiva y razonable o que resulte desproporcionada pues el suplemento territorial afectará a todos aquellos consumidores que se hallen en la Comunidad Autónoma impositora y en la medida que sea necesaria para cubrir el sobrecoste provocado por el correspondiente tributo autonómico. Tampoco se vulnera el principio de capacidad económica del art. 31.1. CE, que es exigible respecto del sistema tributario en su conjunto y no respecto de cada una de las figuras impositivas, y, además, «no puede afirmarse con rigor que exista una desvinculación respecto de la capacidad económica de los consumidores, al no constituir un tributo el suplemento territorial a incluir en el peaje de acceso o en la tarifa de último recurso y que en todo caso su cuantía se limitará a aquella que sea suficiente para cubrir el sobrecoste que provoque el correspondiente tributo o recargo».

Por último, señala el inexistente quebrantamiento del principio democrático, vicio que se reprocha a toda la norma, resultando imposible hacer derivar tal tacha de los específicos preceptos impugnados y bastando para desestimarla la remisión a la doctrina de la STC 136/2011.

6. Por providencia de 9 de junio de dos mil quince, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 11 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. En el presente proceso constitucional debemos resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Junta de Extremadura contra el art. 38 y la disposición adicional decimoquinta del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

Los preceptos impugnados disponen lo siguiente:

«Artículo 38. Modificación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico.

Se modifica la Ley 54/1997 de 27 de noviembre, del sector eléctrico, en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el apartado 4 del art 17 que pasa a tener la siguiente redacción:

4. En caso de que las actividades o instalaciones destinadas al suministro eléctrico fueran gravadas, directa o indirectamente, con tributos propios de las Comunidades Autónomas o recargos sobre tributos estatales, al peaje de acceso se le incluirá un suplemento territorial que cubrirá la totalidad del sobrecoste provocado por ese tributo o recargo y que deberá ser abonado por los consumidores ubicados en el ámbito territorial de la respectiva Comunidad Autónoma.

En el caso de que los tributos impuestos sean de carácter local y no vengan determinados por normativa estatal, al peaje de acceso se le podrá incluir un suplemento territorial que cubra la totalidad del sobrecoste provocado.

Dos. Se modifica el apartado 5 del art. 18 en los siguientes términos:

5. En caso de que las actividades o instalaciones destinadas al suministro eléctrico fueran gravadas, directa o indirectamente, con tributos propios de las Comunidades Autónomas o recargos sobre tributos estatales a la tarifa de último recurso se le incluirá un suplemento territorial que cubrirá la totalidad del sobrecoste provocado por ese tributo o recargo y que deberá ser abonado por los consumidores ubicados en el ámbito territorial de la respectiva Comunidad Autónoma.

En el caso de que los tributos impuestos sean de carácter local y no vengan determinados por normativa estatal, a la tarifa de último recurso se le podrá incluir un suplemento territorial que cubra la totalidad del sobrecoste provocado.»

«Disposición adicional decimoquinta. Suplementos territoriales de aplicación a peajes de acceso y tarifa de último recurso.

Se habilita al Ministro de Industria, Energía y Turismo a determinar, previo Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, los concretos tributos y recargos que serán considerados a efectos de la aplicación del suplemento territorial a los peajes de acceso y tarifas de último recurso, de acuerdo con lo establecido en los artículos 17 y 18 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, así como los mecanismos necesarios para su gestión y liquidación.»

Como se ha expuesto en los antecedentes la Junta de Extremadura cuestiona la regulación impugnada en cuanto que, al disponer la repercusión obligatoria de los tributos o recargos autonómicos a los consumidores del territorio, alteraría la previa configuración de un tributo autonómico sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente en el que establecía expresamente la prohibición de repercusión a los consumidores de energía, tributo que había sido objeto de un previo acuerdo en la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Junta de Extremadura. A partir de esa formulación general, el recurso articula diversos motivos de inconstitucionalidad. El primero es la vulneración del art. 86.1 CE, pues los preceptos impugnados afectarían al régimen de las Comunidades Autónomas modificando el reparto de competencias financieras que deriva del bloque de constitucionalidad, ya que la prohibición de repercusión vaciaría de contenido la potestad tributaria propia de la Comunidad Autónoma en los términos en los que viene reconocida en la LOFCA y en el Estatuto de Autonomía de Extremadura. Igualmente se vulneraría el art. 86.1 CE por afectar al deber constitucional de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas, al trasladar a los consumidores la carga de un tributo. Asimismo, las disposiciones recurridas carecerían de la acreditación del presupuesto habilitante que exige el art. 86.1 CE. En segundo lugar se reprocha la deslealtad constitucional en la que habría incurrido el Estado al alterar, mediante Decreto-ley, una política medioambiental sustentada en la finalidad extrafiscal de un tributo pactado, en su configuración literal, en la comisión bilateral de cooperación. En tercer lugar, se alega la vulneración del principio de igualdad tributaria del art. 139 CE en relación con los arts. 31 y 14, en cuanto que se infringe el principio de capacidad económica, al repercutir a los ciudadanos extremeños un tributo que no atiende, ni en su cuantía ni en su determinación, a su capacidad contributiva. En cuarto lugar se aduce la vulneración del principio democrático, dado el exceso de normas afectadas por el Decreto-ley. Finalmente, y específicamente en relación con la disposición adicional decimoquinta, se alega la vulneración del principio de seguridad jurídica, en cuanto que la decisión sobre la prohibición de repercusión de los tributos autonómicos pende de una decisión administrativa, así como, por la misma razón, la infracción del principio de reserva de ley tributaria del art. 31.3 CE.

El Abogado del Estado ha negado todas las infracciones constitucionales que se denuncian en el recurso. Ha defendido que no se vulnera el art. 86.1 CE, pues la existencia de una extraordinaria y urgente necesidad ha sido acreditada por el Gobierno, sin que tampoco se vulneren los límites materiales que derivan de dicho precepto constitucional. Igualmente ha descartado la vulneración de los principios de lealtad constitucional, ya que el acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación fue cumplido por el Estado en sus propios términos, así como del de igualdad tributaria. En cuanto a las tachas que se dirigen a la disposición adicional decimoquinta, ha sostenido que no se vulnera la seguridad jurídica ni la reserva de ley en materia tributaria ya que el suplemento territorial no constituiría, en rigor, un tributo. Por último, advirtiendo que se trataría de un reproche que se dirige a la totalidad del Real Decreto-ley 20/2012 y no exclusivamente a los preceptos impugnados, ha negado que se vulnere el principio democrático.

2. Expuestas las posiciones de las partes enfrentadas en el recurso, es necesario determinar su pervivencia dado que las normas impugnadas han sido expresamente derogadas durante la pendencia del proceso. El art. 38 del Real Decreto-ley 20/2012 modificaba los arts. 17.4 y 18.5 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, ambos expresamente derogados por la disposición derogatoria.1 a) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico. Esa misma disposición derogatoria, en su apartado 1 d), ha dejado sin efecto la otra norma impugnada en este proceso, la disposición adicional decimoquinta del indicado Real Decreto-ley 20/2012.

Los criterios de nuestra doctrina respecto a la pérdida de objeto en los recursos de inconstitucionalidad los expone la STC 96/2014, de 2 de junio, FJ 2, la cual, tras señalar que «la regla general en el ámbito de los recursos de inconstitucionalidad es que la derogación de la norma impugnada extingue su objeto», indica que no cabe dar una respuesta unívoca a esta cuestión, ya que, citando la STC 124/2003, de 19 de junio, FJ 10, afirma que «en el ámbito del recurso de inconstitucionalidad, recurso abstracto y orientado a la depuración objetiva del ordenamiento, la pérdida sobrevenida de la vigencia del precepto legal impugnado “habrá de ser tenida en cuenta por este Tribunal para apreciar si la misma conlleva... la exclusión de toda la aplicabilidad de la Ley, [pues] si así fuera, no habría sino que reconocer que desapareció, al acabar su vigencia, el objeto de este proceso constitucional que, por sus notas de abstracción y objetividad, no puede hallar su exclusivo sentido en la eventual remoción de las situaciones jurídicas creadas en aplicación de la Ley, acaso inconstitucional (art. 40.1 LOTC)” (STC 199/1987, FJ 3). Por ello, carece de sentido, tratándose de un recurso de inconstitucionalidad, “pronunciarse sobre normas que el mismo legislador ha expulsado ya de dicho ordenamiento... de modo total, sin ultraactividad” (SSTC 160/1987, FJ 6; 150/1990, FJ 8; 385/1993, FJ 2). Por idéntica razón, para excluir “toda aplicación posterior de la disposición legal controvertida, privándola así del vestigio de vigencia que pudiera conservar”, puede resultar útil –conveniente– su enjuiciamiento, aun cuando haya sido derogada (SSTC 160/1987, FJ 6; 385/1993, FJ 2)».

Esta regla general conoce, no obstante, excepciones. Así, en la STC 183/2014, de 6 de noviembre FJ 2 c), afirmamos que «la denunciada vulneración del art. 86.1 CE no se ve afectada por el anterior criterio, ya que, en ese caso, la derogación de la norma no impide controlar si el ejercicio de la potestad reconocida al Gobierno se realizó siguiendo los requisitos establecidos en dicho precepto constitucional, pues al hacerlo se trata de velar por el recto ejercicio de la potestad de dictar decretos-leyes, dentro del marco constitucional, decidiendo la validez o invalidez de las normas impugnadas sin atender a su vigencia o derogación en el momento en que se pronuncia el fallo (por todas, STC 31/2011, de 17 de marzo, FJ 2).»

La derogación de las normas impugnadas nos permite, sin embargo, apreciar la desaparición del objeto del recurso en relación con las vulneraciones constitucionales distintas del art. 86.1 CE que se les imputaban, pues tales quejas han desaparecido sobrevenidamente, en cuanto que, en los recursos de inconstitucionalidad, debido a la nota de abstracción que los rige y a que su finalidad es la depuración del ordenamiento jurídico, la derogación de los preceptos legales impugnados hacen que, con carácter general, su objeto decaiga, sin que nos encontremos en ninguna de las excepciones que contempla nuestra doctrina. Así, sobre el art. 86.1 CE, pervive tanto la impugnación sobre la falta de presupuesto habilitante como la de infracción de sus límites materiales al afectar al deber de contribuir del art. 31.1 CE y al régimen general de las Comunidades Autónomas. No obstante, conviene advertir ahora que, como se infiere de la demanda y de la contestación del Abogado del Estado, en la denunciada infracción del límite material de los Decretos-leyes relativo «al régimen de las Comunidades Autónomas», se plantea en realidad un reproche competencial en torno a los límites a la potestad tributaria autonómica y la delimitación de las competencias del Estado en relación con el régimen económico del sector eléctrico. En todo caso, así entendida la queja, es evidente que la misma pervive, atendiendo a los criterios de nuestra doctrina al respecto [SSTC 134/2011, de 20 de julio, FJ 2 b), y 161/2012, de 20 de septiembre, FJ 2 b)], pues los vigentes arts. 16.4 y 17.5 de la Ley 24/2013, contienen regulaciones materialmente muy similares a los preceptos aquí impugnados.

3. Podemos iniciar la resolución del recurso examinando las infracciones del art. 86.1 CE, comenzando por la denunciada falta del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad, para luego, caso de resultar procedente, examinar las quejas relacionadas con la vulneración de los límites materiales del decreto-ley que se fijan en el citado art. 86.1 CE.

La doctrina del Tribunal sobre este primer motivo de inconstitucionalidad cuyo examen es prioritario, sobre la vulneración del art. 86.1 CE por la falta de concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad, se encuentra resumida en la STC 12/2015, de 5 de febrero, FJ 3, en los términos siguientes:

«Este Tribunal tiene una doctrina consolidada sobre el presupuesto que, según el art. 86.1 CE, habilita al Gobierno para dictar la legislación de urgencia que se manifiesta a través de la figura del decreto-ley. Dicho presupuesto habilitante, “no es, en modo alguno, una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes”, razón por la cual, este Tribunal puede, “en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada como de “extraordinaria y urgente necesidad” y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad por inexistencia del presupuesto habilitante” (SSTC 100/2012, de 8 de mayo, FJ 8; 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 4; y 39/2013, de 14 de febrero, FJ 5, entre otras).

La apreciación de la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad constituye un juicio político que corresponde efectuar al Gobierno (titular constitucional de la potestad legislativa de urgencia) y al Congreso (titular de la potestad de convalidar, derogar o tramitar el texto como proyecto de ley). El Tribunal controla que ese juicio político no desborde los límites de lo manifiestamente razonable, pero “el control jurídico de este requisito no debe suplantar a los órganos constitucionales que intervienen en la aprobación y convalidación de los Reales Decretos-Leyes” (SSTC 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 5 y 1/2012, de 13 de enero, FJ 6), por lo que la fiscalización de este Órgano constitucional es “un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno” (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3).

Este control externo que al Tribunal corresponde realizar se concreta en los siguientes aspectos: en primer lugar, comprobar “que la definición por los órganos políticos de una situación de extraordinaria y urgente necesidad sea explícita y razonada”, y, además “que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto y las medidas que en el Decreto-ley se adoptan (STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3), de manera que estas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar” (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3).

En cuanto al primero de estos aspectos –la definición de la situación de urgencia–, nuestra doctrina ha precisado que no es necesario que tal definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad haya de contenerse siempre en el propio Real Decreto-ley, sino que tal presupuesto cabe deducirlo igualmente de una pluralidad de elementos. A este respecto, conviene recordar que el examen de la concurrencia del citado presupuesto habilitante de la “extraordinaria y urgente necesidad” siempre se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al 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 (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 4; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 4; 11/2002, de 17 de enero, FJ 4; y 137/2003, de 3 de julio, FJ 3).

En cuanto a la segunda dimensión del presupuesto habilitante de la legislación de urgencia –conexión de sentido entre la situación de necesidad definida y las medidas que en el Real Decreto-ley se adoptan–, nuestra doctrina ha afirmado un doble criterio o perspectiva para valorar su existencia: el contenido, por un lado, y la estructura, por otro, de las disposiciones incluidas en el Real Decreto-ley controvertido. Así, ya en la STC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3, excluimos a este respecto aquellas disposiciones “que, por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente, aquéllas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente” (STC 39/2013, de 14 de febrero, FJ 9).»

4. De acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, debemos examinar seguidamente si en el Real Decreto-ley impugnado concurre el presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» exigido por el art. 86.1 CE.

Por ello es preciso comenzar por el examen de las razones determinantes de la aprobación de estos preceptos que se explicitan en la exposición de motivos de la norma, en el debate parlamentario de su convalidación y en el propio expediente de elaboración de la misma, señaladamente en la memoria. Importa asimismo advertir que, como también es ahora el caso y señalan las SSTC 31/2011, de 17 de marzo, FJ 4; 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 6, 170/2012, de 4 de octubre, FJ 5, 27/2015, de 19 de febrero, FJ 5, y 29/2015, de 19 de febrero, FJ 3, cuando se denuncia la vulneración del presupuesto de hecho habilitante respecto, no del correspondiente Real Decreto-ley en su conjunto, sino únicamente en relación con uno o alguno de sus preceptos, la necesaria justificación ad casum de la «extraordinaria y urgente necesidad» ha de ser apreciada en relación precisamente con los preceptos en concreto impugnados.

El preámbulo del Real Decreto-ley 20/2012 comienza aludiendo al nuevo período recesivo que la economía española experimentó a lo largo del año 2011, cuando, tras varios trimestres de leve recuperación, aquella se mostró intensamente vulnerable al deterioro de la zona euro y volvió a caer en recesión, lo que obligó al «diseño de una estrategia de política económica

que contenga los elementos adecuados en el presente contexto, sino también su articulación a medio plazo de un modo verosímil y capaz de concitar la credibilidad de los mercados financieros». Esa estrategia «pivota principalmente sobre dos ejes: la consolidación fiscal y el impulso de nuevas reformas estructurales» a fin de combinar efectos positivos y «recuperar el crecimiento de la economía, de la producción y del empleo». En cuanto a las medidas de carácter fiscal, el Preámbulo alude al escenario de consolidación fiscal para corregir el déficit público, en la línea de las recomendaciones de la Unión Europea, para garantizar que España cumple rigurosamente sus compromisos fiscales señalando las medidas adoptadas en el ámbito de los ingresos, destacando el aumento de la imposición indirecta sobre el consumo, así como en relación a los gastos en los que «la incidencia la han soportado especialmente aquellos gastos más superfluos o con efectos más débiles sobre los incentivos de los agentes económicos». Expone también que «estas medidas dan cumplimiento a buena parte de las Recomendaciones Específicas formuladas por el Consejo Europeo a España en el mes de junio y como colofón al Semestre Europeo: ampliación de las principales bases impositivas, eliminación de desgravaciones y exenciones y sustitución parcial de la imposición sobre el trabajo por imposición indirecta».

En cuanto a las medidas estructurales el preámbulo señala que son también claves, no sólo para garantizar que nuestro país flexibiliza su estructura productiva y se prepara de modo óptimo para la siguiente fase expansiva del ciclo, sino también para generar crecimiento adicional y compensar parcialmente de esta forma el impacto restrictivo de la política fiscal a corto plazo. Afirma, además, que «todas ellas tienen por fin último abrir nuevos mercados al sector privado y fomentar el desarrollo de la innovación y de nuevos servicios en sectores críticos para el crecimiento de la productividad y la reducción de costes empresariales. Por último, aunque no menos importante, los nuevos pasos en el campo de los servicios profesionales facilitarán la permeabilidad de los distintos nichos de mercado a nuevos competidores y al mismo tiempo garantizará la calidad de estos servicios, reduciendo los márgenes en segmentos tradicionalmente menos expuestos a la competencia y sin embargo cruciales para la configuración de costes en el ejercicio de la actividad empresarial».

En el contexto global así definido los sucesivos apartados del preámbulo dan cuenta de las modificaciones introducidas en muy diversos ámbitos sectoriales como en el de las administraciones públicas y el personal a su servicio (apartado II); en materia de Seguridad Social y empleo (apartado III); acerca del sistema para la autonomía y atención a la dependencia (apartado IV); en el ámbito tributario (apartado V); en relación con el sector de la distribución minorista (apartado VI); en materia de infraestructuras, transporte y vivienda (apartado VII) y en relación con determinados regímenes jurídicos especiales (apartado IX).

En lo que ahora interesa el apartado VIII del preámbulo se refiere con detalle a las medidas que afectan al sector eléctrico. En dicho apartado se parte de la constatación de que «el déficit tarifario provocado por los desajustes entre los costes del sistema eléctrico y los ingresos obtenidos a partir de los precios regulados fijados por la Administración General del Estado es un problema estructural cuya solución es urgente por la amenaza que supone para la sostenibilidad económica del sistema», aludiendo posteriormente a las diversas decisiones ya adoptadas para intentar corregir dichos desajustes señalando específicamente que «[L]as disposiciones adoptadas hasta esa fecha se han revelado insuficientes para cumplir el objetivo de supresión del déficit tarifario a partir de 2013, por lo que, desde principios de este año 2012, el Gobierno ha intensificado la adopción de medidas para devolver al sistema a la suficiencia de ingresos». En dicho contexto se enumeran las medidas aprobadas durante el año 2012 y se hace especial mención de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2012, que deja en suspenso la aplicación del mecanismo de compensación con cargo a los presupuestos generales del Estado por los extracostes

de generación de los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares, lo que supone la incorporación como nuevo coste del sistema eléctrico, de la partida correspondiente al 17 por 100 del sobrecoste de generación de los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares en el año 2011. Esa circunstancia, «unida a la necesidad del cumplimiento del principio de suficiencia de los ingresos obtenidos para cubrir los costes del sistema eléctrico a partir del 1 de enero de 2013 en la que inciden los recientes pronunciamientos judiciales, hace necesario la adopción con carácter urgente de medidas adicionales que equilibren el sistema eléctrico y de tal forma que el obligado ajuste sea compartido en este duro contexto económico actual por todos los agentes del sistema».

Específicamente respecto a las disposiciones impugnadas, se afirma que «por otro lado, en el artículo 17.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, se establece en la actualidad, que si las actividades eléctricas fueran gravadas con tributos de carácter autonómico o local, cuya cuota se obtuviera mediante reglas no uniformes para el conjunto del territorio nacional, al peaje de acceso se le podrá incluir un suplemento territorial, que podría ser diferente en cada Comunidad Autónoma o entidad local. Actualmente la proliferación de distintos tributos sobre las actividades de suministro eléctrico, está provocando que las empresas del sector incurran en distintos costes en función del territorio en que se implanten las instalaciones con las consiguientes distorsiones para la unidad de mercado. El hecho de gravar las diferentes actividades eléctricas a nivel autonómico podría implicar que el coste adicional que suponen estos tributos para los sujetos que realizan dichas actividades se traslade a todos los consumidores, bien en los costes de las actividades reguladas reconocidos en los peajes de acceso, o bien a través del precio del mercado libre. De esta forma, una decisión de este tipo adoptada en el ámbito autonómico afectaría al conjunto de consumidores en el ámbito nacional, en términos que no resultarían justificados. Con el fin de evitar esta situación, se determina para las Comunidades Autónomas que graven, directa o indirectamente, las actividades o instalaciones destinadas al suministro eléctrico, con tributos propios o recargos sobre los tributos estatales, la obligatoriedad de imponer el suplemento territorial en los peajes de acceso y tarifas de último recurso, debiendo ser abonado por los consumidores ubicados en el ámbito territorial de la respectiva Comunidad Autónoma. Para ello, se modifica el apartado 4 del artículo 17 y el apartado 5 del artículo 18 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre».

Finalmente, el apartado IX del preámbulo alude al presupuesto habilitante, con un párrafo común para todo el Real Decreto-ley 20/2012, en el que señala que «en las medidas que se adoptan en el presente real decreto-ley concurren las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución Española como premisa para recurrir a esta figura del real decreto-ley. Como se ha expuesto, la actual coyuntura económica y la inexcusable necesidad de reducir el déficit público para alcanzar la estabilidad presupuestaria, hacen necesario que las medidas expuestas se aprueben con la máxima urgencia, con pleno respeto al marco constitucional y al establecido por la Unión Europea».

Ninguna motivación añadida aporta al respecto el debate de convalidación («Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», Pleno, núm. 51, de 19 de julio de 2012) en el que el Sr. Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas señala únicamente, en un contexto en el que alude a las «actuaciones de reformas estructurales», que en el sector eléctrico «también se incorporan modificaciones sustanciales que se verán completadas con una reforma que el Gobierno traerá a la Cámara sobre ese sector».

Finalmente, la memoria de análisis de impacto normativo, aportada a los autos por el Abogado del Estado, comienza señalando que en los arts. 17.4 y 18.5 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, ya existía la posibilidad de creación de un suplemento a nivel autonómico o local a añadir tanto a los peajes de acceso como a la tarifa de último recurso,

suplemento que se contempla para repercutir exclusivamente a los consumidores de cada comunidad autónoma o entidad local las cargas asociadas a los tributos que ésta decida imponer a las actividades e instalaciones afectas al suministro eléctrico. Tras reconocer que esa opción nunca se había aplicado, indica que «se propone una mejora de la redacción de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para impulsar y hacer obligatoria la aplicación de este suplemento territorial en caso de que existan tributos autonómicos, informando asimismo a los consumidores que ese sobrecoste se debe a una medida adoptada en el ámbito autonómico». Menciona posteriormente el hecho de que la proliferación de tributos autonómicos «sobre las actividades del sector tanto reguladas como liberalizadas está provocando que las empresas eléctricas incurran en distintos costes en función del territorio en que se implanten las instalaciones», coste respecto del cual las empresas eléctricas lo internalizan en los precios de oferta al mercado en el caso de la generación (lo que provoca un incremento en el precio del mercado) o lo incluyen en sus costes auditados en el caso del transporte y distribución para su posterior reconocimiento retributivo con cargo a los costes del sistema. Y concluye señalando que «la necesidad viene justificada porque se está socializando entre todos los consumidores eléctricos las decisiones de las Comunidades Autónomas, y, a modo de ejemplo, no resulta en absoluto adecuado ni justo que un consumidor de Baleares deba pagar el sobrecoste que provoca un tributo ambiental impuesto en Asturias.»

5. Debemos examinar ahora, en primer lugar, si los motivos expuestos por el Gobierno para incluir el art. 38 y la disposición adicional decimoquinta en el Real Decreto-ley 20/2012 dan cuenta de la existencia de una justificación razonable de la situación de extraordinaria y urgente necesidad, para comprobar luego, caso de resultar necesario, si los suplementos territoriales en los peajes de acceso y en la tarifa de último recurso que allí se establecen son congruentes con esa situación.

De lo transcrito cabe deducir que la situación de urgencia que las normas impugnadas pretendían atender cuenta con una justificación de carácter general, aplicable al conjunto de reformas introducidas por el Real Decreto-ley 20/2012, como es el recrudescimiento de la situación de dificultad por la que atravesaba la economía española, lo que reclamaba la introducción de reformas estructurales en diversos sectores, entre ellos el eléctrico. Urgencia de reformas estructurales que, en el caso del mencionado sector eléctrico, hacen especial énfasis, a modo de justificación de carácter específico, en la necesidad de corregir el déficit tarifario, ya que las medidas aprobadas con anterioridad se habían revelado insuficientes, lo que, a su vez, obligaría a la adopción de nuevas decisiones que equilibren el sistema eléctrico, entre las que se encontrarían las aquí impugnadas.

Al igual que en el caso de la STC 27/2015, de 19 de febrero, FJ 5, la justificación general de la adopción de la norma, «la recaída reciente de la economía española» que exige «el diseño de una estrategia de política económica que contenga los elementos adecuados en el presente contexto, sino también su articulación a medio plazo de un modo verosímil y capaz de concitar la credibilidad de los mercados financieros», adquiere pleno sentido en el contexto del conjunto del Real Decreto-ley 20/2012 que, en su heterogeneidad, comprende diversas materias que afectan a distintas iniciativas en otros campos diferentes de las modificaciones que se contienen en el ámbito del sector eléctrico. Esa justificación genérica, que habría que entender aplicable a la totalidad de las normas modificadas por el Real Decreto-ley 20/2012, no resulta suficiente, por sí sola, para apreciar la concurrencia del presupuesto habilitante en las normas impugnadas, pues nuestra doctrina ha exigido con reiteración (por todas, STC 170/2012, FJ 5) que también lo sea de los preceptos concretamente impugnados, ya que solamente a ellos se les reprocha la vulneración del presupuesto de hecho habilitante de la legislación de urgencia.

De este modo, para valorar la concurrencia del presupuesto habilitante resulta preciso acudir a la justificación de carácter específico, centrada, como ya se ha expuesto, en la amenaza que supone para la sostenibilidad económica del sistema el problema estructural consistente en «el déficit tarifario provocado por los desajustes entre los costes del sistema eléctrico y los ingresos obtenidos a partir de los precios regulados fijados por la Administración General del Estado.»

6. Podemos avanzar ya que esta justificación de la extraordinaria y urgente necesidad de modificación de los arts. 17.4 y 18.5 de la Ley 54/1997, en la redacción dada por el art. 38 del Real Decreto-ley 20/2012 así como de la disposición adicional decimoquinta, que guarda una íntima conexión con aquellos de suerte que no existiría sin ellos, no supera el canon de control constitucional sobre la concurrencia del presupuesto de hecho habilitante del art. 86.1 CE.

Es patente que la finalidad que se persigue con estas modificaciones, la no generalización para el sistema eléctrico de costes adicionales generados en ámbitos territoriales limitados, ya podía atenderse con la regulación anterior a la que ahora se cuestiona. En efecto, en la redacción inicial de la Ley 54/1997 el art. 17.3 refería esa posibilidad de establecer suplementos territoriales al precio de la electricidad resultante del mercado de ofertas o a la tarifa. Tras la reforma llevada a cabo por la Ley 17/2007 de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, esa misma posibilidad se formula sobre los peajes de acceso a las redes, regulados ahora en ese art. 17. Por lo que respecta al art. 18.5 la obligatoriedad de incluir un suplemento territorial se predica de las denominadas tarifas de último recurso, introducidas por la ya mencionada Ley 17/2007. Como se ve, y reconoce expresamente la memoria, la modificación en realidad se dirige a hacer pretendidamente obligatorio lo que antes, al menos en el caso de los peajes de acceso, era una posibilidad en manos del Gobierno así como a explicitar que los suplementos territoriales debían ser abonados por los consumidores ubicados en el ámbito territorial de la respectiva Comunidad Autónoma. Sin embargo, tales diferencias son irrelevantes a los efectos de apreciar extraordinaria y urgente necesidad en la medida, puesto que, admitiendo que los tributos establecidos por las Comunidades Autónomas pudieran tener un impacto significativo en los costes del sector eléctrico, el Gobierno, autor del Real Decreto-ley 20/2012, ya disponía del instrumento necesario para evitar esa repercusión, caso de estimarla perjudicial para el régimen económico del sector eléctrico, repercusión que, por otra parte, también había sido advertida por nuestra doctrina (SSTC 168/2004, de 6 de octubre, FJ 11, y 148/2011, de 28 de septiembre, FJ 5) y que, por lo demás, se recoge en la regulación actualmente vigente (arts. 16.4 y 17.6 de la Ley 24/2013). De igual forma, el carácter territorial del suplemento ya llevaba implícito, como expresamente se reconoce en la memoria, que el mismo pesaba sobre los consumidores ubicados en el ámbito en el que ese suplemento se aplique, teniendo en cuenta, además, que los peajes de acceso eran un componente de la tarifa eléctrica [art. 18.2 b) de la Ley 54/1997] a abonar en todo caso por los consumidores.

En suma, desde la perspectiva de la urgencia justificativa de la decisión del Gobierno de introducir estas disposiciones en el Real Decreto-ley 20/2012, que es la que ahora se examina, no aparece justificada esa extraordinaria y urgente necesidad. La medida consistente en el establecimiento de suplementos territoriales con la consiguiente repercusión a los consumidores de ese ámbito ya se encontraba en realidad a disposición del Gobierno que hubiera podido ponerla en práctica, en un caso desde la redacción original de la Ley del sector eléctrico y en el otro desde la introducción de la denominada tarifa de último recurso en el año 2007. Sin adentrarse en el juicio político o de oportunidad que este Tribunal tiene vedado cabe dudar, por tanto, de que se trate de una situación objetivamente merecedora de

ese tratamiento normativo por la vía de la legislación de urgencia, por cuanto no se trata de medidas adicionales dirigidas a asegurar el equilibrio económico del sistema eléctrico (por ejemplo, las examinadas en la STC 183/2014, de 6 de noviembre, FFJJ 5 y 6), en cuanto, más precisamente, se trataba de modificar la configuración de instrumentos que el propio Gobierno ya hubiera podido utilizar, siendo también igualmente competente, a través del Ministerio correspondiente, para fijar tanto los peajes de acceso como la propia tarifa de último recurso (arts. 17.1 y 18.3, respectivamente, de la Ley 54/1997). Por tanto, si la justificación de la urgencia del conjunto de las medidas estructurales adoptadas en el sector eléctrico era la necesidad de combatir el déficit tarifario y garantizar la sostenibilidad del sistema en un contexto de reformas en diversos sectores económicos, es claro que esa justificación no es predicable de la medida que se examina, pues, en realidad, se modifica el régimen de una potestad de la que ya gozaba el Gobierno y que, de haberse aplicado efectivamente conforme al régimen que ahora se modifica por la norma de urgencia, hubiera conducido al mismo resultado que se afirma perseguir con las normas objeto del presente proceso. Atendiendo a lo anterior en la medida que esa incidencia de los tributos autonómicos en los costes del sistema eléctrico ya podía haberse tenido en cuenta sin necesidad de modificar los arts. 17.4 y 18.5 de la Ley 54/1997, podemos concluir que «nada hay que indique que la regulación introducida trate de dar respuesta a una situación de naturaleza excepcional o que constituya una necesidad urgente» (STC 27/2015, de 19 de febrero, FJ 5).

De hecho parece que la real justificación de la medida se encuentra en la introducción de las mejoras técnicas en la redacción de ambos preceptos a la que alude la memoria. Modificaciones técnicas consistentes, según expresa, en una mejora de la redacción de la Ley 54/1997 para impulsar y hacer obligatoria la aplicación de este suplemento territorial en caso de que existan tributos autonómicos, informando asimismo a los consumidores sobre los que recae que ese sobrecoste se debe a una medida adoptada en el ámbito autonómico. Con ello, a lo sumo, podríamos considerar que tanto el preámbulo como la memoria darían cuenta de las razones por las que el Gobierno estimó necesario modificar los arts. 17.4 y 18.5 de la Ley 54/1997 e introducir la disposición adicional decimoquinta, pero no proporcionan ninguna explicación acerca de la utilización de la legislación de urgencia para reformar ambos preceptos, esto es, que el cambio normativo propugnado se instrumente necesariamente mediante un Real Decreto-ley. Situación en la que hemos exigido «la concurrencia de ciertas notas de excepcionalidad, gravedad, relevancia e imprevisibilidad que determinen la necesidad de una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes, bien sea por el procedimiento ordinario o por el de urgencia» (por todas, STC 68/2007, de 28 de marzo, FJ 10).

En efecto, los argumentos del Gobierno se refieren a los objetivos de las normas impugnadas y a sus contenidos, sin hacer consideración alguna acerca de las razones que amparan la urgente y extraordinaria necesidad en su adopción, más allá de la genérica referencia a «la actual coyuntura económica y la inexcusable necesidad de reducir el déficit público para alcanzar la estabilidad presupuestaria», justificación genérica que no cabe estimar suficiente. Y en cuanto a la justificación específica –el déficit tarifario y la sostenibilidad económica del sector– nada se ha indicado en general acerca de la urgencia de la modificación para evitar la alegada incidencia de los tributos autonómicos en el déficit del sector así como sobre la necesidad de incluir los suplementos territoriales consecuencia de la existencia de esos tributos, teniendo en cuenta, además, que se trata de una medida diferenciada de las del resto que se aprueban para el sector eléctrico. Tampoco, en particular, se ha justificado la urgencia de los dos concretos cambios introducidos en la regulación de los suplementos territoriales. Urgencia en la adopción de una medida que se ve además contradicha también en la práctica, por cuanto a este Tribunal no le consta que dichos suplementos territoriales se hayan aplicado ni a partir de la reforma que ahora se examina (al respecto, SSTS de la

Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 11 de junio de 2014 y 23 de marzo de 2015), ni tampoco sus precedentes, sobre los que la memoria de impacto normativo reconoce expresamente que «esta opción nunca se ha aplicado».

Así pues, a la vista de las circunstancias concurrentes y de las razones expuestas debemos concluir que, en este caso, falta la identificación por el Gobierno de manera clara, explícita y razonada de la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad, determinante de la aparición del presupuesto que le habilita para dictar con carácter ocasional unas normas dotadas de los atributos del rango y de la fuerza propios de las leyes formales, lo que determina la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos impugnados por vulnerar el art. 86.1 CE.

7. Incumplido este primer requisito no es ya necesario entrar a examinar la existencia de una conexión de sentido entre dicho presupuesto y la creación del suplemento territorial al que se refieren los impugnados art. 38 y disposición adicional decimoquinta. Igualmente, estimado este primer motivo, tampoco es preciso enjuiciar las restantes tachas de inconstitucionalidad alegadas.

FALLO

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

Ha decidido

Estimar el presente recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 38 y la disposición adicional decimoquinta del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

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

Dada en Madrid, once de junio de dos mil quince.–Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Adela Asua Batarrita.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Fernando Valdés Dal-Ré.–Juan José González Rivas.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Pedro José González-Trevijano Sánchez.–Ricardo Enríquez Sancho.–Antonio Narváez Rodríguez.–Firmado y rubricado.

Pleno. Sentencia 137/2015, de 11 de junio de 2015. Impugnación de disposiciones autonómicas 6415-2014. Formulada por el Gobierno de la Nación respecto del Decreto del Gobierno de Canarias 95/2014, de 25 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de las consultas a la ciudadanía en asuntos de interés general de competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias. Competencias sobre consultas ciudadanas: nulidad de los preceptos reglamentarios que regulan las consultas mediante preguntas directas (STC 31/2015).

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés

Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, 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 impugnación de disposiciones autonómicas (título V de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) núm. 6415-2014, promovida por el Abogado del Estado, en representación del Gobierno, contra la disposición adicional y las disposiciones finales del Decreto del Gobierno de Canarias 95/2014, de 25 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de las consultas a la ciudadanía en asuntos de interés general de competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias, así como contra los arts. 3 y 4 y 9 a 26 de dicho Reglamento. Ha comparecido y formulado alegaciones, en representación del Gobierno de Canarias, la Directora General de su servicio jurídico. Ha sido Ponente la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito de 27 de octubre de 2014, registrado en el Tribunal Constitucional en igual fecha y rectificado, en cuanto a algunos de sus errores materiales, por nuevo escrito de 31 del propio mes, registrado en la misma fecha, el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, presentó, al amparo de los arts. 161.2 CE y 76 y 77 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), impugnación contra los artículos 3 y 4 del capítulo I y 9 a 26 del capítulo III del Reglamento de las consultas a la ciudadanía en asuntos de interés general de competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias, aprobado por el artículo único del Decreto del Gobierno de Canarias 95/2014, de 25 de septiembre, así como contra las disposiciones derogatoria única y finales primera y segunda de dicho Decreto, en cuanto se refieran a las preguntas directas reguladas en los mencionados capítulos I y III del Reglamento, que fue publicado en el «Boletín Oficial de Canarias» núm. 190, de 1 de octubre de 2014. Se hizo expresa invocación del artículo 161.2 CE en relación con los preceptos recurridos y en orden a la suspensión de la vigencia y aplicación de las normas impugnadas.

La fundamentación jurídica de la demanda puede sintetizarse como sigue:

a) Se refiere, en primer lugar, el Abogado del Estado a la admisibilidad de la impugnación, señalando, en particular, que en este tipo de proceso constitucional pueden hacerse valer cualesquiera infracciones constitucionales, incluidas las que se basen en la contravención del orden constitucional de competencias, citando al respecto la jurisprudencia constitucional que estima de relieve. Señala la demanda, a estos efectos, que la disposición normativa ahora impugnada, de rango infralegal, incurre en vulneraciones constitucionales, tanto competenciales como no competenciales. Estima, por ello, que la utilización del procedimiento del título V LOTC para la impugnación del Decreto del Gobierno de Canarias 95/2014 es correcta desde el punto de vista procesal.

b) Se señala, a continuación, que el Reglamento autonómico impugnado es inconstitucional por vulnerar directamente la Constitución, con independencia de la ley autonómica que desarrolla, Ley 5/2010, de 21 de junio, de fomento a la participación ciudadana de Canarias, conforme a cuyo artículo 20 el Gobierno podrá, a instancias del Presidente, recabar la opinión de la ciudadanía sobre asuntos de interés general de competencia autonómica, mediante sondeos, encuestas o cualquier otro instrumento de participación ciudadana. Puntualiza el Abogado del Estado que el Decreto 95/2014 impugnado es de «pretendido desarrollo» de dicha Ley porque viene a regular, sin base normativa alguna, determinada clase de consultas de naturaleza referendaria, cuyo régimen jurídico se contiene en el capítulo III, artículos 9 y siguientes, del anexo al citado Decreto, sabiendo que la Ley 5/2010, que supuestamente le serviría de base legal, sólo regula, como no podría ser jurídicamente de otro modo, consultas no referendarias, incurriendo por ello el Decreto en infracción directa de la Constitución, al carecer las Comunidades Autónomas de potestad normativa suficiente para regular referéndums, además de carecer también de competencia para convocarlos fuera de los casos establecidos por ley del Estado.

La distinción entre consulta popular y referéndum fue abordada por el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 103/2008, de la que la demanda cita determinados pasajes, así como de la STC 31/2010. Se hace referencia, asimismo, a la STC 154/1988. Se señala, tras ello, que para determinar si el Decreto impugnado regula consultas populares no referendarias o verdaderos referéndums en cuanto a las denominadas por el mismo «preguntas directas» es preciso verificar si se cumplen o no las exigencias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en orden a la identificación de una consulta como referendaria, es decir, esencialmente, si se recaba el parecer del cuerpo electoral cuya expresión debe producirse a través de un procedimiento electoral.

c) En lo que se refiere a la convocatoria del cuerpo electoral y a la inconstitucionalidad de los arts. 3, 9, 10 y 12 del Reglamento, señala el Abogado del Estado que, respecto a las llamadas, «preguntas directas» reguladas en los capítulos I y III del Reglamento, el artículo 9 del mismo señala que «la opinión de la ciudadanía respecto de asuntos de interés general de competencia autonómica podrá recabarse mediante la formulación de una o varias preguntas directas a la ciudadanía, con el objeto de que los llamados a participar en la consulta manifiesten su parecer de forma afirmativa o negativa». Esta convocatoria directa y global a la ciudadanía como sujeto colectivo otorgaría a la consulta un carácter referendario en franca vulneración del art. 92 CE, que atribuye competencia exclusiva al Estado tanto para convocar como para regular esta clase de referéndums. A su vez, el artículo 10 del Reglamento establece, de manera complementaria, que «las consultas pueden contener una o varias preguntas, cuyo texto deberá ser redactado de manera clara y sencilla, y ser formuladas de manera sucinta, inequívoca y fácilmente entendible por las personas y entidades ciudadanas llamadas a participar en la correspondiente convocatoria», en tanto que el artículo 12 define las personas llamadas a emitir respuesta y el artículo 3 del mismo Reglamento concreta el concepto de ciudadanía a estos efectos. Estima el Abogado del Estado que el Decreto pretende la participación política «de la ciudadanía» y que el concepto de ciudadano se ha asociado históricamente a la titularidad de derechos políticos en una sociedad. Por tanto –añade–, se consulta al cuerpo electoral (personas con la condición política de canarios en los términos del artículo 4 del Estatuto de Autonomía y mayores de dieciocho años de acuerdo con el bloque de la constitucionalidad) y además a otros colectivos, a fin de conocer la opinión de la ciudadanía. Existirá un referéndum –se observa– cuando se consulte al cuerpo electoral y no a cualquier otro colectivo, siendo oportuno recordar que para que la consulta tenga tal carácter, no es preciso que se consulte sólo al cuerpo electoral; bastará que lo englobe para que exista llamamiento sustantivo. El Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de precisar que la calificación jurídica de una institución no depende del nomen iuris que se le

otorgue, sino de los elementos esenciales de la misma determinantes de su reconocibilidad social (STC 83/2014). El Decreto 95/2014 ignora absolutamente la regulación constitucional vigente al establecer una consulta referendaria y reconocer un derecho de sufragio al margen de las exigencias del bloque de la constitucionalidad. La legitimidad política derivada de la democracia directa precisa que se consulte al titular de la soberanía, al cuerpo electoral, y las preguntas directas cuyo régimen establece el Reglamento impugnado implican su consulta y además la de otros grupos englobados (mayores de dieciséis años, extranjeros y personas jurídicas)

Con todo ello, en resumen, se vulnera la exclusiva competencia estatal para regular el régimen jurídico del derecho fundamental de participación política. Además, al margen de los concretos preceptos constitucionales y estatutarios infringidos, la configuración legal de un cuerpo electoral y de un censo pretendidamente propios, al margen de la ley electoral general, tiene un alcance mayor que el meramente técnico, de falta de acomodación a la legislación estatal competente, pues el hipotético reconocimiento de un cuerpo electoral distinto del único y general supondría la validación o reconocimiento jurídico-constitucional de la existencia misma de un sujeto colectivo, titular de derechos políticos y que como tal, manifiesta su opinión en un plano aparte, diferenciado del electorado general, con voluntad política propia y capacidad de decisión y con capacidad para poner en tela de juicio incluso decisiones de ámbito estatal. Esto es lo que conlleva la regulación impugnada, pues el juego de los arts. 3,9 y 12 del anexo del Decreto articula un «censo flotante», abarcando así, sólo o con otras personas no incluidas en el censo, a todo el cuerpo electoral, pero separándolo nominativa y cuantitativamente del censo. La Norma pretende ocultar, al configurar en el artículo 3 un concepto legal de ciudadanía a estos efectos, una verdadera llamada al cuerpo electoral, desvinculando este concepto del censo electoral, previamente llamado «registro de participación». Posibilita así la creación de un «electorado ad hoc» para, quebrando la identificación entre cuerpo electoral y censo electoral, distinguir aparentemente estas consultas de un referéndum, pretendiendo eludir así una auténtica llamada al cuerpo electoral con la sola alteración de las personas concretamente llamadas a participar en cada consulta. Este artilugio legal, no obstante, no consigue ni puede conseguir la desfiguración del cuerpo electoral como órgano político mediante un simple y llano maquillaje del censo electoral, pues entre las personas llamadas, conforme al juego de los artículos 3 y 12 del citado anexo, se incluye, sólo o con adición de menores y extranjeros, materialmente a todo el censo y, por tanto, no elude la llamada al cuerpo electoral como uno de los elementos constitutivos de una propia consulta referendaria. Se vulnera con ello la exclusiva competencia estatal para regular el régimen jurídico del derecho fundamental de participación política, pues la titularidad del derecho de participación que contemplan estos preceptos no coincide con las previsiones de la Ley Orgánica 5/1985, de régimen electoral general (LOREG: artículos 2, 3 y 31 a 41). De manera deliberada, se huye del concepto «llamamiento al cuerpo electoral», mediante la creación de un registro de participación paralelo al censo electoral y a través del llamamiento a la participación de un grupo de ciudadanos superior al que lo compone, observándose que el censo electoral es uno y corresponde elaborarlo a la oficina del censo electoral conforme a la citada Ley Orgánica 5/1985 (LOREG). El artículo 12 de la Norma autonómica, además de vulnerar la Constitución en lo que se refiere a la reserva de ley orgánica y a la competencia exclusiva del Estado, tampoco coincide con las previsiones del propio Estatuto de Autonomía de Canarias, cuyo artículo 4 dispone que gozan de la condición política de canarios los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Canarias e incluye a los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en Canarias y acrediten tal condición en el correspondiente consulado de España. Además, los derechos contenidos en el art. 13.2 CE, y por tanto el derecho ex art. 23 CE, pertenecen exclusivamente a los españoles, con la excepción del derecho de sufragio en las elecciones municipales, de manera que la inclusión y previsión ampliatoria en el Decreto 95/2014 de un derecho de participación política

debe ser reputado inconstitucional, más allá de su instrumentación para crear un censo ad hoc que nominalmente se diferencie del previsto en la Ley Orgánica del régimen electoral general. Por ello, la identificación de personas legitimadas del Reglamento en cuanto a las preguntas directas infringe la doble reserva de ley orgánica (arts. 23 y 92.3 CE), pero es también contraria al artículo 13.2 de la misma Norma fundamental.

d) Examina a continuación la demanda la regulación de un procedimiento y de un órgano electoral y la inconstitucionalidad de los artículos 14 a 26 del Reglamento.

En el Decreto autonómico se regula un procedimiento que ha de calificarse como electoral, en cuanto se consulta al cuerpo electoral mediante las técnicas características de la institución referendaria y en razón de una convocatoria efectuada por un poder público a través de un procedimiento sujeto al Derecho público y al que se dota de unas garantías que persiguen obtener la confianza de la ciudadanía en la veracidad del resultado. Tras citar un pasaje del dictamen 964/2014 del Consejo de Estado, señala el Abogado del Estado que lo determinante es que el procedimiento constituye el cauce formal para el ejercicio del voto del cuerpo electoral, más allá de nominalismos. Ningún asunto de interés general, convocando la autoridad pública a toda la ciudadanía, puede tener un carácter no referendario, por lo que no podría convocarse o autorizarse su convocatoria por otra autoridad que no fuera la estatal, sin infringir el art. 92 CE. Por tanto, el procedimiento de las preguntas directas es electoral y la calificación jurídica de estas preguntas es la de referéndum. El art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1980 hace una remisión a la Ley Orgánica del régimen electoral general para la regulación del procedimiento de referéndum y es contrario a dicha regulación que el artículo 14 del Reglamento establezca que la consulta mediante preguntas directas será decidida por el Gobierno, pues atribuye la competencia para ello sólo al gobierno autónomo sin autorización del Gobierno de la Nación. Estas «preguntas directas» pretenden expresar el parecer del cuerpo electoral mediante las técnicas características de la institución, esto es, mediante la expresión de un parecer positivo o negativo respecto de la cuestión cerrada mediante una repuesta afirmativa predeterminada y limitada. Materialmente, en nada se diferencia de una consulta referendaria, salvo, naturalmente, en su denominación y en el régimen jurídico que el Decreto 95/2014 aplica a las mismas, infringiendo el régimen propio de la institución referendaria regulado en el bloque de la constitucionalidad. En esta misma línea, los artículos 14.2, 15 y 16 regulan el objeto y el decreto de convocatoria de la consulta en términos incompatibles con la Ley Orgánica 2/1980, no sólo por vulnerar las formalidades exigibles según el artículo 3 de esta Ley, sino, especialmente, por el hecho de regularse en un Decreto autonómico una consulta que ha de calificarse materialmente como referendaria, sin que ello esté previsto en la Ley Orgánica 2/1980, regulación reservada al Estado por el art. 92 CE. Los artículos 21 y 22 regulan el procedimiento de voto y la comisión de control, lo que resulta inconstitucional al preverse en un decreto autonómico respecto de un referéndum y que vulnera específicamente los artículos 12 y 13 de la citada Ley Orgánica 2/1980, así como la regulación de la Administración electoral del capítulo III del título I LOREG. El artículo 17 regula la campaña institucional previa a la consulta, lo que, además de ser inconstitucional por recogerse en un Decreto autonómico, vulnera las previsiones sobre la campaña previa al referéndum de los arts. 14 y 15 de la Ley Orgánica 2/1980. Establece tanto la campaña de información general (párrafo primero del artículo), como, solapadamente, la campaña electoral de expresión de las diferentes posiciones. Los artículos 18 y 21 establecen las modalidades de ejercicio del derecho de participación que ha de calificarse normalmente como voto, lo que vulnera lo establecido en los arts. 5, 16, 17 y 18 de la Ley Orgánica 2/1980, así como los de la Ley Orgánica del régimen electoral general que resulten de aplicación, sin que pueda, además, un decreto autonómico entrar en estas cuestiones respecto de un referéndum a celebrarse en locales públicos de la Administración de la Comunidad de Canarias y potencialmente en los de las restantes Administraciones públicas de Canarias (art. 19 del Reglamento). Los

artículos 23, 24, 25 y 26 establecen una regulación que se aparta claramente de la estatal, configurando un procedimiento electoral ex novo que resulta inconstitucional. A ello hay que añadir la exclusión del recurso contencioso-electoral, en contra de lo dispuesto por el art. 19 de la Ley Orgánica 2/1980, lo que implica, asimismo, vulneración de esta Ley y con ella, de la regulación del derecho de sufragio garantizado por el art. 23 CE. En suma, los preceptos del Reglamento, reguladores de las preguntas directas y la parte final del Decreto en lo relativo a las mismas regulan una consulta materialmente referendaria, pese a encontrarse esta materia reservada a la competencia del legislador estatal y en consecuencia, excluyen la autorización estatal previa a la consulta (art. 149.1.32 CE). Carece de toda relevancia, a estos efectos, que la consulta no tenga carácter vinculante, como se desprende del artículo 27.2 del Reglamento.

Además de los trámites que componen el procedimiento, también es significativa la existencia de una administración electoral, cuya configuración uniforme forma parte de las bases estatales del régimen jurídico de las administraciones públicas ex art. 149.1.18 CE, conforme a la STC 154/1988. El Decreto 95/2014 configura un órgano permanente, la comisión de control, en el art. 22 del anexo, como responsable del control del proceso y auténtico órgano específico de naturaleza exclusivamente electoral, lo que supone una estructura orgánica diferenciada de la Administración general ejecutiva autonómica, en emulación de lo dispuesto en el art. 8 LOREG. La configuración de un verdadero órgano electoral se advierte en su configuración general, en el detalle de sus competencias específicas y en su composición y esta regulación aboca a su inconstitucionalidad, por afectar tanto a la norma atributiva de competencia exclusiva al Estado en materia de consultas referendarias (arts. 92 y 149.1.32 CE), como a la necesaria regulación mediante ley orgánica, al afectar al derecho fundamental ex art. 23.1 CE. Así, en el artículo 22.5 se atribuyen a la comisión de control funciones tales como resolver reclamaciones, establecer criterios interpretativos y otras que, aparte de constituir auténticas potestades administrativas de ordenación electoral, eluden la reserva constitucional de ley orgánica, pues la Administración electoral forma parte esencial del régimen jurídico de la protección que el ordenamiento da al derecho fundamental enunciado en el art. 23.1 CE. Esta previsión general, en tanto que configuradora de una administración electoral, vulnera el principio de reserva de ley orgánica del art. 81 CE respecto del régimen electoral general. Vulnera también el art. 92.3 CE, en tanto que la norma autonómica afecta a la aplicación y eficacia del derecho fundamental a la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos que garantiza el art. 23.1 CE, en cuyo desarrollo se dictó la Ley Orgánica 2/1980. Precisamente el sistema de garantías orgánico se establece, conforme a la normativa estatal, mediante las juntas electorales. Se advierte, por otra parte, que la regulación autonómica incide indebidamente, asimismo, en la competencia exclusiva del Estado para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE), pues no puede entenderse como simple especialidad derivada de la organización propia de las Comunidades Autónomas la configuración completa de un órgano ad hoc que contiene el Reglamento y de un sistema electoral propio como estructura creada al margen y de modo paralelo a la Administración electoral general establecida y regulada mediante ley orgánica.

e) Se argumenta, a continuación, la insuficiencia normativa para la regulación del voto electrónico, con infracción de la reserva de ley orgánica, y la consiguiente inconstitucionalidad de los artículos 11 y 18 del Reglamento.

Los citados preceptos del Reglamento permiten el voto por medios electrónicos, pero cualquier regulación de las formas de emisión del voto en un referéndum consultivo debe ser hecha por ley orgánica, según lo dispuesto en el art. 92.3 CE. El voto debe ser universal, libre, directo, secreto, personal e intransferible y, desde luego, no discriminatorio (art. 23.1, en relación con los arts. 14, 68.1 y 68.2 CE y 8 LOREG). Se señala, a mayor abundamiento, que de acuerdo con la recomendación (2004)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados

miembros sobre los estándares legales, procedimentales y técnicos de los sistemas de votación electrónica, firmada en Estrasburgo el 30 de septiembre de 2004, «el voto electrónico ha de respetar todos los principios predicables de las elecciones y los referéndum democráticos. El voto electrónico ha de ser tan seguro e inspirar la misma confianza que los sistemas de votación que, utilizados tradicionalmente en las elecciones y referéndum democráticos, no conllevaban el uso de medios electrónicos. Este principio general afecta a todos los aspectos electorales, estén éstos o no citados en los Anexos» (art. 2.2). Pues bien, el Decreto autonómico no ofrece ninguna regulación en absoluto sobre los medios electrónicos, por lo que, además de infringir la reserva de ley orgánica exigible, cabe entender vulneradas las exigencias de seguridad jurídica del art. 9.3 CE.

f) Se dice, a modo de recapitulación, que la regulación contenido en el capítulo III del Decreto contraviene la Constitución de manera directa, así como el bloque de la constitucionalidad. Dicho capítulo III establece el régimen de un referéndum consultivo, pues se prevé que sea convocado por una autoridad pública estatal (el Gobierno autónomo de Canarias: art. 14); que habrá de versar sobre asuntos de interés general (de competencia autonómica: art. 9), convocando a la ciudadanía en su conjunto (arts. 3, 9 y 12), a través de un procedimiento y condiciones específicas (arts. 16, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25 y 26) y controlado por un órgano electoral específico diferenciado de la Administración autonómica activa con potestades jurídicas autónomas de decisión en Derecho (art. 22) y previa información mediante una campaña institucional y de manifestación pública de posiciones distintas o propaganda electoral (art. 17). Dicha regulación infringe la Constitución de un modo frontal y patente, tanto en lo que a la regulación misma de un referéndum consultivo se refiere, como en cuanto a la potestad para su convocatoria, pues conforme al art. 92 CE, sólo la autoridad estatal competente puede convocar un referéndum consultivo y ninguna otra autoridad pública puede hacerlo sin, al menos, una previa autorización y de acuerdo con lo que prevea la normativa estatal (ley orgánica) de desarrollo de ese mismo art. 92 CE. Además, en el plano del bloque de la constitucionalidad, se produce también una infracción del mismo Estatuto de Autonomía de Canarias, cuyo artículo 32.5, como competencia asumida por la Comunidad Autónoma, se refiere al «sistema de consultas populares en el ámbito de Canarias de conformidad con lo que disponga la Ley a la que se refiere el artículo 92.3 de la Constitución y demás leyes del Estado, correspondiendo a éste la autorización de su convocatoria». Esta referencia al art. 92 CE y a las demás «leyes del Estado» supone el reconocimiento de la competencia exclusiva del Estado tanto para regular como para convocar referéndum, de tal modo que las Comunidades Autónomas carecen de competencia de manera absoluta, a menos que la ley del Estado (orgánica) venga a regular en tal sentido. En modo alguno cabe entender la existencia de una competencia originaria autonómica sin, al menos, adecuación a lo que en una ley del Estado, con el adecuado rango normativo, se haya podido determinar tanto en el aspecto sustantivo y competencial como de procedimiento para regular posibles clases de referéndums. Precisamente en esta evidente deficiencia incide el Decreto 95/2014, en su puesta en ejecución de la Ley canaria 5/2010 (burda invocación, dice el Abogado del Estado, ya que dicha Ley no regula consultas de naturaleza referendaria). A esta infracción de la Constitución se une también de manera directa la ya dicha del art. 32.5 del Estatuto de Autonomía de Canarias. Todo ello conduce a la inconstitucionalidad de los artículos del Reglamento aprobado por Decreto 95/2014 en cuanto que regula una modalidad de participación ciudadana de carácter referendario, al margen, sobre todo, del principio constitucional de reserva de ley orgánica (art. 23, en relación con los arts. 81 y 92 CE) e infringiendo, asimismo, desde la perspectiva del ámbito competencial autonómico, el art. 149.1.32 CE, así como el art. 32.5 del Estatuto de Canarias.

Se concluyó con la súplica de que se dictara sentencia declarando inconstitucionales y nulos los preceptos impugnados. Se pidió en otrosí que, hecha la invocación de lo previsto en los

arts. 161.2 CE y 77 LOTC, se declarara en suspenso la vigencia y aplicación de los preceptos recurridos.

2. Por providencia de 4 de noviembre de 2014, el Pleno del Tribunal, a propuesta de la Sección Primera, acordó admitir a trámite la impugnación promovida por el Gobierno de la Nación, en relación con los arts. 3 y 4 del capítulo I y 9 al 26 del capítulo III del anexo del Decreto del Gobierno de Canarias 95/2014, de 25 de septiembre, así como de las disposiciones derogatoria única y finales primera y segunda de dicho Decreto; dar traslado de la demanda y documentos presentados al Gobierno de Canarias, por conducto de su Presidente, al objeto de que en el plazo de veinte días, y por medio de la representación procesal que determina el art. 82.2 LOTC, aporte cuantos documentos y alegaciones considere convenientes; tener por invocado por el gobierno el art. 161.2 CE lo que, a su tenor y conforme dispone el art. 77 LOTC, produce la suspensión de los preceptos impugnados, y la de cualquier actuación que traiga causa de los mismos desde el día 27 de octubre de 2014, fecha de interposición de la impugnación, lo que será comunicado al Presidente del Gobierno de Canarias y, por último, publicar la incoación de la impugnación en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial de Canarias».

3. Mediante escrito registrado el 5 de noviembre de 2014, la Directora General del servicio jurídico del Gobierno de Canarias se personó en el procedimiento y solicitó prórroga del plazo para realizar alegaciones. El día 12 del mismo mes presentó nuevo escrito aportando el acuerdo de 6 de noviembre de 2014 del Gobierno de Canarias que facultaba su personación, reiterando la petición de ampliación del plazo concedido para alegaciones.

4. Mediante providencia de 13 de noviembre de 2014 el Pleno tuvo por personado al Gobierno de Canarias, y prorrogó por diez días el plazo concedido para realizar alegaciones.

5. Por escrito de 12 de diciembre de 2014, que tuvo entrada en el Tribunal el día 16 del mismo mes, presentó alegaciones, en nombre del Gobierno de Canarias, la Directora General del servicio jurídico del Gobierno de la Comunidad Autónoma. Pueden resumirse como sigue:

a) Se afirma, en primer lugar, la improcedencia del cauce procesal elegido por el Gobierno de la Nación y la consiguiente inadmisibilidad de esta impugnación. Tras citar el ATC 135/2004, se dice no compartir los argumentos de la demanda en orden a que en este cauce procesal se puedan hacer valer cualesquiera infracciones constitucionales, incluidas las basadas en la infracción del orden constitucional de competencias, citándose al respecto la STC 64/1990. En la medida en que la demanda no invoca infracción constitucional ajena a razones competenciales, se solicita la inadmisión de la impugnación. De no estimarse tal solicitud, se alega ya sobre el fondo de lo suscitado en la demanda.

b) Por el Abogado del Estado se impugnan los arts. 3 y 4 del capítulo I y 9 a 26 del capítulo III del anexo del Decreto del Gobierno de Canarias 95/2014. De conformidad con el acuerdo del Consejo de Ministros que se acompaña a la demanda, de 24 de octubre de 2014, la impugnación ante el Tribunal Constitucional allí acordada venía referida a los artículos 4 (capítulo I) y 9 a 26 (capítulo III) del Reglamento de consultas a la ciudadanía, preceptos estos que fueron analizados con carácter previo por el Consejo de Estado en su Dictamen aportado junto a la demanda. Sin embargo –se observa–, el Abogado del Estado incurre en la demanda en desviación procesal respecto de lo allí decidido y ordenado, al extender la impugnación, sin amparo en la preceptiva y previa decisión del órgano competente, al artículo 3 del Reglamento, referido a la «ciudadanía». No es admisible que la representación procesal enmiende la decisión adoptada por el Consejo de Ministros y por ello debe quedar fuera del

objeto del presente proceso y de la decisión a adoptar el artículo 3 de la norma impugnada. Siendo esto así, perdería sustento buena parte de la demanda, pues la no impugnación de este artículo 3 priva de razón de ser a la petición de nulidad del articulado efectivamente impugnado.

Ya en cuanto al objeto, así delimitado, de la impugnación, se cita el art. 20 de la Ley canaria 5/2010, de 21 de junio, de fomento a la participación ciudadana, regulación legal –se observa– no cuestionada por el Gobierno de la Nación. Conforme a tal precepto, el Gobierno podrá, a instancias del Presidente, recabar la opinión de la ciudadanía sobre asuntos de interés general de competencia autonómica, mediante sondeos, encuestas o cualquier otro instrumento de participación ciudadana. Se consideró necesario, por ello, aprobar el Reglamento de consultas a la ciudadanía en asuntos de interés general de competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias. Se observa que el título IV de la citada Ley («de los instrumentos de participación ciudadana») se integra por dos capítulos, el I dedicado a «disposiciones generales», y el II, «de los instrumentos de participación ciudadana». El artículo 20, con el que se inicia dicho capítulo II y que va rubricado «de las consultas a la ciudadanía», dispone que «el Gobierno podrá, a instancias del Presidente, recabar la opinión de la ciudadanía sobre asuntos de interés general de competencia autonómica mediante sondeos, encuestas o cualquier otro instrumento de participación ciudadana». Con el Reglamento impugnado, la Comunidad Autónoma ha desarrollado dicho precepto, regulando los instrumentos de participación que en él se mencionan, sondeos y encuestas, e incorporando como novedoso instrumento de participación ciudadana las denominadas «preguntas directas», concebidas como otro instrumento de participación ciudadana que genéricamente permite el precepto legal. Por ello, estamos ante un reglamento de ejecución de la Ley 5/2010, dictada, a su vez, con amparo en los títulos competenciales de los artículos 30.1, 32.5 y 32.6 del Estatuto de Autonomía de Canarias. No cabe cuestionar el encaje jurídico del Reglamento aprobado por Decreto 95/2014, en cuanto norma autonómica de desarrollo de dicha Ley. No lo hace la demanda, que afirma que puede calificarse como un reglamento ejecutivo en «pretendido» desarrollo de aquella Ley, pese a lo cual el Gobierno de la Nación entiende que la regulación que se hace de las «preguntas directas» encubre una auténtica consulta de naturaleza referendaria, para lo que carece de competencia la Comunidad Autónoma, afirmación que se controvierte a continuación, no sin antes precisar que lo que se discute es el Reglamento de consultas a la ciudadanía en asuntos de interés general de la competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias. Se hace esta observación porque –se afirma– la demanda pretende introducir un elemento de confusión en cuanto a la finalidad perseguida con la aprobación de este Reglamento y la posterior convocatoria a la ciudadanía por decreto del Presidente del Gobierno de Canarias, mediante pregunta directa (Decreto 107/2014, de 2 de octubre, objeto de otro proceso constitucional independiente del presente: asunto 6416-2014). El presente debate ha de centrarse en el Reglamento aprobado por Decreto 95/2014, norma que pretende desarrollar, de forma general y abstracta, el ya citado artículo 20 que, por su escueta regulación, dificultaba la puesta en marcha de cualquier instrumento de participación ciudadana. No se trata, pues, como ya dijera el Consejo Consultivo de Canarias en su dictamen, de un reglamento especial por singular, sobre consultas en materia de permisos de investigación de hidrocarburos o sobre prospecciones petrolíferas en el mar, sino ante un reglamento general para el ejercicio del derecho participativo, al margen de que en este momento exista algún asunto cuyo interés pueda ser susceptible de generar la convocatoria de una consulta. En consecuencia, se trata de una norma reglamentaria de carácter general, con vocación de permanencia e integrada en el ordenamiento jurídico autonómico para ser susceptible de aplicación en cuantas ocasiones se estime necesario por el Gobierno de Canarias. Se solicita, por ello, que el Tribunal Constitucional tenga en cuenta esta naturaleza del Reglamento, sin que la decisión a adoptar pueda tener carácter «preventivo», esto es, que esté inspirada en una especie de cautela de que, en su desarrollo, pueda el Gobierno de Canarias, por conducto de su Presidente, «extralimitarse» respecto del marco constitucional

establecido, en particular respecto de lo que está reservado a la competencia estatal. Se cita al respecto el ATC 82/2011.

c) En cuanto a la pretendida inconstitucionalidad del Decreto por vulnerar directamente la Constitución, se observa que la demanda parte del presupuesto equivocado de que las consultas reguladas por la norma autonómica son manifestación del derecho fundamental de los ciudadanos ex art. 23.1 CE, por lo que su instrumentalización debería realizarse mediante referéndum que precisaría, en todo caso, la autorización del Gobierno de la Nación. Pero ello no es así, pues ni hay voluntad de regular una consulta popular que sea manifestación del art. 23.1 CE, ni nada en el articulado puede conducir a tal conclusión. Se citan, al respecto, las SSTC 119/1995, 103/2008 y 31/2010, tras de lo cual se afirma que la regulación de las «preguntas directas» como instrumento de participación ciudadana, no se corresponde con la consulta popular referendaria a la que –se dice– alude el Tribunal Constitucional y cuya autorización corresponde en exclusiva a la Administración del Estado. Se recaba el parecer en relación con asuntos de interés general de la competencia autonómica en los que el sujeto que puede ser convocado no se identifica con el cuerpo electoral, pues, por un lado, pueden ser llamados los mayores de dieciséis años, los ciudadanos residentes legalmente en Canarias con independencia de su nacionalidad, los ciudadanos canarios que residan en el exterior con última vecindad administrativa en Canarias y, en todo caso, las entidades ciudadanas inscritas en el registro de participación ciudadana. En consecuencia, la llamada no se basa en el censo, ni se gestiona el procedimiento por la Administración electoral, ni está asegurada con garantías jurisdiccionales específicas. Además, la participación puede realizarse mediante medios electrónicos, prolongarse en el tiempo durante una o varias jornadas y la supervisión de la regularidad del procedimiento se encomienda a un órgano colegiado, de carácter puramente administrativo y sujeto a las normas de organización y funcionamiento de la Ley 30/1992. Se trata, en definitiva, de un auténtico instrumento de participación ciudadana, directamente enroscado en el art. 9.2 CE, que desarrolla parcialmente, con pleno sometimiento a sus disposiciones, la ya citada Ley 5/2010 y que, aun siendo novedoso en el ordenamiento jurídico español, se ajusta plenamente a la Constitución y a la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional sobre las consultas populares. Ni la Ley 5/2010 ni este Reglamento que la desarrolla tienen por objeto regular la «participación política», incardinándose en el ámbito de lo que puede llamarse «democracia participativa».

Se señala, en relación con ello, que la Ley 5/2010 se dictó con el objeto de fomentar la participación ciudadana, tanto de forma individual como colectiva en la actividad administrativa de la Comunidad Autónoma, así como en la vida económica, política, cultural y social, haciendo así realidad parte de los mandatos del Estatuto de Autonomía. Las finalidades del texto legal (artículo 3) han de ser tenidas en cuenta al analizar la regulación ahora controvertida, en la medida en que se imponen, entre otros fines, los de fomentar medidas que impulsen la participación ciudadana, desarrollar los correspondientes instrumentos de intervención de la ciudadanía en las actuaciones de las Administraciones públicas, profundizar el acercamiento de las instituciones públicas canarias a la ciudadanía, establecer mecanismos de evaluación de las políticas públicas o desarrollar los correspondientes instrumentos de participación ciudadana. En el artículo 4 de la misma Ley se impone a los poderes públicos canarios el deber de adoptar todas las medidas que posibiliten la participación de la ciudadanía y de los agentes económicos y sociales en el diseño y evaluación de las actuaciones de la Administración pública de la Comunidad Autónoma, así como las acciones positivas necesarias y fomentar la participación ciudadana a través de medios electrónicos. La Ley 5/2010 contempla de forma amplia y con espíritu abierto los instrumentos de participación ciudadana y dispone en su artículo 20 que el Gobierno podrá, a instancias del Presidente, recabar la opinión de la ciudadanía sobre asuntos de interés general de competencia autonómica mediante sondeos, encuestas o cualquier otro instrumento de participación ciudadana. El Decreto 95/2014

desarrolla este precepto y regula los sondeos y encuestas de opinión en su capítulo I, no cuestionado ahora, así como otra forma novedosa de recabar la opinión de la ciudadanía a través de las «preguntas directas» (capítulo III, impugnado en su totalidad), que se configuran como «otro instrumento de participación ciudadana» permitido por el citado artículo 20. Esta última regulación no vulnera la competencia exclusiva del Estado ex art. 149.1.32 CE, como por lo demás ha reconocido el legislador canario en la Ley 5/2010, cuya disposición adicional quinta señala que la participación ciudadana a través del referéndum se regula de conformidad con lo establecido en la Constitución española y las leyes que la desarrollan. Se señala que el Tribunal Constitucional debería tener muy presente que la actuación que culminó con el Reglamento ahora impugnado, aunque inspirada en cuanto a su oportunidad en un asunto de especial interés para la Comunidad Autónoma, tuvo muy en cuenta la doctrina ya elaborada por el propio Tribunal a propósito de las consultas populares y fue precisamente esa doctrina –se dice– la que permitió justificar la regulación de un instrumento de participación ciudadana novedoso, el de las preguntas directas, sin vocación alguna de erigirse en consulta popular de naturaleza referendaria y sin vocación, ni oculta ni evidente, de sustituir o invadir las competencias del Estado.

d) Ya en cuanto a los concretos preceptos impugnados, y tras reiterar que al no estarlo el artículo 3 del Reglamento decaerían la mayoría de los argumentos esgrimidos contra los demás preceptos, se considera, en primer lugar, la impugnación dirigida contra el artículo 9, conforme al cual la opinión de la ciudadanía respecto de asuntos de interés general de competencia autonómica podrá recabarse mediante la formulación de una o varias preguntas directas a la ciudadanía, con el objeto de que los llamados a participar en la consulta manifiesten su parecer de forma afirmativa o negativa. El Abogado del Estado estima que la convocatoria directa y global a la ciudadanía, da a la consulta un carácter referendario con infracción del art. 92 CE, pero la competencia exclusiva del Estado conforme a tal precepto constitucional no ha sido infringida, pues ni en este artículo 9 ni en ningún otro del Reglamento se infiere naturaleza referendaria de las preguntas directas que pueden formularse. Sin perjuicio de que el artículo 3, referido a la «ciudadanía», no puede ser objeto de discusión ni debate en el presente proceso, se señala que la «ciudadanía» eventualmente susceptible de ser llamada a participar no se hace coincidir con quienes ostenten la condición política de canarios (art. 4 del Estatuto de Autonomía). Los titulares de la democracia participativa no son los ciudadanos ejerciendo sus derechos políticos como contenido del estatus de ciudadanía, sino que se trata de una intervención que no se singulariza en función de su pertenencia al censo electoral; de ahí que, por ejemplo, no sea preciso que ostenten nacionalidad española, ni siquiera que sean mayores de edad (art. 2). La «ciudadanía» que puede ser llamada a participar no se corresponde con el censo electoral, que es el sujeto propio de una consulta referendaria. Pero es que, además, esta «ciudadanía» del artículo 3 es «susceptible» de ser llamada en función del objeto de la consulta, en los términos que resulten del decreto de convocatoria (art. 15.2), sin que del artículo 9 ni de ningún otro quepa deducir que siempre y en todo caso serán llamadas todas las personas físicas y jurídicas a que se refiere el artículo 3. De ahí que este artículo 9, en sí mismo, no pueda ser considerado contrario al art. 92 CE, pues por razón del sujeto llamado a participar en la pregunta directa que haya de convocarse, no viene referido al cuerpo electoral. La circunstancia destacada de que el Reglamento impugnado permita llamar a la consulta a entidades ciudadanas nos aleja –se observa– irremediabilmente del concepto de consulta popular amparado en el art. 23.1 CE. Se cita al respecto la STC 119/1995.

El artículo 10 dispone que las consultas pueden contener una o varias preguntas, cuyo texto deberá ser redactado de manera clara y sencilla y ser formuladas de manera sucinta, inequívoca y fácilmente entendible por las personas y entidades ciudadanas llamadas a participar en la correspondiente convocatoria. La demanda carece de argumentación en la impugnación de

este precepto, del que parece discreparse en cuanto a la expresión «llamadas a participar», desconociéndose la razón de ello.

El artículo 12 determina las personas llamadas a emitir las respuestas, disponiendo que ello se fijará en la convocatoria correspondiente y que, en cuanto a las personas físicas, inscritas o no en el Registro de participación ciudadana, habrán de reunir el requisito de edad que la convocatoria fije, que no podrá ser inferior a dieciséis años y sin perjuicio de que las consultas que puedan realizarse en el ámbito de la juventud se esté a la edad establecida en la Ley 7/2007, canaria de juventud. El Abogado del Estado insiste en atribuir a esta norma una finalidad y vocación de la que carece, pues no estamos ante un derecho político en el ámbito del art. 23.1 CE, sino ante un instrumento de participación ciudadana y democrática que permite a los ciudadanos manifestar su opinión en los asuntos que se entiendan sean de interés general. La circunstancia de que dentro de las personas llamadas a participar en la pregunta directa pueda estar comprendido el cuerpo electoral, no convierte a la consulta en algo que esté reservado al Estado, pues no se está recabando el parecer un sujeto político, manifestación de la soberanía popular, ni se reconoce con ello un derecho de participación política, tal como ha sido entendido por el Tribunal Constitucional. Estamos ante el *tertium genus* al que se aludió en la STC 119/1995, ante una manifestación de democracia participativa y no es de recibo que, so pretexto de una hipotética contravención de la Constitución, se pretenda por el Gobierno de la Nación negar el mandato del art. 9.2 CE e impedir a la ciudadanía expresar su opinión en asuntos que sean de interés para todos. No se explica el inmovilismo que persigue la Administración del Estado al impugnar nuestro Reglamento frente a las exigencias de más participación ciudadana por parte de la opinión pública. Lo que caracteriza al referéndum en cuanto al sujeto de la consulta es que este sujeto es el cuerpo electoral y en otro tipo de consultas serán otros los colectivos. Toda la argumentación de la Abogacía del Estado parte de considerar que la «ciudadanía» que puede ser llamada a emitir respuesta en las preguntas directas, en la medida en que integra o puede integrar a quienes tienen la condición política de canarios, según el art. 4 del Estatuto de Autonomía, es coincidente, porque lo engloba, con el cuerpo electoral. Y solo por esta razón, desconociendo la voluntad del legislador que aprobó la Ley 5/2010 y la justificación de la norma reglamentaria ahora cuestionada, se concluye en que este derecho de participación ciudadana es un derecho de naturaleza política de los del art. 23.1 CE. La figura de la «pregunta directa», no ha de recibir, por innovadora o inédita en el ordenamiento jurídico nacional, el ataque y el reproche de inconstitucionalidad formulado. Si el legislador y el gobierno autonómicos han definido y delimitado un especial instrumento que favorece (art. 9.2 CE) la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, siempre en su propio ámbito territorial y teniendo como límite primordial el que venga referido a asuntos de interés general competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias, no consideramos admisible –se dice– que por la Administración del Estado, invocando de forma desproporcionada, frenética y ausente de toda lógica sus competencias exclusivas en orden a convocar, en su caso, o autorizar un referéndum consultivo, reproche a la Comunidad Autónoma de Canarias el ejercicio de competencias propias cuando tal ejercicio se ha llevado a cabo respetando escrupulosamente la jurisprudencia constitucional recaída sobre este particular. Además, ideológicamente, la pregunta directa no ha sido concebida como manifestación de derecho político de los ciudadanos, sino como forma de posibilitar su participación en asuntos de interés general que puedan afectarles, lo que también servirá a los poderes públicos autonómicos como inspiración para sus propias políticas públicas, aunque su resultado no tenga eficacia vinculante (art. 27.2). Es evidente que la consulta no se dirige al cuerpo electoral y que nos alejamos del derecho de sufragio y del de participación política, pues se permite participar a las entidades ciudadanas, a los residentes en Canarias cualquiera sea su nacionalidad o condición política, incluso a los mayores de dieciséis años. Lo que se persigue es conocer la opinión pública sobre determinado asunto de interés general y de competencia de la Comunidad Autónoma, opinión que puede obtenerse a través de sondeos y encuestas y también mediante preguntas directas, forma de participación ésta

mejorada respecto de aquéllas, más avanzada y desarrollada, vanguardista por novedosa, pero instrumento de participación ciudadana, al fin y al cabo. En cualquier caso, el argumento de la demanda flaquea desde el punto y hora en que no prevé el supuesto, perfectamente admisible dentro de la Norma impugnada, de que la pregunta directa se dirija a determinados colectivos, como entidades ciudadanas u otros más reducidos dentro del concepto amplio de ciudadanía que se contempla en el artículo 3. De ser así, los argumentos de la demanda carecerían de sustento y no hay que olvidar que lo que se impugna es una norma jurídica con vocación de permanencia y susceptible de múltiples actos de aplicación. No se ha vulnerado la reserva de ley orgánica (arts. 23.1 y 92 CE), ni el art. 13.2 CE en punto al reconocimiento a los ciudadanos españoles del derecho de sufragio. Evidentemente, de haberse configurado las preguntas directas como una manifestación de un derecho de naturaleza política, de llamada al cuerpo electoral para favorecer su participación política, tendría sentido la objeción realizada. Pero ya se ha fundamentado que no responde a esta idea la regulación cuestionada.

Por último, en cuanto a los preceptos referidos al procedimiento (arts. 14 a 26), impugnados porque no se ajustarían al procedimiento electoral general, se señala el error de partida de la demanda al calificar de electoral un procedimiento que no lo es, pues de lo que se trata es de establecer unas pautas procedimentales mínimas que aseguren la puesta en práctica y doten de certeza a la convocatoria y al desarrollo de este especial instrumento de participación ciudadana. Precisamente porque no es manifestación de derecho político alguno ni un procedimiento electoral, no puede basarse ni fundamentarse en esa regulación especial, para lo que, por otro lado, la Comunidad Autónoma carecería de competencia. Ya se ha dicho que, para el Tribunal Constitucional, una consulta popular de naturaleza referendaria exige que sea llamado el cuerpo electoral, que se exteriorice a través de un procedimiento electoral basado en el censo y gestionado por la Administración electoral y que esté asegurado con garantías jurisdiccionales específicas. Fuera de ello, no dándose esta circunstancia, la STC 31/2010 permite consultas populares no referendarias. Por ello hay que rechazar el reproche de que la normativa impugnada no se haya ajustado a la Ley Orgánica del régimen electoral general, a la que remite la Ley Orgánica 2/1980, en desarrollo del art. 92.3 CE. Precisamente porque no estamos ante una consulta de naturaleza referendaria, las normas autonómicas han regulado el cauce formal de las preguntas directas del modo que han estimado oportuno, en ejercicio de sus competencias para la manifestación del parecer de la ciudadanía y dar un mínimo de rigor jurídico al proceso (publicación de la convocatoria, contenido del decreto de convocatoria, campaña institucional informativa, modo de emisión de las respuestas y otros contenidos). Que esta regulación novedosa se haya inspirado en los principios que presiden el ejercicio del derecho de sufragio no hace que participe de esa naturaleza. No estamos ante un procedimiento electoral, por lo que en nada debe intervenir la Administración electoral. Los ciudadanos llamados a participar no son los del censo electoral, del que no se hace uso. No es necesaria una campaña electoral, ni las exigencias que para las mismas establece la Ley electoral. No se emite un voto. No se recaba el voto de los ciudadanos, sino su opinión. No se establece ningún recurso electoral ante la comisión de control (que no junta electoral), exigencia mínima de todo procedimiento en que intervengan los ciudadanos es ofrecer la garantía de formular eventuales reclamaciones y su resolución permite encontrarnos ante un acto que pone fin a la vía administrativa y que está sujeto a la revisión ordinaria, no especial, de la jurisdicción contencioso-administrativa. En consecuencia, han de rechazarse punto por punto las supuestas infracciones a la ley electoral, pues no estamos ante el ejercicio de un derecho político del art. 23.1 CE. Se rechaza, pues, la impugnación y se pide del Tribunal un pronunciamiento que legitime el ejercicio de las competencias autonómicas en orden a favorecer y propiciar instrumentos de participación ciudadana, no política, como los contemplados en el Reglamento impugnado.

Se concluyó con la súplica de que se inadmitiera la impugnación o, subsidiariamente, se desestimara la misma, confirmando la constitucionalidad de los preceptos impugnados.

6. Mediante providencia de 20 de enero de 2015, acordó el Pleno oír a las partes para que en el plazo de cinco días expusieran lo que estimaran procedente acerca del mantenimiento de la suspensión acordada. Formuladas alegaciones, el Pleno resolvió, por Auto de 3 de marzo de 2015, mantener la suspensión de los arts. 3 y 4 del capítulo I, 9 a 26 del capítulo III del anexo y disposiciones derogatoria única y finales primera y segunda del Decreto del Gobierno de Canarias 95/2014, de 25 de septiembre.

7. Por providencia de 9 de junio de 2015, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 11 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Por el cauce regulado en el título V de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC: arts. 76 y 77), impugna el Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, los arts. 3 y 4 y 9 a 26 del Reglamento de consultas a la ciudadanía en asuntos de interés general de la Comunidad Autónoma de Canarias, aprobado por Decreto 95/2014, de 25 de septiembre, del Gobierno de dicha Comunidad Autónoma («Boletín Oficial de Canarias» núm. 190, de 1 de octubre), así como –en cuanto se refieran a las «preguntas directas» previstas en los mentados preceptos– la disposición derogatoria única («transitoria», se dice por error material en la súplica) y las disposiciones finales primera y segunda del mismo Decreto. Se argumenta en la demanda, como con mayor detalle se ha expuesto en los antecedentes, que los preceptos impugnados incurren en inconstitucionalidad tanto por conculcar de manera directa –se dice– determinaciones de la norma fundamental como por infringir, asimismo, disposiciones del Estatuto de Autonomía de Canarias (EACan, en lo sucesivo). Estarían entre las primeras infracciones, a decir de la demanda, tanto las que afectarían a reglas constitucionales atinentes a la articulación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas (apartados 1, 18 y 32 del art. 149.1 CE), como las que incidirían en diversos preceptos sustantivos de la misma norma fundamental –en sí mismos o en relación con los antes citados–, a cuyo efecto el Abogado del Estado invoca los arts. 9.3, 13.2, 23.1, 81.1 y 92.3 CE. Las normas impugnadas también habrían infringido, se dice, lo prevenido en los arts. 4 y 32.5 EACan. Unas y otras vulneraciones del bloque de la constitucionalidad se ponen en conexión en la demanda con determinadas contravenciones de lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, y 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general (LOREG). A partir de todo ello, se viene a aducir, en síntesis, que las normas impugnadas vulneran la exclusiva competencia estatal para regular el «régimen jurídico del derecho fundamental de participación política» (art. 23.1 CE), al haber previsto y ordenado, bajo la denominación de «preguntas directas» (capítulo III del Reglamento controvertido), genuinas consultas de carácter referendario cuya regulación estaría sustraída a la competencia de la Comunidad Autónoma y haberlo hecho, además, en contravención de los demás preceptos constitucionales y estatutarios referidos y de la legislación orgánica que queda dicha. Los motivos de inconstitucionalidad así aducidos se califican en la demanda de «mixtos», fundamentados como están –según se acaba de recordar– ya en infracciones del orden constitucional y estatutario de competencias, ya en otras contravenciones normativas deparadoras, asimismo, de inconstitucionalidad. Unos vicios y otros –siempre conforme a la demanda– podrían ser constatados y depurados a través del procedimiento impugnatorio que, con fundamento en el art. 161.2 CE, queda regulado en los arts. 76 y 77 LOTC.

Frente a este último aserto de la demanda sale al paso la representación del Gobierno de Canarias, que, según en los antecedentes se expuso, ha pedido la inadmisión de la actual impugnación con el argumento de que, a través del cauce establecido en el título V LOTC, no podrían, en ningún caso, hacerse valer contravenciones de carácter competencial, como lo serían en buena medida, o incluso en todo, las articuladas ahora por la Abogacía del Estado en nombre del Gobierno. Planteada esta cuestión previa, aún aduce la representación del gobierno de Canarias otra de alcance también preliminar, ya en orden a la concreta delimitación del objeto de la impugnación, pues observa, en efecto, que el artículo 3 del Reglamento («ciudadanía»), que figura como impugnado en la demanda, no consta, sin embargo, en el acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de octubre de 2014 por el que se decidió interponer la presente impugnación, razón por la cual dicho precepto debería quedar, por no impugnado, al margen de nuestro examen. Enjuiciamiento constitucional que, ya en cuanto al fondo, debiera concluir, alega la representación demandada, con un pronunciamiento desestimatorio, toda vez que –de nuevo en síntesis– las normas impugnadas, dictadas en desarrollo y ejecución del art. 20 de la Ley 5/2010, de 21 de junio, canaria de fomento a la participación ciudadana (Ley a su vez adoptada, se puntualiza, sobre la base de los arts. 30.1, 32.5 y 32.6 del Estatuto de Autonomía de Canarias: EACan), ni regulan el derecho de participación política ex art. 23.1 CE, ni ordenan, en modo alguno, consultas de carácter referendario, sino que disciplinan, más bien, formas de participación ciudadana –no «política», se observa– que entroncarían no con el citado art. 23.1 CE, sino con el art. 9.2 de la misma norma fundamental.

A reserva de las puntualizaciones que después se harán, así queda, en resumen, definida la contradicción entre las partes; debate que, como queda dicho, afecta en primer lugar a cuestiones procesales y de delimitación del objeto que demandan, por ello, una decisión también previa.

2. Dos son, según se dijo, las cuestiones preliminares planteadas por la representación del Gobierno de Canarias que deben ser ahora despejadas. La primera, relativa a la viabilidad misma de la presente impugnación. La segunda, a la delimitación –y consiguiente reducción, de acogerse lo alegado– de su objeto.

a) La parte demandada pide la inadmisión de esta impugnación con el argumento de que la vía procesal a la que el Gobierno de la Nación ahora acude (título V LOTC: arts. 76 y 77) no consentiría la denuncia, como en la demanda se hace, de vicios de carácter competencial y sí sólo de otro género de contravenciones constitucionales. Desde luego que, incluso si lo así alegado fuera de compartir, ello no habría de llevar como se pide a la inadmisión in toto de la impugnación, sino sólo a la reducción de su objeto, pues ya se ha dicho que la demanda plantea frente al Decreto impugnado, tanto tachas por incompetencia como otras basadas ya en preceptos sustantivos de la norma fundamental, por entreveradas que a menudo estén aquí unas y otras censuras de inconstitucionalidad. Pero ni siquiera ha lugar a tal pronunciamiento de inadmisión parcial, pues el Tribunal no puede hacer suyos –por las mismas razones expuestas en la reciente STC 32/2015, de 25 de febrero, FJ 2– los argumentos, en este extremo, de la representación del Gobierno de Canarias.

En la Sentencia recién citada este Tribunal ha dicho y reiteramos ahora que si la impugnación por el Gobierno de disposiciones o resoluciones de las Comunidades Autónomas se fundamenta sólo en vulneraciones de carácter competencial se estará, materialmente, ante un conflicto de competencias, incluso aunque se hubiera acudido a la vía del título V LOTC y ello en razón de la sustancial identidad procedimental entre este cauce y el de aquellos conflictos, hasta el punto de que la impugnación prevista en el repetido título V debe formularse y sustanciarse, «sea cual fuere el motivo en que se base», por el procedimiento previsto en los arts. 62 a 67 LOTC para los conflictos competenciales, todo ello conforme al art. 77 de la misma Ley

Orgánica. Por ello, el cauce ahora emprendido es también idóneo cuando el Gobierno, como aquí ocurre, reprocha a las disposiciones impugnadas tanto inconstitucionalidades que no son competenciales, como otras que sí lo son, so pena, si así no se admitiera, de imponer, contra todo principio de economía y aun de lógica procesales, que un mismo precepto hubiera de ser impugnado, en atención a la diversidad de vicios que en él se viera, por medio de demandas distintas que, sin embargo, habrían de tramitarse a través de procedimientos idénticos. No procede, en suma, acoger la petición de inadmisión formulada por la representación del Gobierno de Canarias.

b) Distinta repuesta se ha de dar a lo que la misma representación aduce en orden a la necesaria exclusión de nuestro enjuiciamiento del artículo 3 del Reglamento controvertido. Este precepto reglamentario, en efecto, no figura en el acuerdo del Consejo de Ministros, de 24 de octubre de 2014, por el que se decidió impugnar determinados preceptos tanto del Reglamento aprobado por el Decreto 95/2014 como del Decreto mismo, de modo tal que, no impugnado en realidad por el órgano legitimado para hacerlo, es forzoso concluir en que el referido artículo 3 fue incorporado a la demanda sin fundamento alguno, razón por la que, al igual que hemos dicho ante casos anteriores análogos (SSTC 82/2013, de 11 de abril, FJ 2; 119/2014, de 16 de julio, FJ 2, y 210/2014, de 18 de diciembre, FJ 6, entre otras), no será posible su enjuiciamiento directo en esta Sentencia. Ello sin perjuicio, llegado el caso, de que dicho precepto sí pueda ser objeto de consideración por el Tribunal, si así fuera preciso, para la debida interpretación ex contextu de las disposiciones efectivamente impugnadas.

3. Por medio del Decreto 95/2014, aquí parcialmente impugnado, el Gobierno de Canarias ha aprobado el Reglamento de las consultas a la ciudadanía en asuntos de interés general de competencia de dicha Comunidad Autónoma. Se integra este Decreto por un artículo único, aprobatorio del Reglamento incorporado como anexo, además de por una disposición derogatoria única y por dos disposiciones finales, la primera de las cuales faculta al Presidente para dictar las disposiciones necesarias en orden al desarrollo del Reglamento y la segunda establece la entrada en vigor del Decreto el día siguiente al de su publicación oficial. Tanto aquella disposición derogatoria como estas finales han sido impugnadas «en cuanto se refieran» –dice el Abogado del Estado– a las «preguntas directas» previstas y ordenadas en el Reglamento. Al margen de estas concretas impugnaciones a las que se refiere esta Sentencia más adelante, la demanda va encaminada en su integridad a argumentar la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el capítulo III del Reglamento incorporado como anexo (arts. 9 a 26).

Para un mejor entendimiento de lo que sigue es procedente ahora una somera referencia, en el marco de la ordenación general dispuesta en este Reglamento, al contenido dispositivo de los preceptos así impugnados.

Consta el Reglamento de consultas a la ciudadanía de cuatro capítulos, integrado el primero («disposiciones generales») por otros tantos artículos, siendo ahora conveniente reseñar que el artículo 3 («ciudadanía») identifica, en los términos que después se dirá, a quienes constituyen o integran –«[a] los efectos del presente Reglamento» –la ciudadanía a la que irían o podrían ir dirigidas las diversas consultas que el Reglamento prevé, en tanto que el artículo 4, referido a los «[i]nstrumentos de consulta a la ciudadanía», designa como tales a los «sondeos», las «encuestas» y las «preguntas directas». El capítulo II (arts. 5 a 8) está dedicado a los sondeos y encuestas de opinión y el capítulo III, impugnado en su integridad (arts. 9 a 26) e intitulado «preguntas directas», describe genéricamente las mismas (art. 9), regula su forma de planteamiento, los medios para la emisión de las «respuestas», las personas, físicas y jurídicas, llamadas a emitir las y la protección de datos de carácter personal (arts. 10 a 13). En lo demás (arts. 14 a 26), el Reglamento disciplina aquí el procedimiento

de planteamiento y realización, así como las garantías, de este tipo de consultas directas, convocadas, previa decisión del Gobierno, por su Presidente(arts. 14 y 15) y desarrolladas conforme a las normas que al efecto y por Decreto se dicten (art. 16). El Reglamento prevé también una posible campaña institucional (art. 17) y disciplina tanto el «modo de emisión de las respuestas», como las «dependencias» para su «depósito» (arts. 18 y 19), así como los «medios personales» que velarán por la regularidad de tal «emisión de opiniones» (art. 20). Se establecen asimismo «[g]arantías para la emisión y recuento de las respuestas» y una «Comisión de Control» (arts. 21 y 22), regulándose, en fin, el tiempo para la «emisión» de las «respuestas», así como su «depósito» y «recuento» (arts. 23, 24 y 25). Concluye esta reglamentación, en lo que ahora importa, con un precepto dedicado a «[r]eclamaciones y recursos»(art. 26). El capítulo IV del Reglamento («disposiciones comunes»), no impugnado, dispone la publicación oficial de los resultados de las consultas y de su valoración por el Gobierno y puntualiza que aquéllas no tendrán carácter «vinculante» (art. 27). Se prevé, por último, la celebración de acuerdos y convenios para la ejecución de los procesos de consulta (disposición adicional única).

Identificadas así las normas impugnadas en el marco general del Reglamento en que se incluyen, es preciso dejar constancia ahora del uso notoriamente anfibológico que esta disposición reglamentaria hace de la expresión «ciudadanía» a la que cabe dirigir las diversas consultas que ordena, pues debiendo entenderse, en general, la noción de «ciudadanía», en su significado académico y jurídico, como el conjunto, sin mayores precisiones por ahora, de los ciudadanos de determinado pueblo o nación, es del todo obvio que no es a ella, en el ámbito de Canarias, a la que cabría imputar o referir el resultado de los «sondeos y encuestas de opinión» (capítulo II), aunque sí acaso –esto es algo que examinaremos luego– el de las consultas mediante «preguntas directas» (capítulo III) cuya regulación aquí se impugna. Este empleo ambivalente, e inapropiado al menos en uno de sus usos, de la palabra «ciudadanía» se lleva al extremo en el artículo 27.2 del Reglamento, que dispone, para todas las consultas, que ninguna tendrá «carácter vinculante», prevención cuyo sentido, por lo que hace a encuestas o sondeos, no es fácil en verdad de discernir. De todo ello no cabe derivar ahora consecuencias jurídico-constitucionales, pero sí es necesario ponerlo de relieve para constatar que «la opinión» de la «ciudadanía» a la que indiferenciadamente se refiere el no impugnado artículo 2 del Reglamento no ha de ser la misma, por su entidad y efectos, cuando se realizan sondeos o encuestas, de una parte, que cuando se convoca por el poder público a la propia «ciudadanía» (identificada, a estos efectos, por el artículo 3 del Reglamento) para que se pronuncie sobre asuntos de interés general. Las prospecciones de opinión pública mediante sondeos o encuestas en modo alguno muestran, como es obvio, un parecer de igual valor al que resultaría del pronunciamiento de los ciudadanos llamados por el poder público a expresar su criterio sobre un asunto de interés general. En este último caso son las voluntades individuales las que concurren, con la consiguiente responsabilidad cívica y el procedimiento y garantías correspondientes, a conformar una determinada voluntad general, vinculante o no. No es así cuando un encuestado expresa sus preferencias en la certeza de que no contribuirán a manifestar voluntad general de tipo alguno.

Antes de pasar, expuesto lo anterior, al examen de las disposiciones impugnadas y de su constitucionalidad son aún precisas, con todo, las siguientes consideraciones previas:

a) Objeto de nuestro enjuiciamiento han de ser sólo –a reserva de la puntualización que de inmediato se hará– las normas impugnadas del Reglamento controvertido y del Decreto mediante el que se adoptó, sin que por tanto podamos someter a examen alguno la Ley 5/2010, antes citada, del Parlamento de Canarias, respecto de la que el Reglamento (artículo 1) se presenta, y así lo destaca la representación demandada, como «desarrollo». «Pretendido desarrollo», apostilla a este propósito la demanda, pues se observa en ella que el

artículo 20 de esta Ley autonómica, invocado en el preámbulo del Decreto 95/2014, no daría soporte normativo a las consultas mediante «preguntas directas» ordenadas en el capítulo III del propio Reglamento, toda vez que dicho precepto legal no hace referencia expresa a tal tipo de consulta, disponiéndose en él, meramente, que «[e]l Gobierno podrá, a instancias del presidente, recabar la opinión de la ciudadanía sobre asuntos de interés general de competencia autonómica, mediante sondeos, encuestas o cualquier otro instrumento de participación ciudadana». En congruencia con lo demandado y alegado, nada podremos decir, sin embargo, ni sobre la Ley 5/2010, en sí misma, ni acerca de si el Decreto traído ante nosotros desarrolla correctamente o no la disposición legal de la que la propia Norma reglamentaria dice traer causa.

b) La demanda, según quedó dicho, pide también, aunque sin fundamento específico, la declaración de inconstitucionalidad de la disposición derogatoria única y de las disposiciones finales primera y segunda del Decreto 95/2014, en la medida, viene a decirse, que se entiendan referidas a las consultas a través de «preguntas directas» que son, en su conjunto, objeto de impugnación. No procede, sin embargo, que examinemos a continuación la constitucionalidad de todas las disposiciones del Decreto. En primer lugar, porque se impugnan, vale repetir, sin otra motivación que la de su posible conexión con las normas directamente tachadas de inconstitucionales, siendo así que la declaración de inconstitucionalidad por conexión –prevista en el art. 39.1 LOTC, pero posible también, llegado el caso, en otros procesos constitucionales de control de normas (v. gr. SSTC 313/1994, de 24 de noviembre, FJ 8; y 243/2012, de 17 de diciembre, FJ 6)– no puede ser, en general, objeto de pretensión de parte, conforme a reiterada jurisprudencia constitucional (por todas, STC 119/2014, FJ 2, y jurisprudencia allí citada). Pero además porque, estando como están las mentadas disposiciones derogatoria y finales referidas al conjunto del Reglamento sólo parcialmente impugnado, la hipotética inconstitucionalidad de todas o de algunas de las normas de su capítulo III, de confirmarse, no habría de deparar, en ningún caso, la propagación de dicha posible invalidez a las repetidas disposiciones, cuyo sentido normativo, a resultas de tal eventual pronunciamiento, quedaría más bien reorientado a las normas reglamentarias no impugnadas o, si impugnadas, no declaradas contrarias al bloque de la constitucionalidad. La disposición derogatoria única y las disposiciones finales del Decreto 95/2014 –sobre las que, por lo demás, nada ha alegado la representación del Gobierno de Canarias– quedan fuera de nuestro enjuiciamiento.

c) Debe iniciarse el presente enjuiciamiento constitucional con el examen de la controversia competencial. Es cierto que la demanda, según se apuntó antes, invoca tanto normas del bloque de la constitucionalidad relativas al orden de distribución de competencias, como también otras que no tienen estrictamente tal carácter. Sin embargo, la cuestión primordial es la de si los preceptos reglamentarios en discusión pueden inscribirse, por su objeto y por su contenido, en el ordenamiento de la Comunidad Autónoma sin infracción constitucional. Esta cuestión, una vez resuelta, permitiría, de ser ello procedente, el ulterior examen de las supuestas contravenciones de normas no competenciales del bloque de la constitucionalidad que también se aducen en la demanda. Si la demanda llevara razón jurídica al afirmar que las reglas impugnadas inciden en el ámbito del art. 23.1 CE, el rango meramente reglamentario del Decreto mediante el que se han aprobado conduciría a apreciar, sin duda alguna, la manifiesta inconstitucionalidad de tales normas (art. 53.1 CE, no expresamente citado en la demanda) pero, como decimos, la controversia previa a resolver es la de si reglas como las impugnadas pueden, visto su objeto y contenido, integrarse, sin tacha constitucional, en el sistema normativo autonómico.

Abordaremos, por ello, en lo que sigue el examen de la validez constitucional, por razones competenciales, de las reglas controvertidas, lo que impone partir del examen de la distribución constitucional y estatutaria de competencias entre el Estado y la Comunidad

Autónoma de Canarias en orden a las consultas populares, no siendo dudoso que en esta noción constitucional (art. 149.1.32 CE) se incluyen, de principio, las que tanto la citada Ley 5/2010 (art. 20) como el Decreto controvertido (capítulo III y normas concordantes) llaman «consultas a la ciudadanía». Por todo ello, cabe ya adelantar, que ninguna relevancia tendrá a efectos de este examen la invocación por la representación demandada, en defensa de las normas impugnadas, del art. 9.2 CE, ya que las normas programáticas de este carácter, constitucionales o estatutarias, disponen compromisos y tareas o abren habilitaciones genéricas para los poderes públicos, pero no atribuyen, en sí mismas, competencia alguna al Estado o a las Comunidades Autónomas (en tal sentido, STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 3, y jurisprudencia allí citada).

4. El régimen de distribución de competencias sobre consultas populares entre el Estado y las Comunidades Autónomas (la de Canarias, en lo que ahora hace al caso) ha sido definido, sobre la base de lo dispuesto en la Constitución, por una jurisprudencia constitucional ya muy consolidada a la que aquí debemos remitirnos, no sin recordar, en síntesis, algunos de sus pronunciamientos ahora de mayor relieve a nuestros efectos:

a) Al referirse el art. 149.1.32 CE tanto a las «consultas populares», en general, como a la institución del «referéndum», la Constitución ha contemplado la posible existencia, junto a esta última institución, de otro tipo de consultas populares, cuyo fundamento y sentido difieren de los propios del referéndum. Así, desde la STC 119/1995, de 17 de julio, este Tribunal ha recordado (FJ 3) que mediante las distintas modalidades de referéndum, como forma de democracia directa, se produce un llamamiento directo al titular de la soberanía para la toma de decisiones políticas, participación política ésta que es una de las previstas, como derecho fundamental, en el art. 23.1 CE. El referéndum es, pues, un instrumento de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos para el ejercicio de aquel derecho fundamental. Pero no es cauce para la instrumentación de cualquier derecho de participación, sino específicamente para aquella que normalmente se ejerce a través de representantes y que, de modo excepcional, puede ser directamente ejercida por el pueblo (STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2). Dijimos también en la Sentencia recién citada, y en el mismo fundamento jurídico, que el referéndum es una especie del género «consulta popular» con el que no se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público y a través de cualesquiera procedimientos, sino que es aquella consulta cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral, expresivo de la voluntad del pueblo, conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral, esto es, basado en el censo, gestionado por la Administración electoral y asegurado con garantías jurisdiccionales específicas, siempre en relación con los asuntos públicos cuya gestión, directa o indirecta, mediante el ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos, constituye el objeto del derecho fundamental reconocido en el art. 23 CE. Por ello prosiguió esta Sentencia con el señalamiento de que para calificar una consulta como referéndum ha de atenderse a la identidad del sujeto consultado, de manera que siempre que éste sea el cuerpo electoral, cuya vía de manifestación propia es la de los distintos procedimientos electorales, con sus correspondientes garantías, estaremos ante una consulta referendaria (en términos análogos, SSTC 31/2010, de 28 de junio, FJ 69; y 31/2015, de 25 de febrero, FJ 5). Las consultas populares no reconducibles, conforme a los rasgos dichos, al concepto de referéndum, no son ya expresión del derecho fundamental de participación política enunciado en el art. 23.1 CE, sino manifestación, por el contrario, de una democracia participativa cuyo fundamento constitucional último está en el art. 9.2 de la propia Constitución y mediante la que ya no el cuerpo electoral, sino cualesquiera otros colectivos, pueden ser llamados a expresar su parecer sobre asuntos de relevancia pública y a través de cualesquiera procedimientos (en tal sentido, STC 31/2015, FFJJ 4 y 5; y jurisprudencia allí citada).

b) Es procedente recordar que el referéndum, cuando sea reconocido como tal según los rasgos dichos, no dejará de serlo por la mera circunstancia de que su resultado se califique de no vinculante (STC 31/2015, FJ 5, y jurisprudencia allí citada). Tampoco perderá tal condición –y esto, como se verá, tiene relevancia capital para el presente caso– por el hecho de que las normas que lo disciplinen no se sirvan de la propia palabra «referéndum», sustituyéndola por otras, o por la circunstancia de que el cuerpo electoral llamado a pronunciarse y el procedimiento para dar curso a su participación difieran o se aparten, incluso de modo irregular, de las normas que en la legislación orgánica aplicable definen quiénes son electores y cuál sea el procedimiento para que expresen, mediante el voto, las voluntades individuales que concurrirán a la formación de la voluntad general. La noción de referéndum es, a efectos competenciales, de carácter material, y bastará para identificarlo, por lo tanto, con que se esté ante un llamamiento a un cuerpo electoral que, aunque distinto acaso al definido por aquella legislación orgánica, abarque al conjunto de la ciudadanía de una Comunidad Autónoma o de un ente territorial local y con que se configure un procedimiento y unas garantías que, aunque no sean idénticos a los previstos en la legislación electoral estatal, comporten un grado de formalización de la opinión ciudadana que sea materialmente electoral (STC 31/2015, FJ 8). Esto es así porque, tratándose de una noción constitucional de la que la Norma fundamental se sirve para delimitar competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (art. 149.1.32 CE), la eventual desfiguración por normas autonómicas de las reglas que disciplinan las consultas referendarias permitiría eludir, con daño inaceptable para el orden constitucional, las competencias que al respecto pone en manos del Estado la norma fundamental. Dijimos, a este respecto, en la misma STC 31/2015, FJ 8, que los conceptos constitucionales o, en general, del bloque de la constitucionalidad que definen o acotan competencias (el de «referéndum» ex art. 149.1.32 CE, en lo que ahora importa) resultarían distorsionados, y con ellos la misma articulación competencial, si su propia definición se hiciera depender del respeto o transgresión, por el Estado o las Comunidades Autónomas, de la legalidad constitucional o infraconstitucional a la que en cada caso se encuentren sometidos. El orden de competencias constitucional y estatutario, según añade ese mismo fundamento de la Sentencia citada, quedaría a merced, si así se hiciera, del arbitrio del propio ente cuyas competencias han sido delimitadas, con el resultado, de todo punto inaceptable, de que el desbordamiento de éstas, o el exceso en su ejercicio, vendría a quedar cubierto o avalado por tales infracciones del ordenamiento. En suma, y por lo que se refiere al reconocimiento de la institución referendaria en determinado caso, no será relevante ni el nomen iuris de la figura regulada, pues el nombre no hace a la cosa, ni, según acabamos de recordar, la eventual separación o conculcación de la legislación estatal que lo regule ni, en fin, la simple afirmación, por la Norma impugnada o por sus defensores, de que la regulación controvertida no desarrolla el art. 23.1 CE, derecho que no perderá su fuerza vinculante porque se niegue haber procedido a su regulación o desarrollo. La STC 103/2008 identificó la noción de referéndum por referencia al cuerpo y al procedimiento electoral, esto es, al censo, a la Administración electoral y a unas «garantías jurisdiccionales específicas» (FJ 2). Pero no se colige de ello que la eventual desfiguración legislativa de lo dispuesto en la Ley Orgánica del régimen electoral general impidiera reconocer que una determinada consulta o tipo de consulta tuviera, conforme a su naturaleza intrínseca, la condición efectiva de referéndum, por irregular que su ordenación legal pudiera ser. La acomodación a la legislación electoral general es condición, como la propia Sentencia dijo, de que la voluntad del cuerpo electoral pudiera estimarse «válida y legítimamente» manifestada (FJ 2). Pero dicha acomodación no puede ser, sin contradicción con el sentido del repetido artículo 149.1.32, condición para la identificación de una consulta como referendaria [STC 31/2015, FFJJ 7 y 8 b)].

c) Fijado ya el concepto constitucional de referéndum y también, por contraste, el de las consultas populares no referendarias, procede ya considerar cuál sea la distribución constitucional y estatutaria de competencias sobre aquella institución entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Canarias. En la STC 31/2015 sobre la base de pronunciamientos

anteriores de esta jurisdicción, se señaló [FJ 6 A]) que el régimen jurídico del referéndum está, ante todo, sujeto a una reserva de ley orgánica, a la que la Constitución remite la regulación de las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución. Se dijo asimismo, que también el referéndum, por cuanto implica el ejercicio del derecho fundamental ex art. 23.1 CE, está sujeto en su desarrollo a la reserva de ley orgánica prevista en el artículo 81.1 del propio texto constitucional, concurriendo aquí, por tanto, dos exigencias constitucionales de reserva de ley orgánica: (i) una genérica, vinculada al desarrollo de los derechos fundamentales, y (ii) otra específica, asociada a la institución del referéndum. Se dijo en la misma Sentencia que, por otra parte, la Constitución atribuye al Estado, como competencia exclusiva, la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum (art. 149.1.32 CE), competencia que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, no puede limitarse a la autorización estatal para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum, sino que ha de extenderse a la entera disciplina de la institución, esto es, a su establecimiento y regulación [FJ 6 A) y jurisprudencia allí citada]. Observó esta misma Sentencia, por último en lo que ahora importa, que la competencia estatal así definida fue ejercida mediante la aprobación de la Ley Orgánica 2/1980, reguladora de las diversas modalidades de referéndum; Ley ésta que es la llamada por el art. 92.3 CE para regular las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución, siendo además la única ley constitucionalmente adecuada para el cumplimiento de otra reserva, añadida a la competencial del art. 149.1.32 CE, esto es, la genérica del art. 81.1 CE para el desarrollo del derecho fundamental ex art. 23 CE. Se observó también en la misma resolución que la Ley Orgánica 2/1980 no regula otros supuestos de referéndum distintos de los contemplados en el texto constitucional, en tanto que su disposición adicional excluye del ámbito de aplicación de esta Ley orgánica las consultas municipales, remitiendo su disciplina a la legislación básica de régimen local, ámbito sobre el que también se proyecta la exclusiva competencia estatal sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE).

El régimen de las consultas populares que, conforme a lo dicho, no tengan, sin embargo, la condición de referendarias, sí puede corresponder, según prevean los respectivos Estatutos de Autonomía y en el respeto, en especial, de lo dispuesto en el art. 149.1.18 CE, a la competencia de las Comunidades Autónomas, conforme a lo declarado en las sentencias constitucionales cuyos criterios venimos recordando (STC 31/2015, FJ 7, y jurisprudencia constitucional allí citada).

d) De los preceptos constitucionales recién citados deriva que corresponde en exclusiva al Estado la disciplina de la institución del referéndum. (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 69). Ello incluye ordenar el establecimiento y disponer la regulación del referéndum, de modo que la Constitución, en otras palabras, ha querido, en atención a la condición excepcional en nuestro ordenamiento de esta forma de democracia directa, que sólo mediante normas estatales puedan preverse, en el respeto a las demás determinaciones de la Constitución, los supuestos, tipos y formas de referéndum, sus ámbitos territoriales, los casos en que puede haber lugar a su convocatoria, sus procedimientos de desarrollo y garantías y, en fin, el reconocimiento jurídico a dar al pronunciamiento popular. Lo anterior no significa, sin embargo, que no puedan en ningún caso los Estatutos de Autonomía, respetando esta exclusiva competencia del Estado y, en su conjunto, las normas de la Constitución, reconocer a las Comunidades Autónomas algún género de intervención en la ejecución o, incluso, en el complemento normativo de los preceptos estatales que disciplinen, en los términos señalados, unas u otras figuras de referéndum, siempre que ello se realizara, claro está, sobre asuntos de la propia competencia de la respectiva Comunidad Autónoma. Lo que nuestra jurisprudencia excluye es que, en orden al referéndum, puedan reconocerse competencias «implícitas» de las Comunidades Autónomas [SSTC 103/2008, FJ 3, y 31/2015, FJ 6 B)]. Pero la posibilidad

de una expresa atribución estatutaria en este ámbito a las Comunidades Autónomas está latente, en cierto modo, como tal eventualidad, en el propio artículo 149.1.32 CE y aparece ya prevista de modo expreso, para determinado ámbito territorial, sobre la base de lo dispuesto en la disposición adicional de la Ley Orgánica 2/1980, en el art. 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, en el que se dispone que «[d]e conformidad con la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma, cuando ésta tenga competencia estatutariamente atribuida para ello, los alcaldes, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno y autorización del Gobierno de la Nación, podrán someter a consulta popular aquellos asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, con excepción de los relativos a la Hacienda local».

Conforme a lo dispuesto en el art. 32.5 EACan corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, de forma similar a lo establecido en otros Estatutos, el desarrollo legislativo y la ejecución del «[s]istema de consultas populares en el ámbito de Canarias, de conformidad con lo que disponga la Ley a la que se refiere el artículo 92.3 de la Constitución y demás leyes del Estado, correspondiendo a éste la autorización de su convocatoria». Aunque, en una lectura superficial, este precepto pudiera entenderse referido tan sólo a las consultas de carácter referendario, es lo cierto que la genérica mención que en él se hace a un «sistema de consultas populares» permite entender que, dentro de este amplio enunciado, se comprenden también aquellas consultas que no tengan la condición de referéndum, consultas éstas que, conforme a lo señalado supra, no suscitarían problemas en cuanto a la atribución estatutaria de competencias que, respecto de ellas, realiza este artículo 32.5. Más dificultades de interpretación podría plantear la armonización entre la competencia que corresponde en exclusiva al Estado para la «entera disciplina» (establecimiento y regulación) del referéndum y la que el precepto estatutario atribuye para el desarrollo y ejecución de otras consultas, ya de carácter referendario, a las que también se refiere genéricamente el artículo 32.5. Los Estatutos de Autonomía forman parte del bloque de la constitucionalidad, pero no pueden dejar de ser interpretados de conformidad con la Constitución. Por ello, a fin de integrar y conciliar las competencias exclusivas del Estado en punto al referéndum y las que sobre esta institución confiere a la Comunidad Autónoma de Canarias el artículo 32.5 de su Estatuto, es obligado concluir en que el «desarrollo» al que se refiere en su cabecera dicho artículo 32 no puede ser, respecto de las consultas referendarias a las que asimismo alude su apartado 5, sino en el limitado que permitiera a la Comunidad Autónoma, en el respeto a las competencias del Estado y conforme a la legislación orgánica reguladora del referéndum y del régimen electoral general, complementar o integrar en aspectos accesorios, si a ello hubiere lugar, la entera disciplina de esta institución. No se fuerza con este entendimiento, en modo alguno, el enunciado del art. 32.5 EACan, pues el precepto, según dijimos, se cuida de condicionar las competencias que atribuye a «lo que disponga la Ley a la que se refiere el artículo 92.3 de la Constitución y demás leyes del Estado» y a la autorización por el Estado mismo de la convocatoria de estas consultas.

Sobre la base de cuanto queda dicho, es ya posible examinar el régimen de las «preguntas directas» del capítulo III del Reglamento impugnado a fin de determinar si las mismas muestran, como afirma la demanda y niega la representación demandada, el carácter de consultas referendarias.

5. El artículo 9 abre el capítulo III, impugnado en su totalidad, del Reglamento aprobado por el Decreto 95/2014 y, bajo la rúbrica «(p)reguntas directas», dice así:

«La opinión de la ciudadanía respecto de asuntos de interés general de competencia autonómica podrá recabarse mediante la formulación de una o varias preguntas directas a

la ciudadanía, con el objeto de que los llamados a participar en la consulta manifiesten su parecer de forma afirmativa o negativa».

Para determinar si las consultas mediante «preguntas directas» así enunciadas, y desarrolladas luego hasta el artículo 26 del texto reglamentario, constituyen o no, en atención a su naturaleza intrínseca, genuinas consultas referendarias, es preciso tener presente la jurisprudencia constitucional recién evocada, doctrina que, en punto a la noción constitucional de referéndum, queda ajustadamente resumida, sobre la base de jurisprudencia anterior, en estas palabras de la tan citada STC 31/2015: «estamos ante un referéndum cuando el poder público convoca al conjunto de los ciudadanos de un ámbito territorial determinado para que ejerzan el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos emitiendo su opinión, vinculante o no, sobre una determinada cuestión, mediante votación y con las garantías propias de un proceso electoral» (FJ 6). Debe aplicarse esta formulación de la jurisprudencia constitucional para examinar el articulado de este capítulo III y normas concordantes y apreciar si los convocados son, en primer lugar, los ciudadanos; si, en segundo lugar, su participación lo es mediante la emisión del voto y, por último, si el Reglamento dispone, en este extremo, una administración electoral específica dotada de garantías que aspiren a asegurar la correcta manifestación y expresión de la voluntad popular. Estos son los tres puntos que consideraremos a continuación.

Antes de entrar a examinar estos puntos, debe recordarse que el capítulo III del Reglamento, ordena unas consultas mediante «preguntas directas» a las que pueden ser llamados a participar no sólo los «ciudadanos», identificados del modo que se dirá, sino también, junto a estas «personas físicas» [apartados 1 y 2 del artículo 12 y, antes aún, apartado b) del artículo 3], «entidades» o «entidades ciudadanas» [art. 12.1 y 3 a), precepto, este último, que las define como «las personas jurídicas inscritas en el Registro de Participación Ciudadana»; Registro, cabe observar, instituido por Decreto del Gobierno de Canarias 94/2014, de 25 de septiembre, que aprobó el Reglamento de su organización y funcionamiento]. Ocurre sin embargo que los ciudadanos, de una parte, y estas «entidades», de la otra, emitirían sus «respuestas» (art. 11 del Reglamento controvertido) de modo separado (en urnas distintas, cabe colegir: art. 24.1 y 2) y que el llamado «recuento» de tales respuestas se haría «con separación de las realizadas por las personas físicas y de las procedentes de las entidades ciudadanas» (art. 25.1). Se sigue de ello, con la claridad suficiente, que si bien el Reglamento permite plantear estas «preguntas directas» tanto a los ciudadanos como, en unidad de acto, a las mentadas «entidades ciudadanas», las «respuestas» que dieran unos y otras no se integran o confunden, constituyendo un llamamiento dual de este género, más bien, una doble y simultánea consulta y de distinta naturaleza a nuestros efectos, pues mientras la dirigida a los ciudadanos pudiera llegar a verse como un referéndum en sí mismo, aquellas a las que dieran su respuesta las «entidades ciudadanas» en modo alguno podrían pasar por consultas referendarias. Y ello porque, constituyendo el referéndum un cauce de participación política directa ex art. 23.1 CE, este derecho fundamental se refiere a la participación de personas individuales (STC 51/1984, de 25 de abril, FJ 2) y se presenta, en otras palabras, como derecho de participación inorgánica (SSTC 119/1995, FJ 4; y 103/2008, FJ 2), no sujeto en su ejercicio a la previa integración del elector en cualesquiera formaciones sociales. Siendo esto así, la participación de estas «entidades ciudadanas» en las «preguntas directas», que puede ser simultánea a la de los ciudadanos, pero separada, como hemos visto, de la de estos últimos bien puede verse como un supuesto típico de lo que, en esta misma Sentencia y en anteriores, se ha calificado como «consultas no referendarias», esto es, aquellas que recaban la expresión de voluntades particulares o colectivas, pero no generales y no imputables, por tanto, al cuerpo electoral [STC 31/2015, FJ 5 a), y jurisprudencia allí citada]. Se sigue de ello que, no pudiéndose tildar de referendarias las consultas a las que dieran respuesta las repetidas «entidades ciudadanas», nuestro examen ha de prescindir ahora de su consideración y valoración y ello

sin perjuicio de lo que se dirá para determinar el alcance de nuestro pronunciamiento, en el último fundamento jurídico de esta Sentencia.

Aclarado lo anterior, es ya posible examinar el régimen jurídico de las «preguntas directas» dirigidas a los ciudadanos y valorar en Derecho si constituyen o no genuinas consultas referendarias, cualquiera sea el lenguaje del que se ha servido el autor del Reglamento y cualquiera que sea la eventual atipicidad de aquel régimen.

6. Conforme a lo dicho en el fundamento anterior, corresponde ahora apreciar si las consultas mediante «preguntas directas» configuradas en el Reglamento constituyen llamamientos a la ciudadanía y, comprendido en ella, al cuerpo electoral; si tal convocatoria lo es, además, para determinar el propio parecer del elector, mediante el voto, sobre asuntos de interés general y si todo ello se articula por medio de un procedimiento y con unas garantías que puedan ser reconocidos como electorales.

A) Corresponde al Gobierno de Canarias, según el Reglamento, la decisión de «recabar la opinión» de la ciudadanía mediante estas «preguntas directas» (art. 14.1), acuerdo éste que dará lugar a una convocatoria, mediante Decreto del Presidente, en la que se fijarán, en lo que ahora importa, el objeto de la consulta, «con el texto de la pregunta o preguntas que comprende», su ámbito territorial y «las personas y las entidades ciudadanas a las que se dirige la consulta» (art. 15.1 y 2). Dejando ahora de lado la última referencia a las «entidades ciudadanas», las «personas» así convocadas son o pueden ser, conforme al artículo 3 b), las que ostenten la condición política de canarios en los términos del art. 4 EACan, así como, con alcance más general, las que tengan su residencia legal en Canarias, con independencia de su condición política y nacionalidad, «en la medida en que no lo impida la legislación correspondiente». Estas determinaciones del artículo 3, aplicables a todo tipo de consultas de las establecidas en el Reglamento, se concretan para las «preguntas directas» en el artículo 12, de cuyos dos apartados resulta que las «[p]ersonas llamadas a emitir las respuestas» se determinarán en la convocatoria correspondiente, «con independencia de las áreas temáticas de participación con las que consten inscritas en el Registro de Participación Ciudadana» y estén o no inscritas en el tal Registro. Habrán de reunir el requisito de edad para participar que se fije en la convocatoria, que no podrá ser inferior a dieciséis años (con la salvedad de las consultas «en el ámbito de la juventud», para las que se estará a la edad establecida en la Ley 7/2007, canaria de juventud).

De lo así dispuesto en los artículos 3 y 12 del Reglamento resulta lo siguiente:

a) La convocatoria se hace, o puede hacerse, en el «ámbito territorial de la consulta [art. 15.2 b)], a todos cuantos, mayores, al menos, de dieciséis años, ostenten la condición política de canarios en los términos del artículo 4 del EACan», conforme al cual 'gozan de la condición política de canarios los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las Leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Canarias' (número 1), disponiéndose también que '(c)omo canarios, gozan de los derechos políticos definidos en este Estatuto los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en Canarias y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España'; añadiéndose que '(g)ozarán también de estos derechos sus descendientes inscritos como españoles, si así lo solicitan, en la forma que determina la Ley del Estado'» (número 2).

b) El llamamiento se dirige a los ciudadanos en cuanto tales –a todos o a los que se determine en «la convocatoria correspondiente», conforme al artículo 12.1–, no a sectores determinados

de la ciudadanía definidos por sus intereses de sector o de grupo, y no otra cosa cabe inferir de lo previsto en el precepto citado, en orden a que las personas llamadas a participar se determinarán «con independencia de las áreas temáticas de participación con las que consten en el Registro de Participación Ciudadana» [el artículo 3 del Decreto 94/2014, ordenador, como dijimos, de este Registro, relaciona una diversidad de «áreas de información y participación» en función de «las materias de previsible consulta», «áreas» éstas que quedarán reseñadas en el Registro, conforme al artículo 9.2 k), respecto de la persona que, según el artículo 14 de este Decreto, solicite su inscripción en él]. No parece estemos, pues, ante consultas de las que hemos llamado no referendarias, sino ante llamamientos, según dijimos, dirigidos a los ciudadanos en cuanto tales.

c) Tratándose de personas físicas, la participación por este cauce no queda condicionada, a la previa inscripción en aquel Registro de participación. Es cierto que el art. 15.1 de la citada Ley 5/2010, «canaria de fomento a la participación ciudadana», dice que en el referido Registro podrán inscribirse «entidades ciudadanas» y la propia «ciudadanía» y que tal inscripción «otorgará el derecho a ser parte activa en los instrumentos de participación ciudadana previstos en esta Ley». No lo es menos, sin embargo, que el Reglamento de cuya constitucionalidad juzgamos, cualquiera sea su acomodación a la Ley que dice desarrollar, considera como personas llamadas a participar a «(l)as personas físicas, inscritas o no» en el repetido Registro (art. 12.2), exigiendo sólo tal inscripción previa de los ciudadanos para la emisión de respuesta por medios electrónicos (art. 18.2) y permitiendo que los requisitos para participar se acrediten, genéricamente, por una diversidad de medios, a través de la exhibición del «documento de identificación» y, en su caso, «de los documentos acreditativos o autorizando el acceso a sus datos personales en poder de otras Administraciones Públicas» (art. 18.3).

d) No existe en el capítulo III del Reglamento una previsión específica sobre un instrumento administrativo unitario paragonable al censo, pero no es dudoso que se cuenta con tal censo, identificable ahora en su materialidad. No cabe entender de otro modo, la institución de un Registro voluntario de participación ciudadana; la previsión de «ficheros de datos de carácter personal que sean necesarios (sic) crear para la ejecución de una consulta...» (art. 13.2) y la previsión, antes mencionada, de que la acreditación de los requisitos para participar se pueda hacer «mediante la exhibición del documento de identificación y, en su caso, de los documentos acreditativos o autorizando el acceso a sus datos personales en poder de otras Administraciones Públicas» (art. 18.3). Así, allegando informaciones y datos de fuentes diversas, las consultas que consideramos se realizarían sobre la base de lo que, desde un punto de vista material, no cabe sino calificarlo de censo de electores.

e) Así las cosas, no es dudoso que se cumple la primera condición para definir como referendaria una consulta popular ante una convocatoria a la ciudadanía que comprende o puede comprender (basta con esta última posibilidad) al cuerpo electoral o, más precisamente, a los ciudadanos que componen el cuerpo electoral, y que puede ser eventualmente acrecido por la incorporación de los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho [la previsión del artículo 3 b) del Reglamento en punto a la participación de extranjeros con residencia legal en Canarias queda subordinada a la prevención, en la propia norma, de que no impida tal cosa la «legislación correspondiente»]. Esta posible convocatoria de los cuerpos electorales canarios, acrecidos quizás del modo dicho, es lo que ahora resulta relevante para nuestro examen, por más que el Reglamento no excluya que el Decreto de convocatoria realice, para el respectivo ámbito territorial, llamamientos más acotados o selectivos, todo lo cual lleva al Abogado del Estado a afirmar que, en este extremo, las «preguntas directas» operarían a partir de lo que llama un «censo flotante» o un «electorado ad hoc». Sin perjuicio de la valoración jurídico-constitucional que ello, desde otra perspectiva, pudiera merecer, lo

relevante ahora es que los llamados a participar aquí lo son en cuanto ciudadanos (*uti cives*) que, aunque quizá integrados en un cuerpo electoral *sui generis*, componen a su vez los distintos cuerpos electorales mediante los que regularmente se articulan, en sus diversas instancias territoriales, las elecciones en el ámbito de Canarias. Así, si la convocatoria se realizara para todo el territorio de la Comunidad Autónoma, o para el de una de las islas o, en fin, para un determinado municipio, estaría siendo convocado según la STC 31/2015, el cuerpo electoral de la Comunidad Autónoma o el de la correspondiente entidad local, aunque acaso no sólo él. Se podría llamar a votar a un singular electorado, al que lo es conforme al Estatuto de Autonomía de Canarias y a la Ley Orgánica del régimen electoral general, desde luego, aunque incrementado –según dispusiera el Decreto de convocatoria– por las incorporaciones personales que este Reglamento dispone, incorporaciones que cabe ahora llamar *extra ordinem*. Se trataría, en tal caso, de un llamamiento a un cuerpo electoral más amplio que el configurado por la legislación electoral general, pero que no por ello dejaría de ser una verdadera *appellatio ad populum*. En definitiva, el cuerpo electoral conformado por los artículos 3 b) y 12 del Reglamento abarca, aunque pueda desbordarlo, al conjunto de la ciudadanía de la Comunidad Autónoma de Canarias o del respectivo ente territorial local, cuyos sufragios no exteriorizarían, entonces, meras voluntades particulares o de colectivos determinados, sino una voluntad general *uti cives* [STC 31/2005. FJ 8 a)].

B) Esta participación se lleva a cabo a través del voto. El «formulario que deba utilizarse para emitir la respuesta» [art. 15.2 f)], afirmativa o negativa, no es, obviamente, sino una papeleta de voto con otro nombre (art. 70 y concordantes LOREG); la «emisión de las respuestas» (art. 18) y su «depósito» (art. 24) son, pura y simplemente, la «votación» (arts. 84 y ss. LOREG) y el «recuento de las respuestas» (art. 25) es, sin más, un «escrutinio» (art. 95 y ss. LOREG). No es preciso llevar más lejos el parangón para constatar que la participación ciudadana se realiza aquí mediante la emisión del voto, cuya libertad y secreto, por lo demás, se cuida de proclamar el Reglamento (arts. 21.1 y 24.2).

C) Es asimismo patente, en fin, que la disciplina establecida en este extremo por el Reglamento incorpora una determinada Administración electoral, así como concretas garantías, que constituyen también, como dijimos, elementos necesarios para el reconocimiento de la institución referendaria. Lo relevante –como dijo la STC 31/2015– no es que el procedimiento y las garantías difieran de las previstos en la legislación electoral general, sino que comporten un grado de formalización de la opinión de la ciudadanía materialmente electoral [FJ 8 b)]. Se aprecia que un procedimiento de ese género está efectivamente articulado en el Reglamento, en el que se regula, según vimos, el acto de convocatoria (art. 15), la previsión de normas para el «desarrollo y correcta ejecución del proceso de consulta convocado, y específicamente, para la seguridad y recuento de las respuestas» (art. 16.1), la posible «campaña institucional» (art. 17), la «emisión» y «recuento» de las respuestas (arts. 18 a 25), con específica mención a su constancia en acta (art. 25.2) y a la certificación (art. 25.3) y publicación (art. 27) de los resultados de la consulta. Todo ello, unido a la previsión de la participación en el procedimiento, a fin de «velar por la regularidad de la emisión de las opiniones», de personal al servicio de las Administraciones canarias (art. 20), a la posible designación de «observadores» por la ciudadanía (art. 21.3) y a la creación de una comisión de control para «garantizar la regularidad y transparencia del proceso de consulta» (comisión entre cuyas competencias figuran las de resolver reclamaciones y establecer «criterios interpretativos» y cuyas decisiones son recurribles ante el «órgano convocante», lo que pondría fin a la vía administrativa: arts. 22 y 26, determina, inequívocamente, que estamos ante un procedimiento y unas garantías que, aunque dispares a los dispuestos en la Ley Orgánica del régimen electoral general, aspiran a que «el resultado de la consulta sea la fidedigna expresión de la voluntad del cuerpo electoral» [STC 31/2015, FJ 5 a)], cualquiera sea el juicio que, en punto al mayor o menor rigor que muestren, puedan merecer tales prevenciones.

D) Atendido cuanto antecede, no resulta dudoso que las normas relativas a las consultas mediante «preguntas directas» del capítulo III del Reglamento permitirían convocar inequívocas consultas populares de carácter referendario. Consultas que podrían dirigirse a un cuerpo electoral que –aunque acaso *sui generis*, según dispusiera el Decreto de convocatoria– comprendería o podría comprender, a voluntad del convocante, el conjunto de los electores ya de la Comunidad Autónoma, ya de cualquiera de las islas, ya, en fin, de uno u otro municipio canario. Serían, junto a ello, consultas articuladas para la emisión del voto ciudadano sobre cuestiones de «interés general» [art. 14.2 b)]. Y estarían ordenadas, en fin, mediante un procedimiento y unas garantías que procuran, con mayor o menor rigor, asegurar que el sufragio se emita con libertad y con preservación de su secreto y que su escrutinio («recuento») refleje de modo fidedigno la voluntad general (el «parecer») del electorado. En nada obsta a tal inequívoca caracterización que la denominación de estas consultas no sea la de «referéndum» o que esta ordenación reglamentaria se separe, manifiestamente, de la regulación establecida al efecto en la Ley Orgánica del régimen electoral general que es la llamada al efecto por la Ley Orgánica 2/1980 (art. 11.1). Menos relevante sería el que la ya citada Ley 5/2010, del Parlamento de Canarias, cuyo artículo 20 se dice desarrollado por el Decreto 95/2014, parezca excluir del ámbito de su regulación, en su disposición adicional quinta, la institución del referéndum. En el capítulo III del Reglamento se permite realizar y se regula una consulta popular de carácter sin duda referendario y por ello, de naturaleza enteramente diversa a la de las consultas mediante «sondeos y encuestas de opinión» que el mismo Reglamento prevé en su capítulo II, consultas con las que la representación demandada parece busca emparentar las ahora enjuiciadas, al decir de estas últimas que con ellas se persigue, como en aquéllas, «conocer cuál es la opinión pública». Pero el llamamiento del pueblo a las urnas por el poder político y la consiguiente manifestación de la voluntad, vinculante o no, de la ciudadanía supone siempre, so pena de incurrir en grave confusión de conceptos, algo más que un mero instrumento de información al servicio de aquel poder.

7. Se sigue de lo anterior que, al aprobar el capítulo III del Reglamento controvertido, el Decreto 95/2014, del Gobierno de Canarias, incurrió en manifiesto desconocimiento de las exigencias dimanantes de los arts. 23.1 y 149.1.1 CE, en relación con el art. 81.1 CE (regulación por ley orgánica del derecho fundamental de participación en los asuntos públicos); del art. 92.3 CE (regulación por ley orgánica de las condiciones y procedimientos de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución) y del art. 149.1.32 CE, que atribuye al Estado una competencia exclusiva que, según doctrina de este Tribunal, no se limita a la autorización estatal para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum, sino que se extiende a la entera disciplina de esta institución, esto es, a su establecimiento y regulación (SSTC 31/2010, FJ 69; y 31/2015, FJ 9) en los términos que hemos detallado en el fundamento jurídico 4 d) de esta Sentencia y sin perjuicio de las consideraciones que en ese mismo fundamento hicimos sobre las posibles competencias al respecto de la Comunidad Autónoma de Canarias, visto el art. 32.5 de su Estatuto de Autonomía.

En las normas de dicho capítulo III se crean y regulan unas modalidades de consulta referendaria que no están, en modo alguno, previstas en las normas estatales a las que remiten los citados preceptos constitucionales; que se pretenden, además, libres de la autorización estatal exigida por el art. 149.1.32 CE; que en nada se acomodan tampoco, por su manifiesta indeterminación, a la definición estricta, por el régimen electoral general, del cuerpo de electores de las distintas instancias territoriales, al que, sin embargo, permiten convocar, y que se separan abiertamente, por lo demás, de ese régimen electoral común y de sus garantías en la ordenación del atípico procedimiento que establecen. Todo ello supone una clara vulneración de lo dispuesto en el art. 32.5 EACan, que somete las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma de Canarias en orden a las consultas populares, a la

obligación de respeto a la Constitución y, en general, a las leyes del Estado a las que no se atuvo aquí el Reglamento enjuiciado.

Una vez constatada y depurada, en los términos que a continuación diremos, la inconstitucionalidad apreciada, no habrá ya de merecer reproche de este género, sin embargo, el también impugnado artículo 4 del Reglamento (capítulo I), pues la genérica mención que en él se hace a las «preguntas directas» como uno de los instrumentos de consulta a la ciudadanía nada dirá, en sí misma, sobre el régimen jurídico y los destinatarios de tales preguntas, siendo de recordar que la Comunidad Autónoma de Canarias ostenta competencias sobre consultas populares no referendarias e incluso puede llegar a ostentarlas, según disponga la legislación estatal más arriba citada, y en los estrictos términos que también dijimos, sobre determinados aspectos de las que sí tengan tal carácter (art. 32.5 EACan).

La apreciada contradicción del bloque de la constitucionalidad por las normas enjuiciadas hace ya innecesario el examen de las demás tachas de inconstitucionalidad expuestas en la demanda.

8. En orden al contenido y alcance del fallo a dictar es preciso señalar que la inconstitucionalidad apreciada afecta, de manera inmediata o directa, a todos los preceptos del capítulo III del Reglamento que están expresamente referidos o que aluden a la participación de los ciudadanos, a título individual, en estas consultas mediante «preguntas directas», pues tales son las normas que permitirían la convocatoria de auténticos referéndums. No ocurre así, según dijimos, para el caso de la intervención, en estas mismas consultas, de las que el Reglamento llama «entidades ciudadanas», participación ésta que muestra en sí misma, separada de la dirigida a los ciudadanos, la condición de consulta no referendaria, mediante la que no se expresaría nunca la voluntad general de la ciudadanía y que no sería merecedora, como tal, de reproche de inconstitucionalidad. Como consecuencia obligada, nuestro pronunciamiento, sin embargo, ha de extender también a las menciones a estas últimas consultas, (art. 39.1 LOTC, analógicamente aplicable), la declaración de inconstitucionalidad que de manera directa merecen las primeras, por las siguientes razones. En primer lugar, porque como en los enunciados normativos de este capítulo III están definitivamente unidas las referencias a los ciudadanos y a estas «entidades» asociativas, la segregación en dichos enunciados de las previsiones que, relativas a los ciudadanos como tales, hubieran de ser objeto, sólo ellas, de la declaración de inconstitucionalidad que aquí procede, no sólo sería difícil, sino que este Tribunal estaría asumiendo un papel de regulador positivo que no le corresponde. En segundo lugar, porque una vez eliminados los ciudadanos de estas consultas, el parecer de estas entidades expresado mediante el voto podría presentarse como una apariencia de opinión de la ciudadanía (en la que el artículo 3 del Reglamento incluye personas físicas y entidades ciudadanas). Toda vez que el capítulo III lleva por título «preguntas directas» como hemos recordado supra (FJ 5), sólo a los ciudadanos ex art. 23.1 CE les corresponde, sin mediatizaciones o sustituciones orgánicas, concurrir a la manifestación, a través del sufragio individual, de la voluntad que, al imputarse por el Ordenamiento a la ciudadanía, merece ser calificada, precisamente, de voluntad general en virtud de lo establecido por el ordenamiento Constitucional.

FALLO

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

Ha decidido

1.º Estimar parcialmente la impugnación de disposiciones autonómicas (título V LOTC) promovida por el Abogado del Estado en representación del Gobierno de la Nación y, en consecuencia:

Declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 9 a 26 del capítulo III del Reglamento de las consultas a la ciudadanía en asuntos de interés general de competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias, aprobado por Decreto 95/2014, de 25 de septiembre, del Gobierno de Canarias e incluido como anexo del mismo Decreto.

2.º Declarar que no ha lugar a pronunciarse sobre la constitucionalidad de artículo 3 del citado Reglamento, al no haber sido el mismo impugnado por el Gobierno de la Nación.

3.º Desestimar en lo demás la impugnación.

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

Dada en Madrid, a once de junio de dos mil quince.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Adela Asua Batarrita.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Antonio Narvárez Rodríguez.—Firmado y rubricado.

Pleno. Sentencia 138/2015, de 11 de junio de 2015. Impugnación de disposiciones autonómicas 6540-2014. Formulada por el Gobierno de la Nación respecto de las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre de 2014. Competencias sobre consultas referendarias: inconstitucionalidad de las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria para que catalanes y residentes en Cataluña manifestaran su opinión sobre el futuro político de Cataluña, contenidas en una página web, así como cualquier otra actuación no formalizada jurídicamente y vinculada a esa consulta.

El Pleno del Tribunal, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narvárez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la impugnación de disposiciones autonómicas (título V de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) núm. 6540-2014, promovida por el Abogado del Estado, en representación del

Gobierno, contra las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre de 2014. Ha sido Ponente la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El día 31 de octubre de 2014 el Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, al amparo de los arts. 161.2 CE y 76 y 77 LOTC, impugnó las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre (y en los días sucesivos en los términos de la convocatoria), mediante un denominado «proceso de participación ciudadana», contenidas en la página web <http://www.participa2014.cat/es/index.html> y los actos y actuaciones de preparación, realizadas o procedentes, para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta. En el escrito se hizo expresa invocación del art. 161.2 CE y del segundo inciso del art. 77 LOTC, a los efectos de que se acordase la suspensión de la disposición recurrida.

2. El objeto y los motivos de la impugnación se pueden sintetizar de la siguiente forma:

a) En los antecedentes de hecho del escrito de impugnación se exponen diversas actuaciones de la Generalitat de Cataluña llevadas a cabo en relación con la convocatoria para el 9 de noviembre de 2014 del denominado «proceso de participación ciudadana». Según el Abogado del Estado, tales actuaciones consistirían en:

– Una página web de la Generalitat de Cataluña: www.participa2014.cat. La página web se inicia mediante la afirmación siguiente: «El día 9 de noviembre de 2014, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña abre un proceso de participación ciudadana que convoca a los catalanes y las catalanas y a las personas residentes en Cataluña a que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña». En la propia página web aparece el emblema de la Generalitat de Cataluña y enlaces a la página web de la Generalitat. Además, se contienen numerosas indicaciones en relación con la convocatoria prevista para el 9 de noviembre y su celebración: las personas llamadas a participar; el modelo de papeleta en versión bilingüe y trilingüe, con las dos preguntas que se someten a la ciudadanía («¿Quiere que Cataluña se convierta en un Estado?»; «¿Quiere que este Estado sea independiente?»); los requisitos relativos a la inscripción en el Registro de participantes; la inscripción y los requisitos exigidos a las personas voluntarias para las tareas de coordinación y apoyo el día 9 de noviembre; el procedimiento a seguir, con instrucciones precisas para las personas que van a participar en la dirección de la votación (fecha y horario, los roles y organización del personal voluntario movilizado); información de actualidad del proceso, como la entrega de soporte informático para la producción del material de difusión del proceso participativo a las entidades municipalistas por el Secretario de Comunicación del Gobierno de la Generalitat, o la rueda de prensa de la Vicepresidenta de la Generalitat en la que presenta el dispositivo para la consulta; un periodo de deliberación participativa entre los días 30 de octubre y 8 de noviembre organizado por el Gobierno de la Generalitat; un vídeo institucional sobre la convocatoria; un vídeo con la comparecencia del Presidente de la Generalitat el día 14 de octubre, de cuya comparecencia se aportan amplias transcripciones literales en otro apartado de la web y que comienza con las siguientes palabras: «El Presidente de la Generalitat, Artur Mas, ha reafirmado esta mañana que “el Gobierno está decidido a ir adelante y hacer la consulta el 9 de noviembre” y

ha explicado, en una comparecencia informativa desde el Palacio de la Generalitat, que eso significa que “habrá locales abiertos, urnas y papeletas”».

– Comunicaciones oficiales dirigidas por la Generalitat –mediante correo electrónico– a distintas entidades jurídico-públicas, como entidades locales o centros educativos, en las que se requiere su colaboración administrativa (en concreto el uso de sus locales) a los efectos de asegurar el buen desarrollo de la convocatoria.

– Extracto de prensa que evidencia las decisiones adoptadas por la Generalitat de Cataluña en orden a la convocatoria y la celebración de la consulta.

– Publicación en el «Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña», de 16 de octubre de 2014, de un edicto de información pública para la modificación de la Orden de la Generalitat GRI/286/2014, de 19 de septiembre, adicionando un fichero en el que se pueden inscribir voluntariamente los ciudadanos que deseen participar en la consulta.

– Requerimiento a todos los medios de comunicación con licencia para emitir en Cataluña, mediante un correo electrónico, para que, con arreglo al art. 82 de la Ley de comunicación audiovisual de Cataluña, emitan gratuitamente y con indicación de su origen las comunicaciones y declaraciones que el Gobierno de la Generalitat considerara convenientes.

– Inicio el día 31 de octubre de 2014 de una campaña publicitaria de la celebración de la consulta mediante la inserción de anuncios en medios de comunicación.

b) Los fundamentos de derecho del escrito de impugnación comienzan con una consideración preliminar sobre el objeto de impugnación. Se señala que «ante la inexistencia de una actuación jurídicamente formalizada de esta convocatoria, inexistencia deliberada en orden a dificultar su fiscalización, el Gobierno impugna el instrumento que ha servido y está sirviendo para su promoción y celebración, fundamentalmente, el contenido de la página web descrita en los antecedentes de hecho, complementada con los actos posteriores ordenados a la ejecución de la convocatoria, como el registro de voluntarios, las instrucciones dadas a los voluntarios que aparecen en la página web como “funciones del personal voluntario movilizado para el 9N”, las indicaciones de cómo proceder a la votación y los lugares en que puede votarse, tanto en Cataluña como en el extranjero, la campaña informativa, las disposiciones de locales públicos municipales y docentes, la provisión de medios como urnas y papeletas». Más tarde se señala que el objeto de impugnación son «las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre de 2014 (y en los términos expuestos en los días sucesivos) y los actos de preparación, realizadas o procedentes, para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta». Así aparece también en el suplico principal del escrito de impugnación.

El escrito argumenta que la convocatoria es directamente imputable a la Generalitat de Cataluña, como resulta del carácter oficial de la página web, del contenido de la misma y de las declaraciones del Presidente de la Generalitat; y que sus actuaciones «tienen efectos jurídicos y trascendencia externa, sin que el hecho de que no conste una convocatoria expresa y formalizada como tal, implique que tal convocatoria no pueda ser considerada con efectos jurídicos». Y se menciona la valoración de la convocatoria por el Consejo de Estado en su dictamen 1092/2014: se trata de «un acto administrativo imputable a la Comunidad Autónoma de Cataluña».

c) A continuación el escrito realiza diversas consideraciones sobre las acciones procesales posibles frente a las actuaciones descritas. El Abogado del Estado plantea la impugnación de la actuación de la Generalitat de Cataluña anteriormente descrita por medio del proceso constitucional previsto en los arts. 76 y 77 del título V de la LOTC y, subsidiariamente, por medio del conflicto positivo de competencias regulado en los arts. 62 a 67 LOTC.

La impugnación se articula de esta manera al entender que la actuación de la Generalitat incurre en vulneraciones constitucionales tanto no competenciales como competenciales, por lo que el cauce constitucional para poder analizar ambos grupos de infracciones respecto de una actuación de esta índole es, a su juicio, el previsto en los arts. 76 y 77 LOTC. No obstante, de forma subsidiaria plantea el conflicto positivo de competencias en el que sólo se pueden plantear vulneraciones constitucionales competenciales, para el caso de que el Tribunal Constitucional considere que tal actuación no es susceptible de impugnación por la vía de los arts. 76 y 77 LOTC.

La representación procesal del Gobierno sostiene que la diferencia entre los dos procesos constitucionales mencionados no está en el objeto de la impugnación sino en los motivos que se pueden alegar en uno y otro. Esa interpretación se deduce, a su juicio, del ATC 135/2004, FFJJ 3 y 6. El Abogado del Estado entiende que, en los casos en que los motivos de inconstitucionalidad son mixtos (competenciales y no competenciales), la vía de impugnación es la prevista en el título V LOTC, ya que, en caso contrario, quedaría huérfano de proceso constitucional este tipo de infracciones de naturaleza mixta. De esta interpretación participa también, según el escrito, el Consejo de Estado, como se desprende del dictamen 864/2014 relativo a la impugnación del Decreto 129/2014 del Presidente de la Generalitat y del dictamen 1092/2014, emitido con ocasión de la presente impugnación.

Como precedente de la impugnación por la vía del conflicto positivo de competencias y subsidiariamente por el procedimiento del título V, la representación procesal del Gobierno alude a la impugnación de la actividad material que llevó a cabo el Gobierno Vasco de convocatoria de elecciones sindicales en el año 1983 y que dio lugar a la STC 102/1988: el Tribunal admitió el ejercicio subsidiario de las acciones por parte del Gobierno, así como que la actuación era impugnabile por ambas vías, si bien, al estimar la vulneración del orden competencial, no entró a tratar la pretensión subsidiaria.

El escrito dedica sus siguientes consideraciones a la impugnabilidad de la actuación de la Generalitat de Cataluña. Se señala que la doctrina constitucional, mediante interpretación teleológica, ha dado un alcance muy extenso a las palabras «resolución» y «acto», cuando ha determinado las actuaciones idóneas para iniciar procesos constitucionales. Así, ha admitido la promoción de un conflicto competencial y a la vez impugnación subsidiaria por la vía del título V contra actuaciones materiales: documentos sin fecha ni firma con normativa para el establecimiento de una representación del personal de la Administración y carta del Consejero de Presidencia dirigida a un representante sindical (STC 102/1988, de 8 de junio).

Ello también ha ocurrido en conflictos competenciales contra actuaciones materiales: un comunicado suscrito en Copenhague en nombre de una Consejería autonómica y de la Dirección danesa de medio ambiente (STC 137/1989, de 20 de julio); la realización de análisis de potabilidad de aguas en el enclave cántabro de Villaverde de Trucíos (STC 101/1995, de 22 de junio); manifestaciones del portavoz del Gobierno Vasco recogidas en la página web de la Comunidad Autónoma sobre el abono de la paga extra a los funcionarios vascos (conflicto positivo de competencia núm. 6892-2012 pendiente de resolución). O en conflictos competenciales contra actos de trámite (STC 143/1985, de 24 de octubre), contra circulares e

instrucciones internas (STC 57/1983, de 28 de junio) o contra un simple oficio de un director general a otro (STC 220/1992, de 11 de diciembre).

Por todo ello, el Abogado del Estado considera que, para trabar el proceso constitucional, «es necesaria cualquier actuación imputable a una Comunidad Autónoma que –con independencia de su naturaleza, forma o grado de eficacia– envuelva una afirmación inequívoca de ejercicio de una competencia propia, lesione la competencia ajena o incurra en un vicio de inconstitucionalidad no competencial». Se recuerda lo razonado en la STC 102/1988, FJ 3: constituiría «una rigurosidad extrema y formalista de la concepción del conflicto», «limitarlo a los supuestos de resoluciones, disposiciones y actos administrativos perfectos desde el punto de vista de su validez y eficacia»; tales actos y resoluciones, «aun dentro de su irregularidad, pueden originar una vulneración en el ámbito competencial del recurrente y, por ende, con trascendencia constitucional que legitime la entrada de esta jurisdicción. Negar esto supondría consagrar la inmunidad de las invasiones de competencia por actos o disposiciones defectuosos».

En suma, para el Abogado del Estado la actuación de la Generalitat supone «una originaria actuación administrativa con manifiesta relevancia para su control por el Tribunal Constitucional», parafraseando lo señalado en la STC 102/1988, FJ 3 (entonces el Tribunal Constitucional consideró que el proceso electoral de representantes sindicales de los funcionarios vascos impugnado era un «hecho concluyente» que acreditaba «res ipsa loquitur una originaria actuación administrativa... con relevancia para su control en este proceso constitucional»). En apoyo de su conclusión trae a colación la calificación jurídica del acto que realiza el Consejo de Estado desde la perspectiva del derecho administrativo: se trataría de un «acto verbal de convocatoria por parte del Presidente de la Generalitat de Cataluña que se documenta a través de la página web participa2014.cat».

d) Posteriormente, el escrito divide los motivos de impugnación en infracciones constitucionales de carácter sustantivo e infracciones constitucionales de carácter competencial. Siguiendo su sistemática, las tachas de inconstitucionalidad de carácter sustantivo que se reprochan a las actuaciones impugnadas son dos:

– Infracción de los arts. 1.2 y 2 CE. Esta tacha de inconstitucionalidad se dirige en particular al objeto de la consulta popular convocada. Los términos de la pregunta presuponen la existencia de una ciudadanía, a la que se interpela y que sería depositaria de la soberanía popular, en suma un sujeto soberano distinto del señalado por el art. 1.2 CE, el cual además se pronunciaría respecto de una cuestión jurídico-política de naturaleza constituyente, la unidad de España.

– Infracción del art. 168 CE. La decisión resultante de la consulta popular apuntaría a una decisión constituyente, por una vía que no tiene cabida en el actual marco constitucional y, por tanto, en franca contradicción con el régimen previsto en el art. 168 CE. Conclusión que se apoya en la STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 4, sobre la Declaración soberanista del Parlamento de Cataluña.

Las tachas de inconstitucionalidad de carácter competencial que se reprochan a las actuaciones impugnadas son:

– Infracción del art. 122 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), en cuanto que la consulta convocada excede del ámbito competencial de la Generalitat de Cataluña.

– Infracción de los arts. 23 y 81 CE, en cuanto que la consulta convocada es contraria a la reserva de Ley Orgánica contenida en el art. 81 CE en relación con el art. 23 CE.

– Infracción de los arts. 92, 149.1.1, 149.1.18 y 149.1.32 CE. Se destaca el hecho de que en la página web no se alude a las normas jurídicas en que se fundamente la actuación realizada, más allá de la referencia genérica a las competencias autonómicas en materia de participación ciudadana. Se argumenta que la convocatoria encubre un auténtico referendo y no una mera encuesta o llamada a la participación, pues, por un lado, son las mismas preguntas que las formuladas en el Decreto 129/2014 objeto de impugnación por el Presidente del Gobierno y, por otro, no se ajusta a las características de las formas de participación ciudadana no referendaria previstas en la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, algunos de cuyos preceptos están en la actualidad suspendidos. La consulta, por su contenido, no es una mera consulta administrativa, sino un verdadero proceso de participación de carácter político que afecta, fundamentalmente, al art. 23 CE, en el sentido de la STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2. El escrito desarrolla con amplitud la idea de la coincidencia de la regulación de la consulta impugnada con las características propias de un referendo (escrito de impugnación, págs. 32 a 46).

Finalmente, el suplico del escrito del Abogado del Estado solicita la anulación de las actuaciones de la Generalitat de Cataluña objeto de impugnación, así como todos los demás actos o resoluciones que se hubieran producido en ejecución de la actuación impugnada y, subsidiariamente, declare que corresponden al Estado las competencias controvertidas y anule las citadas actuaciones de la Generalitat de Cataluña, así como todos los demás actos o resoluciones que se hubieran producido en ejecución de la actuación impugnada.

Por otrosí suplica que se declare suspendida la convocatoria impugnada mencionada en el suplico principal y las restantes actuaciones de preparación realizadas o procedentes para la celebración de dicha consulta, así como cualquier actuación, aun no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta, desde la fecha de la interposición de esta impugnación, comunicándolo así al Presidente de la Generalitat de Cataluña como «órgano autonómico correspondiente» en tanto que autor de la actuación objeto de este proceso constitucional (arts. 64.1 y 77 LOTC); ordenando publicar la suspensión en los periódicos oficiales autonómico y estatal para que alcance conocimiento y eficacia general respecto a cualesquiera terceros (arts. 64.4 y 77 LOTC), para su debido e inmediato cumplimiento de acuerdo con el art. 87.1 LOTC, según el cual «todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva», con las responsabilidades a que su infracción pudiera dar lugar.

3. El Pleno del Tribunal, por providencia de 4 de noviembre de 2014, acordó la admisión a trámite de la impugnación de disposiciones autonómicas (título V LOTC) y, subsidiariamente, conflicto positivo de competencia, contra las actuaciones de la Generalitat antes mencionadas, y dar traslado de la demanda y documentos presentados al Gobierno de la Generalitat de Cataluña, por conducto de su Presidente, al objeto de que en el plazo de veinte días y, por medio de la representación procesal que determina el art. 82.2 LOTC, aportara cuantos documentos y alegaciones considerara convenientes. Asimismo se acordó suspender los actos impugnados (desde el 31 de octubre de 2014, fecha de interposición del recurso, para las partes del proceso y desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» para los terceros), así como las restantes actuaciones de preparación de dicha consulta o vinculadas a ella. Finalmente, se ordenó publicar la incoación de la impugnación en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya».

4. Con fecha de 7 de noviembre de 2014 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal un escrito de los Abogados de la Generalitat de Cataluña, en representación y defensa de su Gobierno, por el que se personan en la impugnación del título V de la LOTC núm. 6540-2014 y, subsidiariamente, conflicto positivo de competencia, solicitan la suspensión del plazo de veinte días concedido para formular alegaciones y plantean un recurso de súplica contra la providencia de 4 de noviembre de 2014, a fin de que se deje sin efecto dicha providencia, se inadmita la impugnación y no se produzca el concatenado efecto suspensivo.

Mediante otrosí, con carácter subsidiario de la petición anterior y para el caso de que no fuera estimada, solicitan la aclaración del apartado 3 de la providencia de 4 de noviembre de 2014, en cuanto al alcance y sentido del acuerdo adoptado por el Tribunal Constitucional en ese punto, con arreglo a los arts. 93 LOTC y 267 LOPJ.

5. Con fecha de 11 de noviembre de 2014 entró en este Tribunal un nuevo escrito de los Abogados de la Generalitat de Cataluña en el que a título complementario de las consideraciones efectuadas en el recurso de súplica planteado contra la Providencia del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 4 de noviembre de 2014, aporta constancia de las manifestaciones hechas por el Presidente del Gobierno y el Ministro de Justicia respecto de la naturaleza del proceso de participación ciudadana celebrado el día 9 de noviembre de 2014 en Cataluña.

6. Por providencia de 18 de noviembre de 2014, el Pleno acordó unir a las actuaciones los escritos de 7 y 11 de noviembre de 2014 de los Abogados de la Generalitat de Cataluña, interponiendo recurso de súplica contra la anterior providencia de 4 de noviembre de 2014, y trasladar copia de los mismos al Abogado del Estado, concediéndole un plazo de tres días para que formule las alegaciones que estimara oportunas.

7. Con fecha de 24 de noviembre de 2014 entró en el Registro de este Tribunal el escrito del Abogado del Estado, evacuando el trámite de alegaciones conferido por providencia de 18 de noviembre de 2014. En dicho escrito se postulaba la pérdida de objeto del recurso de súplica, toda vez que resultaba notorio que la Generalitat ya había llevado a cabo la actuación impugnada; se señalaba que el art. 77 LOTC no prevé un trámite específico de inadmisión del recurso interpuesto por esa vía, ni atribuye al Tribunal Constitucional facultades para examinar en este trámite cuestiones de fondo; y se defiende la idoneidad de la impugnación realizada por la vía del título V de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

8. Por Auto de 2 de diciembre de 2014 este Tribunal acordó inadmitir por extemporáneo el escrito de recurso presentado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña el 11 de noviembre de 2014, y desestimar el recurso de súplica interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra la providencia de 4 de noviembre de 2013 del Pleno de este Tribunal, en la que se acuerda admitir a trámite la impugnación de disposiciones autonómicas (título V de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y, subsidiariamente, conflicto positivo de competencia contra las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre (y en los días sucesivos en los términos de la convocatoria), mediante un denominado «proceso de participación ciudadana», es decir, aquellas contenidas en la página web <http://www.participa2014.cat/es/index.html> y los actos y actuaciones de preparación, realizadas o procedentes, para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta.

9. Mediante escrito registrado el día 2 de diciembre de 2014 los Abogados de la Generalitat de Cataluña formularon alegaciones de acuerdo con lo dispuesto en el punto 2 de la providencia de 4 de noviembre de 2014, próximo a finalizar el plazo de veinte días otorgado, para que la llamada espera a que el Tribunal contestara al escrito de personación, recurso de súplica y aclaración presentado el 7 de noviembre de 2014, no se interpretase como renuncia al derecho de defensa que le asiste. La parte manifestó que esperaba que el Tribunal acabase aceptando el recurso de súplica e inadmitiera la impugnación; y, de no ser así, que le fuera otorgado nuevo plazo para formular las alegaciones definitivas, como en su día solicitó. Con independencia de lo anterior, considera que las alegaciones que efectuaban eran un tanto superfluas en un doble sentido: por un lado, porque las actuaciones de la Generalitat relativas a la convocatoria del 9 de noviembre habían quedado suspendidas como consecuencia de la impugnación; por otro lado, porque la jornada cívica del 9 de noviembre había transcurrido ya pacíficamente, lo que había cambiado el objeto de la impugnación, que no era ya algo futuro, sino algo pasado, y lo que había sucedido en Cataluña no coincidía ya con el objeto que se pretendía en una impugnación basada, fundamentalmente, en prejuicios sobre las intenciones del Gobierno de la Generalitat. En suma, ante el cambio de contexto producido el escrito de alegaciones venía a contestar de forma provisional a la demanda formulada y completar las consideraciones manifestadas en el recurso de súplica presentado contra la providencia de 4 de noviembre de 2014.

a) La primera de las alegaciones argumenta que el 9 de noviembre de 2014 no se iba a celebrar, ni se celebró, un referéndum en Cataluña. La representación procesal del Gobierno de la Generalitat rechaza que la consulta de 9 de noviembre fuera un referéndum encubierto y reitera los argumentos contra dicha calificación que obran en los escritos anteriores. Se aduce que el Gobierno de la Generalitat había acatado las providencias de 29 de septiembre de 2014 que determinaron la suspensión de los preceptos impugnados de la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana y de la celebración de la consulta popular convocada mediante el Decreto 129/2014, de 27 de septiembre, para el día 9 de noviembre de 2014, respectivamente. Sin embargo, el hecho de que el Gobierno de la Generalitat hubiera respetado la suspensión de la consulta popular no referendaria no ocultaba la notable frustración generada en la ciudadanía, que reclamaba a los poderes públicos poder pronunciarse sobre el encaje entre Cataluña y España, algo que, según la STC 42/2014, constituye una legítima aspiración política. Por ello, de acuerdo con el mandato constitucional y estatutario de facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (arts. 9.2 CE y 4.2 EAC), se optó por encauzar la expresión de la ciudadanía a través de un nuevo proceso de participación, de distinta naturaleza y efectos al de las consultas populares no referendarias y netamente distinto también de los referéndums. En consecuencia, se considera desproporcionado, excesivo, contrario a las reglas de la buena fe procesal y, en definitiva, abusivo, acudir a la impugnación en sede constitucional de unas actuaciones que no pueden equipararse a fórmulas de democracia directa de carácter referendario: si se hizo así, fue con el exclusivo fin de beneficiarse en el terreno político del privilegio de la suspensión directa del art. 161.2 CE.

La representación procesal del Gobierno de la Generalitat considera que, si el Tribunal Constitucional afirma que «en nuestro ordenamiento constitucional tienen cabida cuantas ideas quieran defenderse» y que «no existe un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional» [STC 42/2014, FJ 4 c), con cita de la STC 31/2009, FJ 13], habrá de aceptarse que los ciudadanos puedan expresar aspiraciones políticas incluso contrarias a la Constitución y la voluntad de poner en marcha los procedimientos precisos para su reforma, y que la Administración Pública no puede negarles la posibilidad de transitar por cauces normales que habiliten su expresión y, es más, debe atender las peticiones que al respecto le formule su Parlamento.

Tras enumerar las distintas iniciativas desarrolladas al respecto (la propuesta de delegación a la Generalitat de la competencia para autorizar, convocar y celebrar un referéndum, rechazada por el Congreso de los Diputados el 11 de abril de 2014; la aprobación de un nuevo marco para las consultas no referendarias, mediante la Ley 10/2014, objeto del recurso de inconstitucionalidad núm. 5829-2014, cuya eficacia está suspendida; la convocatoria de la consulta popular no referendaria mediante el Decreto 129/2014, impugnada mediante el procedimiento del título V de la LOTC con el número 5830-2014, y que se encuentra también suspendido; y la promoción de un nuevo proceso de participación ciudadana, objeto de la impugnación sobre la que versan las presentes alegaciones), se argumenta que cada uno de esos procedimientos tiene un régimen jurídico distinto y un objeto propio y específico: por ello, el conjunto de actuaciones adoptadas por la Generalitat para la promoción de un nuevo proceso de participación ciudadana no constituye un nuevo intento de celebrar un referéndum sobre el futuro político, equivalente pero con menos garantías al «referéndum encubierto» que según el Gobierno estatal se convocó mediante el Decreto 129/2014, sino una modalidad participativa singular que da cauce a las voluntades colectivas de ejercicio de los derechos a la libertad ideológica y a la libertad de expresión (arts. 16 y 20 CE) y que encuentra pleno acomodo constitucional pues el Tribunal Constitucional ha declarado que «el referéndum es sólo una especie del género más amplio de consultas populares» (STC 31/2010, FJ 69).

En suma, se trata de regulaciones diferenciadas y plenamente justificadas por la distinta funcionalidad, procedimiento y efectos que cabe atribuir a cada uno de ellos, distinguiéndose los referéndums de las consultas populares no referendarias y éstas de las otras formas de participación ciudadana. El proceso de participación promovido para el 9 de noviembre no responde a la definición de referéndum que se desprende de las SSTC 103/2008 y 31/2010 («parecer del cuerpo electoral conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral, esto es, basado en el censo, gestionado por la Administración electoral y asegurado con garantías jurisdiccionales específicas»). La realidad de lo sucedido así lo ha demostrado: ninguno de los participantes, ni la opinión pública, ni el propio Gobierno del Estado, ha manifestado haber asistido, presenciado o soportado, respectivamente, un referéndum. El mismo Presidente del Gobierno declaró la víspera de la consulta que el proceso participativo no era un referéndum ni tampoco una consulta no referendaria, lo que fue recogido al día siguiente por diversos medios de comunicación (La Vanguardia, El Mundo y El País).

En suma, el proceso de participación ciudadana del 9 de noviembre, además de responder a una naturaleza distinta de aquella que se le atribuyó al impugnarlo, no ha seguido el procedimiento electoral, ni se ha revestido de las garantías de los procesos electorales, ni ha tenido ni pretendía tener efectos jurídicos. En consecuencia, de una parte, no se le puede equiparar a un referéndum, no se le pueden atribuir ni las características ni las consecuencias jurídicas y políticas propias; y, de otra, no se le pueden imputar las infracciones constitucionales que le atribuye la impugnación planteada, como si de un referéndum se tratara.

b) Con relación a las infracciones constitucionales de carácter sustantivo (arts. 1.2, 2 y 168 CE), el escrito señala que el reproche de inconstitucionalidad nace y encuentra su único sustento en la confusión sobre el proceso participativo del 9 de noviembre, al entender la invitación a que los ciudadanos «manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña» como una consulta referendaria dirigida a solo una parte del pueblo español. Frente al entendimiento que centra los problemas de constitucionalidad en el objeto de la consulta, en la pregunta, la representación procesal del Gobierno de la Generalitat considera que la calificación jurídica de la pregunta, su valor, sentido y efectos depende esencialmente del contexto en que se formula: una misma pregunta puede adquirir un significado distinto según sea el contexto en que se formula y se responde. Por otro lado, al no estar el proceso participativo conectado con una eventual modificación del texto constitucional, es obvio que en nada perturba la aplicación,

en su momento y si así se decidiera, del procedimiento para la reforma de la Constitución configurado en su art. 168.

c) Por lo que se refiere a las infracciones del orden competencial que fundamentan subsidiariamente la impugnación (arts. 23, 81, 92, 149.1.1, 149.1.18 y 149.1.32 CE y 122 EAC), la representación procesal del Gobierno de la Generalitat señala que están única y directamente relacionadas con el carácter pretendidamente referendario que se atribuye al proceso participativo del 9 de noviembre. Así pues, una vez aclarado mediante las alegaciones precedentes que las actuaciones de la Generalitat auspiciando la realización de un proceso participativo el 9 de noviembre no se orientaban en modo alguno a preparar la celebración de un referéndum en dicha fecha, ni tampoco a la realización encubierta de la consulta no referendaria convocada mediante el Decreto 129/2004 que había sido suspendida, carecen de sentido las abundantes páginas de la demanda dedicadas a exponer los elementos propios de las consultas referendarias y sus principales características, como son: la convocatoria de la consulta, su objeto o pregunta, el llamamiento al cuerpo electoral, el procedimiento electoral con sus trámites correspondientes, el censo electoral, la organización administrativa que vela por el correcto desenvolvimiento del proceso electoral y lo dota de garantías jurídicas, y, por último, el establecimiento de un sistema de garantías jurisdiccionales específicas. El escrito señala que, como se admite en la demanda, no todos estos elementos se encuentran presentes en el supuesto previsto para el 9 de noviembre y algunos de ellos, pese a figurar, lo hacen de una manera parcial y desdibujada: ello es así porque no se está ante un referéndum y, de hecho, después de la consulta nadie ha sostenido que se hubiera llevado a cabo un referéndum.

En concreto se aducen a este respecto los siguientes aspectos: en primer lugar, que no se produjo un acto expreso y público de convocatoria por la autoridad pública de la Generalitat; en segundo lugar, que el tenor de una pregunta, sea la que sea, no basta para que su formulación convierta la actuación en la que se inserta en un referéndum: la misma pregunta se podría formular en una encuesta oficial, en una de las modalidades de consulta no referendaria, en un foro o en cualquier otro mecanismo de participación, y no por ello serían referéndums; en tercer lugar, la naturaleza del proceso participativo del 9 de noviembre, el cual, a diferencia de la consulta no referendaria convocada por el Decreto 129/2014, obligaba a recoger y contabilizar todas las opiniones de los ciudadanos, incluidas las que fueran más allá de las respuestas a las preguntas formuladas; en cuarto lugar, que los llamados a votar no coincidían con el cuerpo electoral de Cataluña, de forma que, al incluir la franja de edad de 16 a 18 años y la participación de extranjeros residentes, el resultado de la votación nunca podría equipararse al de un referéndum; en quinto lugar, que la organización y buen orden de la jornada corría a cargo de voluntarios, no de la Administración; y, en sexto y último lugar, la carencia de un sistema de garantías jurisdiccionales específicas, al no tratarse de un referéndum.

En resumen, al proceso participativo previsto para el 9 de noviembre no se le pueden atribuir ni las características ni las consecuencias jurídicas y políticas propias de los referéndums, por lo que las actuaciones de la Generalitat auspiciando la celebración de dicho acto se amparan correctamente en los mandatos y competencias que el Estatuto de Autonomía de Cataluña le atribuye para fomentar la participación y no resultan contrarias al orden constitucional. Además, el carácter esencialmente político de las citadas actuaciones hace que las mismas carezcan de la relevancia constitucional suficiente para su impugnación y enjuiciamiento por la vía a que se refiere el título V de la LOTC.

Por todo ello, los Abogados de la Generalitat de Cataluña solicitan que se tenga por presentado y se admita su escrito de alegaciones y que, previos los trámites oportunos, se dicte sentencia

en la que se acuerde la inadmisión de la presente impugnación por la vía del título V de la LOTC y, subsidiariamente, conflicto positivo de competencia, o, en su caso, su desestimación.

10. El Pleno del Tribunal, por providencia de 2 de diciembre de 2014, acordó, conforme a lo interesado por la representación procesal del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, concederle un nuevo plazo de veinte días, para que formule las alegaciones que estime convenientes.

11. El día 30 de diciembre de 2014 los Abogados de la Generalitat de Cataluña evacuaron el trámite de alegaciones conferido por la providencia de 2 de diciembre de 2014. Señalan que en la misma fecha en la que se dictó la providencia de 2 de diciembre, esa parte había presentado en el registro del Tribunal un escrito de alegaciones en contestación a la demanda formulada por el Abogado del Estado, si bien con carácter provisional, puesto que el Tribunal aún no se había pronunciado sobre el recurso de súplica e inadmisión de la impugnación presentada el 31 de octubre. Una vez dictada el 2 de diciembre de 2014 la resolución desestimatoria del recurso de súplica, notificada el siguiente día 10, y no habiéndose alterado la situación procesal de origen, esa parte consideró que procedió elevar a definitivas las alegaciones contenidas en el escrito presentado el 2 de diciembre de 2014, remitiéndose a lo que en ellas se manifestó y dándolas por reproducidas.

12. Por providencia de 20 de enero de 2015, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó que, próximo a finalizar el plazo de los cinco meses que señala el art. 65.2 LOTC desde que se produjo la suspensión de los actos impugnados en este procedimiento, se oyerá a las partes personadas para que, en el plazo de cinco días, expusieran lo que consideraren conveniente acerca del mantenimiento o levantamiento de dicha suspensión.

13. Las alegaciones del Abogado del Estado fueron registradas el día 28 de enero de 2015. En ellas se señala que en el momento en que se da traslado para alegaciones sobre el mantenimiento o el levantamiento de la suspensión ya ha transcurrido la fecha de la convocatoria, por lo que el incidente habría quedado sin objeto, como, mutatis mutandis, el Tribunal ha declarado en el ATC 244/2013, de 22 de octubre; en todo caso, la declaración de falta de objeto del incidente no puede suponer la habilitación a la Generalitat para llevar a cabo una convocatoria similar en otra fecha distinta.

Sin embargo, el escrito señala que, en este caso, concurre una circunstancia muy especial: a pesar de la providencia del Tribunal Constitucional acordando la suspensión de la consulta, la Generalitat de Cataluña y, especialmente, su Presidente, continuaron con los actos preparatorios y la celebración de la consulta suspendida. Por todo ello, se solicita del Tribunal que, al resolver sobre esta pieza de suspensión, introduzca una salvedad sobre la ilegalidad de las actuaciones materiales y de los actos administrativos dictados por las autoridades de la Generalitat que han incumplido la providencia de suspensión, hayan o no producido todos sus efectos.

14. El 30 de enero de 2015 evacuaron los Abogados de la Generalitat de Cataluña el trámite de alegaciones conferido por la providencia de 20 de enero de 2015. En dichas alegaciones se afirma que, al haber transcurrido el 9 de noviembre, dichas actuaciones han agotado sus eventuales efectos y, con ello, han dejado de poder aplicarse en el futuro suscitando perjuicios de imposible o difícil reparación. Mantener expresamente la suspensión de las actuaciones de la Generalitat que, a finales de 2014, promovía la convocatoria de un proceso participativo el 9 de noviembre, carece de cualquier efecto en el orden jurídico, pudiendo más bien considerarse como una decisión innecesaria e, incluso, socialmente inoportuna. En cambio, se alega que,

atendiendo a su relieve constitucional, sería positivo que se resolviera prontamente sobre el fondo del asunto, desestimando la impugnación interpuesta.

15. Por providencia de 9 de junio de 2015 se señaló el día 11 del mismo mes y año para deliberación y votación de la presente Sentencia.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Abogado del Estado, en representación del Gobierno, ha promovido la impugnación de disposición autonómicas (título V de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC) y, subsidiariamente, conflicto positivo de competencia contra las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre (y en los días sucesivos en los términos de la convocatoria), mediante un denominado «proceso de participación ciudadana», es decir, aquellas contenidas en la página web <http://www.participa2014.cat/es/index.htm>, y los restantes actos y actuaciones de preparación, realizados o procedentes, para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación aún no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta.

Como con más detalle se ha expuesto en los antecedentes, el Abogado del Estado considera que las actuaciones impugnadas vulneran la Constitución, tanto por motivos de carácter competencial como no competenciales. Entiende el representante procesal del Gobierno que las actuaciones de la Generalitat relacionadas con el proceso de participación ciudadana convocado para el 9 de noviembre de 2014 son una cuestión de naturaleza constituyente que afecta a la unidad de España y vulnera los arts. 1.2, 2 y 168 CE. Asimismo aduce que las actuaciones impugnadas se orientan a la realización de un referéndum, por lo que son contrarias a los arts. 92, 149.1.1, 149.1.18 y 149.1.32 CE; que exceden del ámbito competencial autonómico, infringiendo el art. 122 EAC; y, finalmente, que vulneran la reserva de ley orgánica contenida en el art. 81 CE en relación con el art. 23 CE.

Los Letrados de la Generalitat de Cataluña afirman, por el contrario, que las actuaciones de la Generalitat no se orientan a la realización de un referéndum, sino a un proceso de participación ciudadana, con un procedimiento y unos efectos bien diferenciados. A juicio de esta parte, las infracciones de carácter sustantivo y competencial que se dirigen contra las actuaciones impugnadas están relacionadas con el carácter pretendidamente referendario que se atribuye al proceso participativo del 9 de noviembre, o con la realización encubierta de la consulta convocada mediante el Decreto 129/2014. Sostiene que al proceso de participación ciudadana previsto para el 9 de noviembre no se le pueden atribuir las características ni las consecuencias jurídicas y políticas propias de un referéndum; y que, una vez que descartado el carácter referendario atribuido al proceso de participación ciudadana convocado, se deben rechazar las infracciones de carácter sustantivo y competencial imputadas a las actuaciones de la Generalitat, pues las actuaciones de la Generalitat que auspician la realización de dicho proceso de participación ciudadana se fundamentan en las competencias autonómicas de fomento de la participación ciudadana, no resultan contrarias al orden constitucional y su carácter esencialmente político excluye una relevancia constitucionalmente suficiente para ser objeto de impugnación por la vía del título V LOTC.

2. A fin de abordar la presente impugnación debemos efectuar algunas precisiones preliminares sobre el objeto de enjuiciamiento y la forma de resolverlo.

El supuesto que debemos enjuiciar presenta algunas peculiaridades. La primera es que, en el momento de dictar esta resolución, es notorio que la consulta ya ha sido celebrada, en los términos en los que fue convocada y, por lo tanto, las actuaciones impugnadas han agotado ya sus efectos. La segunda peculiaridad ha sido puesta de relieve por el propio Abogado del Estado: la inexistencia de una actuación jurídicamente formalizada de la convocatoria; en otras palabras, las actuaciones impugnadas son básicamente materiales. A lo anterior se añade que ambas partes las relacionan con el Decreto 129/2014. Por último, el objeto de impugnación son, tal y como se desprende del suplico principal del escrito del Abogado del Estado, las actuaciones de la Generalitat de Cataluña que, de cualquier modo, estén vinculadas con la convocatoria de la referida consulta.

En cuanto a las peculiaridades señaladas, sin necesidad de realizar un análisis exhaustivo a este respecto, bastará señalar que, a diferencia del caso abordado en la STC 32/2015, de 25 de febrero, en el presente supuesto no existe un acto formal de convocatoria para la celebración de la consulta, ni un registro de participantes o una lista de las personas llamadas a participar, ni un procedimiento o unas garantías que comporten «un grado de formalización de la opinión de la ciudadanía materialmente electoral» (STC 31/2015, de 25 de febrero).

Además, conviene subrayar que el objeto de impugnación no es el proceso de participación ciudadana en sí, sino, tal y como se desprende del suplico principal del escrito de impugnación, las actuaciones de la Generalitat de Cataluña que, de cualquier modo, estén vinculadas con la referida convocatoria. Así pues, abordaremos la constitucionalidad de las actuaciones impugnadas entendidas como un todo, como un acto imputable al Gobierno de la Generalitat de Cataluña, el cual, por medio de hechos concretos dentro de una actuación material de sus potestades, viene a expresar una afirmación de competencia que la representación procesal del Gobierno considera que desborda su ámbito propio.

Aunque las partes centran sus alegaciones en la discusión sobre la naturaleza del proceso de participación ciudadana convocado para el 9 de noviembre de 2014, para resolver la presente impugnación no es necesario determinar si el referido «proceso de participación ciudadana» tiene, a pesar de su denominación, carácter referendario, como alega el Abogado del Estado, o carece de tal carácter, como sostienen los Abogados de la Generalitat, quienes incluso argumentan que el proceso de participación convocado constituye una especie de *tertium genus*, diferenciable tanto de las consultas populares referendarias como de las no referendarias. No es necesario abordar tal aspecto porque, en definitiva, el posible exceso competencial alegado por el Abogado del Estado, en cuanto que se refiere a los límites de la competencia de la Generalitat, afectaría por igual a cualquier modalidad de consulta que ésta pudiera convocar. El límite competencial viene recogido de forma expresa en el artículo 122 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, si bien únicamente en relación con las consultas populares no referendarias –a las que, según nuestra jurisprudencia, se refiere específicamente aquel precepto (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 69)–, lo cual no empece a que el análisis de dicho precepto pueda arrojar luz en el presente enjuiciamiento.

3. El artículo 122 del Estatuto de Autonomía de Cataluña establece en materia de consultas populares lo siguiente:

«Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con excepción de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución.»

Este precepto estatutario prescribe un límite claro a la competencia autonómica en materia de consultas populares. Las consultas populares que entran dentro de la competencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña tienen que ceñirse al «ámbito de sus competencias». El mismo límite proclama también el artículo 29.6 EAC cuando dispone que «los ciudadanos de Cataluña tienen derecho a promover la convocatoria de consultas populares por parte de la Generalitat y los Ayuntamientos, en materia de las competencias respectivas, en la forma y las condiciones que las leyes establezcan».

En este mismo sentido nuestra reciente STC 31/2015, FJ 6, ha declarado que, si bien el alcance del art. 122 EAC ha sido circunscrito por la STC 31/2010 (FJ 69) a las consultas no referendarias, «en todo caso, el ejercicio de la competencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña para regular las consultas no referendarias está sujeto a determinados límites», límites que entonces precisamos de la siguiente manera:

«a) En primer lugar, queda fuera de la competencia autonómica formular consultas, aun no referendarias, que incidan sobre “sobre cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que resultan sustraídas a la decisión de los poderes constituidos. El respeto a la Constitución impone que los proyectos de revisión del orden constituido, y especialmente de aquéllos que afectan al fundamento de la identidad del titular único de la soberanía, se sustancien abierta y directamente por la vía que la Constitución ha previsto para esos fines. No caben actuaciones por otros cauces ni de las Comunidades Autónomas ni de cualquier órgano del Estado, porque sobre todos está siempre, expresada en la decisión constituyente, la voluntad del pueblo español, titular exclusivo de la soberanía nacional, fundamento de la Constitución y origen de cualquier poder político” (STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4). Es patente, pues, que el parecer de la ciudadanía sobre tales cuestiones ha de encauzarse a través de los procedimientos constitucionales de reforma...

b) De igual modo, el objeto de las consultas populares tampoco puede desbordar “el ámbito de las competencias autonómicas y locales, por lo que es evidente que no puede haber afectación alguna del ámbito competencial privativo del Estado” (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 69), tal y como contempla el propio art. 122 EAC.»

De la STC 31/2015 se desprende que los mismos límites competenciales rigen para la convocatoria autonómica de cualesquiera consultas populares, ya sean referendarias o no. Además, es preciso añadir ahora que, para determinar si el objeto de una consulta convocada o promovida por las instituciones de una Comunidad Autónoma excede o no del ámbito competencial autonómico, lo determinante es el contenido de la pregunta o de la cuestión que se somete a consulta y no el grado de formalización jurídica de la consulta. En suma, una Comunidad Autónoma no puede convocar, ni realizar actuaciones formalizadas o no jurídicamente que auspicien la convocatoria de una consulta popular, aun no referendaria, que desborde el ámbito de las competencias propias, o que incida sobre «cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que resultan sustraídas a la decisión de los poderes constituidos».

Establecido que el contenido de la pregunta o de la cuestión que se somete a consulta resulta determinante para comprobar si se excede del ámbito competencial de la Comunidad Autónoma que la convoca o la promueve, debemos recordar que sobre este aspecto ya se ha pronunciado este Tribunal. Así, en la STC 103/2008 examinamos una consulta que, en función de su resultado, pretendía sentar «las bases de una nueva relación» entre una Comunidad Autónoma y el Estado en su conjunto. Entonces afirmamos que dicha consulta «plantea[ba] una cuestión que afecta[ba] al orden constituido y también al fundamento mismo del orden

constitucional», y que «con ella se incid[ía] sobre cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que resultan sustraídas a la decisión de los poderes constituidos» (FJ 4). Cuando se trata de una consulta que incide sobre cuestiones fundamentales de esa trascendencia, declaramos que «[e]l respeto a la Constitución impone que los proyectos de revisión del orden constituido, y especialmente de aquéllos que afectan al fundamento de la identidad del titular único de la soberanía, se sustancien abierta y directamente por la vía que la Constitución ha previsto para esos fines. No caben actuaciones por otros cauces ni de las Comunidades Autónomas ni de cualquier órgano del Estado, porque sobre todos está siempre, expresada en la decisión constituyente, la voluntad del pueblo español, titular exclusivo de la soberanía nacional, fundamento de la Constitución y origen de cualquier poder político» (FJ 4).

4. A continuación procede valorar si las actuaciones de la Generalitat de Cataluña impugnadas en este proceso que han auspiciado el proceso de participación ciudadana convocado para el 9 de noviembre de 2014, desbordan o no el ámbito de las competencias autonómicas. Como se ha indicado, el criterio decisivo para determinar si se respeta o no el ámbito competencial que limita la competencia autonómica en materia de consultas populares consiste en examinar el contenido de la pregunta o de la cuestión que se somete a consulta. La consulta convocada el pasado día 9 de noviembre se dirige, según se desprende de los antecedentes de hecho y admite la propia representación procesal de Cataluña, a que los ciudadanos y las ciudadanas de Cataluña y los extranjeros residentes en esa Comunidad manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña. En el presente caso no hay duda de que cada una de las dos preguntas sobre las que se convocó y versó la consulta –«¿Quiere que Cataluña se convierta en un Estado?» «¿Quiere que este Estado sea independiente?»– «plantea una cuestión que afecta al orden constituido y también al fundamento mismo del orden constitucional», y de que «con ella[s] se incide sobre cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que resultan sustraídas a la decisión de los poderes constituidos» (SSTC 103/2008, FJ 4 y 31/2015, FJ 6).

En el presente caso, además, no puede ignorarse que las actuaciones impugnadas están relacionadas con el Decreto 129/2014, de 27 de septiembre, de convocatoria de la consulta no referendaria sobre el futuro político de Cataluña, que fue suspendido desde el mismo día de su impugnación y posteriormente declarado inconstitucional y nulo por este Tribunal en la STC 32/2015, de 25 de febrero. Por ello, de acuerdo con lo que en esa Sentencia afirmamos, debemos concluir igualmente ahora que las preguntas sobre las que versa el llamado «proceso de participación ciudadana» convocado para el 9 de noviembre de 2014 también desbordan el ámbito competencial de la Generalitat de Cataluña. Esta infracción constitucional se proyecta ineludiblemente sobre el conjunto de las actuaciones de la Generalitat de Cataluña preparatorias o vinculadas con la referida consulta, en cuanto que las preguntas sobre las que versa la consulta son inseparables del resto de elementos que integran el conjunto de actuaciones de la Generalitat impugnadas.

Por otra parte, al auspiciar una convocatoria con las preguntas indicadas, la Generalitat de Cataluña ha ignorado las consecuencias que derivan de los arts. 1.2, 2 y 168 CE, invocados por el Abogado del Estado. En efecto, las preguntas sobre las que versa el llamado «proceso de participación ciudadana» presuponen un reconocimiento indirecto a la Comunidad de Cataluña de unas atribuciones que resultan contrarias a dichos preceptos constitucionales, tal y como examinamos en detalle en la STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 3, donde advertíamos con cita de la STC 31/2010, FJ 11, que «los ciudadanos de Cataluña no pueden confundirse con el pueblo soberano concebido como “la unidad ideal de imputación del poder constituyente y como tal fundamento de la Constitución y del Ordenamiento” (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 10)».

Hemos afirmado recientemente en la STC 31/2015 (FJ 6) que «el parecer de la ciudadanía sobre tales cuestiones ha de encauzarse a través de los procedimientos constitucionales de reforma», dado que, como hemos reiterado en varias ocasiones, cabe acudir a cuantas vías sean compatibles con el texto constitucional, ya que «[e]l planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable (STC 103/2008, FJ 4)» [STC 42/2014, FJ 4 c)].

Por tanto, procede declarar que las actuaciones de la Generalitat de Cataluña preparatorias o vinculadas con la consulta convocada para el 9 de noviembre de 2014 son inconstitucionales en su totalidad, en cuanto viciadas de incompetencia, por no corresponder a la Comunidad Autónoma la convocatoria de consultas que versan sobre cuestiones que afectan al orden constituido y al fundamento mismo del orden constitucional.

5. Las consideraciones anteriores determinan que deban declararse inconstitucionales por infracción del art. 122 EAC las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre (y en los días sucesivos en los términos de la convocatoria), mediante un denominado «proceso de participación ciudadana», es decir, aquellas contenidas en la página web <http://www.participa2014.cat/es/index.html> y los actos y actuaciones de preparación, realizadas o procedentes, para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta. Una vez estimada íntegramente la impugnación por el motivo mencionado, no procede examinar el resto de motivos aducidos.

Antes de pronunciar nuestro fallo debemos concretar el alcance de la vulneración de competencias en que incurren las actuaciones impugnadas en este proceso. Las actuaciones impugnadas son actuaciones materiales que ya han agotado sus efectos. Por tanto, la pretensión del Gobierno ha de estimarse satisfecha mediante la declaración de infracción competencial en las actuaciones objeto de este proceso, en los términos que se vienen fundamentando y que se concretan en el consiguiente fallo. Ningún acto o situación reclama pronunciamiento de nulidad o de otra índole.

Finalmente, a propósito de la solicitud de levantamiento de la suspensión de las actuaciones impugnadas que ha formulado la Generalitat de Cataluña, no procede entrar aquí a resolverla puesto que, una vez realizado el enjuiciamiento definitivo, «carece de sentido cualquier pronunciamiento sobre el levantamiento o el mantenimiento de su suspensión (STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 6)» [STC 106/2014, FJ 9; en igual sentido, STC 134/2014, FJ 3].

FALLO

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

Ha decidido

Estimar la impugnación de disposiciones autonómicas (título V LOTC) promovida por el Abogado del Estado en representación del Gobierno y, en consecuencia:

Declarar que son inconstitucionales las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre 2014 (y en los días sucesivos en los términos de la convocatoria), mediante un denominado «proceso de participación ciudadana», contenidas en la página web <http://www.participa2014.cat/es/index.html> y los actos y actuaciones de preparación para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta.

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

Dada en Madrid, a once de junio de dos mil quince.–Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Adela Asua Batarrita.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Fernando Valdés Dal-Ré.–Juan José González Rivas.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Pedro José González-Trevijano Sánchez.–Ricardo Enríquez Sancho.–Antonio Narvárez Rodríguez.–Firmado