



Recurso Num.: 63/2013 REC.ORDINARIO(c/a)

Ponente Excmo. Sr. D. : Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Mercedes Fernández-Trigales Pérez

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SALA TERCERA PLENO
A U T O**

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. José Manuel Sieira Míguez

Magistrados:

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez
D. Pedro José Yagüe Gil
D. Rafael Fernández Montalvo
D. Manuel Vicente Garzón Herrero
D. Segundo Menéndez Pérez
D. Nicolás Maurandi Guillén
D. Eduardo Espín Templado
D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
D. Rafael Fernández Valverde
D. Octavio Juan Herrero Pina
D^a. Margarita Robles Fernández
D. Emilio Frías Ponce
D. José Díaz Delgado
D. Eduardo Calvo Rojas
D. Luis María Díez-Picazo Giménez
D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco
D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. Juan Carlos Trillo Alonso
D. José Antonio Montero Fernández
D. Wenceslao Francisco Olea Godoy
D. Diego Córdoba Castroverde
D. José Juan Suay Rincón
D^a. Inés Huerta Garicano
D. Ramón Trillo Torres
D. Vicente Conde Martín de Hijas
D. Manuel Martín Timón
D. Jesús Ernesto Peces Morate
D. Juan Gonzalo Martínez Micó
D. Mariano de Oro-Pulido y López

En la Villa de Madrid, a dos de abril de dos mil catorce.

En el acto de deliberación y fallo del recurso directo nº 2/63/2013, promovido por la representación de **don Jorge Páez Mañá** contra resoluciones del Tribunal Constitucional que omiten el pago de cuantías correspondientes a la “*paga extra de Navidad*” en su nómina del mes de diciembre de 2012, el Pleno de la Sala se ha planteado la posible inconstitucionalidad de determinados preceptos de rango legal, determinantes del fallo del asunto.

Todo ello ha conducido, previos los trámites procesales del artículo 35 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, al planteamiento de inconstitucionalidad ante ese Alto Tribunal, que se efectúa con arreglo a los siguientes:

HECHOS

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales, don Miguel Torres Álvarez, quien actúa en nombre y representación de don Jorge Páez Mañá, interpuso recurso contencioso-administrativo, por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal Supremo el 25 de febrero de 2013, contra la Resolución del Presidente de ese Tribunal Constitucional de 12 de febrero de 2013, que desestimó la alzada deducida por el demandante contra la orden de omisión, en su nómina del mes de diciembre de 2012, del abono de la cuantía correspondiente a la paga extra de Navidad.

En la Resolución de la alzada entiende la Presidencia de ese Tribunal Constitucional que en la nómina del mes de diciembre de 2012 es obligado aplicar al personal al servicio del Tribunal la supresión de las retribuciones en concepto de paga extraordinaria, de conformidad, dice, con lo establecido en los artículos 2; 3 y 6 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (modificado en cuanto al artículo 3 por la disposición final cuarta uno de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre), en relación con el artículo 22 de la Ley 2/2012, de Presupuestos Generales del Estado para 2012, sin que pueda la expresada Presidencia, ya que actúa en ejercicio de sus funciones de gobierno y administración, elucidar las vulneraciones de la Constitución en que, según el recurrente incurriría el Real Decreto-ley citado, por ser decisión reservada, dice, al ejercicio de su jurisdicción constitucional.

Rechaza también la resolución impugnada la pretensión subsidiaria consistente en el abono de la parte proporcional de la paga extraordinaria, correspondiente al período comprendido entre los días 1 de junio y 15 de julio de 2012, por la misma razón antes expuesta y por no haberse devengado a las fechas de entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012 y Ley 10/2012 derecho alguno a su cobro, pues entiende que la paga extraordinaria del mes de diciembre se devenga el primer día hábil de dicho mes y no antes.

SEGUNDO.- En su escrito de demanda don Jorge Páez Mañá expone que en el mes de diciembre de 2012 recibió notificación de la nómina correspondiente al mes de diciembre de 2012 en la que no aparecen las retribuciones correspondientes a la paga extra de Navidad cuya cantidad ascendería, dice, a la cantidad de tres mil doscientos euros, con 18 céntimos de euro.

Explica que, recurrida en alzada dicha omisión, la resolución de la Presidencia del Tribunal Constitucional de 12 de febrero de 2013 desestimó su recurso, lo que agota la vía administrativa, de conformidad con el artículo 109 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LRJPAC).

Entiende el recurrente que la resolución de la Presidencia del Tribunal Constitucional de 12 de febrero de 2013 y la supresión de los conceptos relacionados con la paga extra de Navidad en la nómina del mes de diciembre de

2012, así como la omisión del abono de dicha paga extra es nula de pleno derecho o, en su defecto, anulable conforme a los artículos 53.2, 62 y 63 de la LRJPAC.

La decisión de no abonar la susodicha paga está basada en la aplicación de lo dispuesto en los artículos 2, 3 y 6 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y el fomento de la competitividad (en adelante, RDL 20/2012), que transcribe.

Considera el recurrente que dichos preceptos no resultarían aplicables por la Sala; aduce varias razones que, en lo que vienen al caso, se resumen en:

- a) Vulnerar la jerarquía normativa (artículo 9.3 CE) y transgredir:
- b) el derecho a la igualdad en la ley (artículo 14 CE) y el mismo derecho a la igualdad en relación con:
 - c) La obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica del (artículo 31, apartados 1 y 3 de la CE) y los derechos al trabajo y dignidad personal (artículos 10 y 35 CE),
 - y d) el principio de interdicción de la retroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales y la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE).

En un inciso de los alegatos de la demanda, que se relaciona en forma clara con su invocación de la *vulneración del principio de jerarquía normativa* (artículo 9.3 CE), considera el recurrente vigente y aplicable el derecho a percibir dos pagas extraordinarias al año establecido en los apartados 2 y 4 del artículo 22 y el artículo 25 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), que entiende no modificado por el RDL 20/2012, bien, según sostiene, en virtud del rango de las normas en conflicto, bien en función de lo que considera su mayor o menor entronque constitucional.

En lo demás desarrolla el recurrente sus alegatos en defensa de la supuesta inconstitucionalidad del RDL 20/2012 y concluye solicitando:

«1º) Que, caso de considerarse inaplicables los arts. 2, 3 y 6 del RDL 20/2012, por infracción del derecho a la igualdad en la ley en relación con la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica del contribuyente – ex Art. 14 y 31 CE- o por considerar que, en abierta contradicción con lo regulado en el Estatuto Básico del empleado público, debe aplicarse este último y, asimismo, en el caso de que el órgano al que me dirijo decidiese plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre los cuestionados artículos del RDL 20/2012 y de que a la vista de la misma el Tribunal Constitucional declarase su

inconstitucionalidad, dicte Sentencia declarando la nulidad de pleno derecho o, subsidiariamente la anulabilidad tanto de la Resolución de la Presidencia del Tribunal Constitucional de 12 de febrero de 2013, que desestimaba el recurso de alzada de 8 de enero de 2013, como de los actos omisivos relacionados con la falta de abono de la paga extra del mes de diciembre de 2012 y, consecuentemente declare el derecho del recurrente a percibir la citada paga extra cuya cuantía asciende a tres mil doscientos euros con dieciocho céntimos (3.200,18 €).

TERCERO.- En un cuarto apartado (d) de su demanda alega el recurrente en forma subsidiaria -el actor la denomina alternativa- que, para el supuesto de que esta Sala no considere que el impago de la paga extra del mes de diciembre vulnere los derechos por él alegados, entiende que a tenor de lo dispuesto en el artículo 9.3 CE (garantía constitucional de irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales), al menos deberá reconocérsele su derecho a percibir la cuantía de la paga extra del mes de diciembre correspondiente al período previo a la entrada en vigor del RDL 20/2012.

Invoca a tal fin el artículo 26. Uno de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012; el artículo 33 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988; artículo 22 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; el artículo 2.1.c) del Acuerdo de 19 de diciembre de 2002, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se regula el régimen de retribuciones del personal al servicio del Tribunal Constitucional y la consolidada doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que configura las pagas extras como retribuciones de devengo diario y cobro aplazado.

Concluye, a partir de todo ello, que el período sobre el que debe computarse la paga extra de diciembre de los funcionarios del Estado se iniciaría el 1 de junio y, dado que el RDL 20/2012 entró en vigor el 15 de julio de 2012, debe considerarse efectivamente devengada la parte proporcional de la paga extra correspondiente al período comprendido entre el 1 de junio y el 14 de julio, cuyo cómputo total asciende a 44 días, y su importe a setecientos sesenta y nueve euros y cuarenta y cuatro céntimos de euro (769,44 €).

Cita, en apoyo de su tesis, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las garantías constitucionales establecidas en el artículo 9.3 CE (irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales

en relación con la seguridad jurídica) y sostiene que la paga extraordinaria del mes de diciembre constituye un derecho individual, que resulta concernido por el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el citado artículo (ATC 162/2012), al tratarse de una retribución que considera ya devengada e integrada, por tanto, en el patrimonio de los empleados públicos.

Reproduce en forma parcial los contenidos del Auto de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 16/2013, de 1 de marzo, de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 2 del RDL 20/2012, en los pasajes relativos al *principio de interdicción de la irretroactividad, seguridad jurídica y expropiación legislativa de derechos*, que el recurrente hace suyos. Y culmina su alegato con la invocación del principio de *confianza legítima*, que considera también vulnerado en este caso.

En razón de lo anteriormente expuesto, el recurrente termina suplicando a la Sala que dicte sentencia en la que:

«2º. [...] alternativamente, caso de [...] considerarse no aplicable la retroactividad de lo establecido en los artículos 2, 3 y 6 del RDL 20/2012, o de que tras el eventual planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional declarase inconstitucional dicha retroactividad, se declare el derecho del recurrente a percibir la parte proporcional de la paga extra del mes de diciembre generada antes de la entrada en vigor del citado RDL 20/2012, cuya cuantía asciende a setecientos sesenta y nueve euros con cuarenta y cuatro céntimos (769,44 €).».

CUARTO.- Por otrosí primero digo de su escrito de demanda instó el recurrente el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 2, y en su caso 3 y 6, del Real Decreto- ley 20/2012 a fin de que ese Tribunal Constitucional determine si el mismo es acorde a la Constitución en lo que se refiere a la supresión de la paga extra del mes de diciembre a los funcionarios públicos y aplicación retroactiva de dicho precepto, con diversos argumentos.

QUINTO.- El Abogado del Estado, en su contestación a la demanda, se opuso a la misma por motivos de fondo (c) y excepcionó dos causas de inadmisibilidad [a) y b)] que podrían tener relieve a efectos de la cuestión de inconstitucionalidad que se plantea:

a) *Por supuesta falta de jurisdicción.*

Considera el Abogado del Estado que el recurso no suscita cuestión alguna en relación con la legalidad de la actuación administrativa contra la que se dirige en forma inmediata [un acto de aplicación del RDL (nómina) y su confirmación enalzada] teniendo por objeto, exclusivamente, la solicitud, aunque sea mediata, del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 20/2012, lo que considera completamente ajeno al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, delimitado por los artículos 1 y 2 de la Ley de este orden de Jurisdicción. La pretensión queda limitada a que esta Sala ejerza la facultad que le atribuye el artículo 163 de la CE, pero tal planteamiento no puede considerarse un derecho del recurrente ni legitimación de un particular para impugnar una norma con rango de ley ante el Tribunal Constitucional. Invoca en abono de esta tesis diversos Autos de esta Sala [con cita del Auto de la Sección Séptima de 25 de junio de 2010 (recurso ordinario 269/2010)] que inadmitieron los recursos interpuestos contra el RD-ley 8/2010 por la razón apuntada. Subsidiariamente, solicita la desestimación del recurso al basarse exclusivamente en la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley que es la que ampara los actos administrativos recurridos.

b) *Inadmisibilidad parcial del recurso por falta de legitimación del recurrente* (artículo 69.b) en relación con el artículo 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de este orden contencioso-administrativo (en adelante, LRJCA).

Sostiene el Abogado del Estado que el recurrente, funcionario de carrera adscrito a un órgano constitucional y al que se le aplica el régimen retributivo de los funcionarios públicos, no ha justificado el beneficio que le reportaría la declaración de inconstitucionalidad por lo que carecería de legitimación, dice, respecto del artículo 2.2, en sus puntos 2.2; 2.3; 2.5 y 2.6; de los artículos 3.2; 3.3; 3.3 bis; 3.3 ter; 3.4 y 3.5 y artículo 6 (preceptos referidos, según refiere, a personal empleado público laboral, o de fundaciones o consorcios, Banco de España o mutuas, miembros del Poder Judicial o Ministerio Fiscal, o personal que no percibe paga extraordinaria o que percibe más de dos, o que tiene retribuciones en cuantía inferior al porcentaje del Salario Mínimo Interprofesional que se establece) pues dichos preceptos tienen como presupuesto de aplicación situaciones en las cuales no está incluido el actor.

c) En sus alegaciones de fondo se opone expresamente el Abogado del Estado (FJ 6º de su escrito de contestación) a que la medida de supresión de la paga extra incurra en *irretroactividad prohibida*, afecte a la *seguridad jurídica* y *expropiación legislativa de derechos* o vulnere la *confianza legítima*, con especial

referencia al periodo previo a la entrada en vigor del RDL (1 de junio al 15 de julio de 2012). Razona que, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, el derecho del funcionario a la paga nacería el primer día hábil de diciembre de 2012. Considera que la posible vulneración del artículo 9.3 CE conllevaría, dice, el planteamiento previo de la cuestión de inconstitucionalidad. Pero la inconstitucionalidad sería, en tal caso, inconstitucionalidad por omisión, por lo que tendría un alcance muy limitado, con cita de las sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante SSTC) 273/2005, de 27 de octubre; 52/2006, de 16 de febrero y 120/2010, de 24 de noviembre.

Sin embargo sostiene que el derecho a percibir la paga no es una restricción de *un derecho individual equiparable a la idea de sanción* ni subsumible entre los derechos englobados en los artículos 14 a 29 CE; tampoco resultaría afectado el artículo 35.1 CE, por lo que concluye que no es un derecho individual constitucionalmente protegido; *la retroactividad no sería auténtica, propia o de grado máximo*; los funcionarios no tienen derechos adquiridos y sostiene que la seguridad jurídica se refiere a modificaciones retributivas de los funcionarios efectuadas por normas reglamentarias (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1995), debiendo decaer por parecidas razones la invocación del principio de confianza legítima. En cualquier caso agota su razonamiento con el argumento de que, aún en la hipótesis de que hubiera una retroactividad de grado máximo concurren circunstancias excepcionales de interés público que lo justifican [STC 176/2011, de 8 de noviembre (FJ 5)]; se trata de una medida de contención de los gastos de personal que tiene por objetivo contribuir a la estabilidad presupuestaria derivada de la CE (artículo 135 y LO 2/2012) y de la Unión Europea.

No hay motivos, termina, para plantear cuestión de inconstitucionalidad como presupuesto para acoger la pretensión subsidiaria de abono parcial de la paga suprimida.

SEXTO.- En diligencia de ordenación de 4 de septiembre de 2013 se declaró concluso el procedimiento y pendiente de señalamiento para votación y fallo; en providencia de 11 de noviembre de 2013 se señaló para votación y fallo del recurso, en la Sección Séptima de la Sala Tercera, la audiencia del día 11 de diciembre de 2013. En providencia de 2 de diciembre del mismo año se dejó sin efecto dicho señalamiento y, por Acuerdo de 3 de diciembre de 2013, el Presidente de la Sala Tercera decidió avocar el conocimiento del recurso al Pleno de la misma Sala. Se señaló para nueva deliberación y fallo del recurso la audiencia del Pleno

de la Sala Tercera del día 24 de febrero de 2014.

SÉPTIMO.- En virtud de lo acordado el día anterior, el 25 de febrero de 2014 el Pleno de la Sala dictó Providencia del siguiente tenor: «Al amparo de lo dispuesto en el artículo 35.2 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional (reforma de la LO 6/2007 de 24 de mayo) óigase a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de DIEZ DÍAS aleguen lo que deseen sobre la pertinencia de plantear al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad respecto de los artículos 2.1, 2.2.1 y 3.1 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, por posible infracción de la prohibición de retroactividad, garantizada en el artículo 9.3 de la Constitución, respecto de las normas restrictivas de derechos individuales.

Las normas sobre cuya constitucionalidad se da audiencia son aplicables al fallo sobre la pretensión subsidiaria –o alternativa- formulada por la parte recurrente en el proceso y de cuya regularidad o irregularidad constitucionalidad depende el sentido del fallo.

En la pretensión subsidiaria del recurso se pide que se declare el derecho del funcionario público adscrito al Tribunal Constitucional don Jorge Páez Mañá a percibir la cuantía correspondiente a la parte proporcional de su paga extra de Navidad del mes de diciembre de 2012, que se entiende generada desde el 1 de junio de 2012 hasta la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, y que el recurrente cifra en la cantidad de setecientos sesenta y nueve euros, con cuarenta y cuatro céntimos de euro (769, 44 €).

En la medida en que el artículo 2.1 del RDL suprime tanto la paga extraordinaria como las pagas adicionales del mes de diciembre de 2012; el artículo 2.2.1 del mismo RDL establece la no percepción de las cantidades establecidas en el artículo 22. Cinco. 2 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 y el artículo 3.1 del RDL determina que no procede percibir ninguna cuantía de las afectadas por el RDL al personal funcionario del artículo 26 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, no cabe inaplicar las normas cuestionadas para fallar el proceso estimando la pretensión subsidiaria indicada por aplicación de las normas legales y de la jurisprudencia de esta Sala sobre la generación día a día de retribuciones, aunque todavía no hayan sido devengadas en los términos del artículo 33 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre. El fallo en consecuencia debería ser desestimatorio de esa pretensión subsidiaria, en caso de no plantear cuestión de inconstitucionalidad.

La Sala plantea, no obstante, a las partes y al Ministerio Fiscal audiencia sobre la cuestión de fondo de que los artículos 2.1, 2.2.1 y 3.1 del Real Decreto Ley pudieran establecer una retroactividad de la eficacia de las medidas de supresión de retribuciones que, pese a su entrada en vigor el 15 de julio de 2012 (Disposición final Decimoquinta del RDL), alcanzarían en sus efectos a derechos retributivos ya generados desde el 1 de junio de 2012. Esos posibles efectos retrospectivos “*in peius*” de la medida, en cuanto afectasen a derechos retributivos del recurrente reconocidos en el artículo 22.4 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y en la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, que no resultaron afectados por el RDL hasta el momento de su entrada en vigor, podrían suponer una forma de retroactividad incompatible con el mandato de irretroactividad del artículo 9.3 de la Constitución en cuanto concierne a las leyes restrictivas de derechos individuales y ser, en consecuencia, inconstitucionales. En tal caso el fallo de la pretensión subsidiaria podría tener alcance estimatorio».

OCTAVO.- La parte recurrente formuló alegaciones por escrito registrado el 18 de marzo de 2014.

Considera pertinente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, como había solicitado en el otrosí primero de su demanda. Considera que los artículos 2, 3 y 6 del Real Decreto-Ley 20/2012 son las normas con rango de ley de cuya validez depende el fallo, aunque considera lógico que la Sala haya excluido de la posibilidad de planteamiento el artículo 6 del RDL, que se refiere a personal laboral del sector público, lo que excluye su aplicación al recurrente que es funcionario de carrera.

Considera aplicables a la pretensión subsidiaria planteada en la demanda, y previamente como alternativa en la alzada, que considera la Sala en su providencia los artículos 2.1; 2.2.1 y 3.1 del RDL 20/2012, que poseen rango de ley y que se cuestionan por su posible infracción de la prohibición de retroactividad garantizada en el artículo 9.3 CE respecto de las norma restrictivas de derechos individuales, sin perjuicio de que, de acuerdo con el artículo 39.2 de la LOTC, el Tribunal Constitucional pueda fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya sido o no invocado en el curso del proceso.

Respecto del juicio de relevancia expone que la decisión que el Tribunal

Constitucional pudiera adoptar respecto a la determinación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los artículos cuestionados supera el mismo ya que el fallo que haya de dictarse en este proceso depende de la legalidad de las normas cuestionadas dado que, de estimarse su inconstitucionalidad, el recurrente vería reconocido su derecho a percibir la parte proporcional de la paga extra del mes de diciembre de 2012 que corresponde al periodo previo a la entrada en vigor del REL 20/2012, mientras que, por lo contrario, caso de declararse la constitucionalidad de los mismos el recurrente vería rechazadas sus pretensiones al no poder inaplicar la Sala las normas cuestionadas.

Subraya que no sólo es indiscutible que, como ha dicho, las normas cuestionadas son de directa aplicación a la pretensión del caso sino que las mismas han generado en sede judicial una controversia real y efectiva en la que, dice, una inmensa mayoría de órganos jurisdiccionales que ya se han pronunciado sobre la posible ilicitud de la falta de abono a los empleados públicos de la parte proporcional de la paga extra de Navidad del año 2012, correspondiente al periodo previo a la entrada en vigor del REDL 20/2012 se han decantado por apreciar dicha ilicitud distinguiendo dos tipos de posiciones en las resoluciones adoptadas hasta la fecha por los órganos jurisdiccionales que cita:

a) Órganos jurisdiccionales que entienden que cabe una interpretación de los preceptos cuestionados del RDL 20/2012 en una forma acorde con la Constitución y con la jurisprudencia del Tribunal Supremo –sobre generación día a día de la retribución correspondiente de las pagas extras, aunque todavía no hayan sido devengadas- y han estimado las pretensiones de los recurrentes y han condenado a las Administraciones respectivas al pago de la parte proporcional de la paga extra generada durante el periodo anterior a la entrada en vigor del RDL 20/2012 sin plantear cuestión de inconstitucionalidad.

Cita, dice que sin ánimo de exhaustividad, por su fecha y órgano jurisdiccional de procedencia treinta y seis sentencias.

Doce de las sentencias que enumera pertenecen a órganos de esta jurisdicción del orden contencioso-administrativo.

b) Órganos jurisdiccionales que al entender que no cabe inaplicar por su propia autoridad las normas cuestionadas y al considerar que pueden suponer una irretroactividad incompatible con el mandato del artículo 9.3 de la Norma Fundamental, en cuanto concierne a leyes restrictivas de derechos individuales han decidido plantear numerosas cuestiones de inconstitucionalidad. Relaciona las

que han superado el trámite de inadmisión, en número de treinta y dos.

De ellas trece han sido elevadas a ese Alto Tribunal por órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo.

Considera el recurrente que esta Sala podría haberse decantado por cualquiera de las dos opciones seguidas por los Jueces y Tribunales y que su inclinación por la segunda de las posiciones, planteando cuestión de inconstitucionalidad, permitirá que el Tribunal Constitucional resuelva *erga omnes* el ajuste o no de los artículos 2.1, 2.2.1 y 3.1 del Real Decreto Ley 20/2012 al artículo 9.3 de la Constitución, declarándolos inconstitucionales con aplicación retroactiva de sus efectos. Concluye que la mera observación de la gran cantidad de cuestiones de inconstitucionalidad planteadas debería ser aval suficiente del planteamiento de la cuestión para la que se le ha concedido audiencia.

Concluye sus alegatos reiterando los argumentos que ya expuso en su escrito de demanda sobre la regulación normativa y la jurisprudencia de este Alto Tribunal sobre las pagas extraordinarias; jurisprudencia de ese Alto Tribunal sobre el mandato del artículo 9.3 CE sobre la retroactividad de normas; la vulneración del principio de seguridad jurídica –también *ex artículo* 9.3 CE- y de los derechos de propiedad, con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) así como vulneración del principio de confianza legítima. Insiste, en fin, en que el Real Decreto-Ley 20/2012 sería también irregular por falta del presupuesto habilitante de urgente necesidad.

Tras lo expuesto suplica a la Sala que dicte Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en relación con las dudas que se suscitan respecto de los artículos 2.1, 2.2.1 y 3.1 del Real Decreto-Ley 20/2012, por posible infracción de la prohibición de retroactividad garantizada en el artículo 9.3 CE respecto de las normas restrictivas de derechos individuales, con suspensión provisional de las actuaciones hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la misma.

NOVENO.- El Fiscal pidió suspensión del plazo de alegaciones en escrito de 11 de marzo de 2014 para mejor conocimiento y traslado de las actuaciones, siéndole concedido, así como a todas las partes en el proceso, una ampliación del plazo por diez días más, en providencia de 17 de marzo de 2014, con traslado de las actuaciones al Fiscal para que procediera a dar cumplimiento al trámite.

Tras exponer los antecedentes del caso considera el Fiscal que la atribución a la paga extra de la naturaleza de derecho individual no ofrece dudas. Contrasta el supuesto que se plantea en este caso con el que fue resuelto por esta misma Sala en sentencia de 25 de mayo de 2012 (Recurso directo 544/2010) en la que, frente a una impugnación de una medida similar a la que aquí se enjuicia (la reducción de la nómina de junio de 2010 y sucesivas de los funcionarios de las Cortes como consecuencia del Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptaban medidas extraordinarias para la reducción del déficit público) afirmaba citando el ATC 179/2011, que “procede descartar la duda de constitucionalidad planteada en cuanto a la pretendida vulneración del Art. 33 en cuanto que el Real Decreto-Ley 8/2010 recortaría derechos económicos adquiridos de los funcionarios públicos reconocidos para toda la anualidad presupuestaria por la Ley 26/2009 de Presupuestos Generales del Estado para 2010 [...] por cuanto la reducción de retribuciones impuesta por el Art. 1 del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, mediante la modificación de los arts. 22, 24 y 28 de la Ley 26/2009, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, lo es con efectos de 1 de junio de 2010 respecto de las retribuciones vigentes a 31 de mayo de 2010, esto es, *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) *ni de una regulación que afecte retroactivamente a derechos ya nacidos*”. Aclaración ésta, dice, en la que insiste el propio Tribunal Constitucional, v. gr., en el Auto 8/2012, de 13 de enero, [FJ 4 d)] que inadmitió a trámite una cuestión de inconstitucionalidad relativa a la misma norma.

Considera Fiscal que, a contrario, esa doctrina invita a considerar problemas de retroactividad en el caso de que la retribución suprimida o no percibida, inequívocamente identificada como un derecho del funcionario, *hubiera sido ya devengada*. Esta circunstancia sitúa este procedimiento en la zona de controversia acerca de los efectos de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona.

Considera que la paga extraordinaria se devenga diariamente como es jurisprudencia consolidada tanto en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa como en el de la Jurisdicción social y que, en principio, parece razonable entender que ese derecho a percibir la parta de paga extraordinaria ya devengada a la fecha de entrada en vigor de la supresión del derecho a percibirla pueda incluirse en el concepto de derechos individuales a que se refiere el artículo 9.3 CE en la medida en que éstos se identifican con “*los derechos consolidados,*

asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto” (SSTC 99/1997, 178/1989). En consecuencia la norma que suprime ese derecho a percibir la parte de paga ya consolidada puede, en este sentido estimarse, a los mismos efectos *restrictiva* de derechos individuales.

Es en este último punto donde precisamente puede surgir, a juicio del Fiscal, la duda que justifica el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Examina a continuación la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que considera muy matizada en forma que imposibilita la generalización apriorística y en abstracto de criterios que no tengan en cuenta el ámbito específico el que se quiere aplicar en cada caso el principio constitucional reseñado.

Cita, a estos efectos, la STC 112/2006, FJ 17, en la que se advierte que la regla de irretroactividad no supone la imposibilidad de dotar de efectos retroactivos a las leyes que colisionen con derechos subjetivos de cualquier tipo, sino que se refiere a las limitaciones producidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas y en la esfera de protección de la persona, habiendo llegado a sostener la STC 237/1993, FJ 2 que la aplicación del principio de irretroactividad de las leyes no puede ser enjuiciada por el Tribunal a no ser que, a través de ella se haya vulnerado alguno de los derechos susceptibles de amparo e incluso (STC 42/1986, si bien entiende el Ministerio Fiscal que hay razones para dudar de que esa línea doctrinal se haya mantenido en el tiempo) que *“la expresión restricción de derechos individuales del Art. 9.3 ha de equipararse a la idea de sanción”*. Es cierto así, prosigue, que el TC ha venido a sostener que *“no existe un prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva”* (STC 126/1987) aunque sea matizando que *“afirmar la admisibilidad de la retroactividad de las normas fiscales no supone mantener, siempre y en cualquier circunstancia, su legitimidad constitucional que puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución”* (STC 150/1990, FJ 8).

Recuerda que la citada STC 150/1990 integra entre los principios susceptibles de ser vulnerados el de seguridad jurídica, garantizado *“también”* en el Art. 9.3 de la Constitución y concluye que la distinción entre la seguridad jurídica y prohibición de retroactividad ofrece margen para la duda –y por tanto sobre la necesidad de plantear la oportuna cuestión- a la hora de establecer precisamente si existe un conflicto entre la norma de efecto retroactivo y esos *principios consagrados en la Constitución*.

Concluye afirmando que, a su juicio, resulta incuestionable la trascendencia constitucional de la cuestión suscitada en el margen de valoración provisional que, según la Instrucción 2/2012, de 27 de junio, de la Fiscalía General del Estado, corresponde a la Fiscalía del Tribunal Supremo sin perjuicio, dice, del criterio que en su momento pueda adoptar el Fiscal General del Estado, en ejercicio de la función que le encomienda el artículo 37.1 de la LOTC.

Considera indiscutible la aplicabilidad al caso de las normas cuestionadas y considera suficientemente superado el juicio de relevancia. Tras comprobar que se han cumplido los requisitos de forma y tiempo que derivan del artículo 163 CE y 35.2 LOTC, añade, respecto de alegaciones de la parte recurrente y del Abogado del Estado sobre la cuestión, que no es obstáculo al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que se hayan suscitado otras análogas relativas a los mismos preceptos legales, en tanto que no hayan sido resueltas mediante sentencia por el Tribunal Constitucional, como se desprende *a contrario* del artículo 38 de la LOTC.

Entiende por todo ello Fiscal, con la salvedad respecto de su posición de fondo más arriba apuntada, que existen razones suficientes, a la vista del artículo 163 CE y 35 de la LOTC para elevar la cuestión de referencia al Tribunal Constitucional y que, por ello, no se opone a su planteamiento.

DÉCIMO.- El Abogado del Estado formula sus alegaciones por escrito registrado el 14 de marzo de 2014, en el que se opone al planteamiento de la cuestión, con tres bloques de argumentos.

En primer lugar sostiene nuevamente que el artículo 2 del Real Decreto Ley 20/2012 *no es una disposición sancionadora no favorable o restrictiva de derechos individuales en el sentido del artículo 9.3 de la CE.*

Entiende aplicable la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que considera que la restricción de derechos individuales ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerarlo referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del título I de la Constitución) o en la esfera general de protección de la persona (con cita de las SSTC 90/2009, de 20 de abril, FJ 4 y 100/2012, de 8 de mayo, FJ 10).

Considera que notoriamente una norma que aspira a la contención del

gasto de personal como uno de los principales componentes del gasto público no es ni una norma sancionadora ni una norma restrictiva de derechos en el sentido constitucional del término.

Sostiene que el derecho a una remuneración suficiente del artículo 35.1 CE no comprende el derecho al mantenimiento del mismo nivel salarial a lo largo del tiempo ni integra el derecho a un progresivo crecimiento salarial –o a su mantenimiento- al margen de la situación económica; ni en fin la reserva de ley ordinaria del artículo 35.2 CE supone que el precepto cuestionado tenga la naturaleza de disposición sancionadora no favorable o restrictiva de derechos individuales en el sentido del artículo 9.3 CE.

En su segundo bloque de argumentación razona que, para el caso de que el Tribunal entendiese que el artículo 2 del RDL 20/2012 sí incorpora una “disposición sancionadora no favorable o restrictiva de derechos individuales” *el mismo no establece, desde luego, una retroactividad constitucionalmente proscrita.*

El Tribunal Constitucional ha declarado, desde el FJ 9 de la STC 227/1988, de 29 de noviembre, que la retroactividad que prohíbe el artículo 9.3 CE es la propia o de grado máximo en doctrina que se sintetiza en la STC 112/2006, de 5 de abril (FJ 17). Sostiene el Abogado del Estado que, conforme al artículo 33 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1988 (en relación con el artículo 22.4 del EBEP y el artículo 26 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012) el derecho de los funcionarios a la paga extra de Navidad del año 2012 nacería el primer día hábil de diciembre de 2012. Así durante los meses de junio y julio de 2012 este derecho no había nacido, no existía. En definitiva las previsiones de las Leyes de Presupuestos respecto de la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 no tuvieron efecto alguno antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2012. Concluye que no puede existir, por tanto, duda de constitucionalidad porque el derecho a la paga extra de los funcionarios no había nacido cuando entró en vigor el Real Decreto Ley que estableció su no percepción.

Contesta la providencia de planteamiento de la cuestión que apoya la duda de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Sala sobre la generación día a día de retribuciones aunque todavía no hubieran sido devengadas razonando que es la interpretación jurisprudencial la que debe acomodarse a la Ley y no la Ley a la jurisprudencia.

Refuerza sus razonamientos invocando la jurisprudencia constitucional

(STC 176/2011, de 8 de noviembre, FJ 5) respecto del impuesto sobre la renta de las personas físicas –en el caso disposición transitoria duodécima de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social- y la posibilidad que, dice, reconoce al legislador de modificar algunos aspectos del mismo durante en periodo impositivo en el que la ley debe surtir efectos.

El tercer bloque de argumentación del Abogado del Estado se fundamenta en que, aunque se entendiera que el artículo 2 del RDL 20/2012 establece una retroactividad de grado máximo *concurreren excepcionales circunstancias de interés público que lo justifican*.

Vuelve a traer a colación el FJ 5 de la STC 176/2011 y conecta la exigencia de interés general con la situación de *auténtica excepción fiscal* que vivía España en el momento de la aprobación del RDL 20/2012.

La justifica haciendo mérito de las circunstancias que expresa el Preámbulo del Real Decreto Ley 20/2012, que transcribe parcialmente, poniendo énfasis en la necesidad de reducir el gasto del personal de las Administraciones Públicas. Se refiere, en concreto, a la medida que recoge el artículo 2 del RDL 20/2012 transcribiendo el apartado II de su Preámbulo que reza:

“Se suprime durante el año 2012 la paga extraordinaria del mes de diciembre y la paga adicional de complemento específico o pagas adicionales equivalentes del mes de diciembre. Las cantidades derivadas de esa supresión podrán destinarse en ejercicios futuros a realizar aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguro colectivo que incluyan la contingencia de jubilación, siempre que se prevea el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria establecidos en la Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y en los términos y con el alcance que se determine en las correspondientes leyes de presupuestos”.

Entiende, por ello, que la reducción de retribuciones fijada en el artículo 2 del RDL 20/2012 es 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*. Expone, a continuación, lo que declaró el Ministro de Hacienda en el debate de convalidación del RDL, que abunda en la aseveración de que España está viviendo una segunda recesión económica después de la de 2009 y recoge los informes anuales del Banco de España de 2008 y 2009 que corroboran la gravedad de la situación. Razona que el Tribunal Constitucional no se ha mostrado

ajeno a la gravedad de esa crisis económica que atraviesa la zona euro habiéndose hecho eco de la profunda crisis presupuestaria en los AATC 95/2011, de 21 de junio, FJ 5; 96/2011, de 21 de junio, FJ 5 y 147/2012, de 16 de julio, FJ 6, referidos todos ellos a las necesarias medidas de contención del gasto sanitario.

Transcribe los razonamientos del FJ 3 del ATC 160/2011, de 22 de noviembre y señala que la prima de riesgo de España estaba por encima de los 600 puntos, llegando a alcanzar, el 24 de julio de 2012, los 637 puntos. Considera que éstos eran niveles de interés de la deuda soberana absolutamente insoportables que justificaban que existiera una opinión casi unánime de que España iba a necesitar acudir a un rescate financiero análogo al de Grecia, Irlanda y Portugal como más tarde en el mes de octubre de 2012. Sostiene que los mercados internacionales tenían serias dudas de que un rescate de las dimensiones del que precisaría la cuarta economía de la *euro zona* terminaría provocando la propia ruptura del euro. Incluso en el escenario catastrófico se afirmaba que la caída de España arrastraría a Italia y a la propia zona euro.

Considera el Abogado del Estado que en ese contexto no parecen exageradas las palabras del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas cuando recordaba, en el citado debate de convalidación, que *“el Fondo Comentario Internacional [...] advertía que hay riesgos de que España e Italia no accedan en condiciones normales a los mercados financieros y eso colapsaría la economía mundial” apelando a la responsabilidad de los Sres. Diputados “en un momento crítico como el que está atravesando nuestro país”*.

Concluye el Abogado del Estado que ese era el escenario al que tuvo que enfrentarse el RDL 20/2012 y, en particular, el artículo 2 cuestionado y no cabe duda, dice, de que precisamente fueron las medidas de contención del gastos público como las recogidas en la norma de urgencia cuestionada las que evitaron el pronóstico catastrófico que muchos auguraban.

En definitiva, afirma, 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 en el año 2011 al 6, 3 del PIB en 2012 (más de 25.000 millones de euros) que además debe abordarse en un contexto recesivo que ha exigido adoptar importantes medidas de reducción del gasto público. Todo ello hasta el punto de que la estabilidad presupuestaria es actualmente (artículo 135.1 CE) un principio constitucional que vincula a todos los poderes públicos y que, *“en su sentido principal queda fuera de la disponibilidad del Estado y de las Comunidades Autónomas”* [SSTC 157/2011 (FJ 3); 188/2011 (FJ 3); 195/2011 (FJ 4) y 196/2011

(FJ4) y LO 2/2012, de 27 de abril.

Concluye sus alegatos pidiendo que no se plantee cuestión de inconstitucionalidad por no existir dudas sobre la constitucionalidad de los artículos 2.1; 2. 2.1 y 3.1 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Jorge Rodríguez-Zapata Pérez**, Magistrado de la Sala

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Cumplimiento de los trámites procesales previos exigidos en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

A la vista del expediente administrativo y de las alegaciones de la demanda es necesario pronunciarse brevemente sobre algunas cuestiones previas de legalidad procesal [Cfr., por todas, STC 84/2012, de 18 de abril, (FFJJ 3, 4, 5 y Fallo)] para razonar que el proceso en el que se plantea esta cuestión no tiene otra salida que la que deriva del juicio de constitucionalidad que se solicita.

La primera se refiere a la correcta constitución de la relación jurídico-procesal en este caso. El acto impugnado se ciñe a la nómina del recurrente, como lo confirma la resolución del recurso de alzada y el escrito de interposición del recurso que -al igual que el suplico de la demanda- muestra que el acto administrativo de omisión, que impugna el recurrente, se concreta en la falta de pago de su paga extra de Navidad en la nómina del mes de diciembre de 2012 (pretensión principal) o en el derecho que sostiene el recurrente a percibir la parte proporcional de la paga extra que cree generada antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2012 (pretensión subsidiaria).

Al ser la omisión de abono de la paga extraordinaria de Navidad al recurrente el elemento objetivo de su pretensión no era pertinente emplazar a las tres funcionarias que lo solicitaron, en cuanto carecían del interés exigido en el artículo 49 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de este orden contencioso-administrativo (en adelante LRJCA). La relación jurídico-procesal se ha constituido, por ello, correctamente.

Por la misma razón podemos anticipar que no resultan atendibles los alegatos de la demanda sobre la situación de jubilación de una de las funcionarias

del Tribunal Constitucional que pidieron ser emplazadas en la vía administrativa; el recurrente carece de acción, o de *legitimación ad causam*, para reclamar respecto de los efectos de la medida en relación con terceras personas ajenas al ámbito de su pretensión.

SEGUNDO.- La precisión anterior aconseja entrar también en forma breve, a los efectos de la citada STC 84/2012, en el examen de la excepción de *falta de jurisdicción* que opone el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la LRJCA, toda vez que sostiene que no se suscitaría en el recurso ninguna cuestión que se relacione con la legalidad administrativa sino, únicamente, la pretensión de que se plantee la inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 20/2012 previo ejercicio de la potestad que nos confiere el artículo 163 de la Constitución (CE) para plantear cuestiones de inconstitucionalidad.

Cita en apoyo de su tesis el Auto de la Sección Séptima la Sala Tercera de este Tribunal de 25 de junio de 2010 (Rec. ordinario 269/2010), al que hay que añadir el Auto de la misma fecha Sala y Sección recaído en el recurso ordinario 267/2010 y el de 14 de octubre de 2010 (Rec. ord. 353/2010), así como los Autos de la Sección Tercera de esta Sala de 1 de julio de 2010 (Recs. Ords. 256/2010 y 242/2010), de 27 de septiembre de 2010 (Recs. ordinarios 332/2010 y 347/2010) y de 4 de octubre de 2010 (Rec. ordinarios 336/2010 y 339/2010).

TERCERO.- La excepción del Abogado del Estado no podría ser acogida en el momento procesal en que hubiera lugar a ello.

Es cierto que, como sostiene, una parte sustancial de los extensos alegatos de la demanda *questionan la regularidad constitucional* del Real Decreto Ley 20/2012 y le imputan tanto la vulneración de los presupuestos habilitantes que exige el artículo 86.1 de la CE, como la de diversos derechos y principios consagrados en la Constitución; también es cierto que se pide expresamente, en el otrosí digo de la demanda, que planteemos cuestión de inconstitucionalidad respecto del Real Decreto Ley 20/2012. No menos cierto resulta, sin embargo, que el proceso no se reduce a una denuncia en abstracto de la constitucionalidad del Real Decreto Ley. *Las cuestiones constitucionales que plantea la demanda son meramente instrumentales respecto de la pretensión principal que formula el demandante, y que es genuinamente administrativa.*

En efecto, se pide en el proceso que reconozcamos al demandante el

derecho a que se le abone la integridad de su paga de Navidad del año 2012 o, subsidiariamente, la parte de la misma que retribuya los días que entiende ya había devengado en la fecha en la que entró en vigor el Real Decreto Ley, cuya constitucionalidad cuestiona.

Hay una clara *conexión de interdependencia entre la pretensión judicial, el proceso y la resolución judicial a dictar*, que exige la jurisprudencia de ese Tribunal Constitucional para configurar como *concreto* o incidental el control del que debe dimanar toda cuestión de inconstitucionalidad (STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 1).

Si la pretensión que se deduce en el proceso se ciñese a afirmar la supuesta inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley deberíamos acoger la excepción de *falta de jurisdicción* que opone el Abogado del Estado, en la medida en que las cuestiones de inconstitucionalidad no son un control abstracto de las disposiciones legales que se denuncian -para los que no están legitimados los particulares- sino un cauce de participación de los Tribunales ordinarios con la jurisdicción constitucional en la función de depuración objetiva del ordenamiento jurídico con ocasión de procesos concretos [Por todas, STC 148/2006, de 11 de mayo (FJ 1)]. Al solicitar el demandante de esta jurisdicción del orden contencioso-administrativo que nos pronunciemos sobre la obtención de un bien al que afirma tener derecho (el abono de una de sus pagas extraordinarias del año 2012), que exige una actuación administrativa y sujeta al Derecho administrativo (artículo 1 de la LRJCA), existe *un proceso concreto* (artículo 163 CE y 35 LOTC) respecto del que la constitucionalidad o inconstitucionalidad del Real Decreto Ley se presenta como un elemento de carácter meramente instrumental respecto del fallo que nos corresponde adoptar, aunque de la validez de las normas cuestionadas pudiera depender, como se razonará en su momento, el mismo.

Para rechazar la excepción opuesta por el Abogado del Estado bastaría comprobar que se formula en forma consistente esa pretensión concreta, sometida al Derecho administrativo, y que la misma no es ficticia (*"fictio litis"*) o, dicho de otra forma, no se plantea en forma artificiosa para lograr el acceso indirecto a un proceso constitucional eludiendo las normas de legitimación para el acceso a recursos constitucionales abstractos para los que no se está constitucionalmente legitimado.

En ese sentido se ha pronunciado esta Sala Tercera en múltiples sentencias de su Sección Séptima en las que se ha rechazado la excepción de falta de jurisdicción opuesta por el Abogado del Estado y se ha entrado a enjuiciar el fondo del asunto. En ellas no se atacaba en forma exclusiva un Real Decreto

Ley sino que se planteaba, como en este caso, una pretensión de naturaleza administrativa concerniente a una actuación de la misma naturaleza, aunque se razonase al hilo de tal planteamiento sobre la supuesta inconstitucionalidad del Real Decreto Ley que le servía de cobertura [Sentencias de 30 de enero de 2012 (Rec. 209/1011) de 2 de marzo de 2012 (recs. Ords. 210/2011; 211/2012 y 144/2011) de 5 de marzo de 2012 (rec. ord. 259/2011) de 9 de abril de 2012 (259/2011) y de 29 de octubre de 2012 (rec. ordinario 5376/2011)].

Pero es que, además, el recurrente invoca la existencia de un conflicto respecto de la aplicabilidad preferente del artículo 22.4 del EBEP, que considera no derogado, en relación con el Real Decreto Ley 20/2012 y nos pide en su pretensión principal que verifiquemos un juicio de selección de la norma legal aplicable como cuestión de legalidad ordinaria, dando preferencia al EBEP sobre el RDL, con el consiguiente derecho a percibir su paga en forma íntegra sin plantear cuestión de inconstitucionalidad.

En su pretensión subsidiaria, pide que declaremos su derecho a percibir la parte proporcional de la paga extraordinaria desde el 1 de junio hasta la fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley, al entender que constituye un derecho ya patrimonializado sin que exista norma que lo impida en el Real Decreto-Ley.

En el planteamiento del recurrente, sea o no acertado, se podrían satisfacer estas dos pretensiones sin un previo planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, por lo que el óbice procesal planteado por el Abogado del Estado carece en este caso de consistencia.

CUARTO.- Liberados del obstáculo de esa causa de inadmisión procedería referirse también con carácter previo a la pretensión de *pérdida sobrevenida de objeto* que el Abogado del Estado planteó incidentalmente en su escrito de 2 de diciembre de 2013, en los términos que se han recogido en detalle en el extracto de antecedentes de esta sentencia.

La pérdida sobrevenida de objeto del recurso contencioso administrativo es una cuestión de legalidad ordinaria que no constituye una causa de terminación del proceso contemplada en el artículo 69 de nuestra LRJCA, lo que resulta lógico porque no se trata de una causa de inadmisión del recurso. En realidad, la pérdida sobrevenida de objeto presupone -en cierta contradicción con el óbice procesal de falta de jurisdicción formulado por el Abogado del Estado en su contestación a la demanda- que el recurso sea admisible pero que, por circunstancias sobrevenidas,

pierda su finalidad al haber sido satisfechas las pretensiones ejercitadas. Se trata, más bien, de un modo de terminación anticipado del proceso, no contemplado entre los previstos por la Ley de este orden jurisdiccional.

Es evidente que el recurso no ha perdido su objeto. La admisión a trámite de otras cuestiones de inconstitucionalidad no tiene efectos suspensivos sobre los procesos en curso (como se desprende, *“a sensu contrario”*, de lo dispuesto en el artículo 61.2 de la LOTC). La jurisprudencia de esta Sala considera aplicable la desaparición sobrevenida de la materia en litigio o pérdida sobrevenida de objeto como forma de terminación anticipada del proceso contencioso administrativo (ex artículo 22.1 LEC) en los casos de anulación de disposiciones de carácter general, lo que no se ha producido aquí, al ser la admisión a trámite de una cuestión de inconstitucionalidad algo muy distinto de la declaración de inconstitucionalidad de la norma o normas cuestionadas, de su consecuente nulidad y de los efectos que, en su caso, pueda el Tribunal Constitucional derivar de ambas, en contra de lo que el Abogado del Estado parece prejuzgar.

Esta Sala también ha aceptado la terminación del proceso contencioso-administrativo cuando las circunstancias sobrevenidas han incidido sobre su objeto privando de interés legítimo a las pretensiones formuladas por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa. Hemos afirmado que, para que la pérdida sobrevenida de objeto surta su efecto, en estos supuestos, ha de ser completa, por las consecuencias de clausura anticipada del proceso que comporta su declaración, tal como resulta de la regulación contenida en el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [Cfr., la sentencia de esta Sala de 28 de febrero de 2013 (recurso 530/2012)].

Aplicando esa doctrina al caso que enjuiciamos esta Sala se pronunciaría en el momento oportuno en el sentido de que el proceso no ha perdido objeto. Ya se ha descartado que *“el actor se limit[e] a criticar sola y exclusivamente la norma con rango de ley de que traen causa los actos”*, como sostiene el Abogado del Estado. El interés del demandante no ha quedado satisfecho por las admisiones a trámite de los procesos de constitucionalidad que aduce porque ni la pretensión principal de abono de la paga extra de Navidad de 2012 ni la pretensión subsidiaria de abono de lo ya devengado hasta la entrada en vigor del Real Decreto Ley se han producido.

Ninguna de las cuestiones planteadas ante ese Alto Tribunal se han resuelto por sentencia, como opone (artículo 38 LOTC *“a contrario”*) el Ministerio Fiscal en el trámite de alegaciones abierto sobre esta cuestión. No puede

acogerse, en consecuencia, la petición de pérdida de objeto del Abogado del Estado.

QUINTO.- Por las razones antedichas tampoco prosperaría la causa de inadmisión –únicamente parcial- de falta de legitimación respecto de algunas disposiciones del Real Decreto Ley. Parece clara la relación existente entre el recurrente y la actuación administrativa objeto de recurso así como con la pretensión que hace valer en el suplico de su demanda, tanto en forma principal como subsidiaria. También parecen evidentes los efectos positivos y beneficiosos que una hipotética estimación de cualquiera de dichas pretensiones y la consiguiente anulación de la actuación administrativa impugnada puede producir en la esfera jurídica de sus intereses. Todo ello sin perjuicio de que la Sala ha cuestionado únicamente los preceptos del Real Decreto-Ley que se pueden oponer a una estimación de la pretensión subsidiaria del recurrente.

SEXTO.- Exposición de la cuestión que se suscita a la Sala que propone la cuestión de inconstitucionalidad.

El recurrente, Sr. Páez Mañá, es un funcionario de carrera adscrito al servicio del Tribunal Constitucional. Ha construido su extenso recurso asentándolo en una premisa: La medida introducida en el RDL 20/2012 en relación con la paga extraordinaria correspondiente al mes de diciembre de 2012 le ha supuesto una privación de su derecho a tal concepto retributivo que considera inconstitucional.

Considera que el derecho a percibir dos pagas extraordinarias al año que le reconoce el artículo 22.4 del EBEP no ha sido modificado ni derogado por el RDL 20/02012 y sostiene su vigencia reclamando de esta Sala que proceda a determinar que es la norma jurídica aplicable al caso, bien en virtud del rango de las normas en conflicto o bien en función de su mayor o menor entronque constitucional. Reclama así que se declare su derecho a percibir lo que entiende que le corresponde como paga extra, cuya cuantía asciende, dice, a tres mil doscientos euros con dieciocho céntimos de euro (3.200, 18 €), bien en la forma directa que razona bien planteando cuestión de inconstitucionalidad con fundamento en los argumentos que se contienen en la demanda.

Esta Sala entiende que es evidente que el RDL 20/2012 ha suprimido la paga extra que se reclama en la *pretensión principal*, por el cumplimiento de sus compromisos dentro del marco de déficit excesivo establecido por la Unión Europea y por las razones de interés general que el Abogado del Estado ha aducido en defensa de la Administración General del Estado, y sobre las que

insiste en su escrito de alegaciones sobre el planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad.

Esta Sala no alberga dudas de constitucionalidad sobre los vicios que el recurrente hace valer frente al citado RDL, sin que sea necesario extenderse en este momento procesal sobre tales razones, que, en principio, llevarían a la desestimación de su pretensión principal.

SÉPTIMO.- El planteamiento de la cuestión que se formula a ese Alto Tribunal queda ceñido por tanto a la virtualidad que tiene la *pretensión subsidiaria* de la demanda, en la que se reclama de este Tribunal la cantidad de setecientos sesenta y nueve euros con cuarenta y cuatro céntimos de euro (769, 44 €), correspondiente a la parte de la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 que el recurrente entiende ya generada a la entrada en vigor del RDL 20/2012.

Se analizará, en primer lugar, la cuestión de legalidad ordinaria referida a la selección de la norma aplicable para resolver el litigio.

Considera el recurrente que el derecho a percibir dos pagas extraordinarias al año le sigue siendo reconocido en el artículo 22.4 del EBEP, que -entiende- no ha sido modificado o derogado por el RDL 20/02012, por lo que, hasta la fecha de entrada en vigor del RDL 20/2012 tenía derecho a la percepción de la segunda paga extra.

Conforme a lo previsto en el artículo 33 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988 -norma de vigencia indefinida- el marco de configuración del devengo de las pagas extraordinarias para los funcionarios del Estado viene fijado, con carácter general, por parámetros semestrales (*“se devengarán el primer día hábil de los meses de junio y diciembre”*), con las excepciones que el propio precepto fija a continuación, entre las que no figura el supuesto específico que ahora se plantea.

Por lo que respecta al recurrente -como ya se ha dicho funcionario de carrera adscrito al Tribunal Constitucional- el apartado c) del artículo 2 del Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 19 de diciembre de 2002 señala que el régimen de retribuciones de los funcionarios de carrera al servicio del Tribunal Constitucional comprende las pagas extraordinarias que se incluyen dentro del concepto de retribuciones básicas y que *“se rigen por su normativa específica y las previsiones de la Ley de Presupuestos de cada ejercicio”*.

Procede exponer -en lo posible, con una cierta claridad- cuál es la legalidad ordinaria que entendemos aplicable, sin perjuicio de poner de relieve una complejidad e inseguridad de la regulación que resultan evidentes y que explican las extensas y complicadas argumentaciones el recurrente se ha visto a efectuar en su demanda y la contestación, también algo compleja, que se le ha dado por la defensa de la Administración.

Además de lo dispuesto en el artículo 22.4 del EBEP, que, como se dirá, hay que considerar vigente, resulta que en el ejercicio que se cuestiona el BOE 156, de 30 de junio de 2012, publicó la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, que entró en vigor el 1 de julio de 2012.

Sin ánimo de exhaustividad, al menos los artículos 22. Cinco.2; 24.Dos y Cinco; 26. Uno. B); 28. Dos. B); 29. Dos. B); 29. Dos. B); 31.Uno.3, Tres.2 y Cinco.3; 32 -por remisión al artículo 26- reconocían el derecho del personal en ellos comprendido a percibir, en el año 2012, dos pagas extraordinarias en los meses de junio y diciembre, en las cuantías que la propia Ley fijaba.

Sólo unos días después, y conforme a su disposición final decimoquinta, el Gobierno dictó el Real decreto-ley 20/2012, que entró en vigor el 15 de julio de 2012, al día siguiente de su expedición como Real Decreto-Ley y de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Esta triple secuencia normativa da consistencia a la pretensión subsidiaria que formula el señor Páez Mañá en su demanda. Es de señalar que en el RDL 20/2012 no se contiene salvedad ni previsión transitoria alguna referida al régimen jurídico a aplicar al intervalo de tiempo que va desde el 1 de junio de 2012 hasta el 15 de julio del mismo año, por lo que es factible entender generado el derecho a percibir la paga extra del artículo 22.4 del EBEP, que se nos pide, desde el 1 de junio hasta la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley que, como se ha dicho, es la de 15 de julio de 2012.

OCTAVO.- Para llegar a esta primera conclusión debe rechazar la Sala, como no atendible, la defensa que en su momento formuló en el proceso el Abogado del Estado al alegar que, dada la previsión de los artículos 2 y 3 del RDL 20/2012 en relación con el artículo 22.4 del EBEP, concretado para el año 2012, en los artículos 22.Cinco.2 y 31.2 y .5 de la Ley 2/2012, deberíamos entender

derogada la norma del referido artículo 22.4 del EBEP, así como los artículos concordantes de la Ley 2/2012 en todo lo que resulten incompatible con el RDL 20/2012.

En este punto la legalidad ordinaria aplicable al caso adquiere una inseguridad evidente, que obliga a la Sala que promueve esta cuestión a un análisis que muestra la afección del principio de *seguridad jurídica*, conforme a lo expresado por ese Alto Tribunal en la STC 325/1994, de 12 de diciembre (FJ 2).

El RDL 20/2012 no ha procedido a una derogación expresa del apartado 4 del artículo 22 del EBEP. Tampoco deroga expresamente los artículos de la Ley 2/2012, de Presupuestos para el año 2012, que, sólo quince días antes, reconocían a distintas categorías de empleados públicos, entre las que se encuentra la del recurrente, el derecho a las dos pagas extraordinarias de junio y diciembre. Y todo ello a pesar de que el RDL 20/2012 cuenta, en su disposición derogatoria única, con un apartado 4), letra c) dedicado en exclusiva al EBEP –en concreto declara derogados determinados incisos y apartados del artículo 67 del EBEP- y con tres Disposiciones finales –la novena, décima y undécima- en las que se daba nueva redacción al artículo 18 y se modificaban algunos apartados del artículo 17 de la Ley 2/2012 (la Disposición final undécima, junto con la duodécima fueron finalmente suprimidas (*sic*) mediante una -como puede colegirse ciertamente generosa- corrección de errores del RDL publicada en el BOE 172, de 19 de julio de 2012).

No obstante podría entenderse que la derogación del derecho a la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 se deriva de la aplicación de la cláusula general derogatoria contenida en el apartado 6 de dicha Disposición derogatoria única, y así pareció entenderlo en su defensa el Abogado del Estado.

Sin embargo, esa tácita derogación, que propugnó el Abogado del Estado, no le parece convincente a esta Sala. No parece haber sido entendida en el sentido que se defiende por la Administración por el propio legislador pues si se acude a lo dispuesto en el artículo 22. Dos de la Ley 17/2012, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, podría deducirse que es el mismo legislador el que, sin tener en cuenta la reducción aprobada por el RDL 20/2012, se remite a las retribuciones resultantes de la Ley 2/2012, a los efectos de determinar las retribuciones vigentes o devengadas a 31 de diciembre de 2012, por lo que, en principio, no cabe sostener que, al menos en lo referido a la Ley 2/2012, los preceptos reguladores de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 hubieren quedado tácitamente derogados por el RDL 20/2012, al ser el propio legislador el

que los toma por plenamente vigentes.

No puede desconocerse, por otro lado, que una medida de derogación del derecho a la paga extraordinaria, paga adicional de complemento específico o pagas adicionales equivalentes del mes de diciembre de 2012, como la que, en principio, se adoptaría en el apartado 1 del artículo 2 del RDL 20/2012, según el Abogado del Estado, no parece que se pueda compadecer con el deber que, en paralelo, su artículo 5 *bis* impone a una parte del colectivo afectado por la medida retributiva (funcionarios civiles del Estado, personal de las Fuerzas Armadas, miembros de las Carreras Judicial y Fiscal y de los Cuerpos de Secretarios Judiciales) de abonar doble las cuotas de derechos pasivos, así como las cuantías mensuales de cotización a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, al Instituto Social de las Fuerzas Armadas y a la Mutualidad General Judicial en el mes de diciembre de 2012.

Dicho precepto, que no figuraba en la redacción original del RDL 20/2012 cuestionado, fue introducido por la Ley 10/2012, que entró en vigor el 22 de noviembre de 2012 - aproximadamente una semana antes de que se produjera la fecha de vencimiento completo -o, si se quiere, devengo- de la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 -, al objeto de clarificar *“el régimen aplicable a las cuotas de las Mutualidades Generales de Funcionarios y de derechos pasivos del mes de diciembre de 2012, establecido en el artículo 121, apartado Cuatro de la Ley 2/2012, de Presupuestos Generales del Estado para 2012”*, según significa su Preámbulo.

Partiendo así de la vigencia de ese citado artículo 121, Cuatro - que regula y cuantifica dichas cuotas mensuales de derechos pasivos y de las mutualidades generales de funcionarios - el legislador decide que una parte de ese colectivo afectado por la medida retributiva del apartado 1 del artículo 2 del RDL 20/2012, proceda a abonar doblemente, en el mes de diciembre de 2012, las cuantías mensuales que les corresponden en concepto de cuotas de derechos pasivos y mutualidades, como si, efectivamente, tal colectivo hubiera percibido en su integridad las retribuciones en concepto de paga extraordinaria de dicho mes de diciembre de 2012 y dándose la circunstancia, además, de que tal obligación se impone por igual a todos sus integrantes a pesar de que, en principio, dicho colectivo está comprendido tanto por personal que no había percibido cuantía alguna por tal concepto contributivo, como por personal que a juicio de esta Sala, y en contra de lo que se sostiene por las partes en este proceso, sí parece que hubiera percibido una parte de dicha paga extraordinaria.

Existe personal, en efecto, que, aun teniendo configurada expresamente su estructura retributiva con la partida de paga extraordinaria de diciembre de 2012, la aplicación de la medida adoptada en el apartado 1 del artículo 2 del RDL 20/2012 pudiera no haberle supuesto la supresión de su derecho a la percepción de la paga extraordinaria en su totalidad, pues podrían haber percibido alguna cuantía por dicho concepto en el mes de diciembre de 2012, lo que podría dar idea de que, al menos para dicho personal, el RDL 20/2012 no supuso la supresión de la paga extraordinaria pues, aunque minorada, la percibieron, lo que, por otro lado, pudiera parecer contradictorio con el mandato del apartado 1 del artículo 2 del propio RDL.

Parece que éste podría ser el caso del personal regulado en el apartado 3 del artículo 3 del RDL 20/2012 (miembros de la carrera judicial y fiscal) y en el apartado 3 bis del también artículo 3 (miembros del Cuerpo de Secretarios Judiciales y resto de personal al servicio de la Administración de Justicia).

En efecto, se deduce de sus términos que dicho artículo 3.3, pese a establecer que los miembros de la carrera judicial y fiscal no percibirían, en diciembre de 2012, ninguna cuantía en concepto de paga extraordinaria (incluida la del Anexo X de la Ley 39/2010), impone, a continuación, el mandato de que, en su caso, les sea reintegrada la cuantía correspondiente a la diferencia entre el porcentaje que suponía la paga extraordinaria por dichos conceptos respecto de la paga ordinaria para los miembros de la carrera judicial y fiscal y el que suponía para el personal del subgrupo A1 de la Administración General del Estado.

Tal circunstancia parece incluso más clara en el caso de los Secretarios Judiciales y resto del personal al servicio de la Administración de Justicia ya que el apartado 3 bis del artículo 3, a diferencia de lo preceptuado en el resto de apartados y artículos del RDL 20/2012 –en los que, con carácter general, se establecía la no percepción de cuantía alguna en concepto de paga extraordinaria– lo que prevé es que la aplicación de lo previsto en el artículo 2 se lleve a cabo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, diferenciando, por un lado, los conceptos de sueldo y trienios y las cuantías previstas en el Anexo XI de la Ley 39/2010 y en el Acuerdo de 8 de mayo de 2009.

Y mientras que, para estas cuantías del Anexo XI y del citado Acuerdo, el apartado 3 bis establece que no serán percibidas, para los conceptos de sueldo y trienios, lo que prevé es una minoración de “(...) *la cuantía total anual por dichos conceptos, incluida las de las pagas extraordinarias, en un porcentaje análogo al que supone, respecto a idénticos conceptos, la reducción establecida para el*

personal al que se refiere el apartado 1 de este mismo artículo, con referencia para cada Cuerpo al grupo o subgrupo de titulación asimilable, y prorrateando dicha minoración entre las mensualidades ordinarias y extraordinarias pendientes de percibir en el presente ejercicio".

Parece relevante subrayar que el propio apartado 3 bis hace referencia a que el prorrateo de la minoración se habrá de realizar *"entre las mensualidades ordinarias y extraordinarias pendientes de percibir en el presente ejercicio"* y que la Disposición Transitoria cuadragésima primera de la Ley Orgánica 6/1985, introducida por la Ley Orgánica 8/2012, habla de adecuar *"dicha paga a fin de que la minoración resultante sea análoga a la de los restantes funcionarios"*.

No cabe desconocer, en fin, que, con posterioridad al 1 de diciembre de 2012 y a la confección de la nómina de dicho mes, la Disposición Adicional única del Real Decreto-ley 3/2013, incluyó una Disposición Adicional en la que, con carácter excepcional, estableció una minoración de la cuantía mensual de la cuota de derechos pasivos y de la cotización a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, al Instituto Social de las Fuerzas Armadas y a la Mutualidad General Judicial, en una cuantía equivalente al importe abonado por el obligado por dichos conceptos en el mes de diciembre de 2012 correspondiente a la paga extraordinaria.

La justificación de esa minoración, según lo significado en la Exposición de motivos del RDL 3/2013, parece encontrarse, por un lado, en que con ello se *"viene a regularizar la situación creada en relación con el abono de las cuotas de derechos pasivos y de las cotizaciones a las respectivas mutualidades de funcionarios tras la supresión de la paga extraordinaria y la paga adicional o equivalente del complementos específicos del personal del sector público y de los altos cargos, del mes de diciembre de 2012"* y, por otro, en que la minoración de la cotización en la misma proporción que las cuotas de derechos pasivos y cotizaciones a mutualidades ya ingresadas en dicho mes viene aconsejada por *"razones de justicia material"* atendido que *"la retribución que el personal del sector público ha percibido en el mes de diciembre de 2012 no incluía el importe correspondiente a la paga extraordinaria de dicho mes"*.

No parece, en conclusión, que la medida adoptada en el artículo 2.1 del RDL 20/2012 estuviera dirigida a alterar o modificar la estructura vigente del sistema retributivo aplicable al personal del sector público que, como se ha dicho, está configurada por la *percepción de dos pagas extraordinarias al año*, en contra de lo que se ha sostenido de contrario en la contestación a la demanda, sino que

parece tratarse de una medida de ajuste de ese concepto retributivo motivada por las exigencias del *derecho flexible* (“*droit souple*”; *soft law*) de la *euro zona* y por la clara excepcionalidad de nuestra coyuntura económica en el momento en el que se adoptó.

NOVENO.- La resolución en alzada del Tribunal Constitucional, que confirma expresamente la que se impugna en el proceso, y también los alegatos del Abogado del Estado, consideran que es de relieve decisivo para este caso lo previsto en el artículo 33 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, que dispone que las pagas “*se devengarán el primer día hábil de los meses de junio y diciembre*”, con las excepciones que fija a continuación. Por ello el devengo de las pagas extraordinarias para los funcionarios del Estado, en la cuantía prevista por las respectivas Leyes de Presupuestos, nacería sólo el primer día hábil de diciembre de 2012.

Así, durante los meses de junio y julio de 2012, este derecho no habría nacido: *No existía*, sostiene el Abogado del Estado en sus alegaciones al planteamiento de esta cuestión.

Es cierto, como ha argumentado en forma extensa el propio recurrente, que la jurisprudencia de la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo viene configurando la partida retributiva consistente en las gratificaciones extraordinarias como una manifestación del llamado *salario* diferido, que se devenga día a día, aunque su vencimiento tiene lugar en determinados meses del año.

A pesar de que el Abogado del Estado descartó en su momento que fuera posible trasladar dicha doctrina jurisprudencial a los funcionarios públicos, no comparte la Sala, desde una perspectiva de legalidad ordinaria, esa apreciación. Aunque cabe subrayar que la situación legal es, también a este respecto, fragmentaria, confusa y carente de la debida seguridad.

Existe una jurisprudencia consolidada de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo que, con motivo de las controversias surgidas con ocasión del descuento de haberes practicado con ocasión de una jornada de huelga, y en una situación de ausencia de norma legal expresa que regulase la situación, han realizado una aproximación a dicho concepto retributivo y han perfilado también su naturaleza jurídica partiendo, precisamente, de la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 33/1987 que contemplan tanto la resolución en la alzada administrativa de la Presidencia de ese

Alto Tribunal como los alegatos de la Abogacía del Estado.

Las ya antiguas sentencias de 16 y 17 de diciembre de 1991, dictadas en recurso de revisión (rec. n° 1149/1990 y 1141/1990) iniciaron una línea jurisprudencial, no alterada hasta hoy, que se inclinó, precisamente, por la aplicación analógica de la doctrina jurisprudencial creada en el ámbito de los tribunales del orden jurisdiccional laboral. Merecen ser transcritos los razonamientos de la última de las sentencias citadas que siguen siendo clarificadores para este caso:

«A juicio de la Sala y aunque la falta de desarrollo de la norma habilitante produce un evidente vacío normativo que ha causado la contradicción entre las sentencias que aquí se oponen es necesario, para colmar la laguna existente, inclinarse por la aplicación analógica de la doctrina jurisprudencial creada en el ámbito de los Tribunales del orden jurisdiccional laboral:

1º) En el supuesto de la huelga de funcionarios se produce una <<situación de suspensión de la relación de empleo>> tal y como ha afirmado expresamente el Tribunal Constitucional en su sentencia 99/1987 (FJ 5), que es análoga a la que resulta en el contrato de trabajo, por lo que parece lógico que sea consustancial a la misma que no se devenguen ni perciban retribuciones entendiendo por tales no sólo las retribuciones directas como se desprendería de la aplicación analógica del Reglamento de Régimen disciplinario de los funcionarios públicos sino también de las indirectas o proporcionales al tiempo trabajado, como acontece en las relaciones laborales. Y, de acuerdo con la identidad de razón existente entre ambos supuestos en los dos campos del Derecho, sirven los razonamientos del cuerpo de doctrina creado por nuestros Tribunales del orden laboral para dar cumplido apoyo a este razonamiento.

2º) El vehículo anual de las Leyes de Presupuestos ha servido además, en los últimos ejercicios, para efectuar un proceso paulatino de aproximación del cómputo de las retribuciones de los funcionarios públicos a la determinación global de las retribuciones directas e indirectas que rige en el ámbito laboral. Frente al sistema de la Ley 31/1965, que condicionaba el devengo de la paga extraordinaria al hecho de que su preceptor se encontrase en servicio activo el día 1 de los meses de julio o diciembre (criterio no modificado por el artículo 23.2.c) de la Ley 30/1984 y que pudo todavía inspirar el artículo 17 del Real Decreto 33/1986), la consideración de

las pagas extraordinarias de los funcionarios del Estado como remuneraciones proporcionales al tiempo trabajado se manifiesta ya con cierta claridad en lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 33/1987, de 24 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988. Es indudable la aplicabilidad de este último precepto a los supuestos de hecho que aquí se enjuician y del mismo resulta que cuando el tiempo de servicios prestados por un funcionario no comprenda la totalidad de los seis meses anteriores el importe de la paga se deducirá en un cientochoavo por cada día en su importe. Igual criterio sigue el artículo 36.6 de la misma Ley de Presupuestos para 1988 para los casos de los funcionarios que realicen una jornada de trabajo disminuida, con lo que sienta un cómputo de globalidad de las retribuciones que es idéntico al que, en el ámbito laboral, ha llevado a la jurisprudencia a incluir las retribuciones indirectas o proporcionales al tiempo trabajado entre las cantidades a deducir en supuestos de huelga».

Por ello puede confirmar esta Sala, y precisamente por el indudable carácter fragmentario y disperso de la normativa sobre función pública en vigor desde fechas lejanas que *la existencia de una proximidad de razón entre el ordenamiento de funcionarios y el ordenamiento laboral* avala, en una consideración integradora del ordenamiento jurídico general, aplicar los criterios jurisprudenciales madurados en el ámbito laboral conforme a un principio de unidad del ordenamiento acertadamente destacado por la sentencia.

En similares términos se pronunciaron, entre otras muchas, las sentencias de esta Sala Tercera de 16 de junio de 1993 (rec. 4873/1992) 13 de julio de 1993 (rec. nº 473/1990), 22 de septiembre de 1993 (rec. revisión 2282/1991), 16 de febrero de 1994 (rec. 6847/1992) y 2 de julio de 1996 (rec. 481/1990) y las que en ellas se citan.

Con posterioridad a estos precedentes, las modificaciones operadas en el artículo 33 de la Ley 33/1987 (tanto por la Ley 13/1996 como por la Ley 2/2004) han introducido nuevos supuestos y reglas de cómputo que siguen abundando en una interpretación del conjunto del precepto basada en la idea de proporcionalidad.

Entiende esta Sala, así, que en el caso de la paga extraordinaria y otras retribuciones extraordinarias vinculadas a ella -en forma similar al contemplado- se está ante una retribución que constituye *una contraprestación de un trabajo ya realizado* y que, por tanto, guarda una evidente vinculación a la *efectiva prestación laboral*, sin perjuicio de que se haga efectiva, con carácter general, con periodicidad semestral.

Desde estas consideraciones, tomando como referencia la tesis del “*salario diferido*” establecida por la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y el criterio de la proporcionalidad del devengo de las pagas extraordinarias introducido por el artículo 33 de la Ley 33/1987, entendemos que, desde el punto de vista de la legalidad ordinaria, la supresión de la paga extraordinaria prevista en el apartado 1 del artículo 2 del RDL 20/2012 sólo habría podido afectar a la parte de la misma que no se encontraba devengada al tiempo de su entrada en vigor, esto es, el 15 de julio de 2012.

Cuando el 1 de junio de 2012 se inicia el semestre correspondiente a la paga extraordinaria correspondiente al mes de diciembre, estaba vigente, como ya se ha indicado, la Ley 2/2012, que contemplaba y cuantificaba el derecho a dicha paga extraordinaria, por lo que, con arreglo a las previsiones legales, era de entender que dicha retribución se fue devengando diariamente por el colectivo de empleados públicos hasta que se produjo la entrada en vigor del RDL 20/2012. Por ello y aun cuando se entendiera que, a fecha 15 de julio de 2012, no se estaba ante una retribución devengada en relación con el conjunto del semestre que abarca la retribución, no se puede mantener que se estaba ante una *mera expectativa de derecho* pues lo cierto es que, llegado el 1 de junio de 2012, el derecho a la percepción de la paga extraordinaria de diciembre ya había nacido y permaneció vigente durante ese intervalo temporal en el que los empleados públicos efectivamente prestaron su trabajo, consumándose día a día y generando, en línea con lo antes razonado, *un derecho perfecto* a dicha remuneración, conforme a *situaciones jurídicas ya surgidas y concluidas*, aunque sólo en la parte o proporción correspondiente a los días efectivamente trabajados.

No se descarta, aún, que se hayan producido casos en los que empleados públicos que hubieran cesado en la situación de servicio activo antes de la entrada en vigor del RDL 20/2012 (Vg., circunstancias producidas entre el 1 de junio y el 14 de julio de 2012) sí hayan tenido derecho a la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 en la cuantía proporcional al tiempo de servicios efectivamente prestados y la hayan percibido. Así se desprende de los “*Criterios para la aplicación del título I del Real decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en el ámbito de las comunidades autónomas y de las entidades locales*” (documento oficial y de conocimiento general, en cuanto publicado en la sede electrónica (*world wide web*) del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Si así aconteciera resultaría que, de seguir la interpretación del artículo 33 de la Ley 33/1987 que propugna el Abogado del Estado, se haría de mejor derecho a estos

empleados frente a los que, por el contrario, desempeñaron servicios efectivos, no sólo durante este período de tiempo, sino durante todo el resto del semestre, haciendo entrar en juego el principio de igualdad y el derecho a la misma del artículo 14 CE. Precepto constitucional, éste, que no ha sido puesto de manifiesto a las partes en el trámite de alegaciones –como tampoco el documento indicado- y del que, en consecuencia, no hará uso esta Sala.

DÉCIMO.- Además, es el propio RDL 20/2012 el que no parece seguir la tesis del devengo semestral que sostiene la resolución recurrida y el Abogado del Estado pues, a fin de aplicar la medida del apartado 1 de su artículo 2 y según los casos, autoriza a que las cuantías correspondientes a la paga extraordinaria sean *detraídas, en forma prorrateada*, en las nóminas pendientes de percibir a contar desde su entrada en vigor y, por tanto, sin esperar a que llegue el 1 de diciembre.

Y, aunque no sea directamente aplicable a la situación del recurrente, se estima relevante subrayar a efectos de la situación de notable confusión creada, la especial situación en que se encuentran los miembros del *Cuerpo de Secretarios Judiciales* y del resto de *personal al servicio de la Administración de Justicia*, en relación con la cuestión suscitada, a los que también les resulta de aplicación el artículo 33 de la Ley 33/1987 por tenerlo así previsto el artículo 31. Tres.2 de la Ley 2/2012, pues no parece que la medida del apartado 1 del artículo 2 del RDL 20/2012 les haya supuesto la supresión de la paga extraordinaria en su totalidad sino sólo una minoración en la cuantía de la efectivamente percibida por tal concepto retributivo lo que, en la apreciación de la Sala, significa que a este personal se le ha tenido en consideración la prestación efectiva de servicios durante el conjunto del semestre comprendido entre el 1 de junio al 30 de noviembre de 2010.

Por último, no parece que pueda aceptarse la limitación temporal que el Abogado del Estado y la resolución recurrida aplican a la pretensión subsidiaria hecha valer en algún momento procesal por aquél (y en la que descartan se pueda incluir el mes de junio) pues, de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 33/1987, resulta que, con carácter general, la paga extraordinaria de diciembre tiene periodicidad semestral y abarca desde el intervalo de tiempo que va desde el 1 de junio al 30 de noviembre.

UNDÉCIMO.- Normas con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona.

A la luz de las consideraciones expuestas se ve obligada a cuestionar esta Sala la posible inconstitucionalidad de los artículos 2.1; 2.2.1 y 3.1 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, esta última disposición en la redacción que le ha dado una Ley posterior.

El planteamiento se ciñe a estos preceptos, que fueron los que se pusieron de manifiesto a las partes en las alegaciones, por la pretensión concreta que se formula en este proceso y las normas concretas que resultan de aplicación al funcionario recurrente, en lo que hace a su petición subsidiaria.

El artículo 2.1 del RDL establece:

“En el año 2012 el personal del sector público definido en el art. 22. Uno de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado, verá reducida sus retribuciones en las cuantías que corresponda percibir en el mes de diciembre como consecuencia de la supresión tanto de la paga extraordinaria como de la paga adicional de complemento específico o pagas adicionales equivalentes de dicho mes”.

El artículo 2.2.1 del RDL dispone que para hacer efectivo lo dispuesto en el apartado anterior, se adoptarán las siguientes medidas:

“El personal funcionario no percibirá en el mes de diciembre las cantidades a que se refiere el art. 22.Cinco.2 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 en concepto de sueldo y trienios.

Tampoco se percibirá las cuantías correspondientes al resto de los conceptos retributivos que integran tanto la paga extraordinaria como la paga adicional de complemento específico o pagas adicionales equivalentes del mes de diciembre, pudiendo, en este caso, acordarse por cada Administración competente que dicha reducción se ejecute de forma prorrateada entre las nóminas pendientes de percibir en el presente ejercicio a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-ley.

Finalmente, el artículo 3.1 disponía, en su redacción original que:

“De acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 de este Real Decreto-ley, el personal funcionario, estatutario y los miembros de las carreras judicial y fiscal

incluido en los arts. 26, 28, 29, 30, 31 apartados Uno y Dos, 32 y 35 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, no percibirán en el mes de diciembre de 2012 ninguna cuantía ni en concepto de paga extraordinaria ni, en su caso, en concepto de paga adicional de complemento específico o equivalente”.

Con la redacción que le dio a este precepto del Real Decreto-Ley la disposición final 4.1 de la ya citada Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses el precepto cuestionado dispone hoy que:

“De acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 de este Real Decreto-ley, el personal funcionario y estatutario incluido en los arts. 26, 28, 29, 30, 32 y 35 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, no percibirá en el mes de diciembre de 2012 ninguna cuantía ni en concepto de paga extraordinaria ni, en su caso, en concepto de paga adicional de complemento específico o equivalente”.

Esta redacción legal es la que se cuestiona ante ese Alto Tribunal, al entender la Sala, en uso de su potestad para apreciar la vigencia o derogación de la legalidad ordinaria, que la redacción original del Real Decreto-Ley quedó derogada por la “*modificación*” (sic) que hizo de su texto la citada disposición final 4.1 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre.

DUODÉCIMO.- Justificación de que la decisión del proceso depende de la validez de las normas en cuestión.

Las normas cuya constitucionalidad se cuestiona son aplicables al fallo sobre la pretensión subsidiaria dado que, como se ha dicho, el recurrente es un funcionario público adscrito al servicio del Tribunal Constitucional.

Tras los razonamientos de legalidad ordinaria que se han expresado, la Sala se siente, sin embargo, vinculada por la interpretación lógica de las normas del RDL que se cuestionan. En una aplicación de las mismas respetuosa de la ordenación legal del sistema de fuentes del Derecho nos resulta inviable estimar la pretensión subsidiaria que se ha formulado ignorando o desfigurando el sentido de los artículos 2.1; 2.2.1 y 3.1 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, para entenderlos en el sentido de que sólo extienden su imperio a partir de la fecha de su entrada en vigor cuando -a falta de disposición transitoria alguna o de una

norma de modificación del artículo 33 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, añadiéndole un supuesto que la misma no contempla- las normas cuestionadas imponen, en forma clara, una ablación total de las retribuciones que pide el recurrente y que corren desde el 1 de junio al 15 de julio de 2012. Todo ello en la medida en la que, como se ha expuesto, se entiendan como un salario devengado conforme a un trabajo ya realizado por el recurrente.

La Sala no cuestiona la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 2.1; 2.2.1 y 3.1 del RDL en sus efectos futuros pero se ve obligada hacerlo, en sus efectos retroactivos o retrospectivos que nos vinculan y nos obligarían a fallar en contra de la apreciación del resto de la legalidad ordinaria que antes se expuso, en caso de que ese Tribunal no nos desvinculase de los efectos de las normas que se cuestionan.

La posible inconstitucionalidad de la medida se plantea por la Sala al verse vinculada en su interpretación de la legalidad ordinaria que se acaba de exponer por la retroactividad o efectos retrospectivos de los artículos 2.1, 2.2.1 y 3.1 Real Decreto-Ley al ser evidente, por su dicción literal, que retrotraen sus efectos al 1 de junio de 2012, cuando las disposiciones legislativas que se cuestionan entraron en vigor, como ha quedado dicho, el 15 de julio del mismo año.

No cabe, a juicio de la Sala, la interpretación conforme a la Constitución de los preceptos legales que propuso la parte recurrente en su escrito de alegaciones sobre el planteamiento de la cuestión pues toda interpretación tiene sus límites, entre los que se encuentra el respeto a la ordenación legal del sistema de fuentes y al propio tenor literal de las normas a aplicar [por todas, STC 40/2014, de 11 de marzo FJ 2 c)].

Como bien subraya el Abogado del Estado la cuestión que se plantea a ese Alto Tribunal tiene un alcance limitado pues, repetimos, esta Sala no alberga dudas sobre la constitucionalidad de la supresión de la paga extraordinaria, por así decirlo, hacia el futuro; es decir, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/2012. Todo ello en coherencia con lo que apreció ese Alto Tribunal en los AATC 179/2011, de 13 de diciembre [FJ 7 c) y Fallo] y 162/2012, de 13 de septiembre [FJ 4 y Fallo] respecto del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo.

Entendemos que no corresponde a esta jurisdicción ordinaria pedir declaraciones concretas de inconstitucionalidad, que competen en exclusiva al ámbito de esa jurisdicción constitucional, pero es necesario examinar esta

cuestión, que fue opuesta como óbice por el Abogado del Estado. Y ha sido el propio Abogado del Estado, que adujo el inconveniente en su contestación a la demanda, quien ha mostrado una posible solución al problema. La jurisprudencia de ese Alto Tribunal ofrece, en efecto, múltiples soluciones para cuestiones como la que se plantea dado que, por ejemplo, *inconstitucionalidad y nulidad no aparecen vinculadas necesariamente en todos los casos* [Así, por todas, SSTC 45/1989, de 20 de febrero (FJ 11); 138/2005, de 26 de mayo (FJ 5, 6 y Fallo) ó 120/2010, de 24 de noviembre (FJ 6)]. Por ello, sin que se declare la inconstitucionalidad con nulidad -no pedida- de los preceptos que se cuestionan sí puede obtener este Tribunal una declaración constitucional que nos desvincule de la obligación de aplicar las normas cuestionadas en cuanto ablatorias de todo el derecho a las pagas y retribuciones extraordinarias que reclama el recurrente en su pretensión subsidiaria. En ese caso se podría estimar su pretensión subsidiaria; si ese Tribunal inadmite a trámite o desestima la cuestión que planteamos, nos veríamos obligados a considerar que la retroactividad de las normas cuestionadas no es inconstitucional, en cuyo caso deberíamos desestimar la pretensión que se examina.

Queda formulado así el juicio de relevancia.

DECIMOTERCERO.- Preceptos constitucionales que se suponen infringidos.

Se cuestiona que las normas denunciadas infrinjan la prohibición establecida en el artículo 9.3 de la CE cuando establece que la Constitución garantiza “*la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*” entendiendo que la conjunción coordinante “o” ha recibido un valor disyuntivo -que expresa dos opciones diferentes- en numerosos precedentes de ese Alto Tribunal, sin perjuicio de que otros parezcan orientarse en el sentido en que insisten los escritos del Abogado del Estado en el proceso y en las alegaciones al planteamiento de esta cuestión.

No sería necesario que los preceptos que esta Sala cuestiona tengan el carácter de disposiciones sancionadoras no favorables, carácter del que carecen, suscitándose la presente cuestión en cuanto las normas denunciadas establecen *una normativa restrictiva de derechos individuales*, como ha analizado ese Alto Tribunal, entre otras, en sus SSTC 97/1990, de 24 de mayo (FFJJ 2, 5 y Fallo) y 112/2006, de 5 de abril (FFJJ 17 y 18) y entendiendo que los derechos a una retribución ya generada, aunque no haya sido percibida, son “*derechos*

individuales” a efectos del artículo 9.3 CE [AATC 179/2011 y 8/2012, de 13 de enero (FJ 4 d), que trae a colación “*a contrario*” el Ministerio Fiscal].

En sus alegatos al planteamiento de la cuestión el Ministerio Fiscal sostiene que la jurisprudencia de ese Tribunal Constitucional es muy matizada en la materia en la que planteamos esta duda de constitucionalidad, lo que imposibilita una generalización apriorística y en abstracto de criterios que no tengan en cuenta el ámbito específico de la realidad material al que, en cada caso, se pretende aplicar el reseñado principio constitucional.

El artículo 9.3 CE ha sido el único precepto constitucional puesto de manifiesto a las partes en el trámite del artículo 35.2 de la LOTC. No obstante, con el grado de flexibilidad que permite la jurisprudencia de ese Tribunal [Cfr., por todos SSTC 60/2010, de 7 de octubre, (FJ2) y 121/2010, de 29 de noviembre (FJ 4) así como ATC 85/2011, de 7 de junio (FJ 2)] las dudas de constitucionalidad se extienden también por la Sala al principio de *seguridad jurídica* del mismo artículo 9.3 CE. Dicho principio ha sido traído a colación tanto por el recurrente como por el Ministerio Fiscal en sus alegaciones sobre el planteamiento de la cuestión y se trata, amplia y claramente, en el escrito de contestación a la demanda del Abogado del Estado [Hechos 5 c]. Aunque en puridad la ablación de todos los componentes de la paga extra del mes de diciembre de 2012 resultan claros en cuanto al recurrente, quedando también clara, respecto de él, la existencia, que aún se razonará más, de una retroactividad auténtica o propia respecto de los efectos de la norma entre el 1 de junio y el 15 de julio de 2012 el contexto de legalidad que se ha expuesto con anterioridad, y que ha ocasionado al funcionario recurrente el esfuerzo argumental que muestra su extenso escrito de demanda, denotan una situación de *inseguridad jurídica*, que la Sala invoca también como principio constitucional infringido, conforme a lo que también garantiza el artículo 9.3 de la CE, sin que ello desvirtúe los términos claros en los que se ha planteado en el caso la duda de constitucionalidad.

DÉCIMOCUARTO.- Se plantea la necesidad de determinar los límites constitucionales en materia de empleo público de la doctrina sobre *derechos adquiridos*, que calificó de “*huidiza*” el FJ 19 de la STC 108/1986, de 29 de julio, habiéndose subrayado que «*el cambio legislativo es consustancial a la propia relación estatutaria*» (FJ 5 de la STC 41/1990, de 15 de marzo) y que «el funcionario que ingresa en la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo [...] porque ello se integra en las determinaciones

lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcional» (FJ 6 de la STC 99/1987, de 11 de junio).

Este punto de partida no significa, a juicio de la Sala que eleva la cuestión a ese Alto Tribunal, que la categoría de los *derechos adquiridos* deba considerarse ajena al ámbito del personal estatutario, como resulta, por ejemplo, de las SSTC 113/2010, de 24 de noviembre (FJ 5) y 97/1990, de 24 de mayo (FJ 5), máxime cuando se trata de retribuciones económicas generadas y no percibidas, como se desprende de lo afirmado por ese Tribunal para la hipótesis -que es la que se plantea en este caso- de *derechos económicos ya* consolidados por corresponder a días en los que se ha prestado el servicio público correspondiente; se ha trabajado por el empleado y, en consecuencia, se ha generado un derecho a la contraprestación que se encuentra incorporado al patrimonio del funcionario. En ese caso cabe hablar de *derechos adquiridos* de los que los funcionarios no pueden ser privados por una regulación legal cuya constitucionalidad no se cuestiona, pero que llegó cuarenta y cuatro días tarde y, por ello, afectó retroactivamente a derechos ya nacidos y consolidados durante esos cuarenta y cuatro días.

Se trata de determinar si esa privación –pese a la promesa del artículo 2.4 del mismo RDL de aportaciones futuras a planes de pensiones o contratos de seguro colectivos, que excluiría el relieve del artículo 33.3 CE- vulnera la prohibición de retroactividad del artículo 9.3 CE, sin que tampoco consideremos afectados los derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo.

Así, a propósito del Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo parecen expresarlo los AATC 35/2012, de 14 de febrero [FJ 3 b) *a contrario*] y 8/2012, de 13 de enero [FJ 3 d) *a contrario*] y los AATC 180/2011, de 13 de diciembre (FJ 7) y 179/2011, de 13 de diciembre (FJ 7).

Planteándose la cuestión en materia de empleo público hay que atender, como matiza el FJ 17 de la STC 112/2006, de 5 de abril, a que *“la eficacia y protección del derecho individual —nazca de una relación pública o de una privada— dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo, de manera que la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas”*.

Sin que quepa olvidar que, para ese Alto Tribunal, y pese a la insuficiencia de las construcciones de nuestra doctrina privatista sobre el problema, existe una categoría intermedia entre el *derecho adquirido* y la *mera expectativa de derecho*. Esa “*zona de controversia*”, en término que emplea el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, no se reflejaría en todos sus matices al diferenciar sólo una retroactividad plena, auténtica o propia frente a la retroactividad impropia [SSTC 116/2009, de 18 de mayo (FJ 3) y 89/2009, de 20 de abril (FJ 4) con referencia a la citada STC 2012/2006], como mostraría la reciente STC 39/2013, de 14 de febrero (FJ 5).

Una categoría intermedia entre lo que nuestra doctrina civilista construyó como una mera “*spes*” frente al verdadero “*derecho subjetivo*” se encontró reconocida en la doctrina de ese Alto Tribunal –atendida en su momento por el legislador- a propósito de las compensaciones con relación al adelanto legal de la edad de jubilación de los funcionarios públicos a los sesenta y cinco años, cuando se declaró reiteradamente que el adelanto de la edad de jubilación, aún no afectando a los derechos adquiridos puede merecer, en cuanto origine una frustración de las expectativas existentes y, en muchos casos, perjuicios económicos “*algún género de compensación*” (Conf., FJ 22 de la STC 108/1986, de 29 de julio; FJ 6 de la STC 99/1987, de 11 de junio; FJ 4 de la STC 129/1987, de 16 de julio; FJ 3 de la STC 70/1988, de 19 de abril y FJ 4 de la STC 100/1989, de 5 de junio).

No considera la Sala que se trate en el presente caso de retroactividades impropias ni de simples expectativas de Derecho porque aplicando, *mutatis mutandis*, lo que se razona en la STC176/2011, de 8 de noviembre (FJ 5 y Fallo) se estaría en un supuesto en el que la paga extraordinaria y las restantes pagas complementarias extraordinarias de Navidad de 2012, son retribuciones de generación duradera o de período y, aunque lo que el artículo 33.1 de la Ley 33/1987 denomina “*devengo*” se produzca el primer día hábil del mes de diciembre de 2012, pudiendo el legislador modificar algunos de sus aspectos durante el período en el que se produce su generación, no es admisible constitucionalmente afectar ablatoriamente, al así hacerlo, a retribuciones ya generadas o efectos consolidados respecto de días efectivamente trabajados por el empleado público, ya que se incurre en una *retroactividad auténtica retroactividad propia o de grado máximo*, prohibida en el artículo 9.3 CE. Todo ello con la salvedad, esencial, de que no se trata en este caso de una retroactividad de normas fiscales, afectadas por el deber del artículo 31. 1 CE, sino de *salarios diferidos* generados y debidos, pero no percibidos asemejándose más, en estos casos, la situación estatutaria de los empleados públicos al contrato de trabajo que a una situación de sujeción

especial o de mera servidumbre.

DECIMOQUINTO.- En atención a lo expuesto, de conformidad con los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad respecto de los artículos 2.1; 2.2.1 y 3.1 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, por posible infracción de la prohibición de retroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución y del principio de seguridad jurídica.

En mérito de lo expuesto,

LA SALA ACUERDA:

Plantear ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad en relación con los artículos 2.1; 2.2.1 y 3.1 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio por posible infracción de la prohibición de retroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución, en relación con el principio de seguridad jurídica del mismo artículo 9.3 CE.

Remítase al Tribunal Constitucional, conforme a lo que dispone el artículo 36 de su Ley orgánica, testimonio de la presente resolución, del expediente administrativo y de los autos principales, incluidas las alegaciones formuladas respecto del planteamiento de la cuestión.

Queda en suspenso la tramitación del recurso hasta que el Alto Tribunal se pronuncie sobre la cuestión de inconstitucionalidad que planteamos.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio designados

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

D. Pedro José Yagüe Gil

D. Rafael Fernández Montalvo

D. Manuel Vicente Garzón Herrero

D. Segundo Menéndez Pérez

D. Nicolás Maurandi Guillén

D. Eduardo Espín Templado

D. J. Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D^a. Margarita Robles Fernández

D. Emilio Frías Ponce

D. José Díaz Delgado

D. Eduardo Calvo Rojas

D. Luis María Díez-Picazo Giménez

D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco

D^a. María del Pilar Teso Gamella

D. Juan Carlos Trillo Alonso

D. José Antonio Montero Fernández

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Diego Córdoba Castroverde

D. José Juan Suay Rincón

D^a. Inés Huerta Garicano

D. Ramón Trillo Torres

D. Vicente Conde Martín de Hijas

D. Manuel Martín Timón

D. Jesús Ernesto Peces Morate

D. Juan Gonzalo Martínez Micó

D. Mariano de Oro-Pulido y López

