

ner una decisión judicial acorde con las pretensiones que se formulan, sino el derecho a que se dicte una resolución en Derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello.

Debe señalarse, con carácter complementario, que la alegación de los puntos 1 y 2 del artículo 6 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, con el valor interpretativo que deriva del artículo 10,2 de la Constitución, no aporta elemento alguno que pueda apoyar la tesis de la parte actora.

5. Al no estimar la pretensión de inexecución de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valladolid de 18 de junio de 1975, tampoco procede acceder a la petición que formula el demandante de ser indemnizado por razón de los gastos que le ha originado tal ejecución.

6. Por otra parte, la desestimación del recurso da lugar a la improcedencia de que la Sala eleve al Pleno la cuestión de la posible declaración de inconstitucionalidad del artículo 64 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que ha sido el aplicado —no del 20,1.b, como sugiere el recurrente—, y ello porque no concurre el supuesto previsto por el artículo 55,2 de la LOTC, que consiste en la estimación previa del recurso de amparo.

Sin perjuicio de lo anterior, y ya al margen de la posible aplicación retroactiva de la Constitución y del caso planteado, la Sala debe hacer notar que el artículo 24,1 de la Constitución contiene un mandato implícito al legislador —y al intérprete— consistente en promover la defensa, en la medida de lo posible, mediante la correspondiente contradicción. Lo que conduce

**8596** Sala Primera. Recurso de amparo n.º 47/80.—Sentencia de 6 de abril de 1981.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel García-Pelayo Alonso, Presidente, y don Angel Latorre Segura, don Manuel Díez de Velasco Vallejo, doña Gloria Begué Cantón, don Rafael Gómez-Ferrer Morant y don Angel Escudero del Corral, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

Visto el recurso de amparo número 47/80, promovido por don X. Y. Z., mayor de edad, casado, vecino de Valdepeñas, Subcomisario del Cuerpo Superior de Policía, representado por el Procurador de los Tribunales don Federico Pinilla Peco y bajo la dirección del Abogado don Ignacio Izquierdo Alcolea, contra las resoluciones de la Dirección General de Seguridad de 12 de noviembre de 1970 y de 18 de febrero de 1971, confirmadas por la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1975, por la que se desestimó la solicitud de anulación del expediente de jubilación por imposibilidad física y de colocación en el escalafón en el lugar que le correspondiera con los funcionarios de su oposición, y en el que han comparecido el Fiscal general del Estado y la Administración del Estado, representada por el Abogado del Estado, siendo Ponente el Magistrado don Manuel Díez de Velasco Vallejo.

### I. ANTECEDENTES

1. El recurrente, a la sazón Inspector de tercera clase del Cuerpo General de Policía, fue jubilado por imposibilidad física por Resolución de la Dirección General de Seguridad de 27 de noviembre de 1958.

Por Resolución de la propia Dirección General de 13 de agosto de 1968 y a instancia del señor Y. se acuerda, previa la tramitación del oportuno expediente, su reincorporación al servicio activo, por entender que se encontraba en las debidas condiciones para prestar dicho servicio.

2. El 2 de julio de 1970, don X. Y. solicita, del entonces Ministerio de la Gobernación, que anule el expediente de jubilación por imposibilidad física y le sitúe «en el escalafón en el lugar que le corresponde con los funcionarios de su oposición», por entender que dicha jubilación fue acordada por órgano incompetente —la Dirección General de Seguridad en vez del Ministerio de la Gobernación— y con base a un procedimiento en el que se había omitido la intervención de un Médico especialista en el reconocimiento que se le practicó en su día.

3. Por Resolución de 12 de noviembre de 1970, la Dirección General de Seguridad desestima dicha petición por entender: 1.º que el órgano que acordó la jubilación por imposibilidad física del señor Y. era el competente según el artículo 17 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; 2.º que al no haber impugnado en su día dicho acuerdo por la vía procedente y dentro del plazo establecido, la expresada Resolución adquirió firmeza a todos los efectos; 3.º que es de aplicación el artículo 28,2 del texto refundido de la Ley de Derechos Pasivos de 21 de abril de 1966, según el cual el funcionario que hubiere sido jubilado por causa de inutilidad física y se reincorpore con posterioridad al servicio activo como consecuencia de una revisión de dicha situación no podrá, cuando se jubile forzosamente por haber alcanzado la edad correspondiente, «mejorar de clasificación por servicios prestados o haberes percibidos con posterioridad a la fecha de su primera jubilación», y 4.º que la colocación del señor Y. en el escalafón del Cuerpo General de Policía, tras su reingreso, se ha realizado

a establecer el emplazamiento personal a los que puedan comparecer como demandados —e incluso coadyuvantes—, siempre que ello resulte factible, como puede ser cuando sean conocidos e identificables a partir de los datos que se deduzcan del escrito de interposición o incluso del expediente, aun cuando no se le oculta a este Tribunal —dada la variedad de hipótesis que pueden plantearse— que la consecución plena de este resultado puede exigir un cambio legislativo.

7. La complejidad de las cuestiones suscitadas justifica que no estimesmos pertinente imponer las costas a la parte actora, al no apreciar temeridad o mala fe.

### FALLO

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

Ha decidido:

1.º No aceptar las excepciones de inadmisibilidad alegadas por la representación de los señores Y. Z.

2.º Desestimar el amparo solicitado por la Entidad «Coto Minero Meriadet, S. A.», sin que proceda imponerle las costas derivadas de la tramitación del proceso.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado». Dada en Madrid a treinta y uno de marzo de mil novecientos ochenta y uno.— Manuel García-Pelayo Alonso—Angel Latorre Segura.—Manuel Díez de Velasco Vallejo.—Gloria Begué Cantón.—Rafael Gómez-Ferrer Morant.—Angel Escudero del Corral.—Firmados y rubricados.

correctamente, «no existiendo posibilidad legal de que se le reconozcan como servicios prestados a efectos escalafonales el tiempo en que permaneció en la situación de jubilado».

Interpuesto recurso de reposición contra dicha Resolución, es desestimado por Resolución de 18 de febrero de 1971, que confirma la anterior, basándose en los mismos fundamentos.

4. Impugnadas las dos Resoluciones citadas ante el Tribunal Supremo, la Sala Quinta de éste por sentencia de 25 de junio de 1975, desestima totalmente el recurso, confirmando, en consecuencia, dichas Resoluciones, con base en los siguientes fundamentos: 1.º el acto por el que se dispuso la jubilación del señor Y. por causa de imposibilidad física fue consentido por éste al no recurrir contra el mismo durante cerca de diez años; 2.º no existió vicio de incompetencia en la Resolución por la que se acordó la jubilación y aún en el supuesto hipotético de que lo hubiera habido, la incompetencia jerárquica no produce la nulidad de pleno derecho, sino la mera anulabilidad, siendo ésta invocable únicamente dentro del plazo para interponer el oportuno recurso; 3.º se cumplieron los trámites establecidos en la legislación entonces en vigor, y 4.º tanto el artículo 37 de la Ley de Funcionarios de 1964 como el artículo 28 de la Ley de Derechos Pasivos de 1966 establecen que la jubilación entraña la separación definitiva del funcionario, agregando el último que si tal situación pasiva se establece en base a una incapacidad permanente por inutilidad física, es revisable en cualquier momento y en tanto el funcionario no alcance la edad para su jubilación forzosa, pero en tal caso no puede «mejorar de clasificación por servicios prestados o haberes percibidos con posterioridad a la fecha de su primera jubilación».

5. Por escritos de 7 de agosto de 1976 y 22 de febrero de 1977, dirigidos al Presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, el señor Y. solicita le sea «aplicada la gracia de amnistía» del Real Decreto-ley 10/1976, de 30 de julio, por entender que su caso estaba comprendido en dicha disposición, por ser la causa de su jubilación un «acontecimiento de opinión» (padecer una «obsesión religiosa») y, en consecuencia, se deje sin efecto la jubilación forzosa por imposibilidad física, colocándose al solicitante «en el número de escalafón que tenía, juntamente con sus compañeros de promoción».

Por providencia de 9 de marzo de 1977, la Sala Quinta del Tribunal Supremo acuerda no haber lugar a lo solicitado por el señor Y., «visto que se trata de una sentencia firme y lo postulado no se refiere a la ejecución de aquélla; todo sin perjuicio de sí, como manifiesta, estima el interesado que está incluido en los supuestos del Decreto Ley de 3 de julio pasado en vía administrativa solicite lo procedente».

6. El 16 de julio de 1980, el señor Y. interpuso ante este Tribunal Constitucional recurso de amparo, en el que, tras exponer parte de los hechos a que se ha hecho referencia en los puntos anteriores —para cuya reconstrucción la Sala ha tenido en cuenta tanto el expediente administrativo como las actuaciones judiciales remitidas a la misma en el curso del presente asunto—, pretende que se le reconozca una determinada situación en el Cuerpo Superior de Policía y los derechos económicos inherentes a la misma a los correspondientes efectos y especialmente los de jubilación, sin que para ello influya la situación de jubilación forzosa en la que se encontró desde 1958 a 1968, en que reingresó al servicio activo.

A tal efecto, el recurrente invoca los artículos 10 y 14 de la Constitución, poniendo especial énfasis en el último, que cita literalmente, y que considera infringido tanto por las resoluciones administrativas y judicial como por el artículo 28,2 del texto refundido de la Ley de Derechos Pasivos de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por Decreto de 21 de abril de 1966.

7. Una vez subsanados por el recurrente una serie de defectos advertidos por la Sala en el escrito inicial presentado por aquél y, especialmente, la falta de representación por Procurador y la dirección de Letrado y fijado con precisión el amparo solicitado, se admitió a trámite la demanda, se solicitó de la Sala Quinta del Tribunal Supremo la remisión de las actuaciones relativas al recurso contencioso-administrativo número 500.473 y del Ministerio del Interior el expediente tramitado por la Dirección de Seguridad del Estado sobre jubilación por imposibilidad física del señor Y., en el que recayó acuerdo de dicho Centro de fecha 18 de febrero de 1971, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 12 de noviembre de 1970.

Recibidas las referidas actuaciones judiciales y el mencionado expediente se abrió el plazo de alegaciones para el Fiscal General del Estado, la Abogacía del Estado y el recurrente.

8. El Fiscal general del Estado se opone a la estimación de la demanda y, en consecuencia, al otorgamiento del amparo solicitado, por entender que no resulta vulnerado el derecho fundamental invocado por aquélla, «sin perjuicio de otros derechos que el actor pueda ostentar ante la Administración, reclamables por la vía correspondiente», ya que, según el Fiscal: 1.º) ni de la actuación de la Administración ni de la argumentación que sirve de base al Tribunal Supremo para dictar sentencia desestimatoria se desprende que aquélla o ésta hayan hecho otra cosa que aplicar estricta y exactamente la normativa vigente; 2.º) de la normativa vigente al disponerse tanto la jubilación forzosa del señor Y. como la reincorporación del mismo al servicio activo, se desprende que la jubilación comporta «un a modo de estancamiento del funcionario en el punto y hora en que aquélla se produjo, aun cuando posteriormente volviera al servicio activo», no siendo, por lo demás, aplicables las disposiciones sobre amnistía de funcionarios depurados por motivos políticos; 3.º) no se ha vulnerado el principio de igualdad ante la Ley, ya que no son situaciones idénticas las de aquellos funcionarios que nunca han dejado de estar en servicio activo y las de quienes han estado jubilados por causa de imposibilidad física durante algún tiempo y luego se han reincorporado al servicio activo, y 4.º) el descuento a efectos de derechos pasivos del 5 por 100 de los haberes del señor Y. una vez reingresado al servicio activo no ha sido planteado directamente.

La Abogacía del Estado, por su parte, se ha opuesto, en primer lugar, a la admisión del recurso tanto por defecto de postulación, como por ausencia de «petitum». En su opinión, la posibilidad de subsanación del primer defecto sólo procede si el recurrente ha otorgado su representación a un Procurador con anterioridad a la presentación de la demanda y ha omitido simplemente acreditarlo ante el Tribunal, supuesto que no se ha dado en el presente recurso, en el que el señor Y. otorgó dicha representación con posterioridad a la presentación de la demanda. Por otro lado, la Abogacía del Estado entiende, asimismo, que en la demanda no se fija «con claridad y precisión lo que se pide».

En segundo término, y para el supuesto de que no prosperen los dos motivos de inadmisibilidad aducidos, el defensor de la Administración se opone, igualmente, a la estimación del recurso con base en los argumentos siguientes: 1.º) no procede en absoluto revisar en la actualidad la decisión relativa a la jubilación del señor Y. por causa de imposibilidad física, ya que, aparte de ser firme en vía administrativa, ha agotado plenamente sus efectos en el sentido de la disposición transitoria segunda, 1.ª de la LOTC; 2.º) en el caso de autos no se da ninguna de las condiciones para la aplicación del artículo 14 de la Constitución, ya que: a) la situación del funcionario jubilado por enfermedad que retorna tras una serie de años de jubilación al servicio activo no es en absoluto equiparable al del funcionario que ha prestado dicho servicio ininterrumpidamente durante esos años; b) no se puede desvincular el tratamiento de los derechos pasivos del funcionario reincorporado al servicio activo con el hecho de su precedente jubilación; c) lo dispuesto en el artículo 28.2 de la vigente Ley de Derechos Pasivos—de contenido prácticamente idéntico al artículo 50 del Estatuto de Clases Pasivas de 1928—resulta perfectamente razonable y adecuado como medida de autoprotección frente a la eventualidad de una elusión del contenido de los mandatos del legislador en materia de funcionarios, ya que si «la jubilación por incapacidad fuera una situación transitoria, reversible en todos sus efectos activos y pasivos desde que el funcionario acreditara aptitud para el ejercicio del cargo, tal situación se convertiría en fórmula sustanciosamente más atractiva que cualquier otro supuesto de vacancia temporal como la excedencia voluntaria o la misma enfermedad común y no ya sólo atractiva, sino que franca y abiertamente privilegiada»; y 3.º) en relación con la exacción del 5 por 100 que, según el demandante, se le detrae actualmente de sus haberes, entiende que no procede, pues dichos haberes son incapaces legalmente de generar derechos pasivos, si bien el planteamiento de dicha cuestión debe quedar al margen del presente recurso.

Por último, la representación del recurrente reiteró los argumentos mantenidos y las peticiones formuladas en la demanda.

9. La Sala señaló para la deliberación de este recurso de amparo el día 1 del mes de abril de 1981. En su sesión de esa fecha se deliberó y votó.

## II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Por exigencias lógico-formales debemos pronunciarnos en primer término sobre los dos motivos de inadmisibilidad del presente recurso aducidos por el Abogado del Estado. Los mismos no pueden acogerse por las razones siguientes:

a) Por lo que respecta a la pretendida falta de postulación—por entender que no basta con que ésta se acredite a requerimiento del Tribunal, sino que debe preexistir la escritura de poder a la formulación de la demanda—, es de señalar que ni de la letra ni menos aún del espíritu de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se deduce tal exigencia.

En efecto, de una interpretación combinada de los artículos 49.2.a, 50.1.b, 81.1 y 85.2 de la LOTC a la luz del principio contenido en el artículo 24, número 1, de la Constitución, no se desprende en absoluto la imposibilidad de subsanación de la falta—y no sólo de la justificación documental—de postulación previa a la presentación de la demanda ante el Tribunal Constitucional. Esta es, por lo demás, la postura adoptada por éste en relación con el tema en diversos autos, aunque hasta ahora no se haya abordado en los términos con que se ha planteado en el presente pleito por el representante de la Administración.

b) Por lo que se refiere al otro motivo de inadmisibilidad, el Abogado del Estado sostiene que en la demanda no se había fijado «con precisión y claridad lo que se pide». En efecto, del escrito inicial del señor Y.—que compareció, como se ha dicho, sin asistencia letrada y representación por Procurador—puede predicarse dichas imprecisiones explicables, por dicha circunstancia, pero, tras la subsanación de la falta de postulación, el «petitum» quedó claramente establecido en el escrito presentado el 3 de octubre de 1980 por el Procurador señor Pinilla.

Bien entendido que, contra lo que sostiene el Abogado del Estado, no ha habido entre el escrito inicial del señor Y. y el de su representante variación alguna en la litis, ya que lo que se pide con precisión y claridad en el escrito del Procurador ya estaba en esencia en el escrito inicial, sólo que expresado en términos mucho menos claros y rotundos y confundiendo en cierto sentido «petitum» y «causa petendi».

2. Declarado admisible el recurso, debe entrar a conocer sobre los fundamentos aducidos en el mismo y que han sido recogidos en los antecedentes de esta sentencia.

El primer punto que debemos abordar es el concerniente a si la jubilación del señor Y., por causa de imposibilidad física acordada por la Administración en 1958, puede ser anulada después de más de diez años, como ha pretendido el demandante desde 1970 ante la propia Administración y la jurisdicción contenciosa y pretende ahora ante este Tribunal Constitucional.

Pues bien, las Resoluciones de 12 de noviembre de 1970, de 18 de febrero de 1971 y la sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 1975, ponen de manifiesto que se dejaron transcurrir por el ahora demandante los plazos para impugnar la Resolución de 1958, transformándose ésta en firme y que no estuvo viciada por los defectos que se le imputan—incompetencia y vicio de procedimiento—o, por lo menos, tales defectos no conllevaban la nulidad absoluta, con lo que la posible anulabilidad inherente a alguno de ellos quedó, en todo caso, subsanada por el transcurso del tiempo.

Por consiguiente, debe rechazarse la pretensión del demandante de que «se deje sin efecto la jubilación forzosa anterior al reingreso al servicio activo», por no afectar a ninguno de los preceptos de la Constitución.

3. El segundo punto, aunque ligado estrechamente al anterior, como ha puesto de relieve el representante de la Administración, presenta una cierta autonomía, por lo que no necesariamente, como se verá a continuación, ha de situarse en el mismo plano en orden a su solución. Se trata, en efecto, de la procedencia o no de reconocer al señor Y. «la igualdad de derechos con respecto de los compañeros de su promoción».

En este punto concreto se hallan imbricados dos problemas diferentes, que conviene distinguir con la máxima claridad al efecto de resolver el presente recurso. Uno y otro han sido confusamente identificados por el demandante en las vías impugnatorias que ha recorrido antes de acudir ante este Tribunal Constitucional sobre la base de la invocación del principio de igualdad de trato.

Pues bien, de acuerdo con el criterio apuntado, deben diferenciarse netamente dos tipos de situaciones: una, la de los funcionarios pertenecientes al Cuerpo Superior de Policía que ingresaron en éste al mismo tiempo que el señor Y.—y estuvieron en activo los años en que el demandante estuvo jubilado por causa de imposibilidad física, y, otra la de esos mismos funcionarios desde la reincorporación al servicio activo por parte del señor Y. hasta la jubilación forzosa de éste por haber alcanzado la edad reglamentaria.

Para el demandante, la no consideración a efectos pasivos tanto de los años en los que estuvo jubilado como la de los años en que esté de nuevo en activo constituye una infracción del principio de igualdad de trato con respecto a sus compañeros de promoción, aunque por distintas razones. En el primer caso, porque no debió haber sido jubilado por imposibilidad física y, en el segundo, porque lo dispuesto en el artículo 28.2 de la Ley de Derechos Pasivos de 1968 es inconstitucional. En ambos supuestos, según el recurrente, se infringe el principio de igualdad sancionado en el artículo 14 de la Constitución.

El primer argumento no puede ser admitido por este Tribunal. En efecto, y por lo que se refiere, en primer lugar, a los años en que el señor Y. estuvo jubilado por causa de imposibilidad física—de 1958 a 1968—, debe destacarse que su situación no es en modo alguno equiparable a la de sus compañeros de promoción que durante ese mismo tiempo estuvieron en el Cuerpo Superior de Policía.

El negar que tales años puedan ser computados al señor Y. a efectos pasivos no es sino la consecuencia del principio—consagrado por la legislación de funcionarios—de que sólo los servicios efectivamente prestados son computables a efectos retributivos, tanto activos como pasivos. En tal sentido, pueden citarse tanto el artículo 6.2 de la Ley de Retribuciones de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, de 4 de mayo de 1965, como el preámbulo de la Ley de Derechos Pasivos de dichos funcionarios, de 21 de abril de 1966.

Por consiguiente, dado que la situación de actividad y la de jubilación no son iguales, no se infringe el principio de igualdad por el hecho de tratarlas desigualmente.

4. El problema se presenta, sin embargo, con caracteres de mayor complejidad a propósito del segundo tipo de situaciones, es decir, la de aquellos funcionarios del Cuerpo General de Policía pertenecientes a la promoción del señor Y. que continúan en activo cuando éste reingresa, en comparación con la del demandante, desde ese momento al de su jubilación forzosa por edad.

Ambas situaciones son de actividad, iguales, por tanto y, en consecuencia, parecen reclamar, en principio, el mismo tratamiento. Por consiguiente, los años en que, tras el reingreso en el servicio activo, desempeñe su actividad en el Cuerpo Superior de Policía el señor Y. deberían computarse a efectos activos (trienios) y pasivos (base reguladora para la determinación de la pensión que cause por jubilación forzosa, por edad u otro motivo legalmente establecido).

Pues bien, en relación con este tema, tanto las Resoluciones impugnadas como la sentencia del Tribunal Supremo y las alegaciones en este recurso de amparo del Fiscal General del Estado y de la Abogacía del Estado, de una manera más o menos explícita, según los casos, niegan la equiparación de tales situaciones o, al menos, consideran justificada la discriminación que se desprende del artículo 28.2 de la vigente Ley de Derechos Pasivos de 1966, prácticamente idéntica en este punto al artículo 50.2 del Estatuto de Clases Pasivas de 1926, limitándose a transcribir, sin más precisiones, el referido artículo 28.2 y señalando que es aplicable a la situación del señor Y.

5. Pues bien, frente a tales posturas, cabe oponer los siguientes argumentos. En primer lugar, la necesidad de distinguir los diversos supuestos que legalmente dan lugar a la jubilación (artículo 26.1 de la vigente Ley de Derechos Pasivos): a) haber cumplido determinada edad (fijada, según los casos, legal o reglamentariamente); b) padecer incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones por inutilidad física o por debilitación apreciable de facultades; y c) haber cumplido sesenta años de edad o haber completado treinta años de servicios a la Administración. Se trata de los tres supuestos conocidos como jubilación forzosa por edad, jubilación por imposibilidad física y jubilación voluntaria por edad.

En relación con el primero y el último, es completamente razonable la previsión que establece el número 1 del artículo 28 de la citada Ley. Con ella, la Administración ha tratado históricamente de salir al paso—recordemos cómo dicha previsión se contenía, igualmente, en el Estatuto de Clases Pasivas de 1926—de la posible picaresca, consistente bien en permanecer en el servicio activo más tiempo—meses o, incluso años—del permitido reglamentariamente al funcionario con el fin de completar un trienio y, de este modo, mejorar la pensión de jubilación, bien de reingresar una vez jubilado voluntariamente con el objetivo de incrementar la base reguladora de la correspondiente pensión.

La primera de estas dos actitudes sólo era y es legalmente posible por el tiempo necesario para completar los años de servicios exigibles para devengar pensión de jubilación. Así, el artículo 88 del Reglamento de 7 de septiembre de 1918, dictado para la aplicación de la Ley de Bases de 22 de julio del mismo año, estableció que «los funcionarios que al llegar a los sesenta y siete años de edad—que era entonces la general de la jubilación forzosa—tuvieran más de diez años y menos de veinte de servicios, podrán continuar desempeñando su cargo hasta completar este tiempo, previo expediente de capacidad que deberá instruirse todos los años, haciéndose constar la resolución que recayere, cuando fuese favorable al interesado, en el respectivo título administrativo». En sentido análogo, la vigente Ley de Derechos Pasivos de 1966 dispone en su artículo 27.6 que «si el funcionario, al cumplir la edad para su jubilación forzosa tuviera reconocidos dos trienios sin completar los tres exigidos como mínimo en dicho artículo (26.1), podrá solicitar prórroga en el servicio activo hasta completar el citado mínimo que le confiere derecho a pensión de jubilación...».

Ahora bien, no parece en absoluto razonable que si un funcionario, que ha sido jubilado por causa de imposibilidad física, se reincorpora más tarde al servicio, tras el oportuno expediente de revisión en el que se acredite que está en condiciones de aptitud para prestarlo, y desempeña las funciones inherentes a su categoría y puesto de trabajo hasta su jubilación forzosa por edad, se haga caso omiso a efectos retributivos del tiempo transcurrido desde su reincorporación al servicio hasta dicha jubilación.

Por supuesto que la prevención que refleja la posición del Abogado del Estado puede explicarse, también históricamente, sobre la base de la utilización fraudulenta por parte de algunos antiguos funcionarios de la institución de la jubilación por imposibilidad física porque les convenía en un momento dado, estando aptos para el servicio, fingir que no lo estaban, y reingresar años después cuando estuvieran cerca de la edad

señalada legalmente para la jubilación forzosa con la intención de mejorar la correspondiente pensión. Dicha prevención se confirma al examinar un Decreto de 23 de agosto de 1934—artículo 20—en que preveía la existencia de casos de jubilación por inutilidad física y se daba la posibilidad, en el plazo de dos meses, de regularizar las situaciones de ese tipo a los funcionarios que resultaren aptos para el servicio activo como consecuencia de los reconocimientos médicos que habían de practicarse.

De todos modos, el que al abrigo de una determinada norma reguladora de una institución se produzcan ciertas situaciones espúreas, no justifica la generalización de una normativa como la que se lleva a cabo en el artículo 28.2 de la Ley de Derechos Pasivos, que vendría, así a «sancionar» también a aquellos funcionarios que, estando realmente imposibilitados físicamente, fueron jubilados un día, pero a consecuencia de una posterior recuperación de facultades se reincorporaron más tarde al servicio activo prestando éste en las mismas condiciones que los que no habían estado separados nunca de dicho servicio.

Es evidente, por lo demás, que la situación de ugos y otros funcionarios durante el período de tiempo que coincide en la prestación del servicio activo es idéntica, sin que tengan por qué influir a efectos retributivos (activos y pasivos) (de la determinación del haber pasivo) los años en que unos han estado jubilados y otros no, mas que, naturalmente en el cómputo de los años de servicio efectivamente prestados. Si realmente ha desaparecido la causa que motivó la jubilación por imposibilidad física, no tiene por qué impedir ésta la producción de los efectos inherentes a la nueva prestación efectiva de servicios.

6. De conformidad con las razones expuestas, el artículo 28.2 de la Ley de Derechos Pasivos no está de acuerdo con el principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 14 de la Constitución, ya que, insistimos, no son situaciones diferentes, mientras coinciden temporalmente la del funcionario que nunca ha estado separado del servicio y del que ha estado jubilado durante algún tiempo por causa de imposibilidad física y no aparece justificada en la norma la pretendida desigualdad de trato de una de las dos situaciones iguales entre sí en los términos y con los límites que se han precisado.

Bien entendido que, frente a lo que sostiene el Abogado del Estado, la jubilación por causa de imposibilidad física no es equiparable en modo alguno a «otros supuestos de separación definitiva del servicio», como la jubilación voluntaria por edad, la renuncia a la condición de funcionario o la pérdida de la nacionalidad española, que son efectivamente situaciones de cesación irreversible del servicio e incluso del derecho a toda percepción de haberes, y ello por la sencilla razón de que el propio artículo 28.2 de la Ley de Derechos Pasivos señala que la jubilación por incapacidad permanente, por inutilidad física o debilitación apreciable de facultades «será revisable en cualquier tiempo». Luego, si es revisable, en función de la aparición de nuevas circunstancias—concretamente, la desaparición de la causa que motivó dicha jubilación y, en consecuencia, la aptitud para el servicio activo—tal situación no puede en absoluto equipararse a aquellas otras en que legalmente no cabe posibilidad alguna de modificación.

Si acaso, la jubilación por imposibilidad física es equiparable a la excedencia forzosa—a la que se llega igualmente al margen de la voluntad del funcionario afectado por la misma—por reforma de plantilla o supresión de la plaza de que sea titular el funcionario, cuando signifiquen el cese obligado en el servicio activo (artículo 44.1.a de la Ley de Funcionarios), ya que si bien mientras se hallan en esa situación los excedentes forzosos no perciben el mismo tipo de haberes que los jubilados por imposibilidad física (cfr. el artículo 44.2 de la propia Ley de Funcionarios), unos y otros pueden incorporarse al servicio activo, «cuando las necesidades del servicio lo exijan» (artículo 44.1.3 de la Ley citada), en el primer caso, y en virtud de revisión de la causa que motivó la jubilación, en el segundo (artículo 28.2 de la Ley de Derechos Pasivos).

7. Por consiguiente, a juicio de esta Sala, el segundo párrafo del artículo 28.2 de la Ley de 1966 lesiona el principio de igualdad ante la Ley sancionado en el artículo 14 de la Constitución y, por lo tanto, debe considerarse derogado en virtud de lo establecido en la disposición derogatoria, punto 3, de ésta.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, como se ha sostenido por el Pleno de este Tribunal Constitucional en la sentencia de 2 de febrero de 1981, por la que se resolvió el recurso de inconstitucionalidad número 186/80, «la peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste... en que la Constitución es una Ley superior—criterio jerárquico—y posterior—criterio temporal—, de donde se deduce que «la coincidencia de este doble criterio da lugar—de una parte— a la inconstitucionalidad sobrevenida y, consiguientemente invalidez, de las que opondan a la Constitución, y (de otra) a su pérdida de vigencia a partir de la misma, para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación».

Con base a la estricta aplicación del criterio temporal—la Constitución como «les posterior»—debe entenderse derogada la Ley de Derechos Pasivos en lo relativo al párrafo segundo del número 2 de su artículo 28. Ahora bien, si la derogación produce la pérdida de vigencia de una norma, de modo que no puede ser aplicada para regular situaciones nuevas, no puede decirse lo mismo, respecto de la regulación de aquellas situaciones que habiendo surgido con anterioridad a dicha derogación produzcan, sin embargo, efectos con posterioridad a la misma. De acuerdo con este criterio, los efectos de la derogación del artículo 28.2, segundo párrafo, de la Ley de Derechos Pasivos impedirían la aplicación de este precepto a la regula-

ción de situaciones surgidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, es decir, a las concernientes a aquellos funcionarios que habiendo sido jubilados por causa de imposibilidad física con anterioridad a la promulgación de dicha norma fundamental, se reincorporen al servicio activo con posterioridad a la misma.

La situación del recurrente, sin embargo, ha surgido con anterioridad a la Constitución —la reincorporación al servicio activo se produjo, como se ha hecho constar en los Antecedentes, en 1968—, pero no cabe duda de que los efectos de la misma perduran una vez entrada en vigor la Constitución, ya que en la actualidad sigue en activo y aún no le ha llegado el momento de la jubilación forzosa por edad.

Pues bien, de aplicarse el supuesto objeto del presente recurso de amparo exclusivamente las consecuencias de la derogación del párrafo segundo del artículo 28.2 de la Ley de Derechos Pasivos, el recurrente sólo tendría derecho a que se le computaran a efectos activos (trienios) y pasivos los años de servicio efectivamente prestados desde la entrada en vigor de la Constitución, que es la fecha a la que se retrotraería la eficacia de la derogación de la norma legal en cuestión.

Ahora bien, toda Ley preconstitucional que se oponga a la Constitución debe entenderse no solamente derogada, sino también inconstitucional y, en consecuencia, tal invalidez sobrevenida puede producir efectos en situaciones que aún surgidas con anterioridad a la norma fundamental, produzcan efectos con posterioridad a su entrada en vigor.

Es precisamente la superioridad o supremacía absoluta de la Constitución la que permite extender la aplicación de la misma a la regulación de tales situaciones, especialmente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, siempre que, naturalmente, dichas situaciones no hayan agotado sus efectos con anterioridad a la promulgación de la Constitución; ello, de acuerdo con la doctrina contenida en la sentencia de este Tribunal de 31 de marzo de 1981, recaída en el recurso número 107/80, que ahora se pasa a aplicar al caso concreto objeto del recurso.

El principio de igualdad de trato, sancionado en el artículo 14 de la Constitución, está asimilado en cuanto a su reconocimiento y tutela a los derechos fundamentales y libertades públicas propiamente dichos, por lo que puede considerársele inculcido entre ellos.

De acuerdo con lo que acaba de exponerse, la derogación e inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 28.2, segundo párrafo de la Ley de Derechos Pasivos, debe llevar a la conclusión de que el recurrente tiene derecho a que se le computen a todos los efectos —activos y pasivos— los servicios prestados desde su reincorporación al Cuerpo Superior de Policía en 1968, dado que no se observa en este caso la concurrencia de ninguna circunstancia específica que obligue a matizar las consecuencias a que conduce la doctrina general expuesta.

8. No obstante todo lo anteriormente expuesto, podría llegar a pensarse que en el supuesto objeto del presente recurso no se ha producido una lesión en la esfera jurídica del demandante, ya que las resoluciones impugnadas se han limitado a transcribir prácticamente el contenido literal del artículo 28.2 de la Ley de Derechos Pasivos sobre la irrelevancia, a efectos de la determinación de la pensión de jubilación forzosa por edad, de los servicios prestados tras la reincorporación al servicio activo o, dicho con otras palabras, que no habría una violación actual y efectiva del derecho constitucionalmente reconocido (la igualdad de trato consagrado en el artículo 14 de la Carta Fundamental) mientras no se produzca la jubilación forzosa del demandante, señor Y.

De ser así, no podría otorgarse el amparo pretendido en cuanto a ese punto concreto de su demanda y habría que denegar por considerar que dicha lesión es sólo potencial o hipotética.

Ahora bien, en la medida en que las resoluciones impugnadas al referirse explícitamente a la aplicabilidad del referido artículo 28.2 a la situación jurídica del ahora demandante

están prejuzgando una situación futura pero próxima, ya a producirse —la jubilación forzosa por edad de aquél— y, además, en contradicción con aquella declaración, se le está trayendo el 5 por 100 de sus haberes actuales en los conceptos a que se refiere la propia Ley de Derechos Pasivos (art. 20.1), sin que ello se traduzca, sin embargo, en el percibo, a efectos retributivos activos, de los trienios completados desde su reincorporación al servicio, se le está causando al señor Y. una lesión no puramente hipotética y meramente futura, sino también actual.

Por las razones expuestas, pues, debe concluirse que se ha producido una lesión en la esfera jurídica del señor Y. en lo que se refiere concretamente a su derecho a la igualdad de trato consagrado en el artículo 14 de la Constitución en los términos que se han expuesto más arriba.

9. La lesión mencionada no se ha producido directamente por las resoluciones impugnadas, ya que en la fecha en que fueron dictadas —2 de julio de 1970 y 18 de febrero de 1971, respectivamente— se ajustaban a un texto legal —el artículo 28.2, segundo párrafo, de la Ley de Derechos Pasivos— que no infringía precepto constitucional alguno propiamente dicho y, menos aún, el contenido en una Constitución que habría de promulgarse varios años más tarde. Lo mismo puede decirse de la sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1975.

La lesión en cuestión se ha producido indirectamente en la medida en que la base legal de tales resoluciones ha desaparecido con la promulgación de la Constitución Española de 1978.

En consecuencia, el otorgamiento del amparo en los términos indicados y se precisan a continuación en el fallo no tiene por qué incluir una declaración de nulidad, siquiera sea parcial, de dichas resoluciones. Basta con que se determine cuál ha de ser el alcance de sus efectos en relación con la situación del demandante, ya que, de acuerdo con el artículo 55.1 de la LOTC, el «reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado» o el «restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación» no implican necesariamente la «declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidas», ya que tales pronunciamientos pueden acumularse o no en una misma sentencia, según los casos. Así lo indica, en efecto, el propio encabezamiento del artículo mencionado al disponer que «la sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: ...».

#### FALLO

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

Ha decidido:

- 1.º No aceptar las causas de inadmisibilidad alegadas por el Abogado del Estado.
- 2.º Otorgar el amparo solicitado por don X. Y. Z. en lo que se refiere exclusivamente al derecho a que le sean computados a todos los efectos los servicios prestados desde su reincorporación al Cuerpo Superior de Policía en 1968.
- 3.º Denegar el amparo de todo lo demás.
- 4.º Declarar que no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado». Dada en Madrid a seis de abril de mil novecientos ochenta y uno.—Manuel García-Pelayo Alonso.—Angel Latorre Segura.—Manuel Díez de Velasco Vallejo.—Gloria Begoña Cantón.—Rafael Gómez-Ferrer Morant.—Angel Escudero del Corral.—Firmados y rubricados.

8597

**CORRECCION de erratas en el texto de las sentencias del Tribunal Constitucional, publicadas en el suplemento al «Boletín Oficial del Estado» número 47, de fecha 24 de febrero de 1981.**

Advertidas erratas de imprenta en el texto de las sentencias del Tribunal Constitucional, publicadas en el suplemento al «Boletín Oficial del Estado» número 47, de fecha 24 de febrero de 1981, se transcriben a continuación las oportunas rectificaciones:

En la página 1, columna segunda, número 5, b), línea segunda, donde dice: «Que se dicen violados», debe decir: «Que se dicen violados».

En la página 2, columna primera, número 10, b), línea novena, donde dice: «En la transitoria segunda», debe decir: «En la transitoria segunda».

En la página 4, columna primera, número 10, línea trigésimo segunda, donde dice: «en tanto no opere plenamente», debe decir: «en tanto no opere plenamente».

En la página 5, columna segunda, apartado c), línea decimosexta, donde dice: «derechos constitucionalmente reconocidos», debe decir: «derechos constitucionalmente reconocidos».

En la página 13, columna segunda, apartado B, segundo pá-

rrafo, línea octava, donde dice: «como falta de celo», debe decir: «como la falta de celo».

En la página 15, columna primera, 18, E, línea primera, donde dice: «El artículo 623.4 b)», debe decir: «El artículo 723.4.b)».

En la página 22, columna primera, 21, C), línea decimosegunda, donde dice: «No se incluye en la ley orgánica», debe decir: «No se incluyera en la ley orgánica».

En la página 24, columna primera, línea cuarenta y segunda, donde dice: «Puesto que la invertención», debe decir: «Puesto que la intervención».

En la página 24, columna primera, línea sexagésimo primera, donde dice: «El artículo 29 de la LOECE», debe decir: «El artículo 20 de la LOECE».

En la página 26, columna primera, línea quincuagésimo tercera, donde dice: «enseñanza en sí misma considerada», debe decir: «enseñanza en sí misma considerada».

En la página 27, columna primera, 13, párrafo tercero, línea décima, donde dice: «el precepto de 20.2», debe decir: «el precepto del 20.2».

En la página 29, columna segunda, línea primera, donde dice: «La estimación no sólo parcial», debe decir: «La estimación sólo parcial».