

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo
Contencioso-Administrativo
Sección: SÉPTIMA
AUTO

Auto: REC.ORDINARIO(c/a)

Fecha Auto: 21/11/2014

Recurso Num.: 162/2013

Fallo: Auto Texto Libre

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

Procedencia:

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

Escrito por:

Nota:

Resolución del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 2013 sobre recurso de alzada interpuesto por don José Benito Rojas contra las nóminas de los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2012.

Posible inconstitucionalidad de los artículos 2.1 y 3.3 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio; 3.3 bis del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio en la redacción que le dio la disposición final 4.1 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre y de la Disposición Transitoria 41ª de la LOPJ en la redacción que le dio la Disposición 35ª de la Ley orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, por infracción de la prohibición de retroactividad que consagra el artículo 9.3 de la Constitución en relación con el principio de seguridad jurídica del mismo precepto y de los artículos 14 y 33.3 de la CE, al suprimir en su totalidad la paga extra de Navidad del mes de diciembre de 2012 del recurrente.

Recurso Num.: 162/2013 REC.ORDINARIO(c/a)

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

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

TRIBUNAL SUPREMO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: SÉPTIMA

AUTO

Excmos. Sres.:

Presidente:

Jose Manuel Sieira Míguez

Magistrados:

D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez
D. Nicolás Maurandi Guillén
D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva
D^a. Celsa Pico Lorenzo
D. José Díaz Delgado
D. Vicente Conde Martín de Hijas

En la Villa de Madrid, a veintiuno de noviembre de dos mil catorce.

En el acto de deliberación y fallo por la Sala, el pasado 1 de octubre, del recurso directo nº 2/162/2013, promovido por la representación de **don José Benito Rojas**, se han examinado las resoluciones del Tribunal Constitucional que aplican al recurrente las medidas establecidas en el Real

Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria, modificado por la disposición final 4ª de la Ley 10/2012 de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y por la Disposición transitoria 41ª de la Ley orgánica del Poder Judicial, añadida en la Ley orgánica 8/2012, de 27 de noviembre; medidas por las que prorratan en las nóminas del recurrente de los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2012 la minoración establecida en la versión original del artículo 3.3 del Real Decreto-Ley 20/2012, luego en el artículo 3 bis del mismo, para la supresión de la percepción de su paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012.

La Sala se planteó la posible inconstitucionalidad de determinados preceptos de rango legal, determinantes del fallo de la pretensión principal y, en caso de desestimación, de la pretensión subsidiaria del asunto.

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

HECHOS

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales, don José Antonio Sandín Fernández interpuso, en nombre y representación de don José Benito Rojas, recurso contencioso-administrativo, por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal Supremo el 20 de mayo de 2013, contra la Resolución del Presidente de ese Tribunal Constitucional de 22 de abril de 2013, que desestimó la alzada deducida por el demandante contra las nóminas de los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2012, en las que se le detrae el importe de la paga extraordinaria correspondiente al mes de diciembre de 2012.

En la Resolución de la alzada entiende la Presidencia de ese Tribunal Constitucional que el recurrente pertenece a uno de los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, concretamente al de Gestión Procesal y Administrativa, y que por ello le resulta de aplicación lo previsto en el artículo 3.3 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

La minoración de sus nóminas, que se produjo a partir del mes de agosto de 2012, según consta en los propios recibos aportados por el recurrente, corresponde estrictamente al mandato legal expreso que se contiene en dicho precepto. Entiende que el mismo fue modificado, en cuanto al citado artículo 3, por la disposición final cuarta uno de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, que incluyó en el mismo un nuevo apartado 3 bis, para adaptar la minoración de la paga extraordinaria de forma tal que la disminución de la paga extraordinaria fuera equivalente a la que resultara para los restantes funcionarios públicos en relación con el artículo 22 de la Ley 2/2012, de Presupuestos Generales del Estado para 2012, pero considera que dicha modificación en nada afecta a la obligatoriedad de que se practicara la minoración retributiva ni al procedimiento en que ésta debe producirse. Tampoco tendría relieve la modificación de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial al haberle añadido una Disposición Transitoria (la 41ª) la Ley orgánica 8/2012. En cuanto a los alegatos del recurrente de que el artículo 3.3 del RDL 20/2012 o su modificación por la Ley 10/2012 sea contrario a lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución o incida en materias propias de ley orgánica considera que no puede la Presidencia del Tribunal Constitucional, en cuanto 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 José Benito Rojas explica que recurre ante este orden de jurisdicción tanto la resolución del Presidente del Tribunal que desestima la alzada como las nóminas correspondientes a sus retribuciones en los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre del año 2012, al haberse producido una minoración en las mismas correspondientes a cada una de dichas mensualidades y a la paga extra de diciembre de 2012, que cifra en la cuantía de 3.158, 02 € (tres mil ciento cincuenta y ocho euros con dos céntimos de euro).

Considera el recurrente que el 28 de diciembre de 2012 se encontraba en vigor la Ley orgánica del Poder Judicial cuyo artículo 519 establecía entonces, y establece ahora, en norma aplicable al personal al servicio de la Administración de Justicia, que *«los funcionarios tendrán derecho a percibir dos pagas extraordinarias al año por importe, cada una de ellas, de una mensualidad de sueldo y antigüedad y, en su caso, una cantidad proporcional del complemento general del puesto en los términos que se fijen por Ley para la Administración de Justicia, que se harán efectivas en los meses de junio y diciembre, siempre que los perceptores estuvieran en servicio activo o con derecho a devengo del sueldo el día primero de los meses indicados»*. Hasta el día 29 de diciembre de 2012, que fue el siguiente al de la publicación en el BOE de la Ley orgánica 8/2012, no

se suprimió –y sólo para el mes de diciembre de 2012- la paga extraordinaria a percibir el mes de diciembre de 2012. Subraya que, conforme al artículo 33 de la Ley 33/1987, las pagas extraordinarias se devengan el primer día hábil de los meses de junio y diciembre y que la disposición final Sexta del Real Decreto-Ley 20/2012 se dispuso que hasta que no se modificase la Ley orgánica del Poder judicial los funcionarios afectados por la Disposición Transitoria 41ª de la LOPJ mantenían el derecho a la percepción de dos pagas extraordinarias al año. Por ello concluye que, al encontrarse devengadas ya esas dos pagas el 1 de diciembre de 2012, no se podía suprimir en forma retroactiva algo que ya se tenía devengado. Así lo confirmaría la reiterada doctrina del Tribunal Supremo cuando dice que las pagas extraordinarias constituyen una manifestación del salario diferido que se devenga día a día.

Razona que, en caso de que esta Sala considere que se dan los supuestos del artículo 163 2 y 3 CE y 35 de la LOTC, muestra su adhesión a que se formule cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 35 de la Ley orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, y de la Disposición transitoria 41ª que incorpora a la LOPJ y de los artículos 2 y 3 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio en cuanto pudieran vulnerar el artículo 9.3 de la Constitución.

Concluye el recurrente solicitando:

«que se deje sin efecto la resolución impugnada en vía administrativa y a la que se hace mención en el acto impugnado y se reconozca al recurrente el derecho a percibir la totalidad de la paga extraordinaria correspondiente al mes de diciembre de 2012 que le fue detraída en las nóminas de los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de dicho año, en virtud de los fundamentos que se exponen en el presente escrito de formalización de demanda o, subsidiariamente, en virtud de lo expuesto en el fundamento de Derecho IX QUINTO del presente escrito se reconozca al recurrente el derecho a percibir el importe de la paga extraordinaria del mes de diciembre en la cuantía que corresponda sobre los cuarenta y cuatro días anteriores a la publicación del Real Decreto Ley que hace la

supresión de las paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012, condenando a la Administración demandada a estar y pasar por ello, con expresa condena en costas a la administración demandada».

TERCERO.- En un quinto apartado del fundamento de Derecho IX de su demanda razona el recurrente su pretensión subsidiaria de 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 comprendido entre el uno de junio y el catorce de julio de 2012, que considera no se encuentra cubierto por disposición legal alguna dictada con anterioridad a dicho periodo.

CUARTO.- El Abogado del Estado, contestó a la demanda por escrito registrado el día 17 de julio de 2013 y 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 carencia de jurisdicción.*

Sostiene 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 [actos de aplicación del RDL (nóminas) y su confirmación en alzada] teniendo por objeto, exclusivamente, la solicitud, aunque sea mediata, del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad contra los artículos 2 y 3 del Real Decreto-ley 20/2012 y contra la ley orgánica 8/2012, de modificación de la LOPJ, 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 de un Cuerpo al servicio de la Administración de Justicia adscrito a un órgano constitucional y al que se le aplica el régimen retributivo de los funcionarios de estos Cuerpos, 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 3.1, 3.2; 3.3 (en su redacción vigente); 3.3 ter; 3.4 y 3.5 preceptos referidos, según refiere, a otros empleados públicos, pues dichos preceptos tienen como presupuesto de aplicación situaciones en las cuales no está incluido el actor y cuya regulación por tanto no le afecta.

Subsidiariamente, para el caso de que se plantease cuestión de inconstitucionalidad pide que se rechace el planteamiento respecto de esos artículos, pues de su validez no depende el fallo del proceso, como exige el artículo 163 de la CE y 35.1 de la LOTC.

c) En sus alegaciones de fondo transcribe el Abogado del Estado los preceptos legales que considera de aplicación al caso y considera que el importe salarial a recibir mes a mes por los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia no está regulado en la LOPJ sino en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada año. En consecuencia razona que la regulación del Real Decreto-Ley era suficiente para efectuar la modificación retributiva que efectuó. Sostiene que la regulación del artículo 519 de la LOPJ no se encuentra entre las materias reservadas propiamente a las leyes orgánicas sino entre las materias conexas, que podrían ser modificadas por ley ordinaria o por Decreto Ley. El artículo 519 de la LOPJ se refiere a las pagas extraordinarias de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia por razones sistemáticas pero sin que ello suponga que la previsión tenga carácter de ley orgánica ni que congele al detalle toda la regulación retributiva, como lo demuestra que las retribuciones de los Jueces y Magistrados se regulen por una ley ordinaria. Entiende que, por ello, a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2012 se produjo la supresión no sólo de la parte proporcional del sueldo y trienios en las nóminas pendientes –por modificación de la Ley de Presupuestos– sino incluso de la paga extra o similar a percibir en el mes de diciembre por modificación del propio artículo 519 de la LOPJ; si después se reiteró tal regulación de modo expreso por remisión en la Disposición transitoria de la LOPJ aprobada a finales de diciembre de 2012 se hizo por razones de sistemática normativa y para evitar problemas interpretativos.

Se opone a la pretensión subsidiaria sosteniendo que el derecho del funcionario solicitante a la paga extraordinaria propiamente dicha a percibir en diciembre nacería en diciembre de 2012 por lo que en los meses anteriores este derecho no habría nacido ni habría derecho a recibir parte proporcional de tal paga extra.

Tampoco admite el Abogado del Estado (FJ 5º de su escrito de contestación) los argumentos de inconstitucionalidad de la medida que se esgrimen en la demanda. Sostiene que la medida de supresión de la paga extra no incurre 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.

Subsidiariamente y en hipótesis, aunque se entendiera que los artículos 2 y 3 del Real Decreto Ley 20/2012 y la modificación de la LOPJ establecen una retroactividad de grado máximo sostiene que concurren excepcionales circunstancias de interés público que la 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 señala:

“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 presupuesto".

Entiende, por ello, que la reducción de retribuciones fijada en los artículos 2 y 3 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*.

Recuerda que la estabilidad presupuestaria es actualmente un principio constitucional que vincula a todos los poderes públicos y que “en su sentido principal, queda fuera de la disponibilidad –de la competencia- del Estado y de las Comunidades Autónomas (artículo 135.1 CE y SSTC, por todas, 157/2011, FJ 3, 188/2011, de 23 de noviembre, FJ 3, 195/2011, FJ 4 y 196/2011, FJ 4) y que la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, dictada para dar cumplimiento al artículo 135 CE tiene por objeto “el establecimiento de principios rectores que vinculan a todos los poderes públicos, a los que deberá adecuarse la política presupuestaria y la sostenibilidad financiera (artículo 1) y que con arreglo al artículo 3.1 de de la Lo 2/2012, “la elaboración, aprobación y ejecución de los Presupuestos y demás actuaciones que afecten a los gastos o ingresos de los distintos sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley se realizará en un marco de estabilidad presupuestaria coherente con la normativa europea.

Se opone a la pretendida infracción del artículo 14 CE porque los que hubieran cesado antes de fin de año hubieran percibido la parte de paga extra del modo dispuesto por el artículo 33 de la Ley 66/1987: aduce que el recurrente no da un solo ejemplo concreto en el que se hubiera procedido así siendo lógico considerar que a todos se les hubiera suprimido la paga extra en su totalidad porque el artículo 33 en que el recurrente funda su

argumentación hay que entenderlo modificado también en lo que sea necesario por el RD-Ley 20/2012. De este modo concluye que no ha habido atentado a la igualdad.

Concluye sus alegatos pidiendo que no se plantee cuestión de inconstitucionalidad como presupuesto para acoger la pretensión principal ni la subsidiaria. Concluye que el eventual acogimiento de cualquiera de ambas pretensiones solo podría dar lugar a otorgar al recurrente el total o la parte proporcional de las cantidades a percibir en diciembre (no las deducidas a prorrata).

QUINTO.- En escritos registrados el 13 de septiembre de 2013 y el 19 de septiembre de 2013 formularon las partes sus escritos de conclusiones.

SEXTO.- En diligencia de ordenación de 23 de septiembre de 2013 se declaró concluso el procedimiento y pendiente de señalamiento para votación y fallo; en providencia de 26 de mayo de 2014 se señaló para votación y fallo del recurso, en la Sección Séptima de la Sala Tercera, la audiencia del día 1 de octubre de 2014.

SÉPTIMO.- La Providencia de 3 de octubre de 2014 dispuso: «De conformidad con lo establecido en el artículo 35.2 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional en relación con artículo 163 de la Constitución española la Sala ha acordado lo siguiente:

«Con suspensión del plazo para dictar sentencia; oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad respecto de los artículos 2.1 y 3.3 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio; del artículo 3.3 y 3.3. bis

del mismo Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, modificado por la Disposición Transitoria 41ª de la Ley orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, por posible infracción de la prohibición de retroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución, del principio de seguridad jurídica del mismo precepto constitucional y de los artículos 14 de la Constitución y 33.3 de la Norma Fundamental. A tales efectos dése traslado al Ministerio Fiscal de las actuaciones y del expediente administrativo».

OCTAVO.- El Abogado del Estado formula sus alegaciones por escrito registrado el 14 de octubre de 2014, complementado el 15 de octubre siguiente. Considera que el eventual planteamiento de cuestión debería dejar al margen el artículo 3.3 del Real Decreto-Ley 20/2012, en su redacción modificada por la Disposición final 4.1 de la Ley 10/2012, pues no es de aplicación al recurrente y, por tanto, no se trata de una norma con rango de Ley aplicable al caso ya que, una vez realizada la reforma por la Ley 10/2012 se refiere a quienes son miembros de las carreras judicial y fiscal, condición que no tiene el recurrente.

Se opone al planteamiento de la cuestión con los siguientes argumentos:

a) En cuanto a la pretensión principal se remite el Abogado del Estado a la contestación a la demanda donde hizo una pormenorizada y extensa exposición de la normativa aplicable al caso para sostener, en cuanto a la pretensión principal, que no era necesaria la modificación de la Ley orgánica del Poder Judicial, que entró en vigor el 28 de diciembre de 2012 (Disposición transitoria 41ª añadida a la LOPJ por la Ley orgánica 8/2012, de 27 de diciembre) para que el personal afectado por la misma dejase de percibir las cantidades abonadas en diciembre como paga extra propiamente dicha (en tanto que el artículo 519 de la LOPG habla de la

percepción de dos pagas extra) pues en cuanto al importe salarial a percibir mes a mes las cuantías de las retribuciones de estos funcionarios no están reguladas en la LOPJ sino que ésta se remite a la Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPPGGE) para cada año. Subraya que el recurrente no distingue en su pretensión entre las cantidades a percibir en diciembre de 2012 y las deducidas del sueldo y trienios en las nóminas de agosto a diciembre y cree que sólo puede pretenderse que era necesaria la modificación de la LOPJ para dejar de percibir las cantidades abonadas en diciembre como paga extraordinaria propiamente dicha pues en cuanto al importe salarial a percibir mes a mes y que se vio minorado desde la entrada en vigor del RD no se puede pretender que esté consagrado en la LOPJ y la aplicación del RDL se haya hecho a futuro. Entiende que la Ley de Presupuestos Generales fue modificada, indiscutiblemente, por el Real Decreto-Ley 20/2012 desde su entrada en vigor. Subraya que así resulta de la propia literalidad del artículo 519.1 de la LOPJ que se remite a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada año. En cuanto a las cantidades a percibir en diciembre por estos funcionarios (paga extra propiamente dicha) considera que tampoco es cierto que fuera necesario modificar la LOPJ (y que, por tanto, se haya suprimido la paga en forma retroactiva) porque la supresión ya se había efectuado por el Real Decreto Ley 20/2012, en su artículo 3.3 bis (antes 3.3) modificando ya desde su entrada en vigor el artículo 519 de la LOPJ en lo que se refiere, para ese año, a la percepción de dos pagas por los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia. Sostiene que no puede aducirse, en contra, el carácter orgánico de la LOPJ ni que ésta no podría ser modificada por una ley ordinaria porque no existe ninguna razón para atribuir carácter orgánico a toda la normativa atinente a la regulación de las retribuciones de los funcionarios de los Cuerpos al Servicio de la Administración de Justicia como aquél al que pertenece el autor. Así lo evidencia el hecho de que con la LOPJ debe colaborar necesariamente la LPPGE cada año, como ocurre para fijar las retribuciones.

Entiende que, así, el artículo 519 de la LOPJ puede referirse a sus pagas extraordinarias por razones de coherencia sistemática pero no por ello otorga carácter orgánico ni congela el rango del detalle de toda su regulación retributiva. Así resulta del carácter estricto que la jurisprudencia constitucional confiere a las materias reservadas a la Ley orgánica que, en este caso, sólo afectaría a lo dispuesto en el artículo 122.1 CE. Hace mérito de la jurisprudencia constitucional que considera que reserva a la Ley orgánica del Estatuto jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia ha de ser únicamente de cuanto resulta nuclear en relación con el mismo, de manera que haga reconocible a ese personal donde quiera que preste sus servicios, pero este razonamiento no puede extenderse a la supresión de una paga extraordinaria o su equivalente. Así lo demostraría que la LOPJ no regule la paga extra de Jueces y Magistrados y sólo, en cambio, la de Secretarios y personal al servicio de la Administración de Justicia. En consecuencia era suficiente un Real Decreto Ley para establecer la modificación retributiva en cuestión y desde la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2012 entiende producida la supresión no sólo de la parte proporcional de sueldo, trienios etc. en las nóminas pendientes –por modificación de la LPPGE- sino incluso de paga extra o similar a percibir en diciembre de estos Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia por modificación del propio artículo 519 de la LOPJ, en cuanto a la percepción de dos pagas extraordinarias al año. Y, sostiene, no existe retroactividad por haberse aprobado la modificación de la LOPJ con posterioridad Si después se reiteró tal regulación de modo expreso por remisión en la Disposición Transitoria de la LOPJ aprobada a finales de diciembre de 2012, se hizo por sistemática normativa y para evitar problemas interpretativos.

b) En cuanto a la pretensión subsidiaria, respecto de la paga extra que se hubiera podido generar entre el 1 de junio y el 15 de julio de 2012.

Sostiene el Abogado del Estado, que se remite a lo que alegó en la contestación a la demanda, que una hipotética estimación de la alegación subsidiaria no podría suponer la percepción de una parte proporcional de toda la cantidad que se detrajo al recurrente en el año 2012 por aplicación del Real Decreto-Ley 20/2012 sino sólo en la parte proporcional de las cantidades a percibir en diciembre.

Recuerda que el Auto de esta Sala Tercera de 2 de abril de 2014 (Recurso 2/63/2013) en el que se planteó cuestión de inconstitucionalidad llamó la atención sobre el hecho de que el artículo 2.1 del Real Decreto Ley 2/2012 no parecía que hubiera supuesto la supresión de la paga extra en su totalidad respecto de funcionarios como el ahora recurrente sino sólo una minoración en la cuantía de la efectivamente percibida por tal concepto retributivo. De este razonamiento extrae la conclusión de no procedería abono subsidiario alguno por este concepto ni quebranto del artículo 9.3 de la CE. Considera que no existe sustento legal alguno para pretender la devolución de una parte proporcional de la paga extra a percibir en diciembre por su devengo mes a mes. Conforme al artículo 33 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1988 el derecho de los funcionarios a la paga extra de Navidad del año 2012 nacería el primer día hábil de junio y diciembre en la cuantía que fija la LGPPE para cada año. Así durante los meses de junio y julio de 2012 este derecho no había nacido, no existía, salvo los supuestos indicados en el artículo 33 de la Ley 33/1987. 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 procede abonar la parte proporcional que se pretende porque, en aplicación de la normativa vigente, 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.

c) En cuanto a los argumentos de inconstitucionalidad considera que no se ha producido vulneración del principio de irretroactividad consagrado en el artículo 9.3 CE. El actor la alega tanto respecto de la pretensión principal, al estimar que ya tenía devengada la cantidad suprimida a inicio de diciembre, antes de modificarse la LOPJ, como respecto de la pretensión subsidiaria, por entender que en todo caso le correspondía una parte ya devengada correspondiente al mes de junio y hasta el 12 de julio de 2012.

Sostiene el Abogado del Estado que los artículos 2.1 y 3.3 bis del Real Decreto Ley 20/2012 cuestionados y la propia modificación de la LOPJ no constituyen 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.

Razona que, para el caso improbable de que el Tribunal entendiese que el artículo 2 y los demás cuestionados del RDL 20/2012, así como la modificación de la LOPJ sí incorporan una “disposición sancionadora no favorable o restrictiva de derechos individuales” *el mismo no establece, desde luego, una retroactividad constitucionalmente proscrita.*

Sostiene la inexistencia de derechos adquiridos en las retribuciones de funcionarios públicos conforme a la jurisprudencia constitucional (SSTC 99/1987, de 11 de junio y 108/1986, de 29 de julio y que es la LPPGGE la que concreta la cuantía de los derechos retributivos de los funcionarios (incluidos los de los Cuerpos al Servicio de la Administración de Justicia) pudiendo ser alterada con posterioridad a su aprobación conforme a la Constitución y a la Ley General Presupuestaria. Ningún funcionario adquiere derecho a una retribución fijadas automáticamente, sino condicionada a las disposiciones legales que se dicten en el ámbito de las Administraciones Públicas. En aplicación de tal doctrina concluye que no se habría producido una vulneración del artículo 9.3 de la CE respecto a las rebajas a prorrata en los salarios percibidos tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley ni tampoco respecto de la paga extraordinaria (a percibir en diciembre) a que se refiere el artículo 519 de la LOPJ, aun cuando tal derecho se hubiera ya “devengado” en el momento en que se suprimió (es decir, aun cuando en hipótesis fuera necesaria la modificación de la LOPJ lo cual, además, considera incorrecto porque el Real Decreto-Ley ya la había suprimido y la LOPJ lo confirma.

Considera que la Sala no debería enjuiciar el efecto del RD-Ley sobre la paga extraordinaria de otros empleados públicos que no sean los funcionarios del Cuerpo al que pertenece el recurrente porque el mismo no

tiene interés legítimo en suscitar tal cuestión, pero alega sobre la cuestión para agotar su derecho de defensa.

d) Por último el Abogado del Estado razona que aunque se entendiera que los artículos 2 y 3 del Real Decreto-Ley 20/2012 y la modificación de la LOPJ establecen una retroactividad de grado máximo *concurren excepcionales circunstancias de interés público que lo justifican*.

Considera que la doctrina constitucional sobre esta cuestión se encuentra en el FJ 5 de la STC 176/2011 y subraya las exigencias de interés general trayendo a colación 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.

Entiende, por ello, que la reducción de retribuciones fijada en el 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 *eurozona* 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 Monetario 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 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 razonando que no existe vulneración del artículo 33.3 de la CE ni tampoco del principio de igualdad y no discriminación y pide que no se plantee cuestión de inconstitucionalidad por no existir dudas sobre la constitucionalidad de los artículos citados en la providencia. Subsidiariamente pide que se limite la cuestión al objeto de la pretensión subsidiaria y, en todo caso, que se excluya del planteamiento el artículo del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, en su redacción tras la modificación operada por la Disposición final 4.1 de la Ley 10/2012, por entender que no es aplicable al caso.

En escrito complementario registrado el 15 de octubre de 2014 aclara las dudas que planteó al Pleno de la Sala, en el proceso 2/63/2013, el régimen de supresión de la paga extraordinaria al personal al servicio de la Administración de Justicia y acompaña, por lealtad procesal, un informe del órgano competente del que resulta el procedimiento que se adoptó respecto de la paga extraordinaria de Cuerpos como el del recurrente, que se efectuó de forma prorrateada en 14 mensualidades desde agosto de 2014 y recalculados los prorrateos tras la modificación operada por la Ley 10/2012.

Acompaña a su escrito el documento correspondiente. Entiende que el mismo no altera los términos del debate respecto de la pretensión principal pero que refuerza los argumentos del Abogado del Estado respecto de la pretensión subsidiaria ya que la minoración de la cuantía mensual correspondiente a la paga extraordinaria no comenzó hasta agosto, es decir, después de la entrada en vigor del Real Decreto Ley.

Reitera la petición formulada en el escrito principal.

NOVENO.- La parte recurrente formuló alegaciones por escrito registrado el 22 de octubre de 2014.

Considera, en un análisis de la legalidad ordinaria aplicable, que no existe duda, a su entender, de que respecto de la paga extraordinaria que se reclama se 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 2012 porque así lo tiene reconocido el FJ 10 del Auto ya citado del Pleno de esta Sala de 2 de abril de 2014 (Rec. 63/2013) y no podía ser de otra forma ya que la Ley orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la LOPJ y se le añade una Disposición Transitoria 41^a sobre la suspensión de la paga del mes de diciembre de 2012 entró en vigor el 29 de diciembre de 2012, por lo que, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo se estaba ante un salario diferido y devengado, conforme a lo dispuesto en el artículo 519 de la LOPJ. Considera que, por ello, estamos ante un supuesto de retroactividad auténtica o propia ya que la situación o relación jurídica correspondiente a la percepción de la paga extraordinaria que se reclama ya estaba devengada. Considera que, al estar ya devengada la paga, la Sala podría decidir perfectamente en cuanto al fondo resolviendo que se le abonase su paga sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad porque la situación de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, como el recurrente, nada tiene que ver en el

aspecto retributivo con lo legislado para los de la Administración General del Estado. No obstante, y al habersele dado traslado para el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad alega lo siguiente:

a) Respecto a la prohibición de retroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales y del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) entiende que, habiendo sido ya devengada la paga extraordinaria por haber concluido el periodo de devengo desde el 1 de junio y el 30 de noviembre, no ha sido pagada en virtud de una norma restrictiva de derechos ya generados conforme a los argumentos utilizados por el Pleno de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo que planteó cuestión de inconstitucionalidad en el recurso 2/63/2013 por Auto de 2 de abril de 2014 a que ya se ha hecho referencia.

También sostiene que, generado el derecho a la percepción de la paga, se entra de lleno en el enunciado del artículo 33.3 de la CE, que lleva aparejada la correspondiente fijación de justiprecio a la privación del derecho. Invoca al respecto la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso N.K.M contra Hungría de 14 de mayo de 2013 así como el concepto de expectativa legítima.

Respecto a la vulneración del principio de igualdad protegido en el artículo 14 de la Norma Fundamental la ve referida al momento concreto del 15 de julio de 2014 ya que en el supuesto de que cualquier empleado público se hubiera jubilado o cesado en su actividad antes de ese día 15 de julio de 2012 habría sido compensado con la parte proporcional de la paga extraordinaria correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de junio y el 14 de julio de 2014 (44 días) lo que no se daría en el caso de que dicha jubilación o cese se produjera a partir del 15 de julio de 2012, lo que evidencia –dice- una clara discriminación al menos en los 44 días citados,

respecto del empleado público que permaneciera en activo a partir del 15 de julio de 2012.

DÉCIMO.- El Fiscal efectuó alegaciones por escrito presentado el 24 de octubre de 2014.

Expone los antecedentes del caso y subraya el Ministerio Fiscal que el objeto del proceso, y los términos en los que se requiere por la Sala dictamen sobre el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, guardan una semejanza sustancial con la cuestión ya planteada por la misma Sala mediante el Auto citado de 2 de abril de 2014 (Pleno) en el recurso contencioso-administrativo 2/63/2013, subrayando los dos puntos que considera comunes en ambas:

a) En virtud la jurisprudencia que se invocaba por la Sala en el Auto 2 de abril de 2014, se configuran las pagas como “*salario diferido*” sin que sea obstáculo para ello el artículo 33 de la Ley 33/1987, de Presupuestos Generales del Estado de 1988, dado el concepto de “*devengo*” empleado en el referido Auto de planteamiento. En la parte de paga extraordinaria correspondiente al tiempo de servicios ya prestados la supresión implicaría una retroactividad máxima o auténtica, puesto que el efecto retroactivo no se proyecta sobre una mera expectativa o sobre una situación jurídica en formación o en vías de consolidación, sino sobre un derecho perfecto perfeccionado día a día ya que la prestación de servicios ha “*generado un derecho a la contraprestación que se encuentra incorporado al patrimonio del funcionario*”.

b) El efecto retroactivo descrito podría resultar contrario al artículo 9.3 de la CE. El tantas veces citado Auto de planteamiento se refería a la prohibición de retroactividad de derechos individuales (argumentando que el derecho perfecto a percibir la paga extra es incardinable en esa categoría

constitucional de “*derecho individual*”) y también a la posible infracción del principio de seguridad jurídica.

Ante la similitud de planteamientos se remite el Fiscal a los razonamientos contenidos en el Auto de 2 de abril de 2014 así como a las alegaciones previas formuladas por el Ministerio Público en aquél caso. Concentra sus alegaciones y su informe, por ello, en los aspectos que considera diferentes respecto del caso anterior.

Se trata en este supuesto de un funcionario al servicio de la Administración de Justicia por lo que a diferencia de lo que se cuestionaba en el Auto de 2 de abril de 2014 –que se refería también a un funcionario del Tribunal Constitucional, pero no de los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia – las normas cuestionadas son distintas.

Se cuestiona ahora el artículo 3.3 del Real Decreto 20/2012 en su redacción original, que pasó a ser artículo 3.3.bis en virtud de la reforma operada por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, en el Real Decreto-Ley. También la Disposición final sexta del mismo Real Decreto-Ley que habilita al Gobierno para que aplique la norma a adaptándola a lo que disponga la modificación de la LOPJ, el artículo 519 de la LOPJ y la Disposición transitoria 41ª de la misma LOPJ, añadida por la Ley orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, vigente a partir del 29 de diciembre de 2012.

Considera el Ministerio Fiscal que la posibilidad de extender a estas disposiciones legales la duda de constitucionalidad que justificó el planteamiento de la precedente cuestión se desprende del análisis comparativo de los efectos jurídicos producidos en uno y otro caso.

Considera que la minoración de la paga extraordinaria –que no supresión en el caso de los funcionarios al servicio de la Administración de

Justicia- *programada* en el Real Decreto Ley (*programada* porque no se podía *ejecutar* hasta la modificación –ya prevista desde el principio- de la LOPJ) suponía en realidad una supresión parcial del derecho perfeccionado a percibir las cantidades correspondientes a los tiempos de servicio prestados en forma efectiva. Tanto la redacción originaria como la modificada del Real Decreto-Ley dicen que “*la aplicación de lo previsto en el artículo 2 del Real Decreto-ley se llevará a cabo de acuerdo con lo previsto en la Ley orgánica*” con lo que la norma está haciendo manifestación expresa de la idéntica naturaleza de la medida adoptada en ambos grupos de funcionarios y además subraya que la medida es prorrateada a lo largo de varios meses, lo que pone de manifiesto que se trata de restar una misma cantidad por un mismo concepto (la paga extraordinaria de diciembre) si bien por exclusivas razones de técnica normativa –relacionadas con el hecho de que el artículo 519 de la LOPJ “*blinda*” con rango formal de ley orgánica un determinado contenido de la ley orgánica (sin que haga al caso –dice el Fiscal- entrar aquí en el análisis de la verdadera naturaleza material de la norma) el procedimiento a seguir para detraer esa cantidad no podía ser el mismo.

El ajuste de la LOPJ no se produjo hasta el 29 de diciembre de 2012, es decir cuando el *derecho perfecto* -en la terminología de esta Sala- ya estaba adquirido en su totalidad desde el 1 de diciembre (artículo 33 de la Ley 33/1987, ya citada). Concluye el Fiscal que si esa es la fecha en que la medida de minoración adquiere cobertura legal, habrá que concluir que sea ese también –y no el de la previa entrada en vigor del RDL- el momento cronológico de generación del efecto retroactivo.

Considera que el principio de afectación del principio de seguridad jurídica (también consagrado en el artículo 9.3 CE) podría adquirir algún matiz para el periodo comprendido entre el 15 de julio y el momento de recepción de la medida que se discute en la LOPJ, puesto que el canos de

previsibilidad que constituye un valor determinante para la vulneración del principio de seguridad jurídica puede verse afectado por el hecho de que la aplicación del RDL mediante la adaptación de la LOPJ estaba ya anunciada desde la promulgación del RDL.

Considera indiscutible la aplicabilidad al caso de las normas cuestionadas y considera suficientemente superado el juicio de relevancia. Considera obvio que si el efecto retroactivo impuesto por las normas no ofrece tachas de inconstitucionalidad será forzoso desestimar la pretensión de fondo del recurrente mientras que en el caso contrario habría de ser estimada ya fuera en relación con la petición principal (el efecto retroactivo prohibido por la Constitución abarca todo el periodo anterior a la LO 8/2012) o con la formulada a título subsidiario (en relación con el periodo comprendido entre el 1 de junio y el 15 de julio, fecha de entrada en vigor del RDL 20/2012).

Entiende por todo ello Fiscal que, acreditada la identidad sustancial entre el supuesto examinado y, en lo que se refiere a la posible infracción de la prohibición de retroactividad, la duda sobre la acomodación de las normas cuestionadas al artículo 9.3 CE se confirma la posibilidad de remitir en bloque a los razonamientos del Auto de esta Sala de 2 de abril de 2014, con la salvedad de ser otros los preceptos legales cuestionados.

La Sala ha añadido en la providencia dos posibles motivos de inconstitucionalidad no planteados en el caso anterior, que le merecen un trato específico.

Se refiere, en primer lugar, a la mención del artículo 14 de la Constitución. La duda sobre este punto no fue planteada formalmente en el caso anterior pero lo cierto es que el Auto de abril de 2014 sí exponía en su FJ 9 los motivos conducentes a la duda de inconstitucionalidad sobre la

base de un documento publicado por la Dirección General para la Función Pública bajo el título “*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*”. A la vista del mismo considera que un funcionario que se hubiera jubilado el 14 de julio de 2012 percibiría íntegra la cuantía devengada de su paga extra desde el día 1 de junio hasta esa fecha mientras que un funcionario de la Administración del Estado que siguiera en activo el día 15 de julio no la percibiría en absoluto y un funcionario de la Administración de Justicia la percibiría reducida o minorada en la cuantía correspondiente a la proporción de ese periodo con la catorceava parte del total anual de sus ingresos, con el límite de la equivalencia del porcentaje que suponga la cantidad detrída a un funcionario de la Administración general que tenga su mismo nivel. Considera el Fiscal suficientemente acreditada la incertidumbre acerca de la adecuación de los preceptos legales cuestionados al principio de igualdad ante la Ley que establece el artículo 14 CE.

Lo mismo acontece con la invocación del artículo 33.3 CE. Considera justificada a priori la duda de constitucionalidad en este punto si se considera que el devengo de la paga extraordinaria es un derecho consolidado fecha a fecha y, por consiguiente, su privación retroactiva sin contraprestación o compensación alguna afectaría al artículo 33.3 CE citado.

Concluye el Fiscal que no se opone a elevar la cuestión de inconstitucionalidad de referencia al Tribunal Constitucional.

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

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

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

Al igual que hizo el Pleno de la Sala en otro Auto de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, el de 2 de abril de 2014 (Recurso 2/63/2013), que, como se ha puesto de manifiesto en el trámite de alegaciones de planteamiento de esta cuestión, guarda una similitud indudable con la presente, es conveniente pronunciarse sobre algunos puntos previos de legalidad procesal [Cfr., por todas, STC 84/2012, de 18 de abril, (FFJJ 3, 4, 5 y Fallo)].

A la vista del expediente administrativo y de las alegaciones de la demanda, es pertinente 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 de ese Alto Tribunal.

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 inadmisibilidad del recurso por *carencia 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 suscitara 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, de 13 de julio y de la Ley orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, 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 de los alegatos de la demanda *cuestionan la regularidad constitucional* del Real Decreto Ley 20/2012, en sus diferentes versiones, y la de la Ley orgánica 8/2012, pero no menos cierto resulta que el proceso no se reduce a una denuncia en abstracto de la constitucionalidad del Real Decreto Ley o de la Ley orgánica 8/2012. *Las cuestiones constitucionales que plantea la demanda son meramente instrumentales respecto de la pretensión principal que formula el demandante en el suplico de su recurso, y que es genuinamente administrativa.*

En efecto, se pide en el proceso como pretensión principal que reconozcamos al demandante el derecho a que se le abone la integridad de su paga extraordinaria del mes de diciembre del año 2012, que cifra en 3.158, 02 € (tres mil ciento cincuenta y ocho euros con dos céntimos de euro), que le fue detraída en las nóminas de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de dicho año, o, subsidiariamente, la parte de la misma que retribuya los cuarenta y cuatro días que entiende ya había devengado en la fecha en la que entró en vigor el Real Decreto Ley.

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 de las versiones del Real Decreto-Ley aplicables o de la Ley orgánica 8/2012 (y de la disposición transitoria 41ª que introduce en la LOPJ) 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 íntegro de una de sus pagas extraordinarias del año 2012 o, en su caso, el ya devengado a la entrada en vigor de la medida de supresión), 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 y de la Ley orgánica 8/2012 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 519 de la Ley orgánica del Poder judicial que establece un derecho a su paga extra que no se altera, dice, hasta el día 29 de diciembre de 2012, día siguiente al de la publicación en el BOE de la Ley orgánica 8/2012 y considera que, a dicha fecha, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 33/1987 tenía ya devengado el derecho a su paga extra 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 a la LOPJ no reformada hasta después del 1 de diciembre del ejercicio sobre el RDL 20/2012 en sus distintas versiones, con el consiguiente derecho a percibir su paga en forma íntegra sin plantear cuestión de inconstitucionalidad.

En su pretensión subsidiaria, pide que si esta Sala considera que es el Real Decreto Ley 20/2012 el que se debe tomar en cuenta para la supresión de la paga extra declaremos su derecho a percibir la parte proporcional de la paga extraordinaria desde el 1 de junio hasta el catorce de julio, dada la fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley 20/2012, al entender que –en esos días- 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, antes de que se produjese la deliberación sobre el planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad.

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 enjuicamos 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, en el momento procesal en el que se plantea, la petición de pérdida de objeto del Abogado del Estado, completando lo que apreció ya la Sala en su providencia de 20 de enero de 2014.

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 cuestionará únicamente los preceptos del Real Decreto-Ley 20/2012 y de la Ley orgánica 8/2012, que se pueden oponer a una estimación de la pretensión principal o de la pretensión subsidiaria del recurrente, excluyendo de los mismos, como pide el Abogado del Estado, el artículo 3.3 del Real Decreto Ley 20/2012, en su versión modificada por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre.

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

Como ya resulta de los antecedentes de este Auto, el recurrente, don José Benito Rojas, es un funcionario de carrera del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, adscrito al servicio del Tribunal Constitucional, con destino en su Sala Segunda.

Esta Sala ha confrontado, de un lado, la normativa de legalidad ordinaria contenida en la Ley General de Presupuestos para el año 2012 en relación con el Real Decreto–Ley 20/2012 y, de otro, la regulación de las pagas extraordinarias para funcionarios al servicio de la Administración de Justicia de la Ley orgánica del Poder Judicial. Dicho examen nos lleva a considerar que la *pretensión principal* del señor Benito Rojas no puede ser resuelta por este Tribunal, a la luz de la doctrina constitucional que se expondrá, sin elevar previamente cuestión de inconstitucionalidad ante ese Tribunal Constitucional.

Lo mismo acontece con su *pretensión subsidiaria*.

Comenzamos nuestro análisis por la LOPJ. Se fundamenta la pretensión del recurrente en considerar, como ha quedado dicho, que el inciso final del artículo 519.1 de la LOPJ le reconoce como personal al servicio de la Administración de Justicia el “*derecho a percibir dos pagas extraordinarias al año por importe, cada una de ellas, de una mensualidad de sueldo y antigüedad y, en su caso, una cantidad proporcional del complemento general del puesto en los términos que se fijen por ley para la Administración de Justicia, que se harán efectivas en los meses de junio y diciembre, siempre que los perceptores estuvieran en servicio activo o con derecho a devengo del sueldo el día primero de los meses indicados*”.

No es hasta el día 29 de diciembre de 2012, día siguiente al de la publicación en el BOE de la ley orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, cuando se introduce en la referida LOPJ una Disposición transitoria Cuadragésimo primera que, aunque se intitula “*suspensión de la percepción de la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012*” dispone que “*se suprime*” (sic) sólo para el mes de diciembre de 2012, la expresada paga extraordinaria a percibir en el mes de diciembre de 2012 en la forma que se establece en el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio.

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 viene fijado, con carácter general, y en lo que en este momento nos importa, 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 también adquiere consistencia el alegato del recurrente de que dicha paga ya se había devengado el 1 de diciembre de 2012 (por aplicación obvia del expresado artículo 33 de la Ley 33/1987, de Presupuestos Generales para 1988). Aunque esta Sala no duda de la posibilidad de que la Ley orgánica suprimiese “*pro futuro*” una paga extraordinaria, dadas las razones de interés público de la eurozona –que este Tribunal comparte- que se daban en el ejercicio 2012, albergamos dudas de inconstitucionalidad sobre la supresión retrospectiva –el 29 de diciembre de 2012- de una retribución que, sin duda alguna, se había devengado en forma íntegra el día 1 de diciembre anterior. No se podía suprimir en forma retroactiva algo que ya se tenía devengado en el momento –29 de diciembre de 2012- en que se hace efectiva la supresión (por lo que la medida incurriría en una retroactividad auténtica contraria al artículo 9.3 CE) efectuada cuando la paga detraída habría entrado a formar parte, en su

totalidad del patrimonio del funcionario el 1 de diciembre de 2012 (por lo que se le detrajo de agosto a diciembre de ese año contra lo dispuesto en el artículo 33.3 CE).

SÉPTIMO.- No alcanzamos a despejar nuestras dudas de inconstitucionalidad al traer a colación la legislación presupuestaria aplicable al caso. Esta Sala cree que asiste la razón al Abogado del Estado cuando sostuvo, en su contestación a la demanda, que el importe salarial a percibir mes a mes por el funcionario afectado en este caso, conforme al antedicho artículo 519 de la LOPJ, no está regulado en la misma LOPJ sino que ésta se remite en forma expresa a la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año para cuantificarlo, como resulta en forma expresa del apartado 1 del citado artículo 519 de la LOPJ.

En el ejercicio de 2012, 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.

El artículo 31, Tres, apartado 2 de dicha Ley establecía para el personal de los Cuerpos de Secretarios judiciales y de Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia que *“sus pagas extraordinarias, que se devengarán de acuerdo con la normativa aplicable a los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, en los términos de la disposición final cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, serán dos al año por un importe, cada una de ellas, de una mensualidad del sueldo, antigüedad o trienios, según el caso, y la cuantía complementaria que se señala en el Anexo XI de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011”*.

Por eso sostiene el Abogado del Estado que cuando, sólo unos días después, 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», se produjo válidamente la supresión de la paga extraordinaria de los secretarios judiciales y del personal al servicio de la Administración de justicia. Dicho RDL 20/2012, en las versiones sucesivas que lo modifican, tiene la voluntad normativa indudable de suprimir íntegra la paga extra que reclama el señor Benito Rojas en su *pretensión principal*, aunque – sólo en apariencia- parezca (folio 34 del expediente administrativo) que éste ha recibido en su nómina de diciembre 2012 una cantidad en tal concepto, por lo que podría entenderse, equivocadamente, que lo querido, como dice el Ministerio Fiscal y entendió el Pleno de esta Sala en su Auto de 2 de abril de 2014 (Rec. 2/63/2013) habría sido en realidad *minorarla*. El informe clarificador aportado por el Abogado del Estado en sus alegaciones complementarias de 13 de octubre de 2014 demuestran lo contrario. El RDL 20/2012 suprimió la paga extraordinaria que reclama el señor Benito Rojas en la forma establecida en su artículo 3.3 y luego rectificada en el artículo 3.3 bis de la redacción vigente, como resulta del mismo informe.

Esta Sala considera que dicha medida de ablación de una paga extra se debe, como ya se anticipó al discurrir sobre las leyes orgánicas, al cumplimiento por parte de España de sus compromisos dentro del marco de déficit excesivo establecido por la Unión Europea y comparte 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 con en su escrito de alegaciones sobre el planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad. Como ya se dijo en el citado Auto de planteamiento de nuestra cuestión de inconstitucionalidad de 2 de abril de 2014 (recurso 2/63/2013) no albergamos duda de inconstitucionalidad en la medida de supresión “*pro futuro*” de dicha paga extra pero, sin embargo, nos vemos

obligados a elevar cuestión a ese Alto Tribunal tanto respecto de la *pretensión principal* de devolución de toda la paga extra que formula el recurrente respecto de toda su paga extra como, en *forma subsidiaria*, respecto de la pretensión también subsidiaria de abono de los días ya devengados desde el 1 de junio de 2012 hasta la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley, por la forma irregular, respecto a nuestro sistema de fuentes del Derecho, en que se ha articulado esta medida, aunque la misma no sea cuestionable por razones sustantivas.

OCTAVO.- Aceptamos con el Abogado del Estado, como ya ha quedado dicho, que la LOPJ debe colaborar necesariamente cada año con la Ley de Presupuestos Generales del Estado y, en el caso que nos ocupa, con el Real Decreto-ley 20/2012, que suprime una de las dos pagas extras para todo el personal al servicio del sector público.

Sin embargo es de observar que existe una clara contradicción entre la voluntad ablatoria de la paga extraordinaria que se contiene en el Real Decreto-ley 20/2012 y el artículo 519 de la LOPJ, que no sólo establece el derecho de los funcionarios a que se refiere a recibir dos pagas extraordinarias al año sino que, además, determina el importe que debe tener de cada una de ellas.

En tales términos, cuando el artículo 3.3 de la versión inicial Real Decreto-Ley 20/2012 (luego 3.3 bis, tras la reforma operada en la Ley 10/2012) efectúa la medida de supresión de la paga extra para los funcionarios a que se refiere “*minorando una catorceava parte de los conceptos de sueldo y trienios y prorrateando dicha minoración entre las mensualidades ordinarias y extraordinarias pendientes de percibir en el presente ejercicio*” además de suprimir, en el mes de diciembre, las cuantías contenidas en el anexo XI de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, ni las

correspondientes al citado mes de diciembre del apartado segundo del Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de mayo de 2009, publicado por Orden 1230/2009, de 18 de mayo, del Ministerio de la Presidencia realiza una operación claramente contradictoria con el tenor literal del artículo 519 de la LOPJ.

NOVENO.- No considera la Sala que estemos en un supuesto de contradicción entre decreto-ley y ley orgánica (del artículo 28.2 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional), por la sencilla razón que el Real Decreto-Ley 20/2012 se remite en forma expresa y respetuosa, al acordar la medida de supresión de la paga extra, a lo que disponga la LOPJ. Así, en su redacción original dispone que “... *la aplicación de lo previsto en el artículo 2 de este Real Decreto-ley se llevará a cabo, de acuerdo con lo previsto en la Ley orgánica del Poder Judicial (sic)*” redacción que se reitera en el texto del artículo 3.3 bis del mismo Real Decreto-ley según la redacción que le dio la 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. La inseguridad jurídica respecto de este inciso quedaría aclarada, a juicio de la Sala, no por la medida de supresión que acuerda el Real Decreto-Ley, que entendemos contraria a la letra y a la voluntad normativa del 519 de la LOPJ, sino por la Disposición Final sexta del propio Real Decreto-Ley 20/2012 que tiene por expresiva rúbrica: “*Aplicación de lo dispuesto en el artículo 2.2 y 3.3 de este Real Decreto-Ley*” y dispone. “*Se habilita al Gobierno para que, a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, proceda a adaptar la aplicación de lo previsto en los artículos 1 y 2.2 de este Real Decreto-ley respecto a las pagas extraordinarias a lo que disponga la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*”.

Entendemos, en contra de lo que sustenta el Abogado del Estado, que las medidas de supresión de la paga extra de funcionarios como el

recurrente en este proceso no se podía hacer por ministerio de la propia regulación (artículo 3.3 ó 3.3 bis) del Real Decreto-ley como resulta de su redacción en la que el mismo se remite –según la disposición transcrita “a lo que disponga la modificación (sic) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”. Y esa modificación, que se produjo en efecto, tuvo lugar en virtud de la ley orgánica 8/2012, de 27 de diciembre que –como se ha dicho- introduce una Disposición transitoria 41ª en la Ley orgánica del Poder Judicial. Aunque la Sala, repetimos, no alberga dudas sobre la virtualidad de supresión “*pro futuro*” de la paga extra sí debe plantearlas a ese Alto Tribunal en cuanto a sus efectos retrospectivos. Es necesario plantear cuestión de inconstitucionalidad por sus efectos retroactivos ablatorios de una retribución ya perfecta y devengada, con un caso de retroactividad auténtica contraria al artículo 9. 3 CE.

En efecto, como con acierto subraya el Ministerio Fiscal, la *supresión* -que no *minoración*- de la paga extra fue *programada* por el Real Decreto-Ley 20/2012, pero *no ejecutada* por el mismo puesto que la ejecución no se podía producir hasta la modificación –ya prevista desde el principio- de la LOPJ. Y cuando ésta se verificó el derecho ya se había perfeccionado y los efectos retrospectivos de la Disposición transitoria 41ª de la LOPJ pueden ser cuestionados por inconstitucionales por vulneración de la prohibición de retroactividad del artículo 9.3 CE.

La deducción en las nóminas del recurrente en los meses de agosto a diciembre de 2012 de las cantidades establecidas en el Real Decreto-ley extiende a los preceptos de éste que lo disponen las dudas de constitucionalidad, pues –como señala el Ministerio Fiscal- si hay que entender que es a 29 de diciembre de 2012 cuando la supresión de la paga adquiere cobertura legal –mediante la reforma de la LOPJ- será ese momento, y no el de entrada en vigor del Real Decreto-ley el momento cronológico de generación del efecto retroactivo.

DÉCIMO.- Argumenta aún el Abogado del Estado la suficiencia del Real Decreto-ley para suprimir la paga extraordinaria discutida trayendo a colación la jurisprudencia de ese Alto Tribunal sobre las materias reservadas a la ley orgánica.

A su entender sólo podría sostenerse en hipótesis el carácter orgánico de la regulación de desarrollo de lo contenido en el artículo 122.1 de la CE, cuando señala que la LOPJ determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único y del personal al servicio de la Administración de Justicia.

Recuerda el Abogado del Estado el carácter muy estricto o restrictivo de las materias reservadas a las leyes orgánicas (artículo 81.1 CE) según conocida jurisprudencia constitucional y sostiene que el reconocimiento de dos pagas extraordinarias que se contiene en el artículo 519 de la LOPJ para los miembros del Cuerpo de Secretarios Judiciales y el resto del personal al servicio de la Administración de Justicia se encuentra fuera de las *materias reservadas* a la ley orgánica y a incluir dentro de las *materias conexas*. Considera que el artículo 519 de la LOPJ –que, subraya, ni siquiera regula la paga extra de Jueces y Magistrados que se contiene en la simple Ley ordinaria 15/2003- no contiene una materia reservada a la ley orgánica porque se refiere a un aspecto complementario de la regulación de estos funcionarios que no constituye el núcleo esencial y definitorio de su Estatuto.

Concluye el Abogado del Estado que, dado el carácter ajeno a la reserva estricta de ley orgánica, y tal vez incluso de las materias conexas, de esta regulación era suficiente el Real Decreto-Ley para efectuar la

modificación retributiva, al modificar éste la Ley de Presupuestos Generales del Estado que establecía su cuantía.

UNDÉCIMO.- La jurisprudencia constitucional no confiere a esta Sala atribuciones para acoger o rechazar, sin elevar cuestión a ese Tribunal, la argumentación del Abogado del Estado. La STC 148/2012, de 17 de octubre (FJ 9) declara que *“la reserva de Ley orgánica no puede interpretarse de forma tal que cualquier materia ajena a dicha reserva por el hecho de estar incluida en una Ley Orgánica haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango y de la necesidad de una mayoría cualificada para su ulterior modificación (art. 81.2 CE), pues tal efecto puede y aun debe ser excluido por la misma Ley Orgánica o por Sentencia del Tribunal Constitucional que declaren cuáles de los preceptos de aquélla no participan de tal naturaleza”* y el FJ 5 de la STC 131/2010, de 2 de diciembre, reiterando dicha doctrina, aclara que *“un pronunciamiento constitucionalmente definitivo e irrevisable acerca de la naturaleza orgánica u ordinaria de [una] materia [...] sólo puede hacerlo este Tribunal Constitucional, quien, como intérprete supremo de la Constitución, es el único competente para determinar, en última instancia, el alcance material de la reserva establecida en el art. 81.1 CE en favor de una determinada forma legislativa”*.

En definitiva, compartiendo el criterio que el Ministerio Fiscal ha expuesto en el trámite de alegaciones, entendemos que esta Sala está obligada a considerar, salvo que ese Alto Tribunal declare otra cosa, que el artículo 519 de la LOPJ *“blinda”* con rango formal de ley orgánica un determinado contenido de la paga extraordinaria en discusión y que no nos corresponde resolver aquí en forma definitiva la verdadera naturaleza material –orgánica u ordinaria- de la norma del artículo 519 de la LOPJ, si está o no afectada por el principio de congelación del rango por pertenecer a materias conexas o debe ser excluida de la reserva.

DUODÉCIMO.- Planteamiento subsidiario de cuestión de inconstitucionalidad respecto de la pretensión, también subsidiaria, planteada por el recurrente. Afectación del principio de igualdad.

En el fundamento jurídico IX Cinco de su demanda plantea el recurrente su pretensión subsidiaria, de que se ha dado cuenta en antecedentes, respecto de la que esta Sala considera también pertinente elevar cuestión ante ese Alto Tribunal, siguiendo el precedente establecido para una cuestión idéntica en el tantas veces citado Auto del Pleno de la Sala de 2 de abril de 2014 (Recurso 2/63/2013).

Razona el señor Benito Rojas que si por ese Tribunal Constitucional se entendiera que no es la LOPJ sino el Real Decreto Ley 20/2012 el que se debe tomar como base para la supresión de su paga extra del mes de diciembre de 2012 se produciría la misma vulneración del artículo 9.3 de la Constitución ya que, tomando como base el artículo 33 de la Ley 33/1987, de Presupuestos Generales del Estado para 1988 se tendría que excluir de la supresión o suspensión de la paga extra todo el periodo comprendido entre el 1 de junio y el catorce de julio de 2012, ya que éste no se encuentra cubierto por disposición legal alguna dictada con anterioridad a dicho periodo, por lo que pide que se le devuelva el importe que corresponda por la cuantía de esos cuarenta y cuatro días deducidos como correspondientes a su paga extra del mes de diciembre.

No comparte esta Sala las objeciones del Abogado del Estado en las que protesta que la primera deducción que tuvo el recurrente en su paga extra se efectuaron en su nómina de agosto de 2012. Si se atiende al significado de la medida contenida en el artículo 3.3 (luego 3.3 bis) del Real Decreto-ley es claro que la pretensión de dichas normas fue la de suprimir toda la percepción de la paga extra que se empezó a devengar el 1 de junio

de 2012 aunque los términos –ciertamente equívocos y de innecesaria precisión para no complicar excesivamente este Auto de planteamiento- hayan dado lugar a detracciones que, en efecto, se empezaron a practicar en agosto de 2012, que luego se modificaron a partir del 22 de noviembre de 2012 (con la nueva redacción de un Real Decreto-ley operada por una Ley posterior) y aún con una nueva regulación en la Disposición transitoria 41^a de la LOPJ. La Sala considera afectado, por este complejísimo proceso de modificaciones legislativas, el artículo 9.3 de la Norma Fundamental en cuanto consagra el principio de seguridad jurídica. Asimismo el artículo 14 de la Norma Fundamental tomando como término de comparación la situación del personal a que se refiere, por ejemplo, el artículo 3.3 del Real Decreto-Ley en su versión modificada, como el propio artículo 3.3 bis del RDL y la Disposición transitoria 41^a de la LOPJ reconocen en forma expresa.

En el Auto del Pleno de esta Sala, tantas veces citado, de 2 de abril de 2014 se razonó, y ahora se reitera, que es de señalar que en el RDL 20/2012 –caso que se entendiera aplicable respecto de esta pretensión subsidiaria- no 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 559 de la LOPJ, que nada disponía en contrario en las fechas que consideramos, 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.

La resolución en alzada del Tribunal Constitucional y también los alegatos del Abogado del Estado, consideran que es de relieve decisivo para esta pretensión subsidiaria 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, 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, que ahora se discuten este derecho no habría nacido. La Sala no comparte esa apreciación.

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.

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. nº 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 perceptor 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 la 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 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, incluido el señor Benito Rojas, 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. Y no puede entenderse que es diferente su situación, como personal al servicio de la Administración de Justicia, de los demás empleados públicos por la voluntad de igualación que expresa tanto el artículo 3.3 bis del RDL en su versión reformada como la Disposición Transitoria 41ª de la LOPJ.

No descarta esta Sala, 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 en el presente caso ha sido puesto de manifiesto a las partes en el trámite de alegaciones y que, en consecuencia, se entiende cuestionado por la Sala.

DECIMOTERCERO.- Normas con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona respecto de las pretensiones principal y subsidiaria del recurrente.

A la luz de las consideraciones expuestas cuestiona esta Sala la posible inconstitucionalidad de:

A) La Disposición transitoria Cuadragésimo primera de la Ley orgánica del Poder Judicial redactada conforme al apartado treinta y cinco de la Ley orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que dispone:

Disposición Transitoria Cuadragésima Primera. Suspensión de la percepción de la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012

“La supresión de la percepción de la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 a los miembros del Cuerpo de Secretarios Judiciales y al resto del personal al servicio de la Administración de Justicia tendrá lugar en la forma que establece el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, adecuando dicha paga a fin de que la minoración resultante sea análoga a la de los restantes funcionarios”.

Se cuestiona la posible retroactividad -desde el 29 de diciembre de 2012- de la medida.

B) Del artículo 2.1 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad que 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”, en relación con el artículo 3.3 del mismo RDL.

Este último disponía en su redacción original que para hacer efectivo lo dispuesto en el artículo 2.1, se adoptarán las siguientes medidas:

“Para el personal incluido en el art. 31, apartado tres de la Ley 2/2012, la aplicación de lo previsto en el art. 2 de este Real Decreto-ley se llevará a cabo, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto de los conceptos de sueldo y trienios, minorando una catorceava parte de la cuantía anual por dichos conceptos y prorrateando dicha minoración entre las mensualidades ordinarias y extraordinarias pendientes de percibir en el presente ejercicio a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-ley.

Tampoco percibirán, en el mes de diciembre, las cuantías contenidas en el anexo XI de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, ni las correspondientes al citado mes de diciembre del apartado segundo del Acuerdo de Consejo de

Ministros de 8 de mayo de 2009, publicado por Orden 1230/2009, de 18 de mayo, del Ministerio de la Presidencia”.

Con la redacción que 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, como artículo 3 bis, que:

“3 bis. Respecto al personal al que se refiere el art. 31, apartado Tres, de la Ley 2/2012, la aplicación de lo previsto en el art. 2 de este Real Decreto-ley se llevará a cabo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto de los conceptos de sueldo y trienios, minorando 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. Tampoco percibirán, en el mes de diciembre, por integrar las pagas extraordinarias, las cuantías que se recogen en el Anexo XI de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, ni las correspondientes al citado mes de diciembre a las que alude el apartado segundo del Acuerdo de Consejo de Ministros de 8 de mayo de 2009, publicado por Orden 1230/2009, de 18 de mayo, del Ministerio de la Presidencia.”

Estas redacciones legales se cuestionan, ambas, ante ese Alto Tribunal, al entender la Sala que aunque 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 la sucesión en el tiempo de devengo de la paga extraordinaria de dos textos distintos -el último vigente desde el 22 de noviembre de 2012- el segundo de los cuales corrige, además, en aras del principio de igualdad el texto anterior dio lugar a rectificaciones en las nóminas del recurrente que afectan al principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la CE.

Como antes se indicó se cuestionan los efectos retroactivos de la medida, en cuanto quedaron sin la adecuada cobertura por la falta de modificación de la Ley orgánica del Poder judicial antes del 1 de diciembre de 2012 y sus efectos retroactivos se generaron con la entrada en vigor de la Ley orgánica 8/2012, de 27 de diciembre.

DECIMOCUARTO.- 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 principal –en la que el recurrente solicita tres mil ciento cincuenta y ocho euros con dos céntimos de euro- que será estimada en caso de que ese Alto Tribunal confirme el planteamiento que se ha efectuado en este Auto y rechazada en caso contrario. Todo ello sin perjuicio de la pretensión subsidiaria del recurrente, que será estimada en la cuantía que se fije en ejecución de sentencia o rechazada según el pronunciamiento de ese Alto Tribunal.

Tras los razonamientos de legalidad ordinaria que se han expresado, la Sala se siente vinculada también, respecto de esa pretensión subsidiaria, 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 y 3.3 (o 3.3. bis) 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, como ha quedado demostrado con el informe aportado por el Abogado del Estado con sus alegaciones complementarias, 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 tampoco cuestiona la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 2.1 y 3.3 (o 3.3 bis) del RDL en sus efectos futuros pero se ve obligada hacerlo, en sus efectos retroactivos o retrospectivos. La posible inconstitucionalidad de la medida se plantea por la Sala al verse vinculada en su interpretación de la legalidad ordinaria por la retroactividad o efectos retrospectivos de los artículos 2.1 y 3.3 (ó 3.3 bis) del Real Decreto-Ley al ser evidente que pretenden retrotraer sus efectos al 1 de junio de 2012, en la forma de detracción de la paga establecida para funcionarios como el recurrente, cuando las disposiciones legislativas que se cuestionan entraron en vigor, como ha quedado dicho, el 15 de julio del mismo año.

Queda formulado así el juicio de relevancia.

DECIMOQUINTO.- 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 tarde y, por ello, afectó retroactivamente a derechos ya nacidos y consolidados durante los meses de devengo de la paga extraordinaria o los cuarenta y cuatro días que se reclaman en la pretensión subsidiaria.

En el caso de la pretensión que se formula como principal se trata de derechos consolidados y perfectos por lo que la promesa del artículo 2.4 del mismo RDL de aportaciones futuras a planes de pensiones o contratos de seguro colectivos no excluye en este caso el relieve del artículo 33.3 CE.

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*” 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, en el caso de la pretensión subsidiaria, 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 a la del contrato de trabajo que a una situación de sujeción especial o de mera servidumbre.

DÉCIMOSEXTO.- 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 la Disposición Transitoria 41ª de la Ley orgánica del Poder Judicial (introducida por la Ley orgánica 8/2012, de 27 de diciembre y de los artículos 2.1 y 3. 3 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio y del artículo 3.3. bis del mismo Real Decreto-Ley en la redacción que le dio la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por posible infracción de la prohibición de retroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales que garantiza el artículo 9.3

de la Constitución; del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Norma Fundamental) del principio de igualdad del artículo 14 CE y de la interdicción de ser privados de los bienes y derechos del artículo 33.3 de la CE.

En mérito de lo expuesto,

LA SALA ACUERDA:

Plantear ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad en relación con la Disposición Transitoria 41ª de la Ley orgánica del Poder Judicial, los artículos 2.1 y 3.3 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, y el artículo 3.3 bis del mismo Real Decreto, en su versión modificada por la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, 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, del principio de igualdad del artículo 14 CE y de la interdicción de ser privados de bienes y derechos del artículo 33.3 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. Nicolás Maurandi Guillén

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D^a Celsa Pico Lorenzo

D. José Díaz Delgado

D. Vicente Conde Martín de Hijas