**STC 34/1981, de 10 de noviembre de 1981**

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Manuel García-Pelayo y Alonso, Presidente, y don Jerónimo Arozamena Sierra, don Manuel Diez de Velasco Vallejo, don Francisco Rubio Llorente, doña Gloria Egué Cantón, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Francisco Tomás y Valiente, don Rafael Gómez-Ferrer Morant, don Angel Escudero del Corral, don Plácido Fernández Viagas y don Antonio Truyol Serra, Magistrados, ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**S E N T E N C I A**

En la cuestión núm. 48/1981, elevada al Pleno por la Sala Primera del propio Tribunal, al haber estimado el recurso de amparo 47/80, interpuesto por don Juan Linares Mota, mediante Sentencia de 6 de abril de 1981, sobre la base de entender que el art. 28, núm. 2, última parte, del Texto Refundido de la Ley de derechos pasivos de funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por Decreto 1120/1966, de 21 de abril, lesiona derechos fundamentales amparados por el art. 14 de la Constitución. En el proceso han comparecido el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, y ha sido Ponente el Magistrado don Rafael Gómez-Ferrer Morant.

 **I. Antecedentes**

1. En 6 de abril de 1981 («B.O.E.» de 14 de abril), la Sala Primera del Tribunal Constitucional dictó Sentencia por la que se acordó estimar el recurso de amparo promovido por don Juan Linares Mota, al entender que la Ley aplicada lesionaba derechos fundamentales amparados por el art. 14 de la Constitución. En concreto, la disposición contemplada era el art. 28, núm. 2, última parte, del Texto Refundido de la Ley de derechos pasivos de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por Decreto 1120/1966, de 21 de abril, que después de afirmar que la jubilación por incapacidad permanente (por inutilidad física o debilitación apreciable de facultades) será revisable en cualquier tiempo, en tanto el funcionario no alcance la edad de su jubilación forzosa, dice textualmente: «Sin que tampoco el que hubiera sido jubilado por esta causa pueda mejorar de clasificación por servicios prestados o haberes percibidos con posterioridad a la fecha de su primera jubilación.»

2. En 10 de abril de 1981 la Sala Primera acuerda elevar la cuestión al Pleno al objeto de que pueda, si lo considera conveniente, declarar la inconstitucionalidad del mencionado precepto en una nueva Sentencia, con los efectos ordinarios previstos en los arts. 38 y sigs. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

3. En 21 de mayo de 1981 el Pleno acordó tener por elevada la inconstitucionalidad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 55.2 de su Ley Orgánica, y dar traslado de la cuestión planteada al Congreso de los Diputados, al Senado, al Fiscal General del Estado y al Gobierno, con objeto de que pudieran personarse y formular alegaciones en el plazo común improrrogable de quince días.

4. Por escrito de 26 de mayo de 1981, el Presidente del Congreso comunica que el mismo no hará uso de las facultades de personación y formulación de alegaciones que le concede el art. 37.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

5. Por escrito de 1 de junio de 1981, el Presidente del Senado solicita se tenga por personada a dicha Cámara y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

6. En 8 de junio de 1981 el Fiscal General del Estado formula escrito de alegaciones en el que después de plantearse su sentido y alcance, dada la anterior Sentencia de la Sala, sostiene la siguiente posición:

a) El art. 28.2 no produce, a su juicio, discriminación que comporte vulneración o desconocimiento del principio de igualdad ante la Ley consagrada en el art. 14 de la Constitución, ya que la Ley de derechos pasivos trata de igual forma a funcionarios que han pasado por las mismas vicisitudes; en concreto, el art. 28, tanto en su párrafo primero como en el segundo, establece idénticas consecuencias para idénticas situaciones, tanto de carácter general como específicas. A su juicio todos, los supuestos de jubilación, sea cual sea la causa, constituyen «separación definitiva del servicio», y, en esencia, el número 2 es una especificación de casos, con redundancia de efectos, lo que hace el precepto innecesario de suyo, ya que pueden perfectamente estimarse subsumidos en el apartado primero, con la salvedad de la concreta referencia a que la jubilación por incapacidad permanente es una situación revisable.

b) De entender que las consecuencias asignadas por la Ley a la reincorporación al servicio activo de funcionarios jubilados entraña discriminación frente a los que no siguieron dichas vicisitudes, tal discriminación no se produce de manera exclusiva para los supuestos contemplados en el art. 28.2, sino respecto de todos aquellos jubilados que por cualquier causa volvieron al servicio activo y, por ende, también ha de estimarse que existe discriminación en los casos del párrafo primero. De aquí, añade, que admitir la inconstitucionalidad del art. 28.2, sin hacer lo propio respecto al número 1 del mismo artículo, que como se ha puesto de manifiesto contiene la norma de general aplicación, llevaría a consagrar una nueva discriminación puesto que los límites allí señalados desaparecerían respecto a los jubilados en los supuestos específicos del número 2 y se mantendrían para los que pasasen por idénticas vicisitudes, si bien por causas distintas.

7. En 9 de junio de 1981 el Abogado del Estado formula escrito de alegaciones en el sentido de que procede declarar la conformidad con la Constitución del art. 28.2 cuestionado, en la medida en que la exclusión de la mejora de clasificación de haberes pasivos corresponda a una actuación errónea o abusiva de los funcionarios que soliciten esta clase de jubilación. Esta interpretación se fundamenta en las siguientes consideraciones:

a) En los supuestos en que no se haya dado una actuación abusiva o simplemente errónea del funcionario, el tiempo servido tras la revisión de la incapacidad en nada difiere del prestado por otro funcionario en servicio activo, con la consecuencia de que cualquier discriminación por tal motivo representa una lesión directa del principio constitucional de igualdad; sin embargo, debe señalarse que existen otras hipótesis igualmente cubiertas por la norma.

b) Entre tales supuestos se coloca en un primer plano el de actuación fraudulenta del funcionario que hubiese simulado una incapacidad inexistente al objeto de conseguir unos derechos económicos, conservando la posibilidad de reingresar en el servicio activo en el momento o circunstancia que mejor le convinieren. Es evidente, añade, que en tal hipótesis padecería el principio de igualdad en la medida en que sería de aplicación a los funcionarios que asumiesen tal proceder una normativa más ventajosa, pensada exclusivamente para los casos de incapacidad real, y en la que no podrían ampararse según la Ley quienes, vgr., se jubilasen voluntariamente por edad.

Asimismo, el precepto en cuestión sería aplicable en el caso de una actuación errónea del propio funcionario, que se formulase en un momento dado una inexacta representación de su propia incapacidad para el servicio y que con su conducta -aún carente de mala fe- indujera a la Administración a error.

En definitiva, a juicio del Abogado del Estado la norma cuestionada admite una interpretación conforme, y debe, en consecuencia, subsistir en todos los casos en los que, por causa imputable al funcionario, la jubilación por incapacidad se produjo sin que procediera declararla.

c) La posibilidad de esta interpretación conforme no queda desvirtuada por el hecho de que el texto legal, al excluir la mejora de clasificación con carácter general, venga a establecer una especie de presunción generalizadora de un proceder fraudulento o erróneo del funcionario, o cualquier otro que no se corresponda con una situación de incapacidad física real, imponiéndole así una carga procesal (alegatoria, impugnatoria y acaso probatoria), cuando cuenta además a su favor con la existencia de un acto de la Administración, reconociendo una situación de incapacidad. Y ello porque no puede perderse de vista el dato de que la cuestión planteada revela más bien un problema de pura técnica legislativa: el legislador a la hora de dictar un precepto general asume una determinada valoración de la realidad y prejuzga, en una estimación extrajurídica, cuáles son los supuestos comunes a los que la norma se dirige y que deben ser los primordialmente contemplados, relegando los casos de excepción a la protección dispensada por las técnicas jurídicas generales. Por lo demás, y como alternativa a esta suerte de presunción, entiende que puede interpretarse la norma en el sentido de que sirve para dar cobertura a la Administración a fin de que pueda excluir la mejora de clasificación en los supuestos de actuación ilegítima del funcionario, pues de otro modo no podría tomar una medida tan concreta sin un precepto legal habilitante.

d) Por último, el Abogado del Estado señala que en el caso de no admitirse ninguna forma de interpretación conforme con la Constitución, se suscitará la cuestión de si podría dictarse una Sentencia anulatoria que afectase al art. 28.2 del Texto de la Ley de Derechos Pasivos sin que hubiera de extenderse por conexión a su primer inciso. Se inclina por la solución afirmativa, al entender que la conexión contemplada por el art. 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se refiere a aquellas normas que carecerían de todo sentido normativo de no contar con el apoyo de la norma anulada.

8. Por providencia de 22 de septiembre de 1981, el Pleno tuvo por presentados los escritos anteriores y señaló para deliberación y votación de la Sentencia el 1 de octubre. Y por providencia del día 15 pasado acordó ampliar el plazo para dictar Sentencia hasta el máximo permitido en el art. 37.2 de la Ley Orgánica del Tribunal.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El primer punto que debemos examinar es el relativo a la plenitud de jurisdicción con que actúa el Tribunal, dadas las alegaciones formuladas en relación con este aspecto.

A tal efecto debe recordarse que la cuestión se promueve por la Sala Primera en aplicación de lo dispuesto en el art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que dice así: «En el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva Sentencia con los efectos ordinarios previstos en los arts. 38 y sigs. La cuestión se sustanciará por el procedimiento establecido en los arts. 37 y concordantes.»

La mera lectura del precepto transcrito evidencia -que la resolución de los recursos de amparo es una competencia de las Salas, que no aparece limitada en el supuesto de que la Sentencia haya de fundarse en que la Ley aplicada lesionada derechos fundamentales o libertades públicas. Lo que sucede es que el juicio de la Sala se circunscribe al caso concreto planteado, por lo que su conocimiento sobre la constitucionalidad de la Ley es meramente instrumental y no produce los efectos generales previstos en el art. 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En definitiva, la Sala puede entender de tal aspecto en la medida en que sea necesario para resolver el caso suscitado, sin que su parecer tenga valor de cosa juzgada a los efectos de impedir el posterior enjuiciamiento por el Pleno, con plenitud de jurisdicción.En términos procesales, nos encontramos, pues, ante una cuestión previa de carácter constitucional de la que puede entender la Sala con el alcance indicado, si bien ha de elevar la cuestión al Pleno que es el órgano competente para decidir acerca de la constitucionalidad de la Ley con efectos erga omnes, de acuerdo con los arts. 10 a) y 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

2. Entramos así en el estudio del objeto de la cuestión suscitada, que es el de decidir acerca de la constitucionalidad del art. 28.2, párrafo segundo, del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos de Funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por Decreto 1120/1966, de 21 de abril, texto anterior a la Constitución, por lo que se trataría de una inconstitucionalidad sobrevenida. En este punto el Tribunal se remite a la doctrina contenida en sus Sentencias de 2 de febrero de 1981, recaída en el recurso de inconstitucionalidad núm. 186/80 («B.O.E.» de 24 de febrero), 8 de abril de 1981, recaída en recurso de inconstitucionalidad núm. 192/1980 («B.O.E.» de 25 de abril) y 1 de junio de 1981, recaída en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 231/80 («B.O.E.» de 16 de junio).

3. En concreto, la presente cuestión consiste en determinar si el mencionado art. 28.2, última parte, vulnera el principio de igualdad establecido por el art. 14 de la Constitución, por lo que parece necesario efectuar unas breves consideraciones iniciales que permitan precisar el alcance de este principio en aquellos extremos que son relevantes para la decisión que debemos adoptar.

El art. 14 indicado establece el principio de igualdad ante la Ley en los siguientes términos: «Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.»

A) El primer aspecto del principio de igualdad que debemos considerar es el relativo a si vincula a todos los poderes públicos incluidos el legislativo, pues sólo en este caso sería de aplicación a la cuestión suscitada en que se trata de precisar si un precepto contenido en un Decreto Legislativo vulnera o no el principio de igualdad.

Pues bien, a nuestro juicio la respuesta ha de ser necesariamente afirmativa. La igualdad consagrada en el art. 14, de carácter jurídico, vincula a todos los poderes públicos porque así lo afirma taxativamente el art. 53.1 de la Constitución en relación a los derechos y libertades contenidos en el Capítulo Segundo de su Título I, que comprende el art. 14. Vinculación inequívoca, además, si se tiene en cuenta el grado de protección que la Constitución garantiza a tales libertades y derechos que, de acuerdo con su art. 53.2 de la misma y 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, comprende la posibilidad de estimar un recurso de amparo si la Sala entiende que la Ley aplicada vulnera el principio de igualdad recogido en el art. 14 de la Constitución, lo que da lugar a que seguidamente la cuestión haya de elevarse al Pleno del Tribunal «que podrá declarar la inconstitucionalidad de la Ley». Ninguna duda puede caber, pues, de que el legislador está obligado a observar el principio de igualdad, dado que su inobservancia puede dar lugar a la declaración de inconstitucionalidad de la Ley. Por lo demás, ésta ha sido ya la doctrina mantenida por este Tribunal en su Sentencia de 2 de julio de 1981, recaída en la cuestión de inconstitucionalidad número 223/1980 («B.O.E.» de 20 de julio de 1981), doctrina que reiteramos.

B) Partiendo de esta afirmación debemos ahora señalar que el principio de igualdad jurídica consagrado en el art. 14 hace referencia inicialmente a la universalidad de la Ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.3). Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el art. 14 de la Constitución, es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable.

La apreciación de en qué medida la Ley ha de contemplar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente o, desde otra perspectiva, que no deben ser tratadas igualmente, queda con carácter general confiada al legislador. Pero tal valoración tiene unos límites, ya que no puede dar lugar a un resultado que vaya contra derechos y libertades reconocidos en la Constitución (art. 53.2) ni en general contra cualquier precepto o principio de la misma (art. 9.1 y 3, relativos a la sujeción a la Constitución de todos los poderes públicos y a la interdicción de la arbitrariedad); ni, como resulta obvio, contra la esencia del propio principio de igualdad que rechaza toda desigualdad que por su alcance sea irrazonable y, por ello, haya de calificarse de discriminatoria.

C) Las consideraciones anteriores reflejan, por otra parte, los criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversas Sentencias, como las de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975, al señalar que se produce una discriminación cuando una distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable; afirmando, que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

4. Las anteriores observaciones se circunscriben, como antes se decía, a aquellos aspectos del principio de igualdad que es necesario examinar para resolver la cuestión suscitada. En consecuencia, resulta ya posible entrar en el estudio del art. 28.2, última parte, del Texto Refundido de Derechos Pasivos de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, a cuyo efecto es necesario partir de la totalidad del precepto, que dice así:

«1. La jubilación constituye, a efectos pasivos, la separación definitiva del funcionario, y, por tanto, si el jubilado volviese al servicio activo por cualquier caso, no adquirirá derecho alguno a mejorar su anterior clasificación por razón de los nuevos servicios prestados o haberes percibidos.

2. La jubilación por incapacidad permanente, por inutilidad física o debilitación apreciable de facultades, será revisable en cualquier tiempo en tanto el funcionario no alcance la edad para su jubilación forzosa; sin que tampoco el que hubiere sido jubilado por esta causa pueda mejorar de clasificación por servicios prestados o haberes percibidos con posterioridad a la fecha de su primera jubilación.»

La cuestión que se suscita es la de determinar si vulnera el principio de igualdad la regulación que se establece para el jubilado por incapacidad permanente que vuelva al servicio activo, como consecuencia de una revisión de la jubilación. En concreto, la afirmación de que no podrá mejorar de clasificación por servicios prestados o haberes percibidos con posterioridad a la fecha de su primera jubilación.

El precepto, en la parte que es objeto de consideración, viene a distinguir entre aquellos funcionarios que se jubilen forzosamente por edad (o voluntariamente) sin que hayan padecido una incapacidad permanente que haya dado lugar a una jubilación anterior (revisada posteriormente por desaparición de la causa), y aquellos otros en quienes sí concurre esta circunstancia. Partiendo de esta distinción, el legislador establece una desigualdad de trato para los funcionarios que se jubilan, ya que mientras a unos le serán tomados en consideración todos los años de servicios efectivos prestados, en la forma determinada por la Ley (arts. 25 y concordantes), a los que sufrieron una jubilación anterior por incapacidad permanente sólo les serán computados, en la misma forma, los años de servicios efectivos anteriores a su primera jubilación. Lo que se trata de determinar es, justamente, si esta diferencia de trato es o no contraria al principio de igualdad.

Para contestar a esta cuestión debe señalarse, en primer lugar, que la jubilación por incapacidad permanente para el ejercicio de las funciones sea por inutilidad física o por debilitación apreciable de facultades (art. 26.1 B) del Texto Refundido), no tiene propiamente el carácter de una separación definitiva del funcionario, a diferencia de lo que ocurre con lo dispuesto en el art. 28.1, dado su carácter de revisable en cualquier tiempo hasta tanto el funcionario alcance la edad para su jubilación forzosa (art. 28.2 del propio Texto). Una vez alcanzada esta edad la separación es definitiva, pero mientras tanto está sujeta a la eventualidad de que la incapacidad pueda desaparecer, lo que dará lugar a la reanudación de la relación funcionarial, que incluso podrá imponerse al funcionario, previa la correspondiente revisión.

En defintiva, debe afirmarse que la situación de unos y otros funcionarios no es distinta mientras coincide temporalmente, es decir, exceptuando el tiempo en que se interrumpe la relación funcionarial por causa de la incapacidad permanente, ya que se trata de servicios efectivos prestados dentro de la misma relación funcionarial.

Siendo esto así no puede calificarse de razonable la diferencia de trato en los términos en que se produce, ya que la jubilación por incapacidad no tiene por qué influir -lógicamente- más que en el cómputo de los años de servicio efectivamente prestados dentro de la misma relación funcionarial.Al extraer unas consecuencias desproporcionadas de una distinción de situaciones objetivas, el precepto cuestionado vulnera el principio de igualdad consagrado por el art. 14 de la Constitución, al establecer un trato distinto que ha de calificarse de discriminatorio.

La anterior conclusión se refuerza, si cabe, cuando se observa el régimen previsto para la jubilación de los funcionarios de Corporaciones Locales, y en concreto el art. 44 de los Estatutos de la Mutualidad Nacional de Previsión de Administración Local, revisados por Orden Ministerial de 9 de diciembre de 1945, Orden que el Texto Articulado Parcial de la Ley 41/75 de Bases del Estatuto de Régimen Local, aprobado por Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, declara vigente con las modificaciones que especifica. Pues bien, el mencionado art. 44, no afectado por tales modificaciones ni por la del reciente Real Decreto de 5 de junio de 1981, establece de forma expresa que los jubilados por incapacidad que vuelvan al servicio activo sí tendrán derecho a mejorar su anterior clasificación por razón de los nuevos servicios prestados o haberes percibidos.

5. Las consideraciones expuestas conducen a la conclusión de que el art. 28.2, última parte, del Texto Refundido de Derechos Pasivos, vulnera el art. 14 de la Constitución. Esta conclusión inicial podría, sin embargo, matizarse en la medida en que el mencionado precepto pudiera ser objeto de una interpretación conforme con la Norma Fundamental. Posibilidad que vamos a examinar con referencia a las dos interpretaciones que al efecto ha alegado el Abogado del Estado.

A) La primera se apoya en que el art. 28.2, última parte, sienta una presunción general de un proceder fraudulento o erróneo -o cualquier otro que no se corresponda con una situación de incapacidad física realimputable al funcionario que haya obtenido la jubilación por incapacidad permanente (antecedente 7).

A juicio del Tribunal tal interpretación no es admisible, porque no es conforme con la Constitución, sino, por el contrario, incompatible con la misma.

En efecto, de acuerdo con las consideraciones anteriores, no puede calificarse de razonable una desigualdad que pretende fundamentarse en una presunción de actuación ilegítima de aquellos que realizan una conducta que está tipificada como legítima por el Ordenamiento, imponiéndoles una carga impugnatoria -y probatoria- que no les corresponde. Esta presunción, desde otra perspectiva, va contra un principio general del ordenamiento que es el de buena fe, que tiene también su reflejo en la Constitución, como sucede en el art. 24 con la presunción de inocencia en relación al ejercicio del ius puniendi del Estado.

B) La segunda interpretación consiste en entender que la norma sirve para dar cobertura a la Administración a fin de que pueda excluir la mejora de clasificación en los supuestos de actuación ilegítima del funcionario, pues de otro modo no podrá tomar una medida tan concreta sin un precepto legal habilitante.

De esta forma se trataría de reducir el alcance del precepto a los supuestos en que al revisar la jubilación por desaparición de la incapacidad se acreditara que para obtenerla el funcionario observó una conducta que no responde a una situación de incapacidad física real (sustancialmente una conducta dolosa, culposa o errónea de buena fe). Se trataría así, en síntesis, de una norma sancionadora de aquellas conductas de los funcionarios que se acogieron a la jubilación (cobrando la pensión correspondiente) sin que existiera la incapacidad permanente que es la causa prevista a tal efecto, consiguiendo ilegítimamente una ventaja económica.

A juicio del Tribunal la norma así interpretada tendría carácter sancionador, por lo que no podría aplicarse más que a los funcionarios que hubieran actuado con dolo o culpa, excluyendo a los que erróneamente -de buena fe- hubieran creído padecer una incapacidad permanente, máxime cuando la calificación técnica de la incapacidad no corresponde al propio funcionario. Ello sin perjuicio de que en este supuesto, como en los demás, el acto de jubilación puede ser ilegal si falta el presupuesto de hecho, y de las facultades que en vía de lesividad o de revisión de oficio por razones de legalidad corresponden a la Administración (arts. 109 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo y 56 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

El Tribunal no afirma que una norma de la naturaleza y alcance precisados en el párrafo anterior sea incompatible con la Constitución. Lo que sucede es que tal norma no es la contenida en el art. 28.2, última parte, del Texto Refundido de Derechos Pasivos, que comprende con carácter general a todos los funcionarios jubilados por incapacidad permanente que vuelvan al servicio activo. La posibilidad de interpretar las normas tiene también sus límites y no puede llegar a entender que la norma dice lo contrario o algo sustancialmente distinto de lo que dice.

6. Llegados a este punto, es necesario considerar el tema que suscita el Fiscal General del Estado en orden a la posible inconstitucionalidad del art. 28.1, del Texto Refundido, para el supuesto de que el Tribunal entienda que su núm. 2, párrafo último, vulnera el principio de igualdad (antecedente 6). Se trataría, en definitiva, de aplicar lo dispuesto en el art. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que preceptúa que cuando la Sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición, o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia.

Se suscita, pues, la necesidad de determinar en qué medida la declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 28.2, in fine, debe afectar por conexión o consecuencia al núm. 1 del propio precepto.

Hasta este momento el razonamiento se ha desarrollado única y exclusivamente en torno a la distinción que viene a efectuar el 28.2 entre los funcionarios que se jubilan por una misma causa, en relación a aquellos que con anterioridad han pasado un período de tiempo jubilados por incapacidad permanente. Se trata ahora de determinar si debe aplicarse idéntico razonamiento, por conexión o consecuencia, a quienes con anterioridad han pasado un período de tiempo jubilados por otras causas, como son, de acuerdo con el Texto Refundido, la jubilación forzosa por edad o la plenamente voluntaria, que puede solicitarse cuando concurren los requisitos de edad y años de servicio legalmente previstos.

El Tribunal entiende que no debe entrar a considerar el art. 28.1, dado que se refiere a aquellos supuestos, distintos al aquí planteado, en que la jubilación produce la separación definitiva del funcionario. Separación definitiva que es justamente la causa de que el legislador extrae la consecuencia de impedir la posterior mejora de clasificación y que plantea, por ello, otra cuestión jurídica que es la de determinar si el funcionario que vuelva al servicio activo por cualquier causa inicia o no una nueva relación cuyas posibles consecuencias pueden, o no, acumularse a la de la anterior. Por otra parte, parece innecesario añadir que en el caso de la jubilación forzosa por edad el funcionario ha agotado la duración normal de la relación funcionarial y que en el caso de la plenamente voluntaria no se ha agotado tal duración en virtud de la voluntad del funcionario, que ha decidido separarse definitivamente del servicio y cobrar inmediatamente la pensión de jubilación en vez de optar por otras posibilidades legales (petición de excedencia voluntaria, por ejemplo).

La declaración de inconstitucionalidad del art. 28.2, última parte del Texto Refundido, no conduce, pues, a que debamos entrar en el examen, por conexión o consecuencia, del art. 28.1, a efectos de su posible declaración de nulidad, dado que se trata de situaciones distintas con peculiaridades específicas. Lo único procedente, a la vista de las manifestaciones del Ministerio Fiscal, es aclarar su alcance en el sentido de que no comprende el supuesto del núm. 2, dado que se refiere única y exclusivamente, como indica de forma expresa, a los supuestos en que la jubilación produce la separación definitiva del funcionario.

### F A L L O

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

Ha decidido

1º. Declarar la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente nulidad, del art. 28.2, última parte del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por Decreto 1120/1966, de 21 de abril, relativo a la jubilación por incapacidad permanente, que dice así: «Sin que tampoco el que hubiere sido jubilado por esta causa pueda mejorar de clasificación por servicios prestados o haberes percibidos con posterioridad a la fecha de su primera jubilación.»

2º. Declarar que el núm. 1, del propio precepto, no puede ser interpretado en el sentido de que incluye a la jubilación por incapacidad permanente.

Publíquese en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diez de noviembre de mil novecientos ochenta y uno.

### Votos

Voto particular que formula el Magistrado don Luis Díez-Picazo a la Sentencia de 10 de noviembre de 1981, en la cuestión de inconstitucionalidad número 48/1981

El art. 14 de la Constitución Española, al enunciar el principio de igualdad ante la Ley, lo hace en forma muy similar a la que utilizan otras muchas Constituciones modernas y dice que los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Podemos entender por ello que el art. 14 de nuestra Constitución se sitúa en la misma línea evolutiva que los preceptos constitucionales similares han ido siguiendo a lo largo de los últimos tiempos. Así, al lado de la genérica interdicción de los privilegios y de la prohibición de las discriminaciones típicas que el propio precepto enuncia y al lado del mandato de uniformidad en la aplicación de la Ley, no es difícil descubrir una regla general abstracta que impone la igual protección jurídica de las situaciones jurídicamente iguales.

El tema planteado en el caso actual hay que colocarlo en este último campo, que se enuncia generalmente diciendo que casos iguales deben recibir un tratamiento igual o una igual solución legal. A mi juicio, ello significa que cuando los supuestos de hecho de dos o más normas legales son iguales las consecuencias o los efectos jurídicos que el legislador conecte con tales supuestos de hecho deben ser los mismos. El problema fundamental de aplicación de la regla, por consiguiente, para mí consiste en establecer como premisa la igualdad de las situaciones de partida o supuesto de hecho de los que el legislador parte más que examinar vagamente cómo es el trato que al supuesto de hecho se da. Cuando las situaciones son concretas y se encuentran individualizadas, la determinación de la igualdad entre ellas no es tarea excesivamente complicada. Sin embargo, el principio de igualdad, al imponer la desaparición de los privilegios (privatae leges), impone como una obvia consecuencia la necesidad de las leyes generales y el principio de universalidad de la ley: si ésta debe ser la misma para todos, debe necesariamente comprender a todos en sus previsiones. Ello suscita el problema del establecimiento de la igualdad entre los supuestos de hecho abstractamente construidos. Para decidir esta cuestión tenemos que pensar que los supuestos de hecho son iguales cuando son iguales todos y cada uno de los elementos descriptivos del tipo que en ellos se comprende. Sin embargo, lo anterior no es suficiente, pues no le sería difícil al legislador establecer entre varios supuestos diferencias simplemente añadiendo a cada uno de ellos alguna característica especial. En este sentido es correcto, a mi juicio, decir que los supuestos de hecho continúan siendo iguales si los elementos de diferenciación que el legislador introduce carecen de una razón que los justifique desde un punto de vista teleológico. Así, parece lícito distinguir los arrendamientos rústicos de los urbanos, la prescripción de bienes muebles de la de los inmuebles y la compraventa civil de la mercantil. Este planteamiento me lleva a la conclusión de que si los supuestos de hecho son razonablemente desiguales, no hay ninguna tacha constitucional que oponer a la desigualdad de las consecuencias jurídicas y que, contra lo que la Sentencia dice, el carácter razonable hay que buscarlo en la diferenciación de supuestos de hecho y no en la distinción de consecuencias jurídicas. Si lo que se quiere examinar en cada caso es el carácter razonable y justificado de cualquier consecuencia jurídica que el legislador conecte con cualquier supuesto de hecho que pueda entrar en comparación con otro -cosa obviamente siempre posible- el principio de igualdad y el control de constitucionalidad que conlleva corren el riesgo de convertirse en control valorativo de la justicia de las soluciones legislativas, lo que a mi juicio no es en puridad competencia del Tribunal. La referencia a la naturaleza de las cosas, al carácter razonable y a otros parámetros semejantes a los que se suele recurrir para delimitar la igualdad, permite una fácil inclinación hacia el iusnaturalismo, que debe ser cuidadosamente evitado por una jurisdicción constitucional. La igualdad es igualdad en la ley positiva y significa que a igualdad de hechos hay igualdad de consecuencias jurídicas. Por ello, no es posible reducir cada uno de los supuestos de hecho a cada una de las normas en cuestión a un principio general de derecho, no expresamente formulado por la ley, para decidir la igualdad en él o con arreglo a él, porque entonces no se trata de igualdad ante la ley, sino de igualdad ante los principios, cosa que a quien esto escribe le parece perfecta en términos valorativos, pero no como aplicación del art. 14 de la Constitución ni como tarea general del Tribunal. En el caso concreto, las situaciones del funcionario que ha pasado todo el tiempo en el servicio activo y que finalmente se jubila, la del que se jubiló por incapacidad, volvió al servicio activo y finalmente recibió una jubilación por otra causa, y la del jubilado por edad que lleva a cabo tras su jubilación alguna actividad en favor del Estado, parecen situaciones entre sí distintas y justificadamente distintas. De aquí extraigo la conclusión de que la solución que el legislador aplica a los casos de jubilación por incapacidad con posterior retorno al servicio activo podrá ser más o menos justa y en términos de justicia ideal comparto lo que en la Sentencia se dice. Me parece, sin embargo, que no viola el principio de igualdad, porque las situaciones con las que la equiparación se busca no son iguales.

Madrid, a diez de noviembre de mil novecientos ochenta y uno.Voto particular que formula el Magistrado don Francisco Rubio Llorente a la Sentencia de 10 de noviembre de 1981, en la cuestión de constitucionalidad núm. 48/81

Con el más profundo respeto hacia mis colegas del Tribunal, me siento obligado en el presente caso a manifestar mi discrepancia con el criterio de la mayoría en la presente Sentencia, con la que se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada en el recurso de amparo 47/80.

La cuestión de inconstitucionalidad se plantea a partir de un concepto, el de inconstitucionalidad sobrevenida, con el que ya en su día expuse mi desacuerdo por razones que sería improcedente repetir ahora; baste con indicar que las consecuencias a que tal concepto ha llevado en la Sentencia de 6 de abril de 1981 («B.O.E.» de 14 de abril), en donde se origina la cuestión presente no han hecho sino reafirmar mi convicción. No es sin embargo esta diferencia, sobre la que no hay por qué volver, la que me lleva en este caso a formular el presente voto particular. Mi discrepancia concreta se funda en este caso en mi convencimiento de que el razonamiento que lleva a la conclusión ofrece algunas deficiencias que evidencian un criterio que no comparto acerca de los límites que impone al legislador el principio de igualdad y, en consecuencia, también sobre el alcance en este punto de la jurisdicción constitucional.

Es claro, en efecto, que el principio constitucional de igualdad obliga al legislador a no establecer diferencias que no estén justificadas por razones cuya legitimidad deriva de su conexión, mediata o inmediata, con una finalidad constitucionalmente legítima. De acuerdo con ello, y sin negar la vinculación necesaria entre igualdad y pluralidad, es también claro que el juicio sobre la adecuación de un precepto cualquiera al principio de igualdad exige analizar las razones por las que el legislador ha creído necesario singularizar una determinada situación, para contrastar, a continuación, tales razones con las finalidades constitucionalmente legítimas en las que pueden ampararse y resolver en último término sobre la proporcionalidad que guarda el fin perseguido, con la diferenciación establecida en la determinación de situaciones fácticas, en la asignación de consecuencias jurídicas, o en ambas cosas. El primer paso de tal juicio es, claro está, el de la determinación precisa del precepto que origina la presunta desigualdad y una manera abreviada de llevarlo a efecto es la de contrastar tal precepto con la norma general, si la hay, respecto de la que se establece la diferencia. En la Sentencia de la que disiento ni se individualiza correctamente, en mi opinión, la norma presuntamente diferenciadora, ni, una vez individualizada, se la contrasta con norma alguna, sino con un principio extraído por inducción incompleta de algunas de las normas a considerar.

La cuestión de inconstitucionalidad se circunscribía, es cierto, al inciso final del apartado 2 del art. 28 de la Ley de Derechos Pasivos, pero ese precepto («sin que tampoco el que hubiera sido jubilado por esta causa -esto es, por incapacidad permanente por inutilidad física o debilitación apreciable de facultades- pueda mejorar de clasificación por servicios prestados o haberes percibidos con posterioridad a la fecha de su primera jubilación»), no hace sino aplicar a las jubilaciones producidas por una determinada causa la norma que, con carácter general, para toda jubilación, con independencia de su causa, se establece en el apartado 1 del mismo artículo («la jubilación constituye, a efectos pasivos, la separación definitiva del funcionario y, por tanto, si el jubilado volviese al servicio activo por cualquier causa no adquirirá derecho alguno a mejorar su anterior clasificación por razón de los nuevos servicios prestados o haberes recibidos»). En la Sentencia se sostiene que la jubilación por incapacidad permanente «no tiene propiamente el carácter de una separación definitiva del funcionario... dado su carácter de revisable en cualquier tiempo», afirmación que tal vez sea correcta, aunque sin duda contraria al tenor literal del art. 28, que no hace ninguna salvedad en su frase inicial, pero que en rigor no ofrece base alguna para dar una consideración distinta a los dos apartados del mismo artículo, el primero de los cuales, como acaba de señalarse, contempla justamente la posibilidad (general, respecto de cualquier clase de jubilación) de que, pese a haberse producido la separación «definitiva» del servicio, se vuelva a él, posibilidad que es seguramente excepcional, pero no más excepcional (aunque tal vez más infrecuente) que la revisión de una incapacidad «permanente». La norma a considerar ha debido ser, en consecuencia, no la contenida en el art. 28.2, sino la genérica, contenida en el art. 28.1, y ello no por uso de la facultad que el art. 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional da a este Tribunal para extender la declaración de invalidez de un precepto a otros de la misma Ley por vía de conexión o consecuencia, sino por exigencia lógica, por la simple razón de que el apartado 2 del art. 28 no hace sino aplicar el principio general del apartado 1 a supuestos concretos, pero de idéntica naturaleza.

Habiéndose determinado así defectuosamente el precepto en donde la violación del principio de igualdad se origina, si tal violación existe, se acude para contrastar tal violación, al contraste de ese precepto, no con ningún otro, sino con un principio alcanzado por inducción imperfecta y, por tanto, carente de valor como punto de referencia. El «tertium comparationis» necesario para determinar si es o no discriminatoria la norma aplicable a quienes, habiendo estado jubilados por incapacidad permanente, vuelven al servicio, es la norma aplicable a todos los jubilados y esta norma es, como acaba de señalarse, precisamente idéntica a la tenida como discriminatoria. Se sienta entonces la afirmación (pág. 14) de que a quienes se jubilan por otra razón «le serán tomados en consideración todos los años de servicios efectivos prestados, en la forma determinada por la Ley», afirmación que se hace derivar del «art. 25 y concordantes» de la Leyde Derechos Pasivos. La afirmación es, también en este caso, correcta, pero el razonamiento que sigue olvida que entre los artículos concordantes con el 25 se encuentra justamente el 28, que, con carácter general, determina que los únicos servicios efectivos que se toman en cuenta son los prestados con anterioridad a la jubilación, sea cual fuere la naturaleza, la calidad o el título jurídico de los prestados con posterioridad a aquélla.

Puede discutirse la técnica de configurar una forma de jubilación que es, a la vez, separación definitiva del servicio y situación revisable y puede discutirse la justicia de una norma que impide que quienes, habiéndose jubilado del servicio al Estado por una cualidad, vuelvan después a servirlo en esa misma u otra distinta, se beneficien a la hora de la jubilación definitiva, con la mejora de pensión que resultaría del cómputo de esos otros servicios, pero nada de eso estaba en cuestión en el presente asunto, sino sólo la existencia de una violación del principio de igualdad que, a mi juicio, no puede sostener por las razones expuestas.

Madrid, a doce de noviembre de mil novecientos ochenta y uno.