**STC 20/1981, de 11 de junio de 1981**

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Jerónimo Arozamena Sierra, Presidente; don Francisco Rubio Llorente, don Francisco Tomás y Valiente, 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 los recursos de amparo núms. 123/80 y 142/80, acumulados, promovidos por don Tomás Rubio Ladrón de Guevara y por don José María Moreno de Tapia, representados por el Procurador don Eduardo Muñoz-Cuéllar y Pernia, bajo la dirección del Abogado don Enrique Urgorri Casado, y en los que han comparecido el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local, representada por el Procurador don Manuel Ardura Menéndez y bajo la dirección del Abogado don Francisco Javier Belda, recursos de amparo que versan sobre el art. 9.1 de la Orden ministerial de 15 de junio de 1978, de actualización de pensiones, en cuanto ha sido aplicado a los recurrentes para la fijación de su pensión de jubilación, siendo Ponente el Presidente, don Jerónimo Arozamena Sierra.

**I. Antecedentes**

1. Don Tomás Rubio Ladrón de Guevara presentó en este Tribunal Constitucional, el 7 de agosto de 1980, demanda de amparo solicitando la anulación del art. 9.1 de la Orden ministerial de 15 de junio de 1978, que no incluye para integrar la base reguladora del haber pasivo las pagas extraordinarias y, como consecuencia, pide que se rectifique su pensión con efectos de primero de septiembre de 1978, adoptando las medidas necesarias para la efectividad de su derecho y abonándole además la correspondiente indemnización. Cita los arts. 9, 14, 24.1, 103, 106, 121, además de los 53.2 y 161 y 162, todos de la Constitución. Los fundamentos de la demanda de amparo son los siguientes: a) el recurrente, técnico del Grupo de Administración General del Ayuntamiento de Cuenca, pasó a la situación de jubilado, no habiéndole sido computadas por la MUNPAL las dos pagas extraordinarias en el haber regulador, como consecuencia de la exclusión de las mismas en el apartado 9.1 de la Orden ministerial de 15 de junio de 1978, lo cual supone una disminución de sus derechos pasivos en comparación con los de los funcionarios jubilados durante el año 1977 y anteriores; b) desestimados por silencio los recursos de reposición y alzada interpuestos por el recurrente ante el Presidente del Consejo de Administración de la MUNPAL y el Ministro del Interior, formuló recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Territorial de Albacete, que fue desestimado por Sentencia de 20 de marzo de 1980; c) posteriormente, ha tenido conocimiento de que por la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Territorial de Valencia se han dictado varias Sentencias, estimando pretensiones idénticas a las suyas, no habiendo podido interponer el recurso de revisión por haber transcurrido el plazo que la L. J. C. A. establece, creándose, por tanto, una situación de indefensión; d) manifiesta que la Orden de 15 de junio de 1978 no podía suprimir del haber regulador de la jubilación un elemento, el de las pagas extraordinarias, que encontraba su apoyo en la Ley de 12 de mayo de 1960, pues implicaría un desconocimiento del principio de jerarquía normativa, salvaguardado por el art. 4.3 de la Constitución Española. El recurrente invocó el art. 14 de la Constitución Española, al decir que hay discriminación respecto a los funcionarios jubilados antes de 1 de enero de 1978, y el art. 24.1, al producirse una situación de indefensión al no haber podido acudir al recurso de revisión.

2. Don José María Moreno de Tapia presentó en este Tribunal Constitucional, el 18 de agosto de 1980, demanda de amparo con el mismo contenido que la del señor Rubio Ladrón de Guevara, referido a su situación, y pidiendo que con efectos de 1 de marzo de 1978, fecha de su jubilación, se determine su pensión incluyendo en la base reguladora las pagas extraordinarias. Una vez que los recurrentes comparecieron con asistencia de Letrado y bajo la representación de Procurador, y previa audiencia de los comparecidos, después de admitir los recursos, se acumularon siguiendo una tramitación única.

3. La Sección dispuso el cumplimiento de lo que manda el art. 51 de la LOTC. En tiempo y forma han comparecido en el proceso el Abogado del Estado, la MUNPAL, representada por el Procurador señor Ardura, y el Ministerio Fiscal. En tiempo y forma han presentado alegaciones el demandante, el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y la MUNPAL. Los actores reiteraron el contenido de la demanda y añadieron que las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Albacete, desestimatorias de las pretensiones de sus representados, se inspiran en la Ley de Bases de 5 de diciembre de 1968, de acomodación del régimen y retribuciones de los funcionarios de la Administración Local a las normas aplicables a los funcionarios del Estado, afirmando que se está en uno de los supuestos de «delegación legislativa ilimitada». Sin embargo, las Sentencias procedentes de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia, que estimaron pretensiones iguales a las suyas, aclaran, que hasta la promulgación del Real Decreto de 13 de febrero de 1979 no se estableció que se dejaría de cotizar por razón de las pagas extraordinarias, y, por tanto, con posterioridad a la fecha de las jubilaciones que se contemplan. Alegan, además, que debe tenerse presente que el Texto Articulado parcial de la Ley 41/1975 de Bases del Estatuto de Régimen Local, aprobada por Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, previene que los derechos pasivos de los funcionarios de Administración Local se regirán por su legislación específica.

4. El Ministerio Fiscal dijo que debe dictarse Sentencia estimando los recursos de amparo, por las siguientes razones: a) la Orden ministerial de 15 de junio de 1978 modifica el sueldo regulador a efectos de prestaciones de la MUNPAL, pero no altera las cuotas de los funcionarios en activo. Dicha Orden ministerial pretende unificar el régimen de derechos pasivos de los funcionarios de la Administración Local con los de la Administración Civil del Estado, desconociendo que esta materia no estaba prevista en la disposición final cuarta del Real Decreto-Ley 22/1977. La misma Administración al promulgar el Real Decreto de 13 de febrero de 1979 supera el desfase reduciendo las cuotas al no computar las pagas extraordinarias; b) se aplica retroactivamente la Orden ministerial de 15 de junio de 1978, en contra de lo que establece la Constitución Española en su art. 9.3, pues el recurrente señor Moreno de Tapia ya estaba jubilado cuando se dictó la citada Orden; c) se produce un desfase entre cuota y prestación desde el 1 de enero de 1978 hasta el 1 de enero de 1979; el recurrente señor Rubio, jubilado con posterioridad al 15 de junio de 1978, pero con anterioridad al 1 de enero de 1979, no puede quedar sometido a las consecuencias de la Orden ministerial, si no lo estuvo a las del Real Decreto de 13 de febrero de 1979; d) se ha producido una vulneración del principio de jerarquía normativa, y e) el art. 9.1 de la O. M. dicha ha dado lugar a dos clases de jubilados, los anteriores a la O. M. y los posteriores a ella, lo que cree es un atentado al principio de igualdad, proclamado en el art.14 de la Constitución.

5. El Abogado del Estado solicitó se dicte Sentencia declarando la inadmisibilidad de los recursos, o, en su caso, su desestimación. con imposición de costas al recurrente, en base a los siguientes fundamentos: a) procede declarar la inadmisibilidad del recurso, pues la demanda no se ajusta a lo dispuesto en el art.49.1 de la LOTC, incumpliéndose además el requisito del agotamiento de la vía judicial precedente, a tenor del art.43 de la LOTC, al no haber interpuesto el recurso de revisión; b) el que las pretensiones de los recurrentes no hayan sido estimadas por los Tribunales, no significa vulneración del derecho a la jurisdicción que señala el art.24.1 de la Constitución Española; c) el que se hayan dictado Sentencias contradictorias por distintos Tribunales no vulnera el principio de igualdad protegido por el art.14 de la Constitución Española.

6. El Procurador señor Ardura, en nombre de la MUNPAL, solicitó en su escrito de alegaciones que se pronuncie Sentencia declarando la inadmisibilidad de los recursos o, su desestimación, o, en otro caso, suspender toda decisión hasta que se resuelvan los recursos de revisión pendientes ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo. Alega los siguientes fundamentos: a) el señor Moreno de Tapia presentó su recurso fuera del plazo que establece el art.44.2 de la LOTC; b) adolecen también los dos recursos del requisito de falta de representación procesal, pues al subsanar tal defecto formal había expirado ya el plazo legal para su interposición; c) no se han agotado todos los recursos utilizables en la vía judicial, pues, con independencia de la interpretación que quiera darse sobre si se incluye en esta expresión sólo los recursos ordinarios o también el extraordinario de revisión, los recurrentes no han tenido en cuenta que según el art. 94.2 b) de la L. J. C. A. es susceptible de apelación la impugnación de los actos que se produjeren en aplicación de una disposición de carácter general aplicable al presente caso en que se impugnó indirectamente la Orden ministerial de 15 de junio de 1978; d) los recurrentes en ningún momento de los procesos judiciales han invocado los preceptos constitucionales vulnerados; e) no se ha producido la violación del art. 24.1 de la Constitución Española, pues el derecho a obtener la tutela efectiva de los Tribunales no puede extenderse a que el fallo sea favorable: f) la invocación del art. 14 de la Constitución Española es errónea, pues el que se hayan dictado Sentencias estimatorias en algunos casos es sólo consecuencia de la independencia del poder judicial, debiendo tener en cuenta, además, que todavía penden ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo una serie de recursos de revisión en esta materia.

7. Habiéndose recibido en este Tribunal con posterioridad al traslado conferido a las partes para alegaciones, determinados documentos del Ministerio de Administración Territorial, la Sección acordó dar conocimiento de los mismos a los comparecidos en los procesos para que en el plazo de veinte días alegaran lo que a su derecho conviniera, habiendo presentado en dicho plazo escritos los recurrentes, el Ministerio Fiscal y la MUNPAL. Los recurrentes manifestaron: a) que el Ministerio de Administración Territorial promulgó el art. 9.1 mencionado para que los funcionarios de la Administración Local alcanzaran el mismo tratamiento que los de la Administración Civil del Estado; b) dicha Orden ministerial vulnera no sólo el Real Decreto-Ley 3046/1977, de 6 de octubre, sino los propios Estatutos de la MUNPAL y la Ley creadora de la misma; c) en ningún caso el alcance del apartado 9.1 podía haber sido retroactivo.

8. El Ministerio Fiscal ratificó las alegaciones ya formuladas y solicitó se aportaran las actuaciones y las Sentencias que se dicten en los recursos que penden ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo. El representante de la MUNPAL presentó escrito ratificando los fundamentos y petición de su escrito de alegaciones.

9. Conocida la Sentencia pronunciada el 28 de enero actual por la Sala Quinta del Tribunal Supremo en el recurso núm. 509307, interpuesto por el Colegio Nacional de Secretarios, Interventores y Depositarios de la Administración Local, por la que se estimó el recurso formulado contra la Orden ministerial de 15 de junio de 1978, en su apartado 9.1, y se anuló, con la consecuencia de que las dos pagas extraordinarias deben integrarse en la base reguladora de las pensiones, y la Sentencia dictada por la misma Sala de fecha 3 de febrero por la que se rechazó el recurso de revisión, interpuesto por el Abogado del Estado, contra Sentencia dictada por la Audiencia Territorial de Valencia por la que se reconocieron los derechos pasivos del recurrente, se puso en conocimiento de las partes, otorgándoles un plazo común para alegaciones, sin que en él desistieran de los recursos los recurrentes. Posteriormente, ha tenido conocimiento el Tribunal que también la Sala Quinta del Tribunal Supremo ha pronunciado Sentencia el 28 de enero actual por la que se declara nulo el art. 8.2 del Real Decreto del 13 de febrero de 1979.

10. Concluida la fase de alegaciones, después de los escritos presentados el 18 de mayo, se señaló como día para la deliberación y votación el día 3 del actual mes de junio, y en la sesión de este día quedó decidido el contenido de la Sentencia.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Los actores han acudido a los procesos de amparo, que ahora han alcanzado el momento de Sentencia, sin agotar los recursos utilizables dentro de la vía judicial, incumpliendo con ello el requisito que, en el caso del art. 43 de la LOTC, manda su apartado 1; y no porque se haya dejado de utilizar el remedio excepcional previsto en el art. 102. 1 b) de la L. J. C. A. para el evento de Sentencias contradictorias en casos que guardan la identidad que este precepto dice -remedio orientado a evitar soluciones opuestas, quebrantadoras de la unidad de doctrina jurisprudencial y dañosas para la justicia del fallo-, sino por no haber acudido al medio ordinario de la apelación, previsto entre otros supuestos que no importan a los fines que enjuiciamos, en el art. 94.2 b) de la Ley antes dicha. Y es que la apelación ordinaria procede, con independencia de los criterios generales definidores de la procedencia de la segunda instancia, en los casos del llamado recurso indirecto, contra disposiciones generales, esto es, el que se contempla en los párrafos 2 y 4 del art. 39 de igual Ley, dirigida a impugnar actos dictados en aplicación de una disposición general, fundado en que ésta no es conforme a Derecho. De este modo, el enjuiciamiento de los reglamentos no limitado, como es sabido, a la vía directa del recurso, y tampoco al tratamiento por la vía de la excepción de ilegalidad, se reconduce a la última decisión jurisdiccional del Tribunal Supremo, facilitando su invalidación general con ocasión de la impugnación de un acto aplicativo, que encontraría impedimentos si el Tribunal que enjuicia el reglamento, como prius de su pronunciamiento respecto del acto aplicativo, no tuviera competencia para conocer de los recursos directos, y que se solventa, sin dificultad, cuando el tema puede llevarse hasta el Tribunal Supremo, en el que culmina la organización judicial.

2. Los recurrentes, como hemos dicho en el fundamento anterior, no han agotado los recursos utilizables dentro de la vía judicial, pues, pudiendo hacerlo, no han acudido al recurso de apelación. Junto a la significación que esto tiene desde la perspectiva del art. 43.1 de la LOTC, adquiere una mayor relevancia, porque, cabalmente, está aquí, en la no utilización de la apelación ordinaria, la causa de que persista la contradicción entre las soluciones dadas a las pretensiones de los actores, y las de quienes obtuvieron éxito ante otros Tribunales. Las resoluciones contradictorias se han dado, pues, mientras unas Salas afirmaron la legalidad del art. 9.1 de la Orden del 15 de junio de 1978, que es el precepto que dio lugar a los litigios, y desde este juicio, desestimaron las pretensiones que se hicieron valer ante las mismas, otras dieron solución opuesta, estimando las demandas, con fundamentaciones varias, entre las que no faltaron las de la ilegalidad del art. 9.1 citado; aunque ciertamente, obligado es decirlo, se ha producido a su vez un cambio en el criterio de alguna de las Salas, cuando el Real Decreto 264/1979, de 13 de febrero, ha servido para acudir a argumentaciones que han llevado a puntos de coincidencia en las decisiones que en la primera instancia judicial han adoptado las Salas Territoriales. Mas estas soluciones, esto es, las que afirmando la legalidad del art. 9.1 de la Orden de 1978 y acudiendo, en su caso, a lo que dice el art. 8.2, del Real Decreto de 1979, desestimaron las pretensiones de los jubilados, son contradictorias con lo decidido por el Tribunal Supremo (Sala Quinta) en los recursos directos que fueron decididos por Sentencias del 28 de enero actual, declaratorias, una, de la invalidez del art. 9.1, y, otra, del art. 8.2. obviamente, con efectos generales. La justiciabilidad de estos preceptos por la vía del recurso de apelación que se ha dicho, hubiera conducido a una misma solución, pues lo que ha sentenciado el Tribunal Supremo en los recursos directos, con eficacia erga omnes y nulidad ab origine, coincidiría con la decisión judicial en los recursos indirectos. El incumplimiento de lo que dispone el art. 43.1 de la LOTC, como se ve, trasciende de lo formal, pues mediante el ejercicio del recurso de apelación hubieran alcanzado los demandantes el reconocimiento de su derecho.

3. Las menciones que se contienen en la demanda con referencia al derecho a la tutela procesal y la cita en este punto del art. 24.1 de la Constitución, y que tienden a perfilar con otros detalles una situación de indefensión, quiebran con el solo recuerdo de que han sido los actores los que han hecho dejación de los medios procesales de defensa, sin que tengamos que abordar ahora consideraciones de mayor alcance respecto al derecho constitucionalizado en el mencionado precepto. Que puedan favorecerse de la nulidad de la Orden ministerial (del art. 9.1 ), que por vía indirecta fue objeto de la pretensión de los precedentes procesos judiciales y el alcance de la revisión, en su caso, de los actos aplicativos cuya anulación no ha sido decretada, y los efectos temporales que corresponda a posibles rectificaciones del haber pasivo, para acomodarlas a la legalidad, no son temas que corresponda resolver a este Tribunal Constitucional, y desde luego, no son temas a resolver en estos procesos de amparo.

4. En el plano de las invocaciones constitucionales los recurrentes acuden también -prescindiendo de citas que ninguna relación guardan con la cuestión- a lo que dicen los arts. 9.3 (principio de jerarquía normativa) y 14 (principio de igualdad). El principio de jerarquía normativa es el fundamento capital de la Sentencia del Tribunal Supremo invalidatoria del art. 9.1 de la Orden ministerial. Que esta Orden Ministerial vulnere, además, el principio de igualdad, que es el alegato al que se suma el Ministerio Fiscal, es cuestión que no tenemos que enjuiciar, y no sólo porque no se han cumplido los presupuestos procesales de agotamiento de la vía judicial -como hemos dicho-, sino también porque el acusado precepto ha perdido vigencia con efectos ex tunc, en la medida que no se hayan producido situaciones irreversibles. Como se ve, el tema es de validez de un precepto reglamentario, desde la perspectiva de una norma de jerarquía superior, lo que pertenece al ámbito del control judicial. Se ha dicho en estos recursos que el art. 9.1 de la Orden de 1978 ha dado lugar a situaciones distintas de pensiones de jubilación, que entrañan, al decir de los que tal invocación hacen, un tratamiento desigual, vedado por el art. 14 de la Constitución. Podrá decirse que el citado precepto llevó a los jubilados posteriores a la Orden ministerial a un régimen más desfavorable, por cuanto la base reguladora dejaba de integrarse con alguno de los conceptos que integraban aquélla con anterioridad; mas la ilegalidad no está en una discriminación jurídica por alguna de las causas que en fórmula abierta proscribe el invocado precepto constitucional; la ilegalidad está -según lo que en este punto ha decidido el Tribunal Supremo- en la vulneración del principio de jerarquía normativa, por cuanto el art. 9.1 carece de la cobertura de norma habilitante y, por el contrario, se opone a disposición superior. Ningún contenido constitucional subsumible en el art. 14 de la Constitución tiene la cuestión; la promulgación de la Orden ministerial con anterioridad a la vigencia de aquélla y su invalidación por el Tribunal Supremo, con efectos ex tunc, como corresponde a la nulidad de pleno derecho que es la sanción que comporta la vulneración del principio de jerarquía normativa, despeja, por otra parte, toda cuestión y, entre ellas, la del enjuiciamiento de los actos o disposiciones que siendo anteriores a la Constitución se traen a este Tribunal Constitucional invocando su sobrevenida discrepancia con la norma constitucional. Las situaciones nacidas bajo la vigencia de la Orden ministerial anulada, algunas enjuiciadas por los Tribunales ordinarios y consentidas con resultado contrario al que ha prevalecido y otras, consentidas también, pero sin haberse llevado a los Tribunales, no justifican que desde perspectivas constitucionales y, concretamente, desde las invocaciones que hacen los recurrentes y el Ministerio Fiscal, examinemos aquí la citada Orden ministerial (el art. 9.1), y los efectos que se anudan a su nulidad, pues la materia es, como hemos dicho anteriormente, justiciable por los Tribunales ordinarios.

5. Cuanto hemos dicho hasta aquí lleva a la obligada conclusión de desestimar las pretensiones articuladas por la vía del amparo constitucional. Los alegatos que invocando los arts. 49. 1 y 50. 1 b) (defecto legal en la demanda de amparo) o los arts. 43.2 y 50.1 a) (presentación extemporánea de una de las demandas) o los arts. 81.1 y 49.2 a) (defecto de postulación), todos de la LOTC, se han opuesto también al amparo, necesitan, sin embargo, de alguna consideración, con el designio de dar respuesta a todos los puntos que, dentro del marco del proceso constitucional, han sido objeto de debate. A primera vista pudiera decirse que las demandas no están presididas por la idea que respecto al petitum y a la causa de pedir luce en el art. 49.1, por cuanto el acotamiento de los actos respecto de los cuales se pide amparo y el contenido de éste no son precisos, y aún pudiera añadirse que, acudiendo a valoraciones literales, resultan dificultosasamente subsumibles en los requisitos que debe cumplir una demanda de amparo. Sin embargo, lademanda proporciona los datos indispensables para comprender lo que se pretende, lo que explica que el Tribunal, desechando tratamientos formales rigurosos, admitiera a trámite las demandas, sin necesidad de abrir las posibilidades de subsanación que brinda el art. 85.2 de la LOTC.

6. Por lo que se refiere a las otras causas opuestas por la defensa de la MUNPAL, y prescindiendo lo que argumenta acudiendo al art. 44 de la LOTC, porque el caso no es de los comprendidos en este precepto, sino en el art. 43 de la misma Ley, ha de precisarse que el incumplimiento de lo que dispone el art. 49.2 a) es subsanable, sin que puedan traerse aquí interpretaciones que restrinjan el alcance sanatorio del art. 85.2, para condicionar la justificación del requisito de postulación a que se haga en el plazo de interposición del recurso de amparo o, al menos, mediante poder otorgado antes de la demanda o dentro del plazo para el ejercicio de la acción de amparo. El art. 85.2 de la LOTC permite la subsanación dentro del plazo que dice y sólo en caso de que no se haga en el mismo, operará la causa de inadmisibilidad, regla que tuvo en cuenta esta Sala para admitir la demanda y darla curso tal como dispone el art. 51.1. Por lo que se refiere a la otra alegación, esto es, a la de ejercicio tardío de la acción de amparo, estamos aquí en el caso de la transitoria segunda, uno, regla que por referirse a los actos anteriores a la constitución del Tribunal y, además, a un tiempo que comprende períodos de inhabilidad para las actuaciones judiciales, pudo inducir a interpretaciones distintas respecto al cómputo del plazo de los veinte días, y, por ello, el tratamiento del plazo en este comienzo del Tribunal se hizo desde las soluciones más favorables al enjuiciamiento de los actos presuntamente lesivos a los derechos o libertades reconocidas en los arts. 24 al 29 y 30.1 de la Constitución.

### 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

Denegar el amparo solicitado por don Tomás Rubio Ladrón de Guevara y don José María Moreno de Tapia.

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

Dada en Madrid, a once de junio de mil novecientos ochenta y uno.