|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 112/1996 |
| Fecha | de 29 de abril de 1996 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Álvaro Rodríguez Bereijo, don José Gabaldón López, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Julio D. González Campos, don Pedro Cruz Villalón, don Carles Viver Pi-Sunyer, don Enrique Ruiz Vadillo, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Javier Delgado Barrio y don Tomás Salvador Vives Antón. |
| Núm. de registro | 695-1996 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 695/1996 |
| Fallo | Por lo expuesto, el Pleno acuerda la inadmisión a trámite, por ser notoriamente infundada, de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 695/96, planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia  de Galicia en relación con la disposición transitoria primera de la Ley 26/1994, de 29 de septiembre, por la que se regula la situación de segunda actividad en el Cuerpo Nacional de Policía. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. El 22 de febrero de 1996 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito del Presidente de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia al que se acompaña, junto al testimonio del correspondiente procedimiento, el Auto de la referida Sección de 12 de enero de 1996, en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de la disposición transitoria primera de la Ley 26/1994, de 29 de septiembre, por la que se regula la situación de la segunda actividad en el Cuerpo Nacional de Policía por su posible contradicción con el principio de igualdad (art. 14 C.E.).

2. La cuestión trae causa del recurso contencioso-administrativo interpuesto por don César Pardo López contra la resolución de la Dirección General de la Policía, de 2 de mayo de 1995, desestimatoria de la solicitud de que se adecuaran sus retribuciones a las fijadas en el art. 9.1 de la Ley 26/1994, de 29 de septiembre.

Conclusos los autos, la Sección acordó, por providencia de 9 de noviembre de 1995, oír a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por término común e improrrogable de diez días, para que alegasen sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de la Disposición transitoria primera de la Ley 26/1994, de 29 de septiembre por la que se regula la situación de segunda actividad en el Cuerpo Nacional de Policía, «por poder ser contrario al derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 de la Constitución el distinto tratamiento retributivo que reciben los funcionarios que pasen a esa actividad con posterioridad a la Ley y los que ya se encontraban en ella».

Únicamente evacuó el trámite de alegaciones conferido el Ministerio Fiscal, quien informó desfavorablemente sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

3. En la fundamentación del Auto de planteamiento, el órgano judicial proponente realiza, en síntesis, las siguientes consideraciones:

A) Comienza por referirse a la relevancia que la eventual declaración de nulidad del precepto legal cuestionado puede tener sobre el fallo que ha de dictarse en el recurso contencioso-administrativo. Afirma al respecto que la misma resulta evidente, pues aquél al prever para los que se encuentran en la situación del recurrente -en situación de segunda actividad antes de la entrada en vigor de la Ley 26/1994- un determinado régimen retributivo y reclamar éste la aplicación de otro distinto -e1 de quienes pasan a situación de segunda actividad después de la entrada en vigor de la Ley 26/1994- , sólo la declaración de nulidad de la Disposición transitoria primera de la mencionada Ley puede permitir la estimación del recurso.

B) En cuanto concierne a la duda sobre su constitucionalidad, la Sala proponente, tras referirse a la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad, afirma que no sabe ni puede adivinar cuál haya podido ser el fin que ha pretendido el legislador al establecer esa diferencia entre unos y otros funcionarios en situación de segunda actividad, ni, en consecuencia, puede apreciar si es constitucionalmente válida, si las medidas discriminatorias son coherentes con ese fin y si las consecuencias jurídicas son proporcionadas.

Entre un grupo y otro, las distinciones que establece la Ley son dos: el régimen retributivo y la liberación del grupo retributivamente desfavorecido del régimen de disponibilidad. La segunda actividad -prosigue su argumentación- es una situación administrativa especial de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, la cual tiene por objeto fundamental garantizar una adecuada aptitud psicofísica mientras permanezcan en activo asegurando la eficacia del servicio (art. 1 Ley 26/1994), continuando en la misma hasta que se pase a la situación de jubilación o a otra que no podrá ser la de servicio activo (art. 2.1). En todo caso, los funcionarios que pasen a la situación de segunda actividad quedarán hasta alcanzar la edad de jubilación a disposición del Ministro de Justicia e Interior para el cumplimiento de las funciones policiales cuando razones excepcionales de seguridad ciudadana lo requieran en los términos que reglamentariamente se determinen (art. 2.2). Es claro que la situación de segunda actividad, al ser distinta a la de jubilación o retiro, supone que el funcionario que se encuentre en la misma no ha cesado de forma absoluta en el servicio, y ello puede justificar que continúe no sólo recibiendo íntegramente las retribuciones básicas, sino aumentando trienios y percibiendo gratificaciones, posible encomendarle la realización de algún servicio.

Pues bien, los funciónanos que se encontraban en segunda actividad antes de la Ley 26/1994 estaban a disposición del Ministerio de Justicia e Interior, por lo que el legislador al liberarlo de tal disponibilidad y, en consecuencia, disminuir sus retribuciones respecto a los que acceden a dicha situación tras la entrada en vigor de la Ley 26/1994 ha establecido una diferenciación que realmente sólo afecta a las retribuciones, ya que la repetida disponibilidad es exclusivamente teórica, por lo que, como afirma el recurrente, puede sospecharse que constituye una artificial causa de diferenciación de obligaciones para justificar una discriminación retributiva entre quienes se encuentran en igual situación.

C) Frente a los razonamientos expuestos por el Ministerio Fiscal en el trámite de audiencia previo al planteamiento de la cuestión, la Sala considera que no es aplicable al presente supuesto la doctrina constitucional sobre la posibilidad de desigual tratamiento retributivo a los distintos Cuerpos de funcionarios con igual titulación, ya que en este caso se trata de funcionarios de un mismo Cuerpo y en la misma situación. Así como tampoco la que admite tratamientos desiguales a lo largo del tiempo, pues en el presente supuesto lo que se produce es un tratamiento desigual en el mismo tiempo. Ni, en fin, estima de recibo la afirmación de que el distinto tratamiento retributivo a quienes se encontraban en situación de segunda actividad al entrar en vigor la Ley 26/1994 y el de aquellos que pasan a dicha situación con posterioridad sea simplemente una no aplicación retroactiva de la nueva regulación, dado que la regulación sigue siendo la misma salvo en materia de retribuciones, pues la disponibilidad carece de realidad práctica y no es ninguna innovación de la nueva Ley.

4. La Sección Segunda de este Tribunal, por providencia de 26 de marzo de 1996, acordó oir al Fiscal general del Estado para que, en el plazo de diez días y a los efectos que determina el último inciso del art. 37.1 de la LOTC, formulase alegaciones acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad por si pudiera resultar notoriamente infundada.

5. El Fiscal general del Estado evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado con fecha 15 de abril de 1996, en el que interesó la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por resultar notoriamente infundada (art. 37.1 LOTC), formulando las alegaciones que a continuación se resumen:

Aunque se trata de funciónanos que pertenecen a un mismo Cuerpo -Cuerpo Nacional de Policía-, debe observarse que la norma cuestionada atiende a un factor temporal -la fecha de pase a la situación de segunda actividad-, al que anuda dos consecuencias jurídicas diversas: por una parte, establece un distinto régimen retributivo, manteniendo el anterior a quienes ya se encontraban en situación de segunda actividad y fijando otro para quienes accedan a dicha situación tras la entrada en vigor de la Ley 26/1994, de 29 de septiembre; y, por otra, dispone un distinto régimen de disponibilidad, liberando del mismo a quienes ya habían accedido a la situación de segunda actividad antes de la entrada en vigor de la mencionada Ley, pero manteniéndolo para quienes pasaran a tal situación tras su entrada en vigor.

En este sentido, el Fiscal general del Estado recuerda que no toda desigualdad de trato legal constituye una infracción del principio de igualdad, sino tan sólo la que tiene carácter discriminatorio por alguno de los motivos mencionados en el art. 14 de la C.E., así como que el estatuto de los funcionarios es una situación jurídica definida legal y reglamentariamente, modificable, por tanto, por uno u otro instrumento normativo (SSTC 99/1987, 129/1987, 70/1988, 293/1993), disfrutando la Administración de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el estatus del personal a su servicio (STC 57/1990) y, finalmente, que el tiempo en sus diversas manifestaciones es, en principio, un elemento que permite establecer ciertas diferencias, las cuales si obedecen a criterios objetivos y generales no pueden tildarse de discriminatorias.

En su opinión esto es precisamente lo que acontece en el supuesto que nos ocupa, en el que la Ley atiende a un momento determinado -su entrada en vigor- para establecer un régimen estatutario y retributivo diferente. Ciertamente, pudo haber dispuesto otro tipo de norma para atender a la situación de disponibilidad y correlativa retribución, pero ha optado, dentro de las competencias que corresponden al legislador, por atender al criterio temporal. Además de configurar dos situaciones jurídicas ya diferenciadas, atendiendo a la situación administrativa en el momento de entrada en vigor de la Ley, lo hace de forma absolutamente objetiva y general, sin ningún tipo de excepciones, por lo que no se observa alguna posible «acepción personal» que permitiera apreciar, siquiera indiciariamente, atisbo de discriminación. Frente a lo que se afirma en el Auto de planteamiento, entiende que la diferencia de trato retributiva parece suficientemente fundada, sin que sea necesario que el legislador o la Administración, al realizar pequeñas modificaciones en el estatuto jurídico de sus funciónanos, exponga una fundamentación exhaustiva de las mismas. El régimen de segunda actividad con disponibilidad determina que el funcionario queda, hasta alcanzar la edad de jubilación, a disposición del Ministro de Justicia e Interior para el cumplimiento de funciones policiales «cuando razones excepcionales de seguridad ciudadana lo requieran en los términos que reglamentariamente se determinen» (art. 2.1 Ley 26/1994). El hecho de que al parecer nunca se haya dado este supuesto, según afirma la Sala proponente recogiendo las manifestaciones del demandante en la vía contencioso-administrativa, no significa que no pueda darse y, en todo caso, que la situación de disponibilidad deba de traducirse en otras consecuencias que justifican la diferencia retributiva.

En definitiva, el Fiscal general considera que la disposición cuestionada responde a criterios de organización y racionalización administrativas. Establece un régimen estatutario y retributivo diferente para distintos colectivos de funcionarios de un mismo Cuerpo atendiendo al factor tiempo. La diferencia estatutaria -situación de disponibilidad o no- determina, en consecuencia, un distinto régimen retributivo justificado.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La Sala proponente cuestiona la constitucionalidad de la disposición transitoria primera de la Ley 26/1994, de 29 de septiembre, por la que se regula la situación de segunda actividad en el Cuerpo Nacional de Policía, por su posible contradicción con el principio de igualdad que consagra el art. 14 de la C.E., al establecer una diferencia retributiva entre los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía en situación de segunda actividad, según hayan pasado a la misma con anterioridad o posterioridad a la entrada en vigor de la mencionada Ley 26/1994.

La cuestión suscitada resulta «notoriamente infundada», en el sentido en que este Tribunal ha interpretado esta cláusula general recogida en el art. 37.1 de la LOTC a raíz del ATC 389/1990, es decir, cuando la cuestión promovida carece de «viabilidad» suficiente o -como aquí ocurre- de «solidez en la fundamentación». Motivo de inadmisión cuya existencia comparte el Fiscal general del Estado y que debe llevarnos a dictar una pronta resolución de inadmisión con el fin de evitar dilaciones innecesarias en la resolución del asunto.

2. De conformidad con la Disposición transitoria cuestionada, a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que hubieran pasado a la situación de segunda actividad con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 26/1994 les será aplicable el régimen retributivo establecido en la disposición transitoria segunda del Real Decreto 31 1/1988, de 30 de marzo, de retribuciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, mientras que a los que pasen a dicha situación tras la entrada en vigor de la Ley 26/1994 les será aplicable el previsto en sus arts. 9 y 10. La diferencia retributiva entre quienes han accedido a la situación de segunda actividad sin destino, en la que se encuentra el demandante en el proceso a que, no estriba en las retribuciones básicas, pues en uno y otro caso perciben las que correspondan a su antigüedad y categoría, sino en las complementarias. En tanto los que han pasado a situación de segunda actividad con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 26/1994 reciben un complemento de disponibilidad cuya cuantía es la determinada en razón de la categoría en el Anexo IV del Real Decreto 311/1988, quienes han pasado a dicha situación tras la entrada en vigor de la Ley 26/1994 perciben un complemento de cuantía igual al 80 por 100 de las retribuciones complementarias de carácter general que corresponden a la categoría a la que pertenecen.

En opinión de la Sala proponente, tal diferencia retributiva en perjuicio de quienes han accedido a la situación de segunda actividad con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 26/1994 podría vulnerar el principio de igualdad que consagra el art. 14 de la C.E. Se argumenta al respecto en el Auto de planteamiento que la Sala no sabe, ni puede adivinar, cuál ha podido ser el fin perseguido por el Legislador al establecer esa diferencia entre unos y otros funcionarios en situación de segunda actividad, ni apreciar si el mismo es constitucionalmente válido, si las medidas discriminatorias son coherentes con ese fin y si las consecuencias jurídicas son proporcionadas.

3. Ante todo es necesario señalar que la Ley 26/1994, como se indica en su Exposición de motivos, ha venido a regular, en cumplimiento de la Disposición transitoria cuarta de la L.O. 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la situación de segunda actividad de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía creada por el art. 16.4 de la mencionada Ley orgánica, sustituyendo, así, al régimen provisional preexistente y homogeneizando los distintos criterios seguidos hasta entonces para que accedieran a la situación de segunda actividad los funcionarios procedentes del Cuerpo Superior de Policía y de la Policía Nacional, integrados en el Cuerpo Nacional de Policía por obra de la Ley orgánica 2/1986 (Real Decreto 230/1982, de 1 de febrero, por el que se crea de segunda actividad en el Cuerpo de la Policía Nacional; disposición adicional vigésima de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989).

Ha habido, pues, un evidente cambio normativo en la regulación de la segunda actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. Este cambio normativo ha supuesto no sólo una diferencia retributiva entre funcionarios que han accedido a dicha situación antes o después de la entrada en vigor de la Ley 26/1994, sino también una modificación de las condiciones y requisitos para el acceso a dicha situación. Sin embargo, no puede decirse que con ello se haya lesionado el principio de igualdad ante la Ley o se haya discriminado a quienes han accedido a la situación de segunda actividad antes de la entrada en vigor de la Ley 26/1994 al continuar rigiéndose por el régimen retributivo que les venía siendo de aplicación, pues el art. 14 de la C. E. ampara la igualdad ante la Ley, pero no impide que a través de cambios normativos se ofrezca un tratamiento desigual a lo largo del tiempo. El principio de igualdad ante la Ley no exige que todas las situaciones, con independencia del tiempo en que se originaron o produjeron sus efectos deban recibir un tratamiento igual por parte de la Ley, puesto que con ello se incidirá en el círculo de competencias atribuido constitucionalmente al legislador y, en definitiva, en la natural y necesaria evolución del ordenamiento jurídico (SSTC 119/1987, fundamento jurídico 3. ; 88/1991, fundamento jurídico 2. ; 38/1995, fundamento jurídico 4. ). En otras palabras, existe un trato retributivo distinto, pero que es resultado, según se evidencia, de una modificación normativa que, conforme tiene declarado este Tribunal, no puede hacerse equivaler a una desigualdad de trato temporal, pues no es el transcurso del tiempo el que origina aquella diferencia, sino una sucesión de normas que responden a principios y condiciones diversas (ATC 226/1987).

4. Por otra parte, desde la STC 7/1984 este Tribunal ha venido sosteniendo que la igualdad o desigualdad entre estructuras que son creación del Derecho, cuales son los Cuerpos y hay que entender las situaciones funcionariales, de existir, es el resultado de la definición que aquél haga de ellas, esto es, de su configuración jurídica que puede quedar delimitada por la presencia de muy diversos factores. La discriminación, de existir, únicamente devendrá de la aplicación por el legislador o la Administración de criterios de diferenciación no objetivos ni generales, disfrutando, además, de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de concretar o configurar organizativamente el estatus del personal a su servicio (SSTC 50/1986, 57/1990, 293/1993, 9/1995).

En el presente supuesto existe un elemento objetivo de diferenciación, al que expresamente se hace referencia en la Exposición de Motivos de la Ley 26/1994 y en la disposición transitoria primera cuestionada, que excluye todo atisbo de tratamiento discriminatorio como consecuencia del diferenciado trato retributivo denunciado, cual es la circunstancia de que quienes han pasado a la situación de segunda actividad con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 26/1994 no quedan sometidos, hasta alcanzar la edad de jubilación, a la disposición del Ministro de Justicia e Interior para el cumplimiento de las funciones policiales cuando razones excepcionales de seguridad ciudadana lo requieran, disponibilidad a la que quedan sujetos, por el contrario, los funcionarios que accedan a la situación de segunda actividad tras la Ley 26/1994 (art. 2.3). Este dato objetivo y general, que según la Exposición de motivos de la Ley es el determinante de aplicar el régimen retributivo en ella previsto a los funcionarios que accedan a dicha situación tras su entrada en vigor, legítimamente puede ser tomado en consideración por el legislador para establecer un distinto régimen retributivo, el cual no constituye, por consiguiente, una discriminación que entraña violación del art. 14 de la C.E.

ACUERDA

Por lo expuesto, el Pleno acuerda la inadmisión a trámite, por ser notoriamente infundada, de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 695/96, planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia

de Galicia en relación con la disposición transitoria primera de la Ley 26/1994, de 29 de septiembre, por la que se regula la situación de segunda actividad en el Cuerpo Nacional de Policía.

Madrid, a veintinueve de abril de mil novecientos noventa y seis.