

INFORME SOBRE PETICIÓN DE REPRESENTANTES DE SINDICATO DE ENFERMERIA, PARA LA INTERPOSICIÓN DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA DECRETO-LEY 1/2012, DE 19 DE JUNIO, DIRIGIDA AL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LAS CORTES GENERALES.

I. ALCANCE

El presente informe se emite en relación con la petición dirigida por la representación de sindicato de Enfermería ante la Institución del Defensor del Pueblo Andaluz a fin de instar recurso de inconstitucionalidad ante el Defensor del Pueblo Estatal al amparo de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, contra el Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio-financiero de la Junta de Andalucía.

El sindicato interviniente, en síntesis, se postula inicialmente a favor de la inconstitucionalidad del citado Decreto-Ley 1/2012, y de forma inconcreta contra determinados preceptos del mismo incardinados en el Capítulo III (*“Medidas en materia de personal en el sector público andaluz”*), sin que haga una expresa referencia a los preceptos incursos en inconstitucionalidad, si bien según afirma en el mismo se vulneran los artículos 14 (principio de igualdad), 31 (derecho a la contribución igualitaria a los gastos públicos), 33.3 (derecho a la no privación de derechos y bienes), 37 (derecho a la negociación colectiva), 40.2 (derecho a la limitación de la jornada laboral), 43 (derecho a la salud) y 50 (derecho a la suficiencia económica durante la tercera edad y garantía de una pensión adecuada), de la vigente Constitución española.

Como consecuencia de la posterior modificación del citado Decreto-Ley por el Decreto-Ley 3/2012, de 24 de julio, por el que se adapta al Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, el presente informe adecua los fundamentos y conclusiones al contenido resultante de dicha reforma parcial.

En virtud de la petición para instar formalmente recurso de inconstitucionalidad ante el Defensor del Pueblo Estatal, al amparo del artículo 26 de la Ley 9/1893, de 1 de diciembre, reguladora del Defensor del Pueblo Andaluz, procede la elaboración del presente informe preceptivo a fin de fundamentar la posición adoptada por el Defensor del Pueblo Andaluz ante dicha pretensión.

II. CONSIDERACIÓN PREVIA

El escrito de la representación sindical en todos y cada uno de sus alegatos responde a un modelo-patrón que se viene reiterando desde la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en relación a la primera medida estatal de reducción de las retribuciones de los empleados públicos realizada por el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo (que concluyó con la

inadmisión de la pretensión por Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 85/2011, de 7 de junio), y que tiene sus versiones más próximas en el tiempo y en la temática en los distintos Decreto-leyes y leyes dictados por los distintos Gobiernos en materia de control del gasto o reducción del déficit público o a través de las leyes ordinarias anuales de presupuestos, que en muchos casos han dado lugar a planteamientos de inconstitucionalidad bien directamente por quienes poseen legitimidad para ello (fundamentalmente los grupos parlamentarios con número de diputados o senadores suficientes en las Cortes Generales) o desde la instancia judicial mediante el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, bien indirectamente por vía de las Defensorías Autonómicas (como es el caso planteado), y en no pocos casos, mediante la interposición de recurso contencioso-administrativo por la vía especial de protección de los derechos fundamentales ante los correspondientes Tribunales Superiores de Justicia.

En cualquiera de los casos, cabe destacar que el Auto del Tribunal Constitucional que hemos citado en el párrafo precedente, a dado origen a una abundante y consolidada doctrina jurisprudencial (tanto del Tribunal Supremo como de la Audiencia Nacional y de las distintas instancias de los Tribunales Superiores de Justicia), doctrina que en buena parte da respuesta a las distintas cuestiones que en relación a los recortes salariales que en los últimos tiempos viene abordándose tanto a través de leyes ordinarias (especialmente en las leyes anuales de presupuestos) como mediante decretos-leyes, en razón a las características de la regulación que abordan, circunstancia ésta, que sobradamente motivaría que por esta Institución no se diera trámite a la pretensión planteada por el sindicato promotor, acreditada la inviabilidad o improcedencia demostrada en las distintas instancias ante propuestas similares.

No obstante, la circunstancia de que el Decreto-Ley cuestionado aborde de forma singular y de modo diferenciado unos recortes o reducciones retributivas, que traen causa de reducciones de las jornadas de trabajo, que no se han tratado por la referida doctrina constitucional y jurisprudencial, como tampoco por la administrativa, nos mueve a reflexión, en los términos que aquí se exponen y que, por su interés, trasladaremos a la instancia estatal de la Defensora del Pueblo, a los efectos que estime pertinentes.

Por último, el presente informe se atiene al principio de congruencia predicable de toda actuación administrativa a instancia de parte, obviando cualquier otra cuestión que pudiere desprenderse de otros capítulos del Decreto-Ley objeto de análisis, como pueden ser los referidos a las materias tributarias (Capítulo II), de Hacienda Pública (Capítulo IV), o cualesquiera otras relacionadas con el contenido de dicha norma.

III. ANTECEDENTES

La incidencia de la crisis económica que desde el año 2008 acontece en nuestro país, tiene su traslación en todos los ámbitos de la actividad de la economía, como lo demuestran las distintas medidas legislativas adoptadas durante el quinquenio 2008-2012 por el Gobierno de la Nación, conforme a los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera acordados en el seno de la Unión Europea,

con su correspondiente traslación en el ámbito autonómico con los acuerdos adoptados por el Consejo de Política Fiscal y Financiera, conjunto de actuaciones que han tenido su reflejo en el cambio sustancial del modelo laboral español y en el régimen del personal al servicio de las Administraciones Públicas como lo demuestra la reforma del mercado laboral y del sistema de Seguridad Social llevadas a cabo con el Real Decreto-Ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo; la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social y la más reciente Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

En lo que al empleo público se refiere, idéntico proceso se ha producido en este ámbito tras la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público por Ley 7/2007, de 12 de abril, marco regulador se ha ido viendo afectado paulatinamente “a la baja” en las sucesivas leyes anuales de presupuestos, en Decreto-Leyes y en leyes ordinarias relativas a medidas fiscales y administrativas, e incluso a través de leyes específicas y exclusivas relativas a la reducciones retributivas aplicables a las autoridades y empleados públicos.

En este breve contexto temporal se han producido una serie de iniciativas legislativas, con un marcado carácter de excepcionalidad y urgencia, como lo demuestra la modalidad de decretos-leyes utilizada en su mayoría, que han supuesto no solo una regresión retributiva sino también una alteración sustancial de las condiciones de trabajo que a lo largo de décadas se habían paulatinamente consolidado en el ámbito del empleo en el sector público, como lo demuestran las distintas normas que a continuación se relacionan.

1. El Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo (y correlativo traslado al ámbito de Andalucía por Decreto-Ley 2/2010, de 28 de mayo)

Con el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, se recoge un conjunto de disposiciones para reducir, con criterios de progresividad, la masa salarial del sector público en un 5 por ciento en términos anuales, todo ello para dar cumplimiento al programa de Estabilidad y Crecimiento 2009-2013, aprobado por el Consejo de Ministros de 29 de enero de 2010, compromiso del Gobierno de España de acelerar en el 2010 y 2011 la reducción del déficit inicialmente previsto, con medidas encaminadas a conseguir un ahorro en las partidas presupuestarias correspondientes a las retribuciones del personal del sector público respecto a las señaladas en la ley de presupuestos generales del Estado vigente en aquel momento.

Dicho Real Decreto-ley conllevaba la suspensión de los incrementos retributivos adoptados en el Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012 el 25 de septiembre de 2009, en el que se adopta entre otras medidas un incremento salarial del 0,3 por ciento para el año 2010 y una cláusula de revisión salarial con el objetivo de mantener el poder adquisitivo del personal al servicio de las Administraciones Públicas durante la vigencia del acuerdo.

Dichas medidas tuvieron su traslación al sector público andaluz mediante el Decreto-Ley 2/2010, de 28 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de retribuciones, modificando en este sentido las retribuciones establecidas para dicho ejercicio en la Ley 5/2009, de 28 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2010.

2. El Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre (y su posterior versión en Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012)

En el mismo, aparte de adoptar la medida de congelación de las retribuciones para el 2012 (también congeladas en el 2011 tras la reducción del 2010 y la práctica congelación del 2009 - con un crecimiento del 0,3 por ciento -) y de la práctica paralización de las ofertas de empleo público, se adopta una reordenación del tiempo de trabajo de los empleados públicos, estableciendo una jornada ordinaria no inferior a las 37 horas y 30 minutos en promedio semanal.

A este incremento general de jornada hay que añadir al incremento de la jornada lectiva del personal docente no universitario establecida por el Real Decreto-Ley 14/2012, de 20 de abril, con un mínimo de 25 horas semanales en educación infantil y primaria y de 20 horas en las restantes enseñanzas, así como la no cobertura de las bajas inferiores a diez días lectivos.

3. El Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio, de medidas para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía.

Por su parte, la Junta de Andalucía, tras la aprobación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera en la que se impone a las Comunidades Autónomas la obligación de respetar un límite máximo de déficit, un crecimiento limitado del gasto público, así como un objetivo de deuda, todo ello acompañado de un detallado mecanismo sancionador en caso de incumplimiento.

Bajo esta coyuntura, las Comunidades Autónomas han visto reducirse sustancialmente sus ingresos, situación agravada, además, por las restricciones para la obtención de recursos en los mercados financieros, adversa coyuntura en la que han de continuar prestando los servicios públicos fundamentales a la par que cumplir con los objetivos de consolidación fiscal exigidos a la Comunidad Autónoma.

Tras el Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 6 de marzo de 2012, en el que se revisa el objetivo de estabilidad presupuestaria para Andalucía, situándolo en un -1,5% del PIB regional, el Consejo de Gobierno, el 22 de mayo de 2012, aprobó el Plan Económico-Financiero de reequilibrio 2012-2014, en el que se incorporan las medidas de recorte del gasto de obligado cumplimiento para las Comunidades Autónomas decididas por la Administración General del Estado, así como las medidas que derivan de la rebaja en la cofinanciación de programas de gasto prevista en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del estado para 2012, que afectan al Presupuesto de Andalucía como al resto de las Autonomías.

Respecto a las medidas en materia de personal, se adoptan diversas medidas relativas a las retribuciones, jornada de trabajo, vacaciones y permisos.

Así, se reducen las retribuciones de los altos cargos y personal de alta dirección de las entidades instrumentales y consorcios, así como del personal funcionario y laboral de todo el sector público andaluz.

Resaltar que algunas de las medidas adoptadas en materia de personal tienen como objeto la armonización de las condiciones de trabajo de los empleados de las entidades instrumentales y consorcios con los de la Administración General de la Junta de Andalucía; tanto en el ámbito retributivo como respecto al régimen de las vacaciones y permisos.

Con respecto a la jornada laboral del personal del sector público andaluz, se establece una jornada ordinaria de trabajo de 37 horas y media semanales en cómputo anual. En relación con la jornada del personal docente no universitario, se aplica la medida establecida en el Real Decreto-Ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo.

Se modifican el régimen de las vacaciones y los permisos del personal funcionario y laboral del sector público andaluz y de los consorcios.

Por último, se adoptan otras medidas relativas a la jubilación anticipada, acción social, sustituciones del profesorado, oferta de empleo público, crédito horario de los representantes sindicales y ayudas a organizaciones sindicales.

El citado Decreto-Ley ha sido objeto de convalidación parlamentaria, por Resolución de 2 de julio de 2012, de la presidencia del parlamento de Andalucía, en sesión celebrada los días 27 y 28 de junio (BOJA de 12 de julio).

Igualmente señalar que dicha disposición se tramita actualmente como Proyecto de ley por el procedimiento de urgencia (BOPA de 3 de julio de 2012).

4. El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

En la línea de los años precedentes, el Gobierno viene insistiendo en las medidas de contención de los gastos públicos, entre ellos los relativos a los gastos del personal. Así, el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, establece que en el año 2012, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2011.

Igualmente se dispone que durante el ejercicio 2012 no podrá realizarse aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación. Por otro lado, a lo largo del ejercicio 2012 no se procederá a la incorporación de nuevo personal, salvo la que

pueda derivarse de la ejecución de procesos selectivos correspondientes a Ofertas de Empleo Público de ejercicios anteriores, limitación que también alcanza a las plazas incursas en los procesos de consolidación de empleo previstos en la disposición transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público, si bien la congelación de la oferta de empleo público no será de aplicación determinados sectores y administraciones en los que la tasa de reposición se fija en el 10 por ciento. Además, fija la jornada de trabajo del sector público estatal en treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. La posterior Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 reproduce estas mismas medidas.

En primer lugar, se regula con carácter básico la incompatibilidad de pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y percepciones similares que perciben determinados ex altos cargos de carácter básico, con el objeto de que se perciba esta prestación sólo en el supuesto de que el ex alto cargo no realice ninguna otra actividad remunerada pública o privada.

La medida se aplicará a los altos cargos de todas las Administraciones públicas, incluyendo los que prestan sus servicios en el sector público, entendiéndose también por tal la actividad desarrollada por los miembros electivos de las Cortes Generales, Asambleas legislativas autonómicas y de las Corporaciones locales, órganos constitucionales, incluidos el Poder Judicial y el Ministerio Fiscal.

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 presupuestos.

También se posibilita, en este caso con carácter excepcional, la suspensión o modificación de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, sólo cuando concurra causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas. Este mecanismo ya estaba previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público y la modificación que ahora se introduce no hace sino aclarar su ámbito de aplicación y homogeneizar su tratamiento, con independencia de que los acuerdos hayan sido adoptados en el ámbito de las mesas generales de negociación o a través de la negociación colectiva de personal laboral. En todo caso, se entenderá, entre otras causas o circunstancias, que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público.

A este respecto debe destacarse que la Ley 3/2012, de 6 de julio (con su antecedente Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero), en su Disposición adicional segunda, relativa al despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público (arts. 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores), en lo que se refiere a las causas económicas circunscribe el supuesto para los casos de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente (si se produce durante tres trimestres consecutivos) para la financiación de los servicios públicos (situación en la que se encuentran inmersas actualmente la práctica mayoría de las Administraciones Públicas, habilitándolas para la aprobación de planes de ajuste que justifican, entre otras medidas, la aprobación de planes de regulación de empleo del personal laboral público).

Se reducen los días de libre disposición, se suprimen los días adicionales por antigüedad tanto en el caso de las vacaciones como en el de los días por asuntos particulares y se suspenden los pactos y acuerdos que contradigan estas disposiciones, homogeneizando a la par el régimen de permisos para el personal de todas las Administraciones Públicas.

Con la misma finalidad de racionalizar el gasto de personal, se limita el número de días de asuntos particulares y de días adicionales a los de libre disposición que puedan haber establecido las Administraciones Públicas y se adoptan medidas con la misma finalidad en relación con el personal laboral, así como respecto de las vacaciones.

Igualmente, en materia de tiempo retribuido para realizar funciones sindicales y de representación, nombramiento de delegados sindicales, dispensas de asistencia al trabajo y demás derechos sindicales, se limitan los actualmente existentes a los estrictamente previstos por la normativa laboral, favoreciendo el incremento de los tiempos de trabajo destinados directamente al servicio público.

Se modifica temporalmente el régimen retributivo del personal incluido en el Régimen General de la Seguridad Social durante la situación de incapacidad temporal, sin perjuicio de que se establece un mandato dirigido a las Administraciones Públicas a adoptar medidas para reducir el absentismo de su personal. Así, cada Administración Pública determinará, respecto del personal a su servicio, los complementos retributivos que en concepto de mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social corresponda en las situaciones de incapacidad temporal. En todo caso, cuando se trate de una incapacidad temporal por contingencias comunes, se impone unos determinados límites respecto a dichos complementos, según tramos de tiempo (tres primeros días, del cuarto al vigésimo y a partir del vigésimo primero).

Finalmente, la edad de jubilación forzosa de los funcionarios incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, será la que prevean en cada momento las normas reguladoras de dicho régimen para el acceso a la pensión de jubilación ordinaria, en su modalidad contributiva, es decir, sin coeficiente reductor por razón de la edad.

5. El Decreto-Ley 3/2012, de 24 de julio, por el que se modifica el Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio, y se adapta al Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio.

Como la propia exposición de motivos señala, la modificación que introduce este nuevo Decreto-Ley 3/2012 respecto al anterior 1/2012 trae causa en la aprobación por el Gobierno de la Nación del Real Decreto-Ley 20/2012, norma estatal que en relación a la supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 se suma a la anteriormente suprimida por el Gobierno andaluz respecto a la paga extraordinaria correspondiente al mes de junio de 2012, solapamiento que pretende evitar el decreto-Ley 3/2012, evitando así *“un efecto multiplicador no deseable y una merma excesiva en sus condiciones de trabajo en general, y salariales en particular”*, tal y como expresa dicho preámbulo.

En congruencia con esta declaración, el nuevo Decreto-Ley deroga la disposición derogatoria única en sus apartados 3 a 11 y 13, disponiendo que “para el año 2012” queda sin efecto la aplicación de los preceptos relativos a la reducción salarial antedicha (apartados 4 y 5 del art. 6, arts. 7 a 11 y 24), todos ellos relativos a la reducción salarial correspondiente a la paga de junio de 2012, y remitiéndose a las retribuciones de los empleados públicos de la Administración general, personal docente no universitario y personal del Servicio Andaluz de Salud, que sus retribuciones para el 2012 se ajustarán a lo dispuesto en el art. 2, apartados 1, 2.1 y 2.2 del real Decreto-Ley 20/2012 (y en lo referente al personal al servicio de la Administración de Justicia –art. 10- a lo dispuesto en el apartado 3.3 y disposición final sexta), y en lo que atañe al personal de las entidades instrumentales (art. 24) a lo establecido en el art. 2, apartados 1, 2.2, 3 y 5 del citado Real Decreto-Ley.

En lo que se refiere a la adaptación en materia de vacaciones y permisos (objeto de nueva regulación en el Estatuto Básico del Empleado Público por la modificación operada por el Real Decreto-Ley 20/2012, el Decreto-ley 3/2012, se remite a dicha nueva regulación (*“Las vacaciones y permisos del personal referido en los artículos 26, 27, 28, y 29 se ajustarán a lo dispuesto en los artículos 48 y 50 del Estatuto Básico del Empleado Público, en su redacción dada por el artículo 8 del real Decreto-Ley 20/2012”*).

En el mismo sentido, en relación al complemento por incapacidad temporal, se modifica el art. 14 del Decreto-Ley 1/2012 a la nueva regulación básica operada a este respecto por el art. 9 del Real Decreto-Ley 20/2012.

6. La reducción del capítulo de Gastos de Personal y otras medidas en materia de empleo público en el ámbito autonómico comparado.

La dinámica impuesta por la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LO 2/2012, de 27 de abril), imponiendo a las distintas Administraciones Territoriales límites de déficit, ha obligado a las Comunidades Autónomas a la elaboración de planes de reequilibrio cuya instrumentación legal se ha llevado a cabo tanto en leyes ordinarias sobre medidas fiscales y administrativas como a través de las leyes de presupuestos correspondientes al año 2012, e incluso

específica y excepcionalmente a través de Decretos-Leyes, como es el caso de Andalucía con el Decreto-Ley 1/2012, que se añade a los otros aspectos regulados en esta materia en la Ley de presupuestos para 2012 (Ley 18/2011, de 23 de diciembre).

En lo que se refiere a las leyes anuales de presupuestos autonómicas correspondientes a 2012, estas vienen a reproducir las normas de contención del gasto público que en materia de personal se establece, con el carácter de legislación básica, en el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, así como la limitaciones establecidas en la norma estatal respecto a las ofertas de empleo público.

Diferente casuística encontramos en las distintas leyes de medidas fiscales y administrativas (Ley 7/2011, de 22 de diciembre, de la Comunidad de la Rioja; Ley 6/2011, de 22 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, hasta la más reciente Ley 4/2012, de 13 de julio, de la Comunidad de Castilla y León), pues no todas ellas abordan un capítulo relativo al gasto de personal y otras medidas referidas a las condiciones de trabajo, que en los casos que se aborda lo es en el sentido marcado por la legislación básica estatal.

Una más completa regulación cabe extraer de las leyes específicas relativas a medidas extraordinarias en materia de empleo público, como son los casos de la Ley 1/2011, de 24 de febrero sobre medidas extraordinarias para la sostenibilidad de las finanzas públicas de la Región de Murcia y en la Ley 1/2012, de 29 de febrero, de medidas temporales en determinadas materias de empleo público de la Comunidad Autónoma de Galicia, donde nos encontramos regulaciones en materia retributiva y de otros aspectos del empleo público (jornada y horarios, vacaciones y permisos, etc.), de temática similar a la abordada por la Comunidad Autónoma andaluza mediante, el tantas veces citado, Decreto-Ley 1/2012.

Destacar, que en ninguna de las legislaciones referidas se establece un régimen de reducción de jornada y retribuciones, de forma imperativa, respecto al personal con vinculación de carácter temporal (funcionarios, estatutarios o laborales), como es el regulado en los arts. 15 y 23 del Decreto-Ley 1/2012, sobre el que nos ocuparemos al final de este informe.

IV. ALEGATOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Los supuestos reproches de inconstitucionalidad aludidos por la representación sindical respecto al Decreto-Ley 1/2012, son los siguientes:

1. Derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE)

Los distintos preceptos relativos a la materia de personal contenidos en el Capítulo III del Decreto-Ley, establecen medidas con distinto alcance según afecten por un lado al personal funcionario, estatutario o laboral fijo y por otro al temporal o según afecten a vinculaciones temporales con distinta naturaleza en su vinculación o especialidad de la función pública.

a) Respecto al personal interino o temporal de la Administración General (Administración educativa y sanitaria) de la Junta de Andalucía.

Se afirma que el trato diferenciado en función del carácter permanente o no de la vinculación vulnera el principio de igualdad y no discriminación, así como el de inequidad, al depositar la gravosidad según se trate de una u otra la vinculación.

En este sentido se señalan los artículo 15, en el que la jornada de trabajo del personal funcionario interino, del personal estatutario temporal, del personal laboral temporal y del personal laboral indefinido no fijo, de la Administración General se reduce en un 10 %, reduciéndose en el mismo porcentaje sus retribuciones fijas y periódicas, y en el art. 23 para el personal laboral temporal y laboral indefinido no fijo de las Agencias Públicas Empresariales la jornada de trabajo se reduce en un 10 %, reduciéndose en el mismo porcentaje sus retribuciones fijas y periódicas. Se destaca que este trato diferente en función a su condición de fijo o temporal carece de fundamento y soporte legal alguno, colectivo al que, además de esta medida específica, también se le aplica por igual el recorte en las retribuciones establecidas al personal con vinculación permanente.

Se destaca que tal medida es contraria a la Directiva 1999/707/ce del Consejo, de 28 de junio de 1999, sobre trabajo de duración determinada, que establece la igualdad de trato y de condiciones de trabajo para todos los trabajadores, independientemente de su fijeza o temporalidad en su vinculación con la empresa.

b) Personal laboral temporal de las Agencias Públicas Empresariales

Se aduce que igualmente se produce un trato desigual entre el personal funcionario, estatutario y laboral de la Administración General y parte de la instrumental (de las agencias administrativas y de régimen especial) respecto al personal de las Agencias Públicas Empresariales, al possibilitarse que estos últimos sufran mayores descuentos en sus emolumentos, sin justificación ni negociación, dejando el alcance final de la medida (el 5 % de la masa salarial) al libre arbitrio de la propia Agencia Pública Empresarial.

Para ambos supuestos se afirma que la norma recurrida no contempla ni explica en modo alguno las razones objetivas que pudieran justificar el trato discriminatorio que se impone a los afectados, ni que motivos o justificaciones pudieran existir para dejar fuera de la aplicación de las medidas a unos y no a otros que vienen desempeñando puestos de trabajo idénticos a los afectados y con sus mismas funciones y condiciones de trabajo, por el mero hecho y única razón de estar ocupados por personal temporal. De ello se desprende de forma indudable que tal actuación constituye un claro supuesto de trato diferenciado y discriminatorio totalmente injustificado, vulnerándose así el principio de igualdad y no discriminación den Art. 14 de la CE, con vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

2. Contribución igualitaria a los gastos públicos y no privación de bienes y derechos (arts. 31 y 33.3 CE)

Se alega que el Decreto-Ley lesiona directamente -sin compensación indemnizatoria alguna- derechos adquiridos de los empleados públicos y no meras

expectativas, privación patrimonial singular e individualizada, y sin compensación, con vulneración de lo dispuesto en el art. 33 de la Constitución.

Como fundamento de esta vulneración se trae a colación la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de Mayo de 1995, cuyo Fundamento jurídico 4º, indica que los Poderes Públicos pueden cambiar la estructura de las retribuciones como mejor le parezca, pero debe mantener el montante consolidado de las citadas retribuciones, mediante la técnica de los complementos absorbibles por futuros aumentos, sosteniendo que pueden congelar el salario, como ya ha ocurrido en otras ocasiones, pero no disminuir el montante consolidado de las retribuciones, al tener el carácter de derechos adquiridos.

3. Derecho al trabajo y a una remuneración suficiente (art. 35 CE)

Igualmente se alega la vulneración del derecho al trabajo y a una remuneración suficiente que establece el artículo 35 CE, especialmente al establecer en algunos casos -como el personal temporal en general - reducciones que se califican como abusivas y desproporcionadas en su jornada de trabajo y retribuciones.

En este apartado cabe subsumir el alegato relativo a la suspensión/supresión del régimen de ayudas de acción social, medida que no especifica su alcance respecto a los que vengán percibiéndolas, añadiendo al perjuicio económico de sus beneficiarios inseguridad jurídica.

4. Derecho a la negociación colectiva (art. 37 CE)

Respecto al personal laboral sujeto al vigente Convenio Colectivo de la Junta de Andalucía (VI), se sostiene que el derecho a la negociación colectiva no tiene exclusivamente una dimensión legal, sino que una parte es objeto de reconocimiento expreso por la Constitución en su artículo 37 y, del mismo modo, constituye una manifestación de la libertad sindical reconocida en el artículo 28 CE. La vulneración que supone la aplicación unilateral de reducciones salariales, vigente el Convenio Colectivo, respecto de los derechos y libertades constitucionales, en sus vertientes tanto del derecho de libertad sindical como de negociación colectiva, viene a suponer la quiebra de la eficacia vinculante del mismo, reconocida en el artículo 37.1 CE, que garantiza la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios.

El Decreto-Ley incide en el derecho a la negociación colectiva laboral regulado en el artículo 37 CE, puesto que, afecta a las retribuciones vigentes y por lo tanto pactadas para el año 2012 en convenio colectivo.

Por último, tampoco se cumplen con las previsiones contenidas en el art. 38 del EBEP en lo referente a la suspensión de la vigencia de acuerdos y pactos por circunstancias graves y excepcionales de interés público al incumplirse la obligación de informar a las Organizaciones Sindicales de las causas originarias de tal medida.

Por otra parte, con la excusa de la introducción de medidas de ajuste con evidente vocación de temporalidad se introducen otras con vocación de permanencia que nada tienen que ver con esta situación de "urgencia, gravedad y necesidad" alegada y que vienen a modificar de forma importante el régimen jurídico del personal en materias tan sensibles como la jornada e indemnizaciones por finalización del contrato (art. 25 y 32).

Así señala el art. 4 que se exceptúa del carácter temporal de las medidas las consignadas en los artículos 18,19, 22, 25 y 32. Así, a través de esta vía del Decreto-Ley se soslaya la negociación colectiva introduciendo unas medidas definitivas en materia de jornada que deberían negociarse en Mesa de Negociación por su carácter de definitivas y ordinarias.

5. Inalterabilidad de los presupuestos aprobados (art. 134 CE)

Se afirma que la Ley de presupuestos constituye una habilitación de ingresos y una autorización de los gastos que el Gobierno puede realizar durante un ejercicio económico que ha de coincidir con el año natural, es decir, la autorización tiene naturaleza meramente temporal; tratándose de una autorización que tiene un plazo de vigencia sometida a un límite temporal constitucionalmente determinado, concretamente, el de un año. Sobre este particular, las STC 32/2000, de 3 de febrero (F. 2), 109/2001, de 26 de abril (F. 5), y 67/2002, de 21 de marzo (F. 3), que «son las Leyes que cada año aprueban los presupuestos generales del Estado», y en la STC 195/1994, de 28 de junio, que la «específica función que constitucionalmente se atribuye a este tipo de Leyes» es «aprobar anualmente los presupuestos generales del Estado» (F. 2). Así lo establece claramente para las Leyes de presupuestos del Estado el art. 134.2 CE al señalar que «los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual».

Y esta misma anualidad es la que no permite que a mitad de año se modifique el Gasto de Personal puesto que la aprobación y vigencia de la ley, había ya creado situaciones jurídicamente individualizadas en cuanto a derechos retributivos que sólo podrían perderse en caso de cese en la propia condición de empleado público.

No obstante lo anterior, el propio texto constitucional prevé la posibilidad de que el Parlamento modifique los presupuestos a iniciativa del Gobierno en su art. 134.5. En efecto, conforme al tenor literal de este artículo *«aprobados los Presupuestos Generales del Estado, el Gobierno podrá presentar proyectos de Ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario»*, presupuesto que se afirma no se dan en el caso del Decreto-Ley citado.

Admitir lo contrario, esto es, la alteración indiscriminada de las previsiones contenidas en la Ley supondría tanto como anular las exigencias de unidad y universalidad presupuestarias contenidas en el art. 134.2 CE. Este es, por otro lado, el entendimiento que del art. 134.5 CE ha tenido el legislador estatal al autorizar al Gobierno a solicitar de las Cortes Generales un crédito extraordinario o un suplemento de crédito sólo cuando exista *«algún gasto que no pueda demorarse hasta el ejercicio siguiente»* y no exista en los presupuestos del Estado *«crédito o sea insuficiente y no*

ampliable el consignado» y, además, «se especifique el recurso que haya de financiar el mayor gasto público» (art. 64.1 LGP).

Desde esta perspectiva se sostiene que el citado Decreto-Ley ha venido a modificar la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2012 pero no en el sentido y como sólo permite la Constitución de *aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes* para solventar un gasto inaplazable, sino que lo ha hecho en el sentido de disminución del gasto correspondiente, lo que resulta manifiestamente contrario a lo establecido en el art.134 CE.

6. Insuficiencia del presupuesto habilitante de circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad (art. 86 CE y 110 del Estatuto de Autonomía de Andalucía).

El artículo 86.1 de la CE exige dos requisitos para que el gobierno legisle por el procedimiento excepcional del Decreto-Ley; el primero positivo, exigiendo que concurren circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad y, el segundo en negativo, señalando que en ningún caso la norma así dictada podrá afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución, el régimen de las Comunidades Autónomas y el derecho electoral general.

A este respecto el Auto nº82/10, de 30 de Diciembre de 201, de la Sala de lo Social de Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ya señaló en relación al Decreto-Ley 2/2010, de 28 de Mayo por el que se aprobaba medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público andaluz que la "eficacia vinculante de los convenios" forma parte del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva que constituye, a su vez, contenido esencial del derecho de libertad sindical y en consecuencia un convenio colectivo en vigor no puede ser dejado sin efecto mediante un Decreto-Ley, y si tan solo mediante una ley que, en todo caso, habría de respetar el contenido esencial de ese derecho, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53.1 de la CE.

De esta forma el Decreto-Ley 1/2012 al reducir las retribuciones establecidas en convenio colectivo, sin previa negociación colectiva, no cumple ese requisito negativo mencionado anteriormente al afectar a la eficacia vinculante de los convenios y por lo tanto a un derecho reconocido en el título I de la Constitución, vulnerándose con ello de pleno el Art.86 CE y 110 de nuestro Estatuto de Autonomía.

Antes de nada, es preciso señalar que en materia de reducción salarial de los empleados públicos existe una amplia doctrina jurisprudencial surgida alrededor del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo y de la Resolución del Secretario de hacienda y Presupuestos, de 25 de mayo de 2010, relativa a la nómina de funcionarios.

Con los citados antecedentes, a continuación procede analizar los motivos de inconstitucionalidad que presenta la representación sindical, siguiendo como necesaria línea argumental.

V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

V.1. DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIAL DICTADA CON OCASIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 8/2010, DE 20 DE MAYO, RELACIONADA CON LAS ALEGACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Sin duda el Auto del Tribunal Constitucional 85/2011, de 7 de junio (cuestión de inconstitucionalidad nº 8.173/2010, dictado con ocasión de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas frente al Real Decreto-Ley 8/2010, elevadas por distintos tribunales y juzgados) constituye el principal argumento para considerar como infundadas la práctica totalidad de los alegatos de inconstitucionalidad realizado por la citada representación sindical, toda vez que se da equivalencia en el contenido sustancial de los preceptos y de los fundamentos, cuestión que nos permite fundamentar nuestro criterio por remisión de plano a dicho auto.

En base a ello, consideramos que el DECRETO-LEY 1/2012 NO VULNERA PRECEPTOS CONSTITUCIONALES CITADOS en base a los siguientes argumentos:

1.- En relación a la concurrencia del presupuesto de la extraordinaria y urgente necesidad (art. 86.1 CE).

El referido Auto del Tribunal Constitucional 85/2011, de 7 de junio, concluye inadmitiendo y confirmando la concurrencia del presupuesto de la extraordinaria y urgente necesidad exigido por el artículo 86.1 de la Constitución (Autos 179 y 184/2011) argumentando que:

"(...) por lo que se refiere a las dudas del órgano judicial relativas al pretendido carácter no imprevisible o sobrevenido de la situación económica a la que el Real Decreto-ley 8/2010 trata de dar respuesta, baste señalar que, al margen de que nada impide, claro está, que una determinada situación extraordinaria que se hubiera producido en el pasado pueda volver a presentarse, demandando de nuevo -incluso con mayor motivo- una respuesta urgente mediante las medidas que se aprecien como necesarias, como ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida puede ser independiente de su imprevisibilidad e, incluso, de que tenga su origen en la previa inactividad del propio Gobierno siempre que concurra efectivamente la excepcionalidad de la situación, pues 'lo que aquí debe importar no es tanto la causa de las circunstancias que justifican la legislación de urgencia cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurran' (SSTC 11/2002, de 17 de enero, FJ 6 ; y 68/2007, de 28 de marzo , FJ 8, por todas), que es justamente lo que resulta acreditado en el presente caso.

En consecuencia, que la gravísima situación económica en general y de las finanzas públicas en particular pudiera haberse previsto de alguna manera por la Unión Europea desde unos meses antes, o que el Gobierno pudiera haber adoptado ya medidas al respecto cuando remitió a las Cortes los presupuestos generales del Estado para 2010, constituyen hipótesis que, aun cuando fueren ciertas, no tienen por

qué afectar a la constatación de la existencia unos meses más tarde de una situación de extraordinaria y urgente necesidad que legitima la adopción de medidas urgentes para hacer frente a la misma, como las contenidas en art. 1 del Real Decreto-ley 8/2010.

En fin, cabe señalar que tampoco concurren razones para dudar de la existencia de la necesaria conexión exigida por nuestra doctrina entre la situación de extraordinaria y urgente necesidad de reducción del déficit público definida y las medidas que el Real Decreto-ley 8/2010 adopta para afrontarla, en particular la reducción de la masa salarial del sector público en un 5 por 100 en términos anuales, máxime desde la perspectiva que nos otorga en estos momentos el conocimiento de la evolución de la situación, en España y en otros países de la Unión Europea, dado el tiempo transcurrido desde la aprobación del Real Decreto ley 8/2010."

En suma, por lo expuesto, hemos de rechazar que el Real Decreto-Ley 8/2010 haya excedido los límites impuestos por el art. 86.1 CE en lo que se refiere al requisito del presupuesto habilitante".

En el caso planteado, ha de tenerse en cuenta que el Decreto-Ley 1/2012 se dicta al amparo de los arts. 86 de la CE y correlativo art. 110 del vigente Estatuto de Autonomía de Andalucía, tal y como explicita la propia exposición de motivos del mismo, modalidad de regulación que en estos tiempos de grave crisis económica utiliza asiduamente el Estado (repárese que el Real Decreto-Ley último lleva el número ordinal 20 en lo que va de 2012) como las Comunidades Autónomas que se han dotado de esta modalidad legislativa, y ello en un contexto aún más agravado, si cabe, de la crisis económica que motivaron en su día la primera reducción retributiva de los empleados públicos mediante el Decreto-Ley 2/2010, de 28 de mayo (dictado en desarrollo del Real Decreto-Ley 8/2010).

2.- En relación al derecho a la negociación colectiva (art. 37 CE)

Asimismo los Autos 85, 101 a 106, 109 a 115 y 179, todos de 2011, del Tribunal Constitucional, han excluido que afecte en términos prohibidos por ese precepto al derecho a la negociación colectiva reconocido en el su artículo 37 de la CE, reiterando en todos ellos --citamos el auto 115/2011-- que "*del art. 37.1 CE no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevenida*" puesto que "*en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no sólo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario*". En consecuencia, "los preceptos legales cuestionados no suponen una 'afectación' en el sentido constitucional del término, del derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 CE, en cuanto ni regulan el régimen general de dicho derecho, ni la intangibilidad del convenio colectivo se configura como uno de sus elementos esenciales, Razonamiento éste que lleva directamente a rechazar las alegaciones relativas a la infracción del artículo 134 de la Constitución --con lo que decaen igualmente las relativas a los preceptos del Reglamento del Congreso de los Diputados invocados por la demanda-- pues resulta aplicable a los pactos y acuerdos previstos ahora por el Estatuto Básico del Empleado Público. Rechazo, por lo demás,

que ya manifiestan expresamente los autos 179 y 184/2011, este último afirmando que "(...) aunque en la parte dispositiva del Auto de planteamiento de la cuestión no se alude a la supuesta infracción del art. 134 CE por el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, sí lo hace en la fundamentación del mismo, considerando el órgano judicial que la Ley de presupuestos no puede modificarse mediante decreto ley porque el art. 134 CE exige que los presupuestos se aprueben mediante una ley ordinaria, que tiene la consideración en la doctrina constitucional de "ley singular". Pues bien, esta duda de constitucionalidad resulta, asimismo, notoriamente infundada, por las razones que ya indicamos en el ATC 179/2011 , FJ 8, al que ahora procede remitirse y en el que consideramos que "[l]a medida de reducción de la cuantía global de las retribuciones de los empleados públicos que introduce el art. 1 del Real Decreto-ley 8/2010 modificando los preceptos correspondientes de la Ley 26/2009, de presupuestos generales del Estado para 2010, no vulnera el art. 134 CE , pues no invade materia reservada a la ley de presupuestos generales del Estado".

3.- En relación a la vulneración del art. 31 CE

A su vez, el Auto 180/2011 excluye la vulneración del artículo 31.1 de la Constitución con estos razonamientos:

"Entiende asimismo el Juzgado proponente de la cuestión que la reducción de retribuciones impuesta por el Real Decreto-ley 8/2010 (y por extensión la Ley de la Comunidad de Extremadura 6/2010) vulnera la reserva de ley establecida en el art. 31 CE , porque la verdadera naturaleza de esta medida es la de una prestación patrimonial de carácter público, determinada con arreglo a la capacidad económica de los funcionarios, de alcance progresivo, que supone en la práctica la creación de un impuesto encubierto (que tendría, además, un alcance casi confiscatorio, al incidir sobre derechos adquiridos y gravar por segunda vez las rentas de trabajo del empleado público).

Esta duda de constitucionalidad del órgano judicial carece por completo de fundamento, puesto que, como acertadamente señala el Fiscal General del Estado, la reducción de retribuciones de los empleados públicos impuesta por el Real Decreto-ley 8/2010 (y aplicada en Extremadura por la Ley 6/2010) no configura un tributo encubierto, por cuanto no establece un hecho imponible al que se anude una obligación de contribuir, de acuerdo con el deber constitucional de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, por lo que no cabe considerar que se haya producido lesión alguna de lo dispuesto en el art. 31 CE . Obvio es que la reducción de retribuciones cuestionada es una medida dirigida a la contención de los gastos de personal que afecta a la partida de gastos del presupuesto de las distintas Administraciones públicas, no al presupuesto de ingresos, mientras que para los empleados públicos significa la percepción de retribuciones en cuantía inferior a la anteriormente percibida, que nada tiene que ver con la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante el pago de tributos configurados mediante ley (art. 31.3 CE) conforme a los principios establecidos en el art. 31.1 CE , en contra de lo afirmado con argumentos sofisticados por el órgano judicial promotor de la presente cuestión".

4.- En relación al art. 14, 33.3 y 134 CE

Y tampoco ha advertido el Tribunal Constitucional (Auto 184/20) que el Real Decreto-Ley 8/2010 suponga la infracción de los artículos 14 y 33 de la CE . Los argumentos que sustentan su juicio son éstos:

"(...) el Juzgado promotor de la presente cuestión entiende que la reducción de retribuciones de los empleados públicos impuesta por el Real Decreto-ley 8/2010 afecta al derecho reconocido en el art. 33 CE por cuanto considera que tiene carácter expropiatorio de un derecho adquirido como sería la percepción de una determinada cuantía del salario futuro. Reducción de retribuciones que sería, además, discriminatoria y contraria al art. 14 CE . Por ambas razones considera que resulta infringido el art. 86.1 CE en cuanto prohíbe que los Decretos-leyes puedan afectar a derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I CE. Pues bien, el Real Decreto-ley cuestionado no "afecta" a los derechos reconocidos en los arts. 14 y 33 CE , en el sentido que a dicha expresión ha dado la doctrina constitucional como límite material negativo del art. 86.1 CE ya que, como ha recordado muy recientemente el Tribunal en el citado ATC 179/2011, de 13 de diciembre (FJ 8), indicando que "lo que le está vedado al Decreto-ley es la regulación del 'régimen general de los derechos, deberes y libertades del título I CE' o que 'vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos'" (STC 111/1983, de 2 de diciembre , FJ 8, doctrina que se reitera en las SSTC182/1997, de 28 de octubre, FJ 7 ; 137/2003, de 3 de julio, FJ 6 ; 108/2004, de 30 de junio, FJ 7 ; y 189/2005, de 7 de julio , FJ 7, por todas).

Igualmente por remisión a lo ya decidido en el citado ATC 179/2011, de 13 de septiembre, procede descartar la duda de constitucionalidad planteada en cuanto a la pretendida vulneración del art. 33 CE en cuanto que el Real Decreto-ley 8/2010 recortaría derechos económicos adquiridos de los funcionarios públicos reconocidos para toda la anualidad presupuestaria por la Ley 26/2009 de presupuestos generales del Estado para 2010. En efecto, como ya señalamos en el ATC 179/2011, FJ 7 c) "tal argumento carece de fundamento, por cuanto la reducción de retribuciones impuesta por el art. 1 del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo , mediante la modificación de los arts. 22 , 24 y 28 de la Ley 26/2009 , de presupuestos generales del Estado para 2010, lo es con efectos de 1 de junio de 2010 respecto de las retribuciones vigentes a 31 de mayo de 2010, esto es, afecta a derechos económicos aún no devengados por corresponder a mensualidades en las que aún no se ha prestado el servicio público y, en consecuencia, no se encuentran incorporados al patrimonio del funcionario, por lo que no cabe hablar de derechos adquiridos de los que los funcionarios hayan sido privados sin indemnización (art. 33.3 CE), ni de una regulación que afecta retroactivamente a derechos ya nacidos". Y con respecto a la pretendida afectación a un derecho adquirido de los funcionarios y empleados públicos indicamos que "conviene recordar al respecto que, como advertimos en la STC 99/1987, de 11 de junio , FJ 6 a), resulta inapropiado el intento de aplicar la controvertida teoría de los derechos adquiridos en el ámbito estatutario, toda vez que 'en el campo de la relación funcional, el funcionario adquiere y tiene derechos subjetivos que la ley ha de respetar... Pero una cosa es o son esos derechos y otra la pretensión de que aparezcan como inmodificables en su contenido concreto. El funcionario que ingresa al

servicio de la Administración pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso ..., porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcional (art. 103.3 CE) (...)

En suma, los preceptos legales cuestionados, en la redacción dada a los mismos por el art. 1 del Real Decreto-Ley 8/2010, no han franqueado el límite material que al decreto-ley impone el art. 86.1 CE de no afectar a los derechos, deberes y libertades del título I CE.”.

V.2. PRECEPTOS QUE PUDIERON INCURRIR INICIALMENTE EN INCONSTITUCIONALIDAD, POSTERIORMENTE SUBSANADA POR EL DECRETO-LEY 3/2012, DE 24 DE JULIO.

La inicial redacción del art. 6 (apartados 4 y 5), 7, 8, 9, 10, 11 y 24 del Decreto-Ley 1/2012, al disponer la supresión de la paga extraordinaria de junio de 2012, podría incurrir en vulneración del art. 9.3 de la CE de prohibición de la retroactividad de una disposición restrictiva de derechos, toda vez que se establecía sobre una paga extraordinaria que empezó a generarse desde el primer día del mes de diciembre de 2011 hasta el 30 de junio de 2012, y dado que el Decreto-Ley citado entró en vigor el día 23 de junio de 2012 (día siguiente al de su publicación en el BOJA de 22 de junio de 2012), ciertamente la mayor parte de su cuantía ya se había devengado conforme a lo establecido en la legislación de empleo público.

Esta posibilidad de estar incursos de inconstitucionalidad los preceptos citados del Decreto-Ley 2/2010, han devenido en subsanación en virtud de la suspensión de los mismos en virtud del posterior Decreto-Ley 3/2012, de 24 de julio.

Como quiera que la pretensión de inconstitucionalidad ha sido planteado por la representación sindical con anterioridad al citado Decreto-Ley 3/2010, decae por este motivo el alegato de inconstitucionalidad.

No obstante el art. 2 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, al suprimir la paga extraordinaria de diciembre de 2012, podría incurrir en similar afectación, toda vez que el derecho al cobro de la misma comienza a generarse desde el primer día de junio de 2012 al día 30 de noviembre de 2012 (con devengo de derechos económicos y por dicho concepto por el periodo transcurrido entre el día 1 de junio y el 14 de julio de 2012), y dado que el citado Real Decreto-Ley ha entrado en vigor el día 15 de julio (tras su publicación en el BOE del 14 de julio), podría afectar al principio constitucional de irretroactividad, por los argumentos antes expuestos.

V.3. PRECEPTOS DEL DECRETO-LEY 1/2012 QUE ESTABLECEN UN TRATO DIFERENCIADO RESPECTO A LOS COLECTIVOS SIN VINCULACIÓN DE

CARÁCTER PERMANENTE.

1.- Sobre la posible vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación (Art. 14 CE) por el trato diferenciado entre personal funcionario interino y laboral temporal (y laboral indefinido no fijo) respecto al funcionario de carrera y laboral fijo.

En principio, el Estatuto Básico del Empleado Público prosigue la larga tradición en la progresiva equiparación del personal funcionario y laboral, cuyas diferencias en su régimen jurídico desde la jurisprudencia se viene justificando en aras a no apreciar trato discriminatorios en tanto que este sea razonable y justificado, entendiéndose por esta instancia objetiva y razonablemente justificado el trato distinto de ambos colectivos en base a la distinta naturaleza del vínculo, a su distinto régimen jurídico y a la distinta posición que respecto a unos y otros tiene la Administración.

Esta línea de equiparación ha tenido su traslación en la paulatina equiparación, dentro de cada uno de los colectivos citado (funcionarios, laborales o estatutarios) en lo que se refiere al carácter permanente o no de la vinculación, es decir, por un lado los funcionarios o estatutarios de carrera o fijos frente a funcionarios interinos o estatutarios temporales, y por otro los laborales fijos frente a los laborales temporales (e incluso laborales indefinidos no fijos).

Este tratamiento igualitario tiene como marco de referencia y reconocimiento la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada y en el Acuerdo marco sobre la misma cuestión anexo a dicha Directiva, que ha tenido un amplio reflejo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la que se viene a eliminar la discriminación existente en el ámbito retributivo tanto en el sector del empleo público como en el privado.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha mantenido una línea dubitativa a este respecto, pues si bien reconoce el valor de las resoluciones del Tribunal Europeo, por otro lado no considera canon de constitucionalidad el Derecho Comunitario, lo que ha dado lugar, en ocasiones, a mantener la legitimidad de la diferenciación entre funcionario de carrera e interinos. En este sentido podemos destacar los Autos 112/2008, de 14 de abril y el 63/1996, de 12 de marzo, e incluso la STC 137/2009, de 15 de junio, que aunque referida a otros ámbitos distintos del retributivo, viene a legitimar el distinto criterio del legislador respecto a la distinta vinculación temporal.

Pues bien, este proceso de progresiva equiparación retributiva entre los distintos colectivos que engloban a los servidores públicos, como también la de todos ellos con independencia del carácter permanente o temporal del mismo, se interrumpe en la regulación abordada por el Decreto-Ley 1/2012 (sin que este particular haya sido objeto de modificación por el Decreto-Ley 3/2012), donde en función del carácter interino o temporal de la relación de servicios, se establece una obligada reducción de la jornada laboral del diez por ciento, con proporcional reducción de las retribuciones.

En este sentido el art. 15 (y en el mismo sentido el art. 23 respecto al personal de

la misma naturaleza vinculados a las entidades instrumentales y consorcios) del Decreto-Ley 1/2012, relativo a la reducción de la jornada de trabajo con efectos en las retribuciones, dispone:

“ 1. La jornada de trabajo del personal funcionario interino, del personal estatutario temporal, del personal laboral temporal, y del personal laboral indefinido no fijo que haya sido declarado como tal por resolución judicial o administrativa, incluidos en los apartados a) y b) del artículo 3, se reduce en un 10 por ciento, reduciéndose en el mismo porcentaje sus retribuciones fijas y periódicas, excepto en aquellos ámbitos en los que en virtud de la regulación establecida por la normativa estatal básica resulte inaplicable”.

Frente a este tratamiento, el apartado 2 del art. 15 establece una opción de reducción de jornada y retribuciones voluntaria para el personal funcionario de carrera y laboral fijo (en idéntico sentido el art. 23.2 para el personal laboral fijo de las entidades instrumentales y consorcios), disponiendo:

“2. El personal funcionario de carrera, el personal estatutario fijo y el personal laboral fijo incluidos en los apartados a) y b) del artículo 3, podrá solicitar voluntariamente la reducción de su jornada diaria, con la correspondiente reducción proporcional de retribuciones, teniendo en cuenta siempre las necesidades del servicio.”

Cabe decir que tal trato diferenciado no es objeto de mención en la exposición de motivos del citado decreto-ley, como tampoco ha sido objeto de debate en el trámite parlamentario de convalidación.

Sin perjuicio de que esta regulación pueda avalarse por la doctrina constitucional antes expuesta, igualmente cabe considerar que desde esta perspectiva, dichas medidas no solo suponen un tratamiento desigual del personal interino, temporal o indefinido no fijo al que se le impone una reducción de jornada y retribuciones sin motivación aparente alguna, pues al parecer no tiene otra que el mero hecho de tener tal condición interina o temporal.

2.- Sobre el tratamiento diferenciado del personal de carácter no permanente en atención a la distinta naturaleza de la relación de servicios.

Con independencia de la reducción retributiva que con carácter general se disponía inicialmente en el Decreto-Ley 1/2012 (y que es dejado sin efecto para el ejercicio de 2012 tras su reforma por Decreto-Ley 3/2012), el art. 15 del mismo establece un supuesto especial de reducción de la jornada de trabajo del 10 por ciento, con reducción en el mismo porcentaje de las retribuciones fijas y periódicas, tratamiento que alcanza al personal funcionario interino, personal estatutario temporal y personal laboral indefinido no fijo que haya sido declarado como tal por resolución judicial o administrativa, todos ellos correspondientes a la Administración de la Junta de Andalucía, sus instituciones, agencias administrativas y agencias de régimen especial (art. 3 a) y b) del art. 3).

Dicha medida resulta extendida por el art. 23.1 al personal laboral temporal y al personal laboral indefinido no fijo de las entidades instrumentales y consorcios, en el mismo porcentaje y consecuencias previstas para el personal anterior.

No obstante, a pesar de espíritu de generalidad que pretende la iniciativa legislativa, en orden a hacer un trato equitativo de las cargas que la norma impone, respecto al personal delimitado en el art. 15, el inciso final del apartado 1 exceptúa de dicha reducción de jornada y retribuciones al personal que “*en virtud de la regulación establecida por la normativa básica estatal resulte aplicable*”, sin que esta genérica referencia explicita más el ámbito al que alcanza.

Al amparo de dicha excepción se viene citando dos colectivos de personal, ambos acogidos a regímenes jurídicos específicos, como resultan ser el personal al servicio de la Administración de Justicia y el personal estatutario al servicio de los Servicios Autonómicos de Salud, ambos con regímenes de personal específicos como son la Ley Orgánica del Poder Judicial y demás normas de desarrollo en materia de personal a su servicio, y el Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud (Ley 55/2003, de 16 de diciembre), regulaciones de competencia exclusiva del Estado.

Respecto al personal al servicio de la Administración de Justicia, ya el Defensor del Pueblo, con ocasión de similar planteamiento de inconstitucionalidad frente al Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril), y en concreto respecto a su ámbito de aplicación en relación a dicho personal, señala en su Resolución de 5 de julio de 2007, que la excepción viene dada por el propio art. 122.1 de la CE, al señalar que la Ley Orgánica del Poder Judicial determinará el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados y del personal al servicio de la Administración de Justicia, un ámbito competencial reservado al Estado y a regulación orgánica que tiene su refrendo en la STC 56/1990, de 29 de marzo.

En cuanto al personal estatutario dependiente del Servicio Andaluz de Salud, se afirma desde instancias gubernamentales y sindicales que la reducción de jornada y retribuciones no resulta aplicable al mismo toda vez que el art. 60 del Estatuto Marco del personal del Servicio Nacional de Salud (Ley 55/2003, de 16 de diciembre), obliga a que el personal con jornada superior al 75 por ciento de la jornada ordinaria no perciba una retribución inferior al 100 por ciento correspondiente a la ordinaria, resultando, por tanto, inaplicable una reducción retributiva del 10 por ciento a una jornada reducida al 90 por ciento de la ordinaria.

No obstante, esta interpretación choca con la redacción dada por el art. 15.1 en el que explícitamente se extiende al “personal estatutario temporal” dicha reducción de jornada y retribuciones, sin que el Decreto-Ley 3/2012 haya salvado dicha contradicción, lo que de persistir dicha interpretación requeriría una modificación de dicho precepto.

VI. CONCLUSIONES

En base a los aspectos analizados en los epígrafes precedentes y a estas

valoraciones, podemos ofrecer en orden a las pretensiones expresadas sobre la constitucionalidad del Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio, las siguientes CONCLUSIONES:

Primera.- Con carácter general no apreciamos motivo de inconstitucionalidad en las medidas que en materia de personal del sector público andaluz se adoptan por la Comunidad Autónoma de Andalucía en el Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio, especialmente en lo referido a la reducción retributiva y a las modificaciones de las condiciones de trabajo, respondiendo todas ellas a situaciones extraordinarias y urgentes para atender los compromisos que en materia de estabilidad presupuestaria disponen normas de rango superior.

Segunda.- En relación a la reducción de jornada y correlativa reducción de retribuciones del personal sin vinculación de carácter permanente, debieran clarificarse las razones o motivos que justifiquen un tratamiento diferenciado respecto al personal con vínculo permanente, así como del tratamiento diferenciado dentro de los distintos colectivos que integran el personal no permanente en atención a la distinta naturaleza del vínculo (funcionarial, estatutaria o laboral), e incluso a la especificidad de la relación funcionarial.

Tercera.- A la vista de cuanto antecede, y conforme a lo establecido en el artículo 26 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, no procede instar formalmente a la Defensora del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad solicitado contra el Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio. Se considera oportuno trasladar a dicha instancia nuestras reflexiones atendiendo a los principios de cooperación y colaboración que ordenan las relaciones de ambas instituciones.

Sevilla, a 17 de agosto de 2012.