

DE CÓMO INFLUYE LA ACTUAL CRISIS EN LA REGULACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA Y ARAGÓN

ILMO. SR. D. JUAN CARLOS ZAPATA HÍJAR

Presidente de la Sala de lo Contencioso Administrativo del
Tribunal Superior de Justicia de Aragón

SUMARIO: I.- LA INCIDENCIA DE LA CRISIS EN LA REGULACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. LOS PRECEDENTES Y LA CRISIS DE 2008. II.- EL R. D. LEY 8/2010 DE 20 DE MAYO DEL GOBIERNO DE ESPAÑA Y LA LEY 5/2010 DE 24 DE JUNIO DE LAS CORTES DE ARAGÓN, LA PRIMERA REBAJA DEL SUELDO. III.- EL PRIMER CONTROL JUDICIAL. LOS AUTOS DE INADMISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LAS DESESTIMACIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO. IV.- EL R. D. LEY 20/2011 DE LA CONGELACIÓN DE LAS RETRIBUCIONES Y DE LA OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO. LA JORNADA DE TRABAJO. V.- LA LEY 3/2012 DE 3 DE MARZO DE MEDIDAS FISCALES Y ADMINISTRATIVAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN. LA ÚLTIMA REFORMA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN ARAGÓN. VI.- EL R. D. LEY 20/2012 DE 13 DE JULIO Y LA LEY 7/2012 DE 4 DE OCTUBRE DE LAS CORTES DE ARAGÓN. LA INCOMPATIBILIDAD DE PRESTACIONES Y PENSIONES, LA SUPRESIÓN DE LA PAGA EXTRA DE 2012, LA SUPRESIÓN DE PERMISOS, LA SUPRESIÓN DE LA RETRIBUCIÓN EN LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD LABORAL. VII.- LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL DE 5 DE JULIO DE 2012. VIII.- LA APLICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA PAGA EXTRA A PERIODOS YA TRABAJADOS. EL INFORME DE LA DEFENSORA DEL PUEBLO. IX.- LAS MODIFICACIONES DEL DERECHO FUNCIONARIAL EN LA CRISIS. JUICIO CRÍTICO. 1. La negociación colectiva. 2. La adopción bajo la fórmula de Real Decreto. 3. El carácter recaudatorio de estas decisiones. 4. El principio de igualdad y proporcionalidad.

I.- LA INCIDENCIA DE LA CRISIS EN LA REGULACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. LOS PRECEDENTES Y LA CRISIS DE 2008.

Esta crisis actual, no ha sido la primera de nuestra vida democrática. Yo que puedo decir con satisfacción que me encuentro en mitad del camino¹ –o en eso confío-, ya he contemplado dos crisis económicas, con consecuencias –como la presente- tremendamente dañinas para la economía y para el bienestar de los ciudadanos.

La crisis del petróleo de 1973 (también conocida como *primera crisis del petróleo*) comenzó el 23 de agosto de 1973, a raíz de la decisión de la Organización de Países Árabes Exportadores de Petróleo (que agrupaba a los países árabes miembros de la OPEP mas Egipto, Siria y Túnez) con miembros del golfo pérsico de la OPEP (lo que incluía a Irán) de no exportar más petróleo a los países que habían apoyado a Israel durante la guerra del Yom Kippur (llamada así por la fiesta judía), que enfrentaba a Israel con Siria y Egipto. Esta medida incluía a Estados Unidos y a sus aliados de Europa Occidental.

El aumento del precio unido a la gran dependencia que tenía el mundo industrializado del petróleo, provocó un fuerte efecto inflacionista y una reducción de la actividad económica de los países afectados. Estos países respondieron con una serie de medidas permanentes para frenar su dependencia exterior. Los efectos del embargo de petróleo fueron devastadores se duplicó el precio real del crudo a la entrada de la refinería y se produjeron cortes de suministro. Todo esto aceleró una etapa económica negativa en el mundo occidental y llevó a una recesión global durante el año siguiente. Debido a la interdependencia mundial a nivel social y económico, los países industrializados importadores de petróleo no comunistas asistieron a una repentina inflación y una recesión económica. En los países industrializados, especialmente en Estados Unidos, la crisis provocó que las condiciones de vida se volvieran muy adversas para los desempleados, los grupos sociales marginados, algunos trabajadores de mayor edad, y cada vez más, para los trabajadores más jóvenes. Las escuelas y oficinas en EEUU tuvieron que cerrar a menudo para ahorrar el combustible de la calefacción, y las fábricas tuvieron que reducir la producción y despedir trabajadores.

La segunda parte de la crisis –que no deja de ser una continuación de la primera- **comienza en el año 1979 y finaliza según los estudiosos en el año 1982²**, la denominada crisis iraní.

En España en la primera fase de 1973 a 1977, no se adoptan políticas de ajuste y se intenta compensar el aumento de precios, con políticas monetarias o fiscales expansivas. En la segunda fase de 1977 a 1982 se adoptan políticas de ajuste como en los Pactos de la Moncloa, se intenta combatir la inflación aunque con escaso éxito y en una tercera fase (1982-1985) se retoman las políticas de ajuste centradas en la aceleración del ajuste productivo y en un programa de reformas institucionales.

1. Para los curiosos cumpla 50 años este mismo año.

2. Sin embargo estos años son los de mayor destrucción de empleo en España, dada la reconversión industrial.

Pues bien tras estas dos crisis y después de un largo periodo de bonanza económica se produjo **la crisis económica iniciada en el año 2008** y que todavía surte sus efectos en la actualidad. Esta crisis se enmarca dentro de la Crisis económica de 2008 que afecta a todos los países del mundo, y en especial a los países desarrollados. El comienzo de esta crisis mundial supuso para España la explosión de otros problemas: el final de la burbuja inmobiliaria, la crisis bancaria de 2010 y finalmente el aumento del desempleo en España. El origen de esta crisis, enmarcada en el contexto de una crisis económica-financiera a nivel mundial, gira en torno al fuerte ajuste de la industria de la construcción tras el pinchazo de la burbuja inmobiliaria. La drástica disminución del crédito a familias y pequeños empresarios por parte de los bancos y las cajas de ahorros, algunas políticas de gasto inadecuadas llevadas a cabo por el gobierno central, el elevado déficit público de las administraciones autonómicas y municipales, la corrupción política, el deterioro de la productividad y la competitividad y la alta dependencia del petróleo son otros de los problemas que también han contribuido al agravamiento de la crisis.

Indicadores de la crisis

Desempleo.

El desempleo, que marcaba un mínimo histórico durante la primavera de 2007 con 1,76 millones de personas (un 7,95% de la población activa), pasó a registrar un máximo histórico en el tercer trimestre de 2012 con cerca de 6 millones de personas (un 25,02%), superando el paro juvenil (desempleados menores de 25 años) al 55%.

Producto Interior Bruto.

Variación anual del PIB (2000-2010).

El producto interior bruto (PIB) registró un decrecimiento continuado durante el último semestre de 2008 que provocó que, por primera vez en quince años, España entrase en una recesión, de la que no salió hasta el segundo trimestre de 2010; la contracción del PIB fue del -3,7% en 2009 y del -0.1 en 2010.

Índice de Precios al Consumo.

La inflación interanual alcanzó un máximo histórico del 5,3% en julio de 2008 debido al incremento del precio del petróleo y tras ocho meses de caídas, entró por primera vez desde que se tienen registros en una deflación que se prolongó durante otros ocho meses (de marzo a octubre de 2009), llegando a marcar un pico negativo del -1.4%.

A lo largo de la segunda mitad del año 2007, los precios empezaron a aumentar de forma considerable, situando la variación anual del IPC en diciembre de ese año en el 4,2%. Sin embargo, un estudio realizado por Caixa Catalunya aseguraba que la variación del IPC fue en realidad del 7,9%, siendo los productos

de consumo habitual los que experimentaron un mayor aumento, en especial la leche (31,0%), la gasolina (16,2%), el pan (14,4%) y los huevos (9,6%).

Los precios no dejaron de aumentar hasta julio de 2008, donde el IPC marcó el 5,3%, su nivel más alto desde 1992. Tras ocho meses consecutivos de caídas, el IPC entra en números negativos en marzo de 2009, coincidiendo con el retroceso del precio del petróleo y con el abaratamiento de algunos alimentos. Es la primera vez, desde que se calcula este indicador en España (1961), que se registra un descenso de los precios.

Deuda pública y prima de riesgo.

La deuda pública, que en 2007 representaba un 36,1% del PIB, se duplicó en tres años, situándose en el 60,1% en 2010, si bien, estos valores son mucho menores que los de la media de la Unión Europea (UE). En cambio, la prima de riesgo con respecto al *bund* alemán comenzó a dispararse durante el verano de 2011 hasta la cifra récord de 416 puntos, acrecentando los temores de un posible rescate económico de la UE a España, como los llevados a cabo en Grecia, Irlanda y Portugal. La prima de riesgo marcó récord en el verano de 2012 desde la entrada de España en el euro anotando 616 puntos básicos respecto al bono alemán a 10 años.

Pues bien –como es sabido– estos indicadores económicos no fueron bien leídos por el Gobierno socialista de Rodríguez Zapatero que durante esa época (años 2008 y 2009), lejos de adoptar medidas adecuadas, y de reconocer que existía una situación de crisis económica, adoptó medidas de gasto como el cheque-bebé en julio de 2007 (2500 euros por cada nuevo hijo nacido), la devolución de 400 euros a todos los contribuyentes del IRPF en caso de ser reelegido.

A principios de octubre de 2008, se presentan acciones a escala internacional para restablecer la confianza tras la espiral de quiebras en el sector bancario (Fortis, Dexia, Hypo Real Estate Bank, etc.). Por un lado, la Cámara de Representantes de EEUU aprueba un plan de rescate financiero diseñado por el Gobierno de George W. Bush para la adquisición de deuda de mala calidad de los bancos, con un coste de hasta 700.000 millones de dólares (medio billón de euros). Por otro lado, los líderes de Alemania, Francia, Reino Unido e Italia realizan una declaración conjunta en la que se comprometen a apoyar a los bancos problemáticos y a actuar de forma coordinada.

Durante el cuarto trimestre de 2008, la economía española entra oficialmente en recesión, al caer el Producto Interior Bruto (PIB) un 1,1%, descenso que se suma al del 0,3% en el tercer trimestre. Por otro lado, la escalada en la destrucción de empleo se va haciendo cada vez más notable: en agosto de 2008 se supera la barrera de los dos millones y medio de parados, la cifra más alta en diez años. En diciembre, España se convierte en el país que más empleo destruye del mundo, al rozar los tres millones de desempleados.

En este contexto, el Presidente Rodríguez Zapatero presenta el 12 de enero el Plan E (*Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo*), un proyecto con

82 medidas económicas (que se iría ampliando hasta superar el centenar) para «ayudar a mitigar la difícil situación que atraviesan miles de familias y empresas en España». De todas las medidas, la más destacada es el Fondo Estatal de Inversión Local, que destina ocho mil millones de euros a financiar la realización de obras en el ámbito municipal (en principio urgentes) que permitan generar empleo de forma rápida.

Estas medidas no tuvieron la eficacia necesaria y entre otras muchas, (incluida como la más relevante la reforma constitucional que modifica el artículo 135 de la Constitución, estableciendo en el texto el concepto de “estabilidad presupuestaria”, a la vez que introduce la prioridad absoluta del pago de la deuda y los intereses), se dicta **el Real Decreto Ley 8/2010 de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público**. Aquí nos vamos a ocupar de estas primeras medidas y de las que le siguieron en lo que afectan a los funcionarios y a los servidores públicos. En el buen entendimiento que –como es bien sabido– no han sido las únicas que se han adoptado. Pues los recortes presupuestarios y medidas de todo tipo, han afectado a todos los sectores de la sociedad, sin duda recortando el estado social que desde la aprobación de la Constitución se había creado. Está por ver y quizá en ello quiera ayudar este trabajo, si también se ha recortado con estas medidas el estado democrático y de derecho.

Y es que a pesar de las crisis habidas en España y de la situación deficitaria e inflacionista habida, nunca antes se había procedido a la bajada del sueldo de los funcionarios, ni a la suspensión de los convenios colectivos en vigor, o al resto de compromisos del Estado y del resto de Administraciones Públicas. En El R. D. Ley 8/2010 de 20 de mayo por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público del Gobierno de España y por primera vez en democracia, se aprueban estas dos medidas.

II.- EL R. D. L. 8/2010 DE 20 DE MAYO DEL GOBIERNO DE ESPAÑA Y LA LEY 5/2010 24 DE JUNIO DE LAS CORTES DE ARAGÓN, LA PRIMERA REBAJA DEL SUELDO.

En la exposición de motivos se establece la justificación del Real Decreto y lo primero que indica es que se trata de “*dar cumplimiento al compromiso del Gobierno de acelerar, en 2010 y 2011, la reducción del déficit inicialmente prevista*”.

El compromiso del Gobierno de España con la sostenibilidad de sus finanzas públicas y por lo tanto con la rebaja del déficit público quedó plasmado en la actualización del *Plan de Estabilidad y Crecimiento 2010-2013*, aprobada por el Consejo de Ministros de 29 de enero de 2010. En la misma se establece como objetivo, de acuerdo con *el Procedimiento de Déficit Excesivo abierto por la Unión Europea*, la reducción del déficit para el conjunto de las Administraciones Públicas hasta **el 3 % del Producto Interior Bruto**. Asimismo, también se aprobaron el *Plan de Acción Inmediata 2010* y el *Plan de Austeridad de la Administración General del Estado 2011-2013* como instrumentos para alcanzar dicho objetivo. Posteriormente, el Consejo

de Política Fiscal y Financiera aprobó el **Acuerdo Marco con las comunidades autónomas** y ciudades con estatuto de autonomía sobre sostenibilidad de las finanzas públicas 2010-2013. Y, en el seno de la Comisión Nacional de Administración Local se aprobó el **Acuerdo Marco sobre sostenibilidad de las finanzas públicas para el periodo 2010-2013** en el que se prevé una senda de déficit, en términos de Contabilidad Nacional, para el conjunto de las Entidades locales que va desde el 0,5% PIB en 2009 al 0,2% PIB en 2013. Con lo que todas las administraciones públicas se suman al esfuerzo que de forma coordinada debe llevarse a cabo para reducir el déficit público y asegurar la sostenibilidad fiscal a medio plazo.

Las medidas adoptadas no están únicamente encaminadas a la rebaja de la masa salarial de los funcionarios³. Pero todas ellas se adoptan a través de la misma norma jurídica el Real Decreto y se indica: *La extraordinaria y urgente necesidad de las reformas aquí contempladas obliga a hacer uso de la habilitación otorgada al Gobierno por el artículo 86 de la Constitución española. De manera que, aún cuando los ciudadanos no vayan a ver afectados sus derechos concretos de forma inmediata por la adopción de alguna estas medidas, es evidente que la aprobación de todas ellas va a producir unos importantes efectos económicos desde esta fecha, directamente orientados a remediar la situación de extraordinaria y urgente necesidad a la que el presente Real Decreto-ley responde, pues la rapidez, seguridad y determinación en la actuación forma parte del compromiso asumido por los países integrantes de la zona euro para reforzar la confianza en la moneda única y en la estabilidad de la eurozona*".

Para bajar el déficit ha de reducirse el gasto y se considera adecuado hacerlo en un 5 % de la masa salarial, en términos anuales.

Se razona en la exposición de motivos. *Dicha reducción, que opera tanto sobre las retribuciones básicas como sobre las de carácter complementario, es de obligada aplicación a todas las administraciones, lo que supondrá un importante ahorro para las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales dado el importante peso que el empleo público tiene en las mismas.*

La normativa básica es trascendental para el logro de los objetivos comunes de racionalización y eficacia de los gastos de personal así como de su reducción mientras persistan las circunstancias económicas extraordinarias actuales, de manera que esta normativa básica, en los términos redactados por el presente Real Decreto-ley, debe estar orientada a la consecución de los mismos".

Aunque como se justifica y con la finalidad de minimizar sus efectos sobre los salarios más bajos las medidas de reducción se aplican con criterios de progresi-

3. En el primer capítulo, se recogen las disposiciones encaminadas a reducir, con criterios de progresividad, la masa salarial del sector público en un 5 % en términos anuales. Por su parte, el capítulo II suspende la revalorización de las pensiones públicas para el año 2011, excluyendo las no contributivas y las pensiones mínimas. El capítulo III suprime, para los nuevos solicitantes, la retroactividad del pago de prestaciones por dependencia al día de presentación de la solicitud, estableciéndose, paralelamente, un plazo máximo de resolución de seis meses, cuyo incumplimiento llevará aparejada retroactividad desde la fecha en que se incurra en el mismo. Asimismo, el capítulo IV deja sin efecto la prestación por nacimiento o adopción de 2.500 euros a partir del 1 de enero de 2011. El capítulo V establece una revisión del precio de los medicamentos excluidos del sistema de precios de referencia y la adecuación del número de unidades de los envases de los medicamentos a la duración estandarizada de los tratamientos, así como dispensación de medicamentos en unidosis. Todo ello con el objetivo de reducir los gastos en farmacia. Además, en el capítulo VI se adoptan medidas con el fin de garantizar la contribución de las entidades locales al esfuerzo de consolidación fiscal y de mejora del control de la gestión económica financiera de las citadas entidades. Por último, en el capítulo VII se establecen medidas adicionales tendentes a realizar un control más eficaz del gasto público.

vidad. Lo que en la práctica se traduce en que la horquilla de reducción va de 0 al 15% dependiendo del sueldo de los funcionarios a los que se aplica.

Ocurría sin embargo que se había firmado 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 adoptaba entre otras medidas, un incremento salarial del 0,3% para el año 2010 y una cláusula de revisión salarial que tenía como objetivo intentar responder al principio del mantenimiento del poder adquisitivo del personal al servicio de las Administraciones Públicas en el periodo de vigencia del Acuerdo. Por todo ello el Consejo de Ministros acuerda por vía de este Real Decreto y al amparo de lo dispuesto en el art. 88.10 de la Ley 7/2007 de 12 de abril, de Estatuto Básico del Empleo Público, suspender parcialmente la aplicación de las cláusulas de contenido económico.

En el articulado del Real Decreto Ley se modifican los artículos de la Ley 26/2009 de 23 de diciembre de Presupuestos para 2010 y en concreto los relativos a las retribuciones del personal funcionario, laboral, estatutario, cualquiera que sea –como hemos visto– la Administración a la que sirven, y a los Altos Cargos del Estado, siendo en general una rebaja del cinco por ciento para la mayor parte de los servidores públicos, que se incrementa al 8, 9 y 10 % de rebaja para los sueldos más altos. También se contemplan las rebajas de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil, Policía y Carrera Judicial, Fiscal, personal al servicio de la Administración de Justicia y de la Seguridad Social

La Disposición Adicional Segunda del R. D. Ley acuerda la suspensión del Acuerdo Gobierno Sindicatos para 2010/2012, se impone la creación de un registro de personal directivo (D.A. 4ª), pero expresamente se indica que el personal laboral no directivo de las sociedades mercantiles a que se refiere el apartado Uno g. del art. 22 de la Ley 26/2009 de Presupuestos y personal laboral de las sociedades empresariales RENFE, ADIF Y AENA, no se les aplica esta rebaja, salvo que la pacten en negociación colectiva.

La Disposición Final Segunda establece que todas las normas relativas a las rebajas y aspectos funcionariales tienen carácter básico y se dictan al amparo de lo dispuesto en los arts. 149.1.13ª, 18ª y art. 156 de la Constitución.

Aunque se dice que lo acordado tuvo carácter básico y por tanto era de aplicación inmediata, fue necesario que las Comunidades Autónomas adoptasen por Ley las rebajas indicadas y en Aragón se llevó a efecto a través de la Ley 5/2010, de 24 de junio, por el que se adoptan medidas extraordinarias en el sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón para la reducción del déficit público.

III.- EL PRIMER CONTROL JUDICIAL. LOS AUTOS DE INADMISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LAS SENTENCIAS DESESTIMATORIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.

No tardaron en llegar recursos contencioso-administrativos y pleitos laborales a los distintos órganos jurisdiccionales, contra las rebajas de sueldo que fueron efectivas en el verano de 2010. Dado que la rebaja había sido aplicada en cumpli-

miento del Real Decreto Ley la única posibilidad de estimar el recurso y anular la rebaja era el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

La primera la plantea la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en relación con los arts. 22.4 y 25 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2010, en la redacción dada por el art. 1 del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, y con la disposición adicional novena del citado Real Decreto-ley. Y es inadmitida por **Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 85/2011 de 7 de junio** de 2011. Son varias las vulneraciones de normas fundamentales que sostiene la Sala.

Dice que los preceptos cuestionados vulneran el art. 86.1 CE, al transgredir el límite material que para esta fuente dispone el citado precepto constitucional de no afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I CE, pues al afectar a la intangibilidad y a la fuerza vinculante de un convenio colectivo en vigor han incidido directamente en el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), que forma parte también del contenido de derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE).

Y también dice que es inconstitucionalidad la disposición adicional novena del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, que, como indica su rúbrica, establece “normas especiales en relación con determinadas entidades del sector público a efectos de la aplicación de la reducción salarial prevista en este Real Decreto-ley con efectos de 1 de junio de 2010”, **por estimar que puede vulnerar el principio de igualdad (art. 14 CE), dado el trato diferenciado que de la citada disposición resulta para el personal laboral al servicio de distintas entidades públicas empresariales.**

Dado que se trataba de un recurso que afectaba al personal laboral de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda, el Tribunal Constitucional inadmite el recurso frente a la DA 19ª –que no aplica la rebaja al personal laboral de determinadas sociedades- por no fijar correctamente el juicio de inferioridad o dicho de otro modo por no justificar en qué medida esta norma se aplicaba al caso. Y ello porque el TC considera que no es admisible lo que se sostiene y que en ningún caso podría inaplicarse la rebaja al resto de personal laboral, por el sólo hecho de que a algunos laborales –como los indicados en la D.A. 9ª- no se les aplica la rebaja.

En cuanto al otro argumento la Sala de lo Social considera que por un Real Decreto no se puede suspender lo acordado en un convenio, pues se está vulnerando el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 de la Constitución) y a la libertad sindical (art. 28), vulnerando lo dispuesto en el art. 86.1 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional no está de acuerdo y señala lo que le está vedado al decreto-ley, por el juego del límite material ahora examinado, es la regulación del “régimen general de los derechos, deberes y libertades del título I CE” o que “se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos” (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8), de modo que, de aquel límite se infie-

re o concluye, que el decreto-ley “no puede alterar ni el régimen general ni los elementos esenciales” de los derechos, deberes y libertades del título I CE (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 7; 137/2003, de 3 de julio, FJ 6; 108/2004, de 30 de junio, FJ 7; 189/2005, de 7 de julio, FJ 7, por todas). Asimismo, también sostiene que al interpretar el límite del art. 86.1 CE el Tribunal no debe atender al modo cómo se manifiesta el principio de reserva de ley en una determinada materia, sino más bien al examen de si ha existido “afectación” por el decreto-ley de un derecho, deber o libertad regulado en el título I CE.

Y en lo que hace relación a si cabe adoptar las medidas por Real Decreto Ley y si con ello se vulnera el derecho a la negociación colectiva indica: *lo cierto es que, como ya ha tenido ocasión de declarar este Tribunal, 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 (STC 210/1990, de 20 de diciembre, FFJJ 2 y 3), insistiendo el Tribunal en el contexto de esta declaración, en 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 (ibídem; en el mismo sentido, SSTC 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4; 171/1989, de 19 de octubre, FJ 2; 92/1994, de 21 de marzo, FJ 2; y 62/2001, de 1 de marzo, FJ 3; ATC 34/2005, de 31 de enero, FJ 5).*

Así pues, 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, por lo que 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.

Con posterioridad se dictó el **Auto 180/2011 de 13 de diciembre**, en el que se resolvía ya de forma directa la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 2 de Badajoz frente a la rebaja del sueldo de un funcionario en este caso perteneciente a la Administración Autónoma de Extremadura (en concreto de la Consejería de Economía, Comercio e Innovación de la Junta de Extremadura).

La especificidad de este caso parte de que el juicio de inconstitucionalidad no sólo va dirigido contra los preceptos del R.D. Ley 8/2010, sino también contra la Ley 8/2009 de 28 de diciembre de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Extremadura que debidamente reformada aplica a las retribuciones de los funcionarios autonómicos la rebaja salarial. El Tribunal Constitucional indica que no hay motivo específico de inconstitucionalidad contra las disposiciones autonómicas, que ambas normas son imprescindibles para resolver el conflicto y –desechando cualquier género de conflicto entre potestad normativa estatal y autonómica- que la Comunidad Autónoma viene obligada a aplicar la reducción de retribuciones.

Se plantea también por el Juzgado de Badajoz, **la indebida utilización del Real Decreto**, por motivos distintos a los de la Sala de lo Social de la Audiencia

Nacional. Entiende el Tribunal Constitucional que la justificación de las circunstancias de urgente y extraordinaria necesidad no puede ser objeto de control por el Tribunal, pues se trata de un juicio político. Que en cualquier caso está justificada en la exposición de motivos, pues ha de corregirse el deterioro de las finanzas públicas y ha de contenerse el gasto público.

Expresamente dice el Tribunal Constitucional que está justificado que el esfuerzo solidario y dice: *Por lo demás, tampoco resulta fundado el reproche que el Juzgado promotor de la cuestión dirige al Real Decreto-ley 8/2010 en cuanto que no impone un esfuerzo solidario a toda la sociedad, limitándose a la reducción de los salarios de los empleados públicos y a la congelación de las pensiones. Con independencia de que esto no sea exactamente así (el Real Decreto-ley 8/2010 incorpora otras medidas de ajuste en las que ahora no podemos entrar, que afectan también a otros sectores y “que tratan de distribuir de la forma más equitativa posible el esfuerzo que toda la sociedad debe realizar para contribuir a la sostenibilidad de las finanzas públicas”, conforme se señala en su exposición de motivos), es preciso advertir que, siendo el objetivo principal de la norma introducir determinadas medidas urgentes y extraordinarias para la contención y reducción del déficit público, es evidente que la reducción de las dos principales partidas del gasto público corriente de la Ley de presupuestos —los salarios de los empleados públicos y las pensiones públicas— guarda la necesaria conexión de sentido con la situación de urgencia definida, tal y como ha sido exigida por la doctrina constitucional.*

Y de igual forma cuando el Juzgado reprocha que la situación no es imprevisible, pues la crisis venía anunciándose con tiempo y por lo tanto las medidas podían haberse adoptado por ley formal, indica:

“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 varios meses más tarde de una situación de extraordinaria y urgente necesidad que legitima la adopción de medidas urgentes como las contenidas en art. 1 del Real Decreto-ley 8/2010 para hacer frente a esa grave situación económica.

Igualmente suscitando vulneración del art. 86.1 de la Constitución pero porque se hayan superado los límites establecidos para los Decretos Leyes esto es

afectación a los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución, vuelve a reiterar en cuanto a la doctrina constitucional lo dicho en el Auto 85/2011, antes indicado y dice en relación a cada infracción detectada:

a) La pretendida vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) se produce, según el Juzgado promotor de la cuestión, al no afectar la reducción de retribuciones impuesta por el Real Decreto-ley 8/2010 a todos los funcionarios por igual, ya que se establecen distintos porcentajes de reducción, y al no seguirse, además, este criterio con el personal laboral de la Administración, al que se impone una reducción salarial uniforme del 5 por 100 en todos los casos, y excluirse incluso de la reducción salarial a los empleados de RENFE, ADIF y AENA, así como a otros colectivos de personal laboral del sector público estatal (disposición adicional novena). Por su parte, la Ley 6/2010 de la Comunidad Autónoma de Extremadura contempla la reducción de retribuciones básicas de los funcionarios en los términos dispuestos en la norma estatal, y además de sus retribuciones complementarias en un 5 por 100, si bien se permite adoptar acuerdos para alterar la distribución definitiva de esta reducción.

Pues bien, de acuerdo con la doctrina antes expuesta cabe señalar que la reducción de retribuciones de los funcionarios impuesta por el art. 1 del Real Decreto-ley 8/2010, no supone una “afectación”, en el sentido constitucional del término, del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), por cuanto dicho precepto no regula el régimen general de este derecho ni contradice el contenido esencial del mismo, tal como ha sido precisado por nuestra reiterada doctrina al respecto (entre otras muchas, SSTC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 212/1993, de 28 de junio, FJ 6; 80/1994, de 13 de marzo, FJ 5; 181/2000, de 29 de junio, FJ 10; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5; y 125/2003, de 19 de junio, FJ 4), pues las situaciones subjetivas que quieren traerse a comparación no son efectivamente homogéneas o equiparables, toda vez que, como bien señala el Fiscal General del Estado, el diferente trato retributivo se establece (como se indica en el propio Auto de planteamiento de la cuestión), en función del distinto vínculo entre los empleados públicos y la Administración (funcionarios y personal laboral) o en función de los diferentes grupos o categorías en que se clasifican los funcionarios, así como en el régimen de progresividad que demanda la mayor o menor capacidad económica de los afectados.

Por las mismas razones debe descartarse que la Ley extremeña 6/2010 haya incurrido en la pretendida vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE).

b) En relación a la vulneración del art. 31 de la Constitución, indica el TC:

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, por que 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.

Y en relación a la vulneración del art. 33 en la medida en que afectan a derechos consolidados o adquiridos, o al principio de confianza legítima dice:

*c) En fin, debemos rechazar igualmente que los preceptos legales cuestionados de la Ley 26/2009 de presupuestos generales del Estado para 2010, en la redacción que les ha dado el art. 1 del Real Decreto-ley 8/2010, así como la Ley de la Comunidad de Extremadura 6/2010, **hayan afectado, en el sentido constitucional de la expresión, al derecho de propiedad y más en concreto a la interdicción constitucional de la expropiación de derechos sin indemnización (art. 33.3 CE).***

El Juzgado promotor de la cuestión fundamenta, como ha quedado expuesto, la pretendida vulneración del art. 33.3 CE, en la afirmación de que el art. 1 del Real Decreto-ley 8/2010 recorta 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, y que lo propio lleva a cabo la Ley de la Comunidad de Extremadura 6/2010, que modifica la Ley 8/2009 de presupuestos generales de esta Comunidad Autónoma para 2010.

Ahora bien, 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. Otro tanto cabe afirmar de la modificación introducida por el art. 1 de la Ley de la Comunidad de Extremadura 6/2010 en la Ley 8/2009 de presupuestos generales de esta Comunidad Autónoma para 2010.

Por la misma razón —y sin perjuicio de que esta pretendida vulneración no se puso de manifiesto en la providencia por la que se procedió a la apertura del trámite de audiencia del art. 35.2 LOTC ni el posterior Auto de ampliación de este trámite, como advierte el Fiscal General del Estado, lo que sería motivo suficiente para quedar fuera de nuestra consideración— ha de descartarse que la reducción de retribuciones impuesta por el art. 1 del Real Decreto-ley 8/2010 (y aplicada en la Comunidad de Extremadura por la citada Ley 6/2010) quiebre el principio de protección de la confianza legítima, en cuanto manifestación del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

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 tal sentido, la reducción de las retribuciones no devengadas de los empleados públicos, cuando concurra una situación de extraordinaria y urgente necesidad derivada de una alteración sustancial en las circunstancias económicas, es una decisión que puede ser legítimamente adoptada mediante la figura del Decreto-ley, que es justamente lo acontecido en virtud de la modificación introducida en los arts. 22, 24 y 28 de la Ley de presupuestos generales del Estado para 2010 por el art. 1 del Real Decreto-ley 8/2010, por lo que debe descartarse que se haya producido una expropiación de derechos económicos de los funcionarios que contravenga lo dispuesto en el art. 33.3 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. Por su parte, tampoco la Ley de la Comunidad de Extremadura 6/2010 ha incurrido en la pretendida vulneración de los derechos reconocidos en los arts. 14, 31 y 33.3 CE.

Por último –el Tribunal Constitucional- indica que no se ha vulnerado la reserva de ley a Ley de Presupuesto del art. 134 de la Constitución.

El Juzgado de Badajoz entiende que se vulnera ese precepto por invadir materia reservada a la Ley de presupuestos generales del Estado, toda vez que las retribuciones de los empleados públicos, en cuanto gasto público que son, deben ser determinadas por la Ley de presupuestos generales del Estado (art. 134.2), no siendo admisible su modificación a través de un decreto-ley.

Y aquí el Tribunal Constitucional dice que no invade materia reservada a la ley de presupuestos generales del Estado y añade:

Este Tribunal tiene declarado que “puede hablarse en propiedad de la existencia en la Constitución de una reserva de un contenido de ley de presupuestos” (STC 3/2003, de 16 de enero, FJ 4), en la medida que la Constitución atribuye a una ley específica la regulación de los presupuestos generales del Estado (art. 134). De suerte que “la Constitución y las leyes que integran el bloque de la constitucionalidad establecen una reserva material de la ley de presupuestos —la previsión de ingresos y autorizaciones de gastos para un año—, reserva que, aun cuando no excluye que otras normas con contenido presupuestario alteren la cuantía y destino del gasto público autorizados en dicha Ley, sí impide una modificación de la misma que no obedezca a circunstancias excepcionales” (STC 3/2003, FJ 9), doctrina que reitera la STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 4.

Estas circunstancias excepcionales a las que hace referencia nuestra doctrina concurren efectivamente, conforme antes se ha señalado, de manera especialmente intensa en el caso ahora considerado, por lo que la utilización del instrumento normativo del decreto-ley para la modificación que se cuestiona de la Ley 26/2009, de presupuestos generales del Estado para 2010, no plantea objeción constitucional desde la perspectiva de la reserva material de la ley de presupuestos. Por otra parte, debe recordarse que la reserva de ley ordinaria no significa que quede prohibida toda intervención normativa por medio de decreto-ley, pues si así fuera “carecerían de sentido los límites formales y materiales que respecto de los Decretos-leyes se establecen en el art. 86 CE. Que una materia esté reservada a la ley ordinaria, con carácter absoluto o relativo, no excluye necesariamente la regulación extraordinaria y provisional de la misma mediante Decreto-ley, porque, como también declaró el Tribunal en la STC 111/1983, de 2 de diciembre, la mención a la Ley no es identificable en exclusividad con el de ley en sentido formal. Para comprobar si tal disposición legislativa provisional se ajusta a la Norma fundamental, habrá que ver si reúne los requisitos establecidos en el art. 86 de la Constitución y si no invade ninguno de los límites en él enumerados o los que, en su caso, se deduzcan racionalmente de otros preceptos del Texto constitucional, como, por ejemplo, las materias reservadas a Ley Orgánica, o aquellas otras para las que la Constitución prevea *expressis verbis* la intervención de los órganos parlamentarios bajo forma de ley” (STC 60/1986, de 20 de mayo, FJ 2).

Esta exigencia de ley en sentido formal se establece precisamente en el supuesto de modificación de la ley de presupuestos previsto en el art. 134.5 CE, esto es, cuando la modificación implique aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario (SSTC 3/2003, FFJJ 5 y 9; y 136/2011, FJ 4). Pero en el presente caso no estamos ante una modificación de la ley de presupuestos que suponga incremento de gastos o disminución de ingresos, sino ante medidas excepcionales de restricción del gasto público, entre ellas la reducción de la cuantía de las retribuciones de los funcionarios, para hacer frente a una situación económica de extraordinaria y urgente necesidad, por lo que la utilización del decreto-ley para adoptar esas medidas, modificando la Ley de presupuestos generales del Estado vigente para el ejercicio en curso, resulta constitucionalmente válida.

Asimismo sostiene el Juzgado que esa modificación vulnera el principio de anualidad presupuestaria del art. 134.2 CE, al alterarse sustancialmente a mitad de año las previsiones de la Ley 26/2009, de presupuestos generales del Estado para 2010, por lo que se refiere a la pretendida infracción del principio de anualidad pre-

supuestaria (art. 134.2 CE), es notorio que el hecho de que la estimación de ingresos y la autorización de gasto que la ley de presupuestos comporta tengan una vigencia temporalmente limitada al año natural (salvo en caso de prórroga ex art. 134.4 CE), no implica, a sensu contrario, que esa previsión no pueda verse alterada durante el transcurso del ejercicio presupuestario, cuando concurren circunstancias excepcionales (STC 3/2003, FFJJ 5 y 9). Es, en definitiva, la efectiva concurrencia de circunstancias excepcionales lo que determinan la validez constitucional, tanto de la modificación de la Ley de presupuestos durante su vigencia, como la de que esa modificación se lleve a cabo mediante decreto-ley.

Y por último que mediante la reducción de retribuciones impuesta por dicha modificación se viene a establecer en realidad un tributo encubierto, lo que infringe el art. 134.7 CE, que veda que las Leyes de presupuestos puedan crear tributos. A ello contesta el Tribunal Constitucional con el mismo argumento indicado para desechar que se vulnere el art. 31 de la Constitución. Esto es que no estamos ante un impuesto.

Con posterioridad el Tribunal Constitucional ha reiterado los argumentos expuestos en los autos indicados, en otros Autos de inadmisión.

El **Auto 8/2012 de 13 de enero**, inadmite cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Pontevedra en asunto de rebaja de sueldo de un médico adjunto de un Hospital de Pontevedra. Esto es relativo a personal estatutario. También por **Auto 39/2012 de 28 de febrero**, se inadmite cuestión presentada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, con sede en Valladolid, y ello al resolver una demanda de conflicto colectivo interpuesto por la Federación de Comisiones Obreras contra la Universidad de Salamanca, con relación a personal investigador, en formación y de administración y servicios. En este caso el Tribunal Constitucional inadmite por falta de relevancia, pero también indica que no hay vulneración del derecho a la negociación colectiva que es lo que se argumenta por la Sala que propuso la cuestión.

Y también es de reseñar el **Auto 128/2012 de 19 de junio**, en el que inadmite cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria en asunto planteado por la Federación de servicios a la ciudadanía de Comisiones Obreras frente a Decreto del Concejal Delegado de personal de Puerto del Rosario (Fuerteventura) en la que se aplicaba la rebaja de sueldo a los funcionarios de esa corporación.

Tras estas decisiones, el Tribunal Supremo resuelve en una serie de asuntos en los que también se cuestionaba la rebaja de salarios siguiendo lo razonado por el Tribunal Constitucional. En la **STS de 2 de marzo de 2012**, desestima el recurso interpuesto por funcionarios del Tribunal de Cuentas. En la **STS de 14 de marzo de 2012**, desestima el recurso interpuesto por Foro Judicial Independiente, contra la Resolución de 25 de mayo de 2012 de la Secretario de Estado y Presupuestos por la que se dictan Instrucciones en relación con las nóminas de los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/84⁴. En las **STS de 12 de abril y 25 de mayo de 2012**, desestima recursos interpuestos por funcionarios del

4. Aquí se resuelve también que no afecta la rebaja al carácter de Ley Orgánica que la Constitución reserva para el Estatuto de Jueces y Magistrados. Decisión que no comparto, pero cuyo estudio excede de este trabajo.

Congreso y del Senado. En base a las citadas Sentencias el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en diferentes Sentencias (por todas la de 15 de junio de 2012, recurso interpuesto por un funcionario del Fondo de Garantía Salarial de Teruel) desestima igualmente el recurso⁵.

Contemporáneamente a las Sentencias dictadas **el Tribunal Supremo en Sentencias de 19 de diciembre de 2011 y de 15 de mayo de 2012** también ha confirmado las Sentencias de Aragón y de Asturias que anulaban la aplicación del Real Decreto Ley 8/2010 a personal laboral no directivo de empresas públicas, por aplicación directa de la D.A. Novena del Real Decreto Ley.

IV.- EL R.D. LEY 20/2011 DE 30 DE DICIEMBRE, DE LA CONGELACIÓN DE LAS RETRIBUCIONES Y DE LA OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO. LA JORNADA DE TRABAJO.

Nada más comenzar a gobernar tras las elecciones, el Gobierno del Partido Popular, se dicta 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.

La justificación del mismo es *“La importante desviación del saldo presupuestario estimada en el momento presente para el conjunto de las Administraciones Públicas para el ejercicio 2011 respecto al objetivo de estabilidad comprometido, obliga al Gobierno a tomar medidas de carácter urgente para su corrección.*

Estas primeras medidas, que comportan acciones tanto por el lado de los ingresos públicos como por el lado de los gastos, suponen una reducción de carácter inmediato del desequilibrio presupuestario en más de un punto porcentual del Producto Interior Bruto. Con estas acciones se pretende garantizar que el sector público español inicie una senda de reequilibrio que aporte credibilidad a la evolución futura de la deuda y déficit públicos.

Sin esta corrección, que inicia un camino de consolidación fiscal que se concretará de forma definitiva en el proyecto de Ley de los Presupuestos Generales del Estado para 2012, no se podrían superar las actuales condiciones de escasez de liquidez que impiden un desarrollo adecuado de la actividad económica”.

Y ello fundamentalmente porque se considera que no es posible la prórroga del Presupuesto anterior.

Las medidas en materia de función pública, también van encaminadas a evitar gasto público y consecuencia de este recorte, se procede a la suspensión de derechos sociales y el empeoramiento de las condiciones de trabajo de los servidores públicos.

Todas estas medidas están en el Capítulo II que se titula de *los gastos de personal*, y en ellas se **acuerda mantener las cuantías de las retribuciones del personal y altos cargos del sector público durante el ejercicio 2012.** También se acuerda **la imposibilidad de realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o**

5. En las Sentencias no formo parte del Tribunal, pues yo mismo he interpuesto recurso contencioso administrativo contra la rebaja a mi nómina.

contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación.

Se congela la oferta de empleo público, salvo la que pueda derivarse de la ejecución de procesos selectivos correspondientes a Ofertas de Empleo Público de ejercicios anteriores o de plazas de militares de Tropa y Marinería necesarios para alcanzar los efectivos fijados en la disposición adicional décima Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011. Esta limitación alcanza a las plazas incursas en los procesos de consolidación de empleo previstos en la disposición transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público.

Se impide por tanto y durante el año 2012 la contratación de personal temporal, ni el nombramiento de personal estatutario temporal o de funcionarios interinos salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables que se restringirán a los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales. Y **durante el año 2012 no se autorizarán convocatorias de plazas vacantes de nuevo ingreso** que se refieran al personal de la Administración Civil del Estado, sus Organismos autónomos y Agencias estatales, personal civil de la Administración Militar, sus Organismos autónomos y Agencias estatales, personal de la Administración de la Seguridad Social, personal estatutario incluido en el ámbito de aplicación del Estatuto Marco aprobado por la Ley 55/2003, personal de la Administración de Justicia y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y personal de los entes públicos Agencia Estatal de la Administración Tributaria, Puertos y Autoridades Portuarias, Consejo de Seguridad Nuclear, Agencia de Protección de Datos, Comisión Nacional de la Competencia; Comisión Nacional del Sector Postal y de la Entidad pública empresarial *Loterías y Apuestas del Estado*.

La contratación de personal laboral temporal y el nombramiento de funcionarios interinos y de personal estatutario temporal, que se realizará únicamente en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, se restringirán a los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales y requerirá la previa y expresa autorización del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Durante 2012 no se autorizarán convocatorias de puestos o plazas vacantes de las entidades públicas empresariales y el resto de los organismos públicos y entes del sector público estatal no mencionados anteriormente salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, que requerirán la previa y expresa autorización del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Durante el año 2012 serán objeto de amortización en Departamentos, Organismos autónomos, Agencias estatales, entidades públicas empresariales y resto de los organismos públicos y entes del sector público estatal, un número equivalente de plazas al de las jubilaciones que se produzcan, en los términos

y con el alcance que determine el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, salvo en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales.

Las únicas excepciones que se establecen a estas suspensiones de nuevas contrataciones son y con una tasa de reposición del 10 %, las relativas a:

1) **Las Administraciones públicas con competencias educativas** para el desarrollo de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en relación con la determinación del número de plazas para el acceso a los cuerpos de funcionarios docentes. 2) **Las Administraciones Públicas con competencias sanitarias** respecto de las plazas de hospitales y centros de salud del Sistema Nacional de Salud. 3) **Las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado y a aquellas Comunidades Autónomas que cuenten con Cuerpos de Policía Autónoma** propios en su territorio, en relación con la cobertura de las correspondientes plazas. 4) **Las Fuerzas Armadas** en relación con las plazas de militares de carrera y militares de complemento de acuerdo con lo previsto en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de carrera militar. Y 5) Las Administraciones Públicas respecto de **los Cuerpos responsables del control y lucha contra el fraude fiscal y laboral.**

Finalmente, a partir del 1 de enero de 2012, y para el conjunto del sector público estatal, **la jornada ordinaria de trabajo tendrá un promedio semanal no inferior a las 37 horas y 30 minutos.**

V.- LA LEY 3/2012 DE 3 DE MARZO DE MEDIDAS FISCALES Y ADMINISTRATIVAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN. LA ÚLTIMA REFORMA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN ARAGÓN.

El art 32 de esta norma, procede a la modificación del Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero del Gobierno de Aragón

En cuanto **al personal interino** se vuelve a indicar la vinculación del nombramiento del personal interino con los procesos selectivos y listas supletorias. Y sólo en aquellos casos en que no existan se agoten o haya urgencia se procede a proveer el puesto a través del Servicio Público de Empleo.

Se añade un nuevo apartado 5 en el artículo 7, con la siguiente redacción:

«5. La selección del personal funcionario interino se realizará mediante listas de espera derivadas de los procesos selectivos y listas supletorias de las anteriores en caso de inexistencia o agotamiento de aquellas. En los casos en que no existan o se agoten dichas listas y concurra una manifiesta urgencia en la provisión del puesto, esta cabrá efectuarla a través del Servicio Público de Empleo. En todo caso, quedarán garantizados los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.»

Como una consecuencia del R.D.Ley 20/2011, en cuanto a la imposibilidad de cubrir plazas vacantes, se permite la posibilidad de aprobar **relaciones de puestos vacantes**, se entiende con la obligación a partir de ese momento de imposibi-

lidad de su provisión, pues es preciso que vuelvan a incluirse en la Relación de puestos ordinaria. Nadie duda de que este sistema pueda ser útil para “adelgazar la administración Autonómica” y para cumplir el mandato estatal de no cubrir puestos por interinos y personal temporal. Pero es claro que puede conllevar problemas de interpretación y ejecución. Qué ocurre si existe un interino en ese puesto, ¿no se mantiene su nombramiento? Y si el puesto es necesario que se cubra por su importancia.

2. Se añade un nuevo apartado 7 en el artículo 17, con la siguiente redacción:

«7. Con la finalidad de mejorar la ordenación de efectivos y distribución de los recursos, los Departamentos competentes en materia de hacienda y organización administrativa podrán aprobar relaciones de puestos de trabajo de carácter especial que contendrán los puestos de trabajo vacantes, dotados presupuestariamente, de personal funcionario y laboral de Departamentos y Organismos Autónomos de la Comunidad Autónoma de Aragón, en los términos que se prevean por Acuerdo del Gobierno de Aragón.

La cobertura de los puestos incorporados a las mencionadas relaciones de puestos de trabajo de carácter especial exigirá su previa exclusión de estas y su consiguiente inclusión en la correspondiente relación de puestos de trabajo del Departamento u Organismo Autónomo de procedencia.»

Luego hay otras modificaciones quizá de no tanto calado, se modifica el artículo 32, en lo que hace referencia a **la situación de los funcionarios nombrados Alto cargo**⁶.

Se modifica el artículo 43⁷, en cuanto a la regulación de **la adscripción provisional**.

6. 1. Los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón que sean nombrados alto cargo de la misma, entendiéndose como tal cualquiera de los que relaciona la disposición adicional quinta, apartado segundo, de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón, pasarán a la situación de servicios especiales con reserva del puesto que tengan en destino definitivo en el momento del cambio de situación administrativa.

2. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, tendrán la consideración de asimilados a Director General los Presidentes, los Directores y los Directores Gerentes de los Organismos Públicos y entidades dependientes o vinculadas a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón cuyo nombramiento se efectúe por el Gobierno de Aragón.

3. Si el funcionario, en el momento de su nombramiento, se encontrase desempeñando un puesto en adscripción provisional, se procederá, con motivo de su reingreso, a asignarle bajo esa forma de adscripción un puesto análogo en el mismo Departamento y localidad, salvo que durante el tiempo que ostente la condición de alto cargo obtenga otro por concurso en destino definitivo como consecuencia de la regularización de su adscripción provisional, que le quedará reservado.

4. En todos los casos, la referida reserva se hará constar expresamente en las relaciones de puestos de trabajo.»

7. «Artículo 43.

1. Los funcionarios tendrán derecho, cualquiera que sea el puesto de trabajo que desempeñen, al percibo, al menos, del complemento de destino de los puestos de nivel correspondiente a su grado personal.

2. Los funcionarios que cesen en un puesto de trabajo sin obtener otro por los sistemas previstos en los artículos 30 y 31, serán adscritos provisionalmente a otro puesto propio de su Cuerpo, Escala y Clase de especialidad, cuyo nivel de complemento de destino asignado no será inferior en más de dos niveles al de su grado personal consolidado, en la misma localidad y con el mismo régimen de dedicación.

3. En el caso de inexistencia de puesto adecuado, el Departamento al que está adscrito el puesto en el que se produjo el cese atribuirá al funcionario, en régimen de adscripción funcional, el desempeño temporal de funciones adecuadas al Cuerpo, Escala y Especialidad a la que pertenezca, en la misma localidad.

La Dirección General competente en materia de función pública podrá atribuir, en régimen de adscripción funcional, el desempeño temporal de funciones en otro Departamento cuando exista una solicitud de este y conformidad por parte del Departamento de origen.

A los funcionarios que se encuentren en esta situación se les continuará acreditando en nómina las retribuciones

Y por último se añade una nueva disposición adicional decimoctava, con la siguiente redacción:

«Los efectos del artículo 87.3 del Estatuto Básico del Empleado Público se extenderán en el ámbito institucional de la Comunidad Autónoma de Aragón a los nombrados como el Justicia de Aragón, miembros de la Cámara de Cuentas y Consejo Consultivo, Presidentes de comarcas y Presidente del Consejo Económico y Social de Aragón.»

VI.- EL R. D. LEY 20/2012 DE 13 DE JULIO Y LA LEY 7/2012 DE 4 DE OCTUBRE DE LAS CORTES DE ARAGÓN. LA INCOMPATIBILIDAD DE PRESTACIONES Y PENSIONES, LA SUPRESIÓN DE LA PAGA EXTRA DE NAVIDAD DE 2012, LA INCOMPATIBILIDAD DE PRESTACIONES Y PENSIONES, LA SUPRESIÓN DE PERMISOS, LA REBAJA DE LA RETRIBUCIÓN EN LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD LABORAL.

Prevista o sorpresiva, lo cierto es que a mediados de julio de este año 2012, se adoptaron por el Gobierno unas medidas drásticas para la estabilidad presupuestaria y fomentar la competitividad.

En realidad con el Real Decreto Ley 20/2012 lo que se estaba admitiendo es que las medidas anteriores no habían sido suficientes, y que a pesar de que se había concedido por la reunión de ECOFIN una prórroga para la corrección del déficit público y situarlo por debajo del 3 % de PIB, era necesario seguir en la senda de la disminución de gasto y de rebaja del déficit, entre otras cosas porque se parte de un déficit mucho más alto del previsto (8,9 % del PIB frente a un 6%) y un escenario de una economía más complejo.

En lo que se refiere a las medidas de reforma de las Administraciones Públicas, se reconoce todo lo hasta ahora adoptado (fundamentalmente las incluidas en el R.D.L. 20/2011, aunque no cita la exposición de motivos, el R.D.L. 8/2010) y se indica que se deben adoptar medidas que ahorren gastos de personal e, incrementen la calidad y productividad del empleo público. Dice la Exposición de Motivos:

Por ello, se adoptan diversas medidas que avanzan en la optimización de recursos, la mejora en la gestión y en la transparencia de la Administración y el incremento de la productividad de los empleados públicos.

básicas que les correspondan de acuerdo con el Grupo al que pertenezcan, el complemento de destino correspondiente al nivel de su grado personal y el complemento específico de un puesto de trabajo no inferior en más de dos niveles al de su grado personal con el mismo régimen de dedicación.

Las retribuciones que perciba el funcionario pendiente de adscripción serán a cargo del Departamento donde vaya a prestar sus servicios.

Los efectos administrativos de la adscripción funcional serán los que se determinen reglamentariamente para la adscripción provisional.

4. La adscripción funcional no podrá superar el plazo de tres meses. Dentro de ese plazo, deberá realizarse la oportuna modificación en las relaciones de puestos de trabajo destinadas a habilitar un puesto adecuado en los términos previstos en el apartado 2.

5. Los funcionarios que se encuentren en cualquiera de las situaciones previstas en los apartados 2 y 3 de este precepto deberán participar en las convocatorias para la provisión de todos los puestos que se ajusten a sus condiciones, con derecho preferente en caso de concurso de méritos si su cese fue consecuencia de la supresión o alteración sustancial del contenido del que desempeñaban, para acceder a los de nivel correspondiente hasta el de su grado personal, en la localidad de su anterior destino.»

Se trata por tanto de acometer una serie de reformas cuya necesidad es extraordinaria, dada la propia naturaleza de esta crisis y efectos sobre la economía, el mercado de trabajo y las finanzas españolas, y urgente por la celeridad con que se deben acometer las reformas estructurales en nuestro sistema de empleo público que contribuya a reforzar tanto la garantía de cumplimiento de los compromisos adquiridos por España en materia de gasto público y déficit como la mejora de la eficiencia, productividad y competitividad de nuestra economía.

Se trata de medidas que se deben adoptar de manera conjunta para ofrecer un cambio estructural y coherente que permita, contemplado en su totalidad, la satisfacción de los mencionados objetivos de austeridad y eficiencia en las Administraciones Públicas.

Reconoce que hay medidas que tienen carácter temporal, mientras concurren circunstancias excepcionales y seguidamente se señala, las medidas adoptadas y su justificación.

Y establece que el cambio estructural que introduce en las Administraciones Públicas este abanico de medidas, que deben operar de manera conjunta, constituye un instrumento fundamental de política económica, que permitirá mejorar su funcionamiento, adecuarlo más eficazmente a la actual coyuntura y mantener la calidad del servicio que se presta al ciudadano.

Además entiende que estas medidas recogidas en el Título I suponen un sacrificio de especial intensidad para todos aquellos que perciben retribuciones con cargo a recursos públicos. Razones de Justicia justifican que estas medidas se extiendan a todos los servidores públicos con independencia de la naturaleza de la entidad de la que dependen y de su estatuto. La universalidad que fundamenta esta reforma evita la discriminación entre grupos y sectores.

Por ello, en base al principio de necesaria solidaridad que debe imperar en estos momentos en todos los ámbitos sociales y políticos y a fin de compartir el esfuerzo que suponen las medidas que se establecen en este Real Decreto-ley respecto al colectivo de empleados públicos de todas las Administraciones en su sentido más amplio, es voluntad del legislador que se impulsen todos los mecanismos legales existentes para permitir la extensión de las citadas medidas tanto a diputados y senadores, como al personal de otros órganos constitucionales, aplicando, en su caso, y cuando sea necesario, la normativa reguladora de los mismos en materia de retribuciones.

Entrando a la concreta regulación de las medidas en primer lugar, se regula en el art. 1 y con carácter básico **la incompatibilidad de pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y percepciones similares que perciben determinados ex altos cargos**, 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.

En el art. 2 **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 a todo servidor público o que preste sus servicios a entidad participada de una Administración Pública.** Funcionarios, laborales, personal de fundaciones y consorcios, Banco de España, Mutuas de accidente de trabajo y enfermedades de trabajo de la Seguridad Social y entidades y centros mancomunados. 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. Además se establece que en aquellos casos en los que el régimen retributivo de este personal no contenga la percepción de una paga extraordinaria, se reducirá la retribución anual una catorceava parte, prorrateando las nóminas pendientes de percibir.

Esta medida no será de aplicación a aquellos empleados públicos cuyas retribuciones por jornada completa, sin incentivos no alcance el 1,5 veces el salario mínimo interprofesional establecido en el R.D. 1888/2011 de 30 de diciembre.

En el art. 3 se regula **las peculiaridades del personal funcionario, estatutario y de las Carreras Judicial y Fiscal en cuanto a la supresión de esta paga** y en el art. 4 **lo relativo a los Altos Cargos.** En el art. 5 se regula **la cotización por esta contingencia,** en el art. 6 **se suprime la gratificación extraordinaria**

En el art. 7 **se modifica el art. 32^º de la Ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público.** Con este precepto se posibilita, 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 reequi-

8. El art. 32.2 queda ahora con esta dicción: *Se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Convenios Colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público.*

En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación.

libro de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público.

Es claro que lo que se pretende con este nuevo precepto, es hacer equiparable la suspensión de lo acordado en mesas de negociación, con los convenios colectivos del personal laboral, lo que quizá no hubiera determinado la dicción literal de la Disposición Adicional 9ª del R.D.L. 8/2010 y también servir de presupuesto normativo –aunque no único– para el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

El art. 8 **modifica los arts. 48 y 50 del EBEP, que regulan los permisos y vacaciones.**

Antes el art. 48 en sintonía con el carácter de normativa básica del Estatuto que dejaba la verdadera capacidad normativa a las Administraciones con capacidad de autoorganización, establecía unos permisos mínimos y decía:

1. Las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes:

Ahora sin embargo la norma dice que los funcionarios públicos “tendrán” los siguientes permisos. Dicho en términos administrativos se ha avocado la competencia en esta materia y lo que antes no era básico, se ha convertido por legislación urgente en básico y además por Decreto Ley.

Antes se indicaba que los funcionarios tenían por asuntos particulares, seis días y que además de los días de libre disposición establecidos por cada Administración Pública, los funcionarios tenían derecho al disfrute de dos días adicionales al cumplir el sexto trienio, incrementándose en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo.

Ahora se excluyen todos los permisos y por asuntos particulares se conceden como máximo tres días, suprimiendo por tanto los días adicionales por antigüedad y los que podrían estar concedidos por las administraciones de origen.

Se modifica el art. 50 del EBEP y se suprimen igualmente los días adicionales por antigüedad previstos para el caso de las vacaciones.

Y por último se suspenden los pactos y acuerdos que contradigan estas disposiciones. Se homogeniza, asimismo, el régimen de permisos para todas las Administraciones Públicas.

El art. 9 **modifica el régimen retributivo del personal incluido en el Régimen General de la Seguridad Social o en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar 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, durante los tres primeros días, tanto para el personal funcionario incluido en el Régimen General de la Seguridad Social como para el personal laboral, el complemento retributivo que con carácter de mejora voluntaria se pueda establecer no podrá superar el cincuenta % de las retribuciones. Asimismo, desde el cuarto día de la situación de incapacidad temporal por contingencias comunes y hasta el vigésimo, ambos inclusive, el complemento retributivo que con carácter de mejora voluntaria se pueda establecer no podrá superar el setenta y cinco % de las retribuciones.

En estos mismos términos se modula la plenitud retributiva de la prestación económica del personal integrado en el Régimen de Funcionarios Civiles del Estado y el personal integrado en el régimen especial de seguridad social de las fuerzas armadas, en caso de incapacidad temporal.

El art. 10 regula **el tiempo retribuido para realizar funciones sindicales y de representación, nombramiento de delegados sindicales, dispensas de asistencia al trabajo y demás derechos sindicales**, limitando los actualmente existentes a los estrictamente previstos por la normativa laboral, favoreciendo el incremento de los tiempos de trabajo destinados directamente al servicio público.

El art. 11 establece **la edad de jubilación forzosa de los funcionarios incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, que 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**.

El art. 12 determina **las unidades electorales en la Administración General del Estado** y por el art. 13 se crea un **Registro de órganos de representación del personal al servicio de la Administración General del Estado**.

También y cómo genérica concesión de competencia **se habilita por el art. 15 al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a adoptar medidas dirigidas a garantizar una asignación eficiente de los recursos humanos**.

En concreto este precepto dice: Asignación eficiente y evaluación de efectivos en la Administración del Estado.

En el ámbito de la Administración del Estado y los organismos y entes de derecho público dependientes o vinculados de la misma, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas adoptará, en el marco del artículo 69.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, las medidas y actuaciones requeridas para garantizar la asignación eficiente y la optimización de sus recursos humanos. Igualmente se fijarán sistemas objetivos que permitan evaluar el desempeño de los empleados.

Para ello, por el citado Ministerio se analizará la distribución del personal en los distintos ámbitos de la Administración del Estado y se adoptarán criterios vinculantes de movilidad y asignación de puestos en dicho ámbito, teniendo la competencia para acordar, en su caso, los cambios de adscripción de puestos o redistribución de efectivos, que sean necesarios para una asignación más eficiente y adecuada de los recursos humanos.

Y por último el art. 16 establece **la suspensión de pactos, acuerdos y convenios en la medida en que puedan oponerse a lo dispuesto en el Título I del Real Decreto Ley.**

En Aragón se dictó la **Ley 7/2012, de 4 de octubre, de medidas extraordinarias en el sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón para garantizar la estabilidad presupuestaria.** El objeto de la presente Ley es adaptar la normativa de la Comunidad Autónoma de Aragón a las disposiciones del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

En la propia exposición de motivos de la norma aragonesa se dice que dado su carácter de normativa básica, dictada al amparo de los artículos 149.1.13.º y 18.º y 156.1 de la Constitución Española, las medidas introducidas por el Real Decreto-ley 20/2012, son de obligada aplicación al sector público al que se refiere el artículo 22.Uno de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, que incluye el sector público de las Comunidades Autónomas.

VII.- LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL DE 5 DE JULIO DE 2012.

Un grupo de 25 diputados de la Asamblea de la República Portuguesa, requirió al Tribunal Constitucional para que se pronunciase sobre la constitucionalidad de los arts. 21 y 25 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2012 que habían previsto la supresión de las pagas extras de verano y navidad, estos pertenecían mayoritariamente al Partido Socialista Portugués (17), al Bloque de Izquierdas y al Partido Comunista Portugués.

Los antecedentes del caso son los siguientes⁹:

A) El Decreto-Ley 372/74 de 20 de agosto creó, con carácter obligatorio, las pagas de vacaciones de verano y Navidad, con objeto de aumentar los emolumentos de quienes ejercían funciones públicas civiles, cuyo poder adquisitivo había sufrido un gran descenso a consecuencia de la evolución que habían sufrido los precios en los años anteriores, constituyendo ambas pagas, en la actualidad, parte de la remuneración anual, según el art. 70.3 de la Ley 12-A/2008 de 27 de febrero, que señala que los trabajadores que ejercen funciones públicas tendrán una remuneración base anual de 14 pagas, correspondiendo una de ellas a la paga extra de Navidad y otra a la de vacaciones de verano, « en los términos que establezca la ley».

B) La STCP 396/2011 de 21 de septiembre consideró conforme con la Constitución de la República Portuguesa, al art. 19 de los PPGGE para 2011, que estableció una reducción de los emolumentos anuales de los empleados público, de

9. Los antecedentes y resumen de la Sentencia se han obtenidos del "Comentario a la STC portugués 353/2012 de 5 de julio, que declara inconstitucional, la supresión de las pagas extraordinarias de vacaciones y navidad de los empleados públicos y jubilados durante los años 2012, 2013 y 2014" obtenido de la página web o blog Conflictos legum de mi excelente compañero del TSJ de Extremadura D. Mercenario VILLALBA LAVA *Doctor Europeo en Derecho*

entre el 3,5 y el 10 %, y una congelación salarial y de pensiones durante los años 2010, 2011 y 2012.

La referida medida y su reducción de emolumentos se tiene presente al resolver la cuestión que se ventila en la sentencia que es objeto de este comentario.

Esta STC 396/11 destaca que:

1.— La necesaria consecución de objetivos económicos en cuestiones de política económica pública, insertos en la situación portuguesa y los compromisos europeos internacionales del país a corto plazo, entendiéndose que la reducción de gastos a través de los sueldos de los empleados públicos, constituía una garantía eficaz, cierta e inmediata, y por esta razón indispensable, en un contexto de transitoriedad y de existencia de límites a este sacrificio que se imponía.

2.— La libre actuación que corresponde al legislador, en la determinación de los PPGGE, que también incluía aumentos tributarios y otros recortes de gasto público.

3.— Se admite que quien recibe emolumentos públicos no se encuentra en una situación de igualdad que el resto de ciudadanos, de ahí que no exista, consustancialmente, un tratamiento injustificadamente desigual.

Los recurrentes habían alegado la inconstitucionalidad de estos preceptos sobre la base de la violación del principio de confianza legítima, de los principios del Estado Democrático de Derecho, proporcionalidad e igualdad aunque en realidad es éste último el relevante para resolver la cuestión planteada.

En relación al principio de protección de confianza legítima, los Diputados impugnantes razonaban que tal reducción de emolumentos frustraba expectativas fundadas en las propias declaraciones previas del Presidente del Gobierno el 24-3-2011, que aunque admitía la subida de impuestos sobre el consumo, negaba las que pudiesen recaer sobre la renta y su compromiso de no recortar sueldos y pensiones, expectativas frustradas capaces de incidir sustancialmente en la propia manutención y en el cumplimiento de compromisos previamente asumidos, dada la intensidad del sacrificio exigido. Dentro del principio de proporcionalidad se mencionaba la existencia de soluciones alternativas, menos gravosas y no tan drásticas.

Sin embargo y en relación al principio de igualdad, y en el voto mayoritario¹⁰ se razona, en primer lugar, sobre los dos parámetros generales en que se ha de situar la cuestión:

1.— El principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas, en cuanto manifestación del principio de igualdad, que constituye un parámetro necesario para juzgar la actuación del legislador, debiendo contribuir todos los ciudadanos según su capacidad económica. Debe juzgarse si con las medidas sometidas a dictamen se respeta este principio de cariz general a la hora de exigir los consiguientes sacrificios que se derivan de una determinada situación, inclusive excepcional o si se trata de una petición de esfuerzo adicional, en pro de la comunidad, exigido, exclusivamente, a algunas categorías de ciudadanos.

10. Votaron a favor 9 de los 12 magistrados.

2.— Que como soporte de tal decisión se encuentra su eficacia en los resultados a corto plazo con relación a la reducción del déficit público, que se presenta como uno de los objetivos esenciales política económica y financiera, no ofreciendo dudas, que las medidas adoptadas con relación a las pagas del sector público es previsible que posibiliten un ahorro cierto y garantizado para el Tesoro Público, si bien no puede ignorarse, la consiguiente rebaja que tal medida producirá en los ingresos públicos derivados de los impuestos sobre la renta, el consumo y las contribuciones a la Seguridad Social.

Como fundamento concreto de la decisión gubernativa, se señala en la LPPGGE para 2012, que no es igual la situación de los trabajadores públicos que la del resto de trabajadores, invocando dos razones :

1. Que los trabajadores del Estado y otras entidades públicas tienen, por término medio, superiores retribuciones que los del sector privado, y 2. Que tienen también una mayor garantía en la subsistencia del vínculo laboral.

Ambos razonamientos los consideran inconsistentes los Magistrados de la mayoría, en tanto que :

1.A. La diferencia de niveles de retribución media no puede constituir un válido término de comparación, pues los tipos de trabajo y funciones que se ejecutan en uno y otro ámbito son diferentes. Únicamente lo sería demostrando cada tipo de actividad comparable, siendo cierto que determinadas funciones que desempeñan los empleados públicos son específicas, incluyendo de soberanía, que sólo pueden prestarse por el Estado y las entidades públicas competentes.

2.A. La simple apelación al valor medio de la retribución sería siempre insuficiente para justificar una reducción de retribuciones, que debería referirse, individualmente, a los afectados.

B. No es un dato relevante, la previsible duración del contrato de trabajo sino que la cuestión que guarda relación con las exigencias para reducir el déficit y la suficiencia financiera del Estado, incluso en una situación de emergencia, es la actual capacidad económica para soportar tal contribución, reiterando la irrelevancia de la seguridad en el empleo. Se destaca también que la medida también pudo adoptarse para los trabajadores fijos con pleno empleo y que tuviesen la correspondiente capacidad económica o de sacrificio.

Las SSTCP 39/1988 y 96/2005 señalan que la igualdad no es igualitarismo sino igualdad referenciada o proporcionada, de manera que exige un mismo tratamiento para situaciones sustancialmente iguales, derivando a que situaciones sustancialmente desiguales se otorgue un tratamiento desigual pero, en todo caso, proporcionado.

Las normas enjuiciadas preveían reducciones de sueldo de hasta el 14,3 % durante los años 2012, 2013 y 2014 para quienes cobrasen entre 600 y 1.100 € mensuales, llegado hasta el 25 %, inclusive el 50% en algunos pensionistas, lo que no es exigible a otros ciudadanos que obtienen análogos rendimientos. A ello debe añadirse los recortes operados en la LPPGGE para 2011, a las que se refería

la STCP 396/2011 antes comentada, las congelaciones salariales previstas y la inflación subyacente de todos esos años.

Partiendo de que en el actual contexto económico y financiero no puede cualquier medida de reducción de sueldos dirigirse exclusivamente a los empleados públicos, por poder llegar a ser injustificadamente discriminatoria, **será relevante el grado de sacrificio exigido**, entendiendo el Tribunal Constitucional, que al no contener sacrificios equivalentes para la generalidad de los ciudadanos que obtienen rendimientos de otras fuentes, tales medidas, atendiendo al grado de sacrificio exigido, son inconstitucionales, incluso aunque se apoyen en razones de eficacia.

Ciertamente que la opción tomada se revela como particularmente eficaz por la certeza y rapidez en la producción de efectos desde una perspectiva de reducción del déficit a corto plazo, de ahí que, en principio, puedan entenderse coherentes con el fin perseguido, en el contexto de una estrategia de actuación, a la que daría cobertura el libre margen de apreciación que corresponde al legislador.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que tales fines de política económica podían obtenerse por el recurso a soluciones alternativas para la disminución del déficit, tanto por el lado de los gastos como de los ingresos, como constan en los memorandos de entendimiento con la troika y el diferente tratamiento impuesto a quienes reciben sueldos o pensiones públicas de quienes obtienen otra fuente de riqueza, se considera que se sobrepasan los límites de la prohibición de exceso, en términos de igualdad proporcional.

Consideran los Magistrados, que la Constitución reconoce una específica autonomía normativa para cumplir los objetivos económicos y financieros que impongan determinadas realidades, inclusive siendo éstas de grave dificultad, de ahí que el legislador no pueda actuar sin límites ya que, sin duda, éstos los imponen los principios constitucionales que se deben respetar, entre ellos el de la igualdad.

La situación descrita y las necesidades de eficacia no dispensan al legislador del debido respeto a los derechos fundamentales y los principios estructurales del Estado de Derecho, dentro de los que debe reconocerse, sin duda, el de igualdad proporcionada.

Concluyen los Magistrados¹¹, que cuanto mayor es el grado de sacrificio impuesto a los ciudadanos para la satisfacción de los intereses públicos, mayores

11. Las partes más importantes de la Sentencia traducidas por D. Carlos Ruiz Miguel en la página web El periodictadigital, dicen:

Estas medidas tendrán una duración de tres años (2012 a 2014), lo que determinará la producción de efectos acumulativos y continuados de los sacrificios a lo largo de este período, a lo que se añade la congelación de los salarios y pensiones del sector público, verificado en los años de 2010, 2011 e 2012, y cuyo mantenimiento en los años siguientes se encuentra previsto en los memorandos que componen el PAEF, lo que, conjugado con el fenómeno de la inflación, resulta en una reducción real de esos salarios y pensiones equivalente a las tasas de inflación verificadas en todos esos años. Ahora bien, ninguna de las imposiciones de sacrificios descritas tiene equivalente para la generalidad de los demás ciudadanos que obtienen rendimientos provenientes de otras fuentes, independientemente de sus montantes. La diferencia de tratamiento es de tal modo acentuada y significativa que las razones de eficacia de la medida adoptada en la prosecución del objetivo de la reducción del déficit público para los valores apuntados en los memorandos de entendimiento no tienen valor suficiente para justificar la dimensión de tal diferencia, tanto más que podría configurarse el recurso a soluciones alternativas para la disminución del déficit, bien por el lado del gasto (v.g., las medidas que constan

deben ser las exigencias de equidad y justicia en el reparto de tales sacrificios, de forma que tales criterios se contravienen cuando tal reparto es excesivamente diferenciado.

Decir únicamente que utilizando la facultad que le otorga la Constitución portuguesa el propio Tribunal dice que los efectos de esta Sentencia serán efectivos a partir del año 2013¹².

VIII.- LA APLICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DE LA PAGA EXTRA A PERIODOS YA TRABAJADOS. EL INFORME DE LA DEFENSORA DEL PUEBLO.

Tras la publicación de la supresión de la paga extra de navidad todos los operadores jurídicos, se percataron de que dictada esta decisión, el 13 de julio y publicada el 14 de julio, se habían devengado 44 días de paga extra de navidad lo que obligatoriamente determinaría que esa paga devengada no pudiera ser objeto de supresión, salvo que estuviéramos ante una norma expropiatoria, sobre un derecho ya liquidado.

El informe de la Defensora del Pueblo de 15 de octubre de 2012 y aún no planteando recurso de inconstitucionalidad contra el R.D.L 20/2012 de 13 de julio –desconozco si existen más informes de otros Defensores autonómicos- es contundente a este respecto e indica en su Recomendación al Secretario de Estado de Función Pública, respondiendo a innumerables quejas de funcionarios estatales:

No puede dejar de observarse como hacen muchos de los escritos recibidos que el Real Decreto-Ley 20/2012 se publicó en B.O.E. correspondiente al día 14 de julio de 2012, entrando en vigor al día siguiente de su publicación lo que plantea alguna duda respecto a si en esa fecha alguno de los derechos económicos afectados eran tales por haberse ya consolidado o si eran meras expectativas no susceptibles de ser tomadas aquí en considera-

en los referidos memorandos de entendimiento), bien por el lado de los ingresos (v.g. a través de medidas de carácter más extenso y efecto equivalente a la reducción de rendimientos). Las referidas soluciones, pudiendo revelarse suficientemente eficientes desde el punto de vista de la realización del interés público, permitirían un alivio de la situación de aquellos otros contribuyentes que obtengan remuneraciones o prestaciones sociales pagas por presupuestos públicas. De ahí que sea evidente que el diferente tratamiento impuesto a quien obtenga remuneraciones y pensiones por fondos públicos sobrepasa los límites de la prohibición del exceso en términos de igualdad proporcional. A pesar de reconocerse que estamos en una gravísima situación económico-financiera, en que el cumplimiento de las metas del déficit público establecidas en los referidos memorandos de entendimiento es importante para garantizar el mantenimiento de la financiación del Estado, tales objetivos deben ser alcanzados a través de medidas de disminución de gastos y/o de aumento de ingresos que no se traduzcan en un reparto de sacrificios excesivamente diferenciado. A mayor abundancia, cuanto mayor sea el grado de sacrificio impuesto a los ciudadanos para la satisfacción de los intereses públicos, mayores son las exigencias de equidad y justicia en el reparto de esos sacrificios. La referida situación y las necesidades de eficacia de las medidas adoptadas para hacerle frente, no pueden servir de fundamento para dispensar al legislador de la sujeción a los derechos fundamentales y a los principios que estructuran el Estado de Derecho, en especial a criterios como el principio de igualdad proporcional. La Constitución no puede ciertamente quedar ajena a la realidad económica y financiera y en especial a la verificación de una situación que se pueda considerar como de grave dificultad. Pero la Constitución posee una específica autonomía normativa que impide que los objetivos económicos o financieros prevalezcan, sin cualesquiera límites, sobre criterios como el de la igualdad, que la Constitución defiende y debe hacer cumplir. De este modo se concluye que las normas que prevén la medida de suspensión del pago de la retribución extraordinaria de Navidad o cualesquiera otras pagas extraordinarias, ya sea para personas que obtengan remuneraciones salariales de entidades públicas, ya sea para personas que obtengan pensiones de invalidez o jubilación a través del sistema público de seguridad social, durante los años de 2012 a 2014, violan el principio de igualdad, en la dimensión de la igualdad en el reparto de las cargas públicas, consagrado en el artículo 13.º de la Constitución.

12. Decisión tampoco unánime pues contiene tres votos particulares.

ción. Las pagas extraordinarias, como afirma una reiterada doctrina jurisprudencial (por todas, Sentencia 21 de abril de 2010 de la Sala de lo Social, Sección Primera, del Tribunal Supremo) constituyen una manifestación del llamado salario diferido se devengan día a día, aunque su vencimiento tiene lugar en determinados meses del año. Y su importe debe equipararse al salario regularmente percibido por el trabajador salvo que por norma convencional de carácter prioritario se establezcan exclusiones o bien importes específicos. La indudable naturaleza salarial de las pagas o gratificaciones extraordinarias tanto en el ámbito del Derecho laboral (art. 31 ET) como en el ámbito de la Función Pública (art. 22 del Estatuto Básico del Empleado Público), han llevado a concluir a la Jurisprudencia, como ya se ha mencionado, que responden al trabajo efectivamente realizado durante el período al que las mismas hagan referencia, ya sea éste anual o semestral, en razón de lo que puede variar el período de cómputo, pero que no altera la naturaleza propia de estas pagas o gratificaciones extraordinarias.

En el presente caso, el artículo 2 del Real Decreto-ley 20/2012, si bien con carácter excepcional suprime la paga extraordinaria correspondiente al mes de diciembre para el personal del sector público decisión normativa que entra en vigor el día 15 de julio de 2012 cuando, ya sea en cómputo semestral o anual, el personal afectado había prestado parte de los servicios que retribuye dicha paga. Como antes se ha visto, el Tribunal Constitucional no aceptó la alegación relativa al carácter expropiatorio de alguno de los preceptos del Real Decreto-ley 8/2010 que imponían reducciones retributivas para este personal sobre la base de que tales reducciones afectaban a retribuciones futuras y no a las ya devengadas en razón del periodo de tiempo trabajado distinguiendo así lo que eran derechos adquiridos del personal y lo que eran meras expectativas para concluir que respecto de las segundas y por su propia naturaleza no era admisible la alegación sobre el carácter expropiatorio de la medida. La aplicación de esta misma doctrina al presente caso podría apuntar hacia una solución diversa de la entonces alcanzada con lo que ello implica si se entendiera como parece que al menos una parte de la paga o gratificación extraordinaria suprimida correspondería a un periodo de trabajo que la hubiera ya devengado.

La Defensora del Pueblo, también se plantea si ese carácter expropiatorio puede matizarse o subsanarse con las medidas de complementación de planes de pensiones, pero concluye que es una medida futura, que no todos los empleados públicos tienen constituido esos planes y que además está condicionada la medida al cumplimiento de déficit público. Por ello e indicando que no plantea recurso de inconstitucionalidad porque ya lo ha planteado el Parlamento de Navarra si hace las siguientes **RECOMENDACIONES**:

“Que se interpreten las previsiones del Real Decreto-ley en lo referido a la supresión de la paga extraordinaria o equivalente del mes de diciembre de 2012, de acuerdo con la doctrina constitucional a que antes se ha hecho referencia, restringiendo su aplicación a la cuantía no devengada de la misma referida al momento en que se publicó la medida.”

“Que se concrete el destino de las cantidades derivadas de la supresión de la paga extraordinaria o equivalente en ejercicios futuros habilitando fórmulas adicionales a las aportaciones a planes de pensiones y contratos de seguro colectivos, de modo que puedan beneficiarse de tales retornos la totalidad de empleados públicos afectados por la medida.”

Todo ello sin perjuicio de cualesquiera otras actuaciones que se Juzguen convenientes para la mejor aplicación de la medida, sopesándose la posibilidad de introducir modificaciones en el Real Decreto-ley para concretar su alcance y para ampliar las fórmulas de resarcimiento futuro ofertando a los afectados la posibilidad de optar entre las mismas.

IX.- LAS MODIFICACIONES DEL DERECHO FUNCIONARIAL ANTE LA CRISIS. JUICIO CRÍTICO.

Cuando uno se enfrenta al análisis de las modificaciones que la crisis ha llevado a cabo sobre el derecho funcionarial y de las resoluciones judiciales que –hasta este momento- han confirmado estas decisiones, uno se da cuenta de que todos los argumentos desestimatorios provienen del mismo órgano judicial, del Tribunal Constitucional. Porque a la vista de ellas, tanto el Tribunal Supremo, como los restos de Tribunales y Juzgados, no hacen sino copiar los fundamentos y desestimar los recursos. Dado que la norma que acuerda estas medidas tiene rango de ley, -aunque sea aprobada por Real Decreto Ley-, la única posibilidad que tienen nuestros órganos judiciales de su impugnación e inaplicación es el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad y efectuado como queda dicho, los razonamientos y decisión del Alto Tribunal al resolver la cuestión vinculan a los órganos jurisdiccionales (art. 38.1 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional).

Siguiendo con lo que nos indica la norma que regula el Tribunal Constitucional, es claro que no podrán interponerse nuevas cuestiones en las que se suscite la vulneración de preceptos ya analizados y ello porque las decisiones del Tribunal vinculan a los jueces en el proceso y a las partes en el mismo (art. 38.2 y 3 de la LOTC). Pero ello no quiere decir que la percepción de la infracción no pueda ser enfocada y resuelta en atención a razonamientos distintos y lo que es más relevante a mi parecer, ello no quiere decir que –como ocurrió ante el Tribunal Constitucional Portugués-, bien pudiera ser conforme a la Constitución las primeras normas de rebaja de derechos funcionariales y no las restantes por su capacidad de acumulación de cargas en un solo colectivo.

En cualquier caso –y salvando mi condición de parte en un proceso que se está ventilando en un órgano jurisdiccional-, nada impide que como juristas valoremos y hagamos un juicio crítico de las normas y de las decisiones judiciales que controlan su conformidad a derecho.

1. La negociación colectiva.

Una de las primeras cuestiones que se plantearon en las cuestiones de inconstitucionalidad fue la vulneración del derecho a la negociación colectiva. Como ha quedado indicado se suscitó esta cuestión a través de dos motivos distintos. **La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional decía que incumplir lo pactado en convenios colectivos o pactos, vulneraba lo dispuesto en el art. 37.1 de la Constitución (que está dentro del Título I de la Constitución) y por lo tanto no es posible adoptar esta decisión por Decreto-Ley (Auto 85/2011).** También

la vulneración directa de este derecho a la negociación ha sido cuestionado ante el Tribunal Constitucional por el Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Pontevedra (Auto 8/2012).

En ambos casos el razonamiento del Tribunal Constitucional es el mismo: *lo cierto es que, como ya ha tenido ocasión de declarar este Tribunal, 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 (STC 210/1990, de 20 de diciembre, FFJJ 2 y 3), insistiendo el Tribunal en el contexto de esta declaración, en 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 (ibídem; en el mismo sentido, SSTC 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4; 171/1989, de 19 de octubre, FJ 2; 92/1994, de 21 de marzo, FJ 2; y 62/2001, de 1 de marzo, FJ 3; ATC 34/2005, de 31 de enero, FJ 5).*

Así pues, 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, por lo que 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.

No puedo estar de acuerdo con lo que se sostiene en estos Autos. Decir que el derecho a la negociación colectiva no integra como contenido esencial, la intangibilidad o inalterabilidad de lo convenido, es tanto como vaciar de contenido este derecho.

Para mi seguir lo que razona el Tribunal Constitucional es rebajar la protección constitucional de este derecho a la negociación colectiva. Según lo que indica el Tribunal Constitucional se tiene este derecho en la medida en que la ley lo prevé y si la norma no lo incluye se carece de este derecho. Por supuesto que la ley está por encima del convenio colectivo, como dice el Alto Tribunal. Pero aquí cuando se aprueba el convenio colectivo o pacto, el mismo no está en contra de la norma. Incluso es admisible como dice el Tribunal Constitucional que una norma posterior haga inválido lo acordado. Pero lo que no cabe –reitero a mi juicio-, es que la norma suspenda o suprima lo acordado, fuera de los supuestos que la propia norma que regula en general la negociación colectiva, se ha dado para en situaciones excepcionales suprimir o suspender lo acordado.

Aquí la norma sea legal o autonómica en la medida en que suspende un pacto un convenio, es dictada como ley singular. Primero fija la urgencia y excepcionalidad y en la misma decisión legislativa suspende la eficacia de ese pacto. Como es sabido cuando el poder legislativo adopta esta decisión, -como ocurre en otras ocasiones, lo que no lo justifica a mi modo de ver- se coloca en la posición de la Administración pues el art. 32 y 38.10 del EBEP, dicen que el competente para suspender lo pactado es el órgano de gobierno de la Administración. No por otro motivo se modifica por R.D.L. 20/2011 el tenor literal de este precepto y expresamente se indica que uno de los motivos por los que se puede suspender un pacto o convenio –sea para funcionarios o para laborales- es la alteración de las circunstancias económicas.

Ocurre que el Tribunal Constitucional ha bendecido en muchas ocasiones esta –a mi juicio– vulneración del principio de ley general. Incluso ha considerado que no es contrario al principio del derecho a la tutela judicial efectiva y de la separación de poderes (art. 24 y 117 de la Constitución), la imposibilidad de ejecutar una Sentencia tras el dictado de norma legal que subsana la situación anulada por los Tribunales (SSTC 139/2005 y 312/2006).

2. La adopción bajo la fórmula de Real Decreto.

Ya se ha explicado que el Tribunal Constitucional considera que no es contrario al art. 86 de la Constitución la adopción de medidas como la relativa a la rebaja del sueldo. No afecta al contenido esencial de los derechos del Título I, derecho a la igualdad (art. 14), derecho a no introducir figuras confiscatorias, derecho a la propiedad (art. 31 y 33) y derecho a la negociación colectiva (art. 37).

Y todo ello además porque entiende justificado acudir a esta figura, por la excepcionalidad y urgencia de la situación.

Respecto a la vulneración individualizada de estos preceptos contenidos en el Título I se hace mención a ella en otros apartados de este trabajo y parece estar justificada la adopción de medidas de restricción económica o reducción de gasto en momentos en que así se demandaba para el cumplimiento de unos parámetros de déficit exigidos por la Unión Europea, como ocurrió con el Real Decreto 8/2010. Y eso que parece un sinsentido y desde luego no justifica urgencia alguna, que las Comunidades Autónomas –como la nuestra– pudieran tramitar una ley ordinaria y aplicarla con la rebaja de sueldos y demás decisiones impuestas por el Estado y el Gobierno estatal tuviera que acudir al Real Decreto Ley, sin siquiera tramitar una ley por normativa de urgencia.

Lo que no parece de recibo y desde luego no cumple lo exigido por el art. 86 de la Constitución es el requisito de extraordinaria y urgente necesidad en la mayor parte de las cuestiones aprobadas por el Real Decreto 20/2012.

Pudiera estar justificado la supresión de la paga extra por que a mi entender ya ha llegado 44 días tarde si lo que se quería es no abonar la paga de Navidad, como se ha indicado antes, pero ¿en el resto de cuestiones?. Sólo en lo referido a la función pública y a la reforma del EBEP. ¿Es preciso que se modifique de manera urgente el régimen de permisos y vacaciones, si éstos van a entrar en vigor en el año 2013? El nuevo régimen retributivo de la incapacidad transitoria que entró en vigor el 15 de octubre de 2012. ¿Es tan urgente?. Tan imperiosa es la reforma de la suspensión de convenios colectivos que no puede adoptarse por una ley ordinaria. O incluso no puede adoptarse por los órganos legalmente competentes para ello, como son las Administraciones con competencia en personal. Cuestiones tales como crear un Registro o regular las unidades electorales, tienen influencia en nuestra economía y la tenían con tanta urgencia para tener que adoptarla el 13 de julio de 2012¹³.

13. Me remito a los comentarios del blog contencioso.es de mi brillante compañero el asturiano D. José Ramón Chaves García (actualmente en el TSJ de Galicia) el tufo de inconstitucionalidad del Real Decreto Ley 20/2012 de 13 de julio.

3. El carácter recaudatorio de estas decisiones.

Los autos de los órganos jurisdiccionales que plantean la cuestión de inconstitucionalidad sostienen que estamos ante una figura impositiva. Ello se puede deducir tanto del Real Decreto Ley que acuerda la primera rebaja del sueldo y complementos de los servidores públicos, como del Real Decreto Ley posterior en la medida en que suprime el abono de la paga extra.

Tomemos uno de los Autos de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad el del Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Pontevedra que fue inadmitido por Auto 8/2012. En él se indica respecto a la vulneración del art. 31 de la CE:

El art. 31 CE se vería afectado por las disposiciones cuestionadas en la medida en que las mismas configuran el recorte retributivo como una norma fiscal, de alcance progresivo y cuasi confiscatorio, en tanto que incide sobre derechos adquiridos y grava por segunda vez las rentas del trabajo del empleado público. Además, el hecho de que el recorte salarial previsto en el decreto-ley sólo afecte a las rentas del trabajo, y en particular a las que proceden de una determinada fuente, convierte la medida en una prestación patrimonial de carácter público, que encaja perfectamente en la previsión del art. 31 CE, determinada con arreglo a la capacidad económica de los funcionarios y por tanto progresiva, con la finalidad de paliar el déficit público. De esta conclusión se deriva que el decreto-ley no puede incidir en esta materia, por contenerse el art. 31 CE en el título I, que resulta vedado para el decreto-ley.

La respuesta al carácter confiscatorio por el Tribunal Constitucional como ya dijimos- es la siguiente: *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 sofisticos por el órgano judicial promotor de la presente cuestión.*

Viene por tanto a decir el Constitucional que no es un impuesto, porque no viene expuesto así en la norma. Que no es un impuesto porque no está contemplado en los presupuestos como ingreso, sino como reducción de gasto. Este razonamiento que resuelve en este sólo párrafo, una de las cuestiones clave –a mi modo de ver- para decidir la cuestión, olvida lo que debe ser obvio para cualquiera que se enfrenta a la interpretación del ordenamiento jurídico. En el derecho y en la vida las cosas, las instituciones son lo que son, independiente del nombre que les pongamos. Y si los funcionarios tienen una determinada retribución y parte de ella no se abona, no podemos decir –como hace el alto tribunal- que estamos ante

la fijación de una retribución, como si estuviéramos fijando la misma, al aprobar la relación de puestos o al fijarla en una ley de presupuestos. Estamos ante la imposición de una prestación patrimonial que grava el patrimonio de unos pocos, de forma progresiva, con la finalidad de reducir el gasto público. Y ello lo calificaremos como lo calificaremos es una confiscación o una suerte de tributo. Si esto puede predicarse de la rebaja del sueldo más claro parece, que pudiera calificarse así la decisión de supresión de la paga extra. A diferencia de la rebaja del sueldo que es una decisión “ad eternum”, la supresión de la paga extra, sólo pretende obtener liquidez al no incrementar el gasto público, de hecho reconoce que es una confiscación que podría devolverse con aportaciones a planes de pensiones en un futuro, si la economía se estabiliza, si no hay déficit.

La pretensión del R.D. Ley 8/2010 a diferencia de lo que sostiene el Tribunal Constitucional, no es fijar para el futuro las retribuciones adecuadas, sino rebajar el déficit. Lo dice expresamente el Tribunal Constitucional cuando para justificar la idoneidad de la medida, excluyendo cualquier otra, dice, al contestar la alegación de que no estamos ante una norma insolidaria: *Por lo demás, tampoco resulta fundado el reproche que el Juzgado promotor de la cuestión dirige al Real Decreto-ley 8/2010 en cuanto que no impone un esfuerzo solidario a toda la sociedad, limitándose a la reducción de los salarios de los empleados públicos y a la congelación de las pensiones. Con independencia de que esto no sea exactamente así (el Real Decreto-ley 8/2010 incorpora otras medidas de ajuste en las que ahora no podemos entrar, que afectan también a otros sectores y “que tratan de distribuir de la forma más equitativa posible el esfuerzo que toda la sociedad debe realizar para contribuir a la sostenibilidad de las finanzas públicas”, conforme se señala en su exposición de motivos), es preciso advertir que, siendo el objetivo principal de la norma introducir determinadas medidas urgentes y extraordinarias para la contención y reducción del déficit público, es evidente que la reducción de las dos principales partidas del gasto público corriente de la Ley de presupuestos —los salarios de los empleados públicos y las pensiones públicas— guarda la necesaria conexión de sentido con la situación de urgencia definida, tal y como ha sido exigida por la doctrina constitucional.*

Se sabe que es una buena medida para reducir gasto y para hacerlo de forma urgente, como se nos exige desde Europa. Es evidente por tanto que el Gobierno impone una prestación patrimonial, no inspirado en principios de igualdad y progresividad como le obliga el art. 31.1 de la CE, sino inspirado en un evidente principio de eficacia. Así concluye el Tribunal Constitucional cuando dice, al final de ese fundamento 6 del Auto:

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.

Quiere decirse que el Constitucional admite que el Gobierno ha valorado bien la situación dada la evolución posterior, pero de la misma manera también excluye y desconoce si existían otras decisiones, u otras posibilidades más acordes con los principios establecidos en el art. 31 de la Constitución.

Y es que –a mi modo de ver- cuando la Administración sea del tipo que sea, necesita hacerse con algún bien, bien por el mecanismo de ingresar ese bien en el Tesoro, o su correspondiente transformación en dinero, o bien por el mecanismo de evitar que dinero comprometido sea abonado, siguiendo la Constitución puede hacer dos cosas. Imponer una prestación patrimonial, mediante el establecimiento de un tributo (art. 31 de la CE), o bien proceder a su privación mediante expropiación, por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediando indemnización y de conformidad a la ley (art. 33.3 de la CE). En el primer caso si se establece un impuesto, ha de imponerse a todos y ha de ser progresivo (quién más tiene paga más). En el segundo caso puede imponerse por las razones que sean a unos particulares en detrimento de otros. Pero en este caso ha de indemnizarse.

No es discutible que en circunstancias como las actuales de una gran crisis, con unas justificadas circunstancias económicas, que precisan que haya menos gasto, el Estado se vea en la necesidad de ahorrar gastos para llegar a una cifra adecuada de déficit que permita una posterior financiación con intereses que no ahoguen nuestro crecimiento. Pero si este ahorro, no viene de una imposición o tributación general, sino que se impone de forma más acentuada a una concreta serie de personas, entonces estamos en presencia de una medida confiscatoria y precisa que se trate como tal, esto es que contenga una situación indemnizatoria o compensatoria.

Nadie puede negar el derecho del Estado a subvenir a toda necesidad que se plantee. No es nuevo a nuestro derecho. El art. 101 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 regula la requisita militar e indica: *En tiempo de guerra y en caso de movilización total o parcial que no sea para maniobras, las autoridades militares podrán utilizar, previa requisita, toda clase de bienes muebles, inmuebles, derechos, empresas, industrias, alojamientos, prestaciones personales y, en general, todo cuanto sirva directa o indirectamente a los fines militares.* Quiere decirse que cuando se dan situaciones especiales como puede ser un conflicto armado, el Estado puede utilizar, previa requisita cualquier bien o derecho. Pero hasta en estas circunstancias la propia ley se encarga de decir que toda prestación por requisita da derecho a una indemnización por el importe del servicio prestado (art. 105.1 de la LEF)¹⁴.

Otra de las cuestiones que se plantean por los Juzgados es la siguiente:

d) La vulneración del art. 33.3 CE, por su parte, se deduce del recorte de derechos económicos adquiridos del funcionario público, cuando tales derechos estaban reconocidos para toda la anualidad presupuestaria por la Ley 26/2009. A juicio del órgano jurisdiccional la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que se

14. Lo único no indemnizable según la ley es la prestación de alojamiento en casas particulares o en edificios públicos, lo que –hasta el momento- no es el caso.

niega la existencia de derechos adquiridos no se refiere a las retribuciones consolidadas, ni justifica la posibilidad de rebajar las retribuciones funcionariales ligadas al puesto de trabajo cuando dicho puesto no varíe, de modo que podría decirse que las retribuciones del año 2010 son derechos económicos consolidados que sí constituyen derechos adquiridos del funcionario, máxime cuando los mismos ya habían sido reconocidos para toda la anualidad presupuestaria por la ley de presupuestos, lo que convierte en inaceptable la reducción realizada.

Aquí el Tribunal Constitucional indica que son derechos no devengados, por lo que no cabe hablar de derechos adquiridos y citando la STC 99/87 de 11 de junio –la que resolvió las dudas de inconstitucionalidad planteadas frente a la Ley 30/84 de 2 de agosto de medidas urgentes para la reforma de la función pública–, dice que el funcionario no tiene derecho a que se petrifique o congele su situación en los términos que se hallaba en el momento de su ingreso.

Lo primero que ha de indicarse es que los derechos retributivos –por mucho que el alto tribunal diga lo contrario–, sí habían sido devengados. Como dicen los proponentes de la cuestión habían sido previstos en la norma que constitucionalmente prevé su inclusión, la ley de presupuestos. Lo que no habían sido es liquidados o pagados, porque como se sabe los sueldos se van abonando en 12 o 14 pagas –bueno o en 13, si suprimen la extra de navidad–.

Y por otro lado tampoco es cierto que no existan unos derechos adquiridos en el devengo de retribuciones públicas. Ni tampoco es cierto que la STC 99/87, diga que se puede modificar todo el estatuto funcional, esto es todos los derechos. La inamovilidad en su condición de funcionario y el monto total de las retribuciones han sido tradicionalmente derechos adquiridos (STS de 26 de octubre de 1994, entre otras muchas¹⁵). Precisamente ese derecho adquirido ha servido para justificar que cumplido, la Administración puede en el legítimo derecho de autoorganización modificar la situación estatutaria en aras del interés general. Y es más no puede desconocerse, si se cita la STC 99/87 que precisamente la Ley 30/1984 analizada en la citada Sentencia, partía de ese derecho adquirido y establecía como ha establecido multitud de normativa autonómica y local, que precisamente para salvaguardar ese derecho adquirido, si alguien por la aplicación de una nueva norma o un nuevo estatuto, sufría una disminución del total de sus retribuciones anuales, tendría derecho a un complemento personal, transitorio y absorbible¹⁶.

15. Dice esta Sentencia: Es decir, y en conclusión, no hubo vulneración de derechos económicos adquiridos, pues en cualquier caso, los recurrentes siempre siguieron cobrando, durante el período a que contraen su reclamación, unas retribuciones totales iguales o mayores que las que percibían en sus antiguos destinos anteriores a la absorción; y porque el carácter absorbible del complemento transitorio, no era sino una consecuencia de la congruencia en la organización del régimen estatutario del que pasaban a depender y una imposición del principio de igualdad ante la ley».

16. La Disposición Transitoria Décima de la Ley 30/1984 dice: Los funcionarios que como consecuencia de la aplicación del régimen retributivo establecido en la presente Ley experimenten una disminución en el total de sus retribuciones anuales, con exclusión del actual concepto retributivo de dedicación exclusiva y de aquellos otros que dependen exclusivamente de las características de los puestos de trabajo o del nivel de rendimiento o de productividad de los funcionarios, tendrán derecho a un complemento personal y transitorio por la diferencia, que será absorbido por cualquier futura mejora retributiva según los criterios que establezcan las sucesivas leyes de presupuestos.

4. El principio de igualdad y proporcionalidad.

Son varios los agravios que se plantean con relación a estas disposiciones.

Agravio porque no se aplica a otros servidores públicos. Agravio por el distinto trato realizado a los diferentes grupos de servidores públicos y por último agravio por que estas disposiciones, impliquen un sacrificio que se soporta exclusivamente por los servidores públicos, lo que conlleva dado que también se imponen sobre ellos medidas generales un trato desigual y desproporcionado.

Agravio porque no se aplica a otros servidores públicos. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad del art. 14 es clara. Por lo tanto no existiendo situaciones iguales, no tiene porqué haber consecuencias iguales. Aunque se les trate de forma diferente en el R.D.L. 8/2010 a funcionarios y laborales ello no vulnera el principio de igualdad. Aunque se trate de forma distinta a distintos grupos de funcionarios, aplicándoles una rebaja en porcentaje distinto, tampoco hay vulneración del principio de igualdad.

En principio parece que hubo justificación para no rebajar el sueldo al personal laboral no directivo en el R.D.L 8/2010, cuando así se establece en la D.A. 9ª. Sin embargo ya no la hubo en el R.D.L. 20/2012, donde ya no existen esas diferencias y a todos –funcionarios y laborales- se les rebaja la paga extra. Pero a pesar de lo alegado por el Tribunal Constitucional, no puede desconocerse que la medida de rebaja del sueldo aplicada en distintos porcentajes, dependiendo del grupo funcional a que se pertenezca y además mantenida como fijación definitiva de retribuciones, es un óbús en la línea de flotación de todo el derecho funcional.

Agravio por el distinto trato realizado a los diferentes grupos de servidores públicos.

Sabido es que el sueldo y trienios se fijan de forma igual para cada Grupo funcional –clasificado por el título necesario para el acceso- por tanto rebajar un porcentaje distinto implica que la diferencia establecida en su día para cada grupo se acorta. Lo que entiendo que es un evidente agravio. Más aún se aprecia el agravio, si la rebaja es sobre las retribuciones complementarias. Aquí se fijan en atención a criterios como puesto de trabajo, nivel y circunstancias de desempeño (responsabilidad, disponibilidad, incompatibilidad). Si ahora las retribuciones complementarias se rebajan de forma lineal y en atención también al grupo funcional, se da al traste con todos los trabajos y evaluaciones de puestos que en su día fijaron unos niveles y unos complementos específicos.

Agravio porque estas disposiciones, impliquen un sacrificio que se soporta exclusivamente por los servidores públicos, lo que conlleva dado que también se imponen sobre ellos medidas generales de privación de derechos, un trato desigual y desproporcionado.

Como recordaremos esta es la vulneración constitucional apreciada por el Tribunal Constitucional portugués. Ya se ha dicho que nuestro Tribunal Constitucional no aprecia, o no considera que exista, un derecho al trato proporcional y ello a pesar de que el art. 13 de la Constitución portuguesa y el art. 14 de nuestra

constitución no son muy diferentes. Sin embargo entiendo que si existe esa garantía constitucional a la igualdad, en nuestro sistema, si calificamos las rebajas como una prestación patrimonial remitiéndome a lo dicho sobre vulneración del art. 31 y 33 de la Constitución.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional portugués se dice con claridad. *Estas medidas tendrán una duración de tres años (2012 a 2014), lo que determinará la producción de efectos cumulativos y continuados de los sacrificios a lo largo de este período, a lo que se añade la congelación de los salarios y pensiones del sector público, verificado en los años de 2010, 2011 e 2012, y cuyo mantenimiento en los años siguientes se encuentra previsto en los memorandos que componen el PAEF, lo que, conjugado con el fenómeno de la inflación, resulta en una reducción real de esos salarios y pensiones equivalente a las tasas de inflación verificadas en todos esos años. Ahora bien, ninguna de las imposiciones de sacrificios descritas tiene equivalente para la generalidad de los demás ciudadanos que obtienen rendimientos provenientes de otras fuentes, independientemente de sus montantes. La diferencia de tratamiento es de tal modo acentuada y significativa que las razones de eficacia de la medida adoptada en la prosecución del objetivo de la reducción del déficit público para los valores apuntados en los memorandos de entendimiento no tienen valor suficiente para justificar la dimensión de tal diferencia, tanto más que podría configurarse el recurso a soluciones alternativas para la disminución del déficit, bien por el lado del gasto (v.g., las medidas que constan en los referidos memorandos de entendimiento), bien por el lado de los ingresos (v.g. a través de medidas de carácter más extenso y efecto equivalente a la reducción de rendimientos). Las referidas soluciones, pudiendo revelarse suficientemente eficientes desde el punto de vista de la realización del interés público, permitirían un alivio de la situación de aquellos otros contribuyentes que obtengan remuneraciones o prestaciones sociales pagas por presupuestos públicas. De ahí que sea evidente que el diferente tratamiento impuesto a quien obtenga remuneraciones y pensiones por fondos públicos sobrepasa los límites de la prohibición del exceso en términos de igualdad proporcional. Apesar de reconocerse que estamos en una gravísima situación económico-financiera, en que el cumplimiento de las metas del déficit público establecidas en los referidos memorandos de entendimiento es importante para garantizar el mantenimiento de la financiación del Estado, tales objetivos deben ser alcanzados a través de medidas de disminución de gastos y/o de aumento de ingresos que no se traduzcan en un reparto de sacrificios excesivamente diferenciado. La referida situación y las necesidades de eficacia de las medidas adoptadas para hacerle frente, no pueden servir de fundamento para dispensar al legislador de la sujeción a los derechos fundamentales y a los principios que estructuran el Estado de Derecho, en especial a criterios como el principio de igualdad proporcional. La Constitución no puede ciertamente quedar ajena a la realidad económica y financiera y en especial a la verificación de una situación que se pueda considerar como de grave dificultad. Pero la Constitución posee una específica autonomía normativa que impide que los objetivos económicos o financieros prevalezcan, sin cualesquiera límites, sobre criterios como el de la igualdad, que la Constitución defiende y debe hacer cumplir. De este modo se concluye que las normas que prevén la medida de suspensión del pago*

de la retribución extraordinaria de Navidad o cualesquiera otras pagas extraordinarias, ya sea para personas que obtengan remuneraciones salariales de entidades públicas, ya sea para personas que obtengan pensiones de invalidez o jubilación a través del sistema público de seguridad social, durante los años de 2012 a 2014, violan el principio de igualdad, en la dimensión de la igualdad en el reparto de las cargas públicas, consagrado en el artículo 13.º de la Constitución.

Si trasladamos lo allí razonado a la situación actual y unimos la rebaja inicial del sueldo en el 2010 a la supresión de esta paga extra, supresión de permisos, rebaja de las prestaciones en situación de incapacidad transitoria, podemos también valorar si existe esa desproporción a que hace mérito el Tribunal portugués. Y si finalmente ese sacrificio recae en mayor medida en los servidores públicos, estamos ante una norma desigualitaria y desproporcionada.

Como conclusión me gustaría decir que no todo vale en la respuesta a la crisis. Nuestro Estado es un estado de derecho. Y aún en estas circunstancias tan terribles ha de actuar con el máximo sometimiento a la Constitución. Por ello me gustaría acabar con una frase de la Sentencia del Tribunal Constitucional portugués, que para mí puede ser el corolario a todo lo expuesto.

A mayor abundancia, cuanto mayor sea el grado de sacrificio impuesto a los ciudadanos para la satisfacción de los intereses públicos, mayores son las exigencias de equidad y justicia en el reparto de esos sacrificios. Así sea.

En Zaragoza a 7 de noviembre de 2012.

Juan Carlos Zapata Hijar

**LA FUNCIÓN PÚBLICA ANTE LA CRISIS:
UNA REFORMA PERMANENTE, UNA REFORMA SIN FIN
INTERINOS Y DERECHO DE ACCESO. FUNCIONARIOS SANITARIOS ESTATUTARIZADOS**

D. JOSÉ MANUEL ASPAS ASPAS

Abogado

SUMARIO: I.- LA FUNCIÓN PÚBLICA EN CRISIS. II.- INTERINOS Y DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA. III.- ESTATUTARIZACIÓN FORZOSA O FORZADA DEL PERSONAL FUNCIONARIO SANITARIO ASISTENCIAL. IV.- NOTA BIBLIOGRÁFICA.

I.- FUNCIÓN PÚBLICA EN CRISIS.

1. ¿Cuestión terminológica? El factor humano es esencial en cualquier organización, pública o privada. A los recursos humanos en las Administraciones públicas nos hemos referido tradicionalmente como función pública, al menos en los sistemas burocráticos de origen francés, como es el español. En el sistema jurídico español desde 2007, con la Ley estatal del Estatuto Básico del Empleado Público [en adelante, LEBEP], han cobrado carta de naturaleza las locuciones “empleo público” y “empleados públicos” frente al tradicional de “función pública” y “funcionarios públicos”. No es una mera cuestión terminológica; responde al reconocimiento legal de una realidad asentada en los últimos treinta años, la convivencia entre el régimen de los funcionarios, sujeto a Derecho administrativo y el régimen de los trabajadores en las Administraciones públicas, sujeto al Derecho laboral. Entre los dos sistemas ha habido una progresiva aproximación, que intenta sistematizar la citada Ley de 2007. Bueno es recordar que la Constitución Española de 1978 sólo se refiere al régimen de los funcionarios (artículo 103.3).

2. Magnitudes. ¿Cuántos empleados públicos hay en España? ¿Y en Aragón? La respuesta a estas preguntas no es ni fácil ni unívoca. Cabe responder a la gallega: depende. No es lo mismo el número de los efectivos reales, el número

de puestos de trabajo dotados presupuestariamente en el anexo de personal o plantilla del presupuesto anual de una Administración, que el número de los ciudadanos que perciben su nómina mensual de una Administración pública, el número de empleados que constan en el Registro Central de Personal del Ministerio competente en materia de función pública, o los datos trimestrales de la Encuesta de Población Activa que elabora el Instituto Nacional de Estadística. Según esta fuente, en el tercer trimestre de 2012 el número de empleados públicos en España era de 2.991.700 y en Aragón de 102.100.

En los años que llevamos de crisis, el número de empleados públicos en España ha crecido, para situarse en la actualidad en valores ligeramente superiores a los de 2007, en 78.400 empleados; respecto a 2011, el número absoluto ha descendido en 144.400 empleados (CUADRO 1).

CUADRO 1.

EVOLUCIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO EN ESPAÑA Y EN ARAGÓN DURANTE LA CRISIS ECONÓMICA

AÑO	ESPAÑA	ARAGÓN
2012^(*)	2.991.700	102.100
2011	3.136.100	103.500
2010	3.168.500	97.900
2009	3.065.700	97.600
2008	3.029.500	102.600
2007	2.913.300	98.800

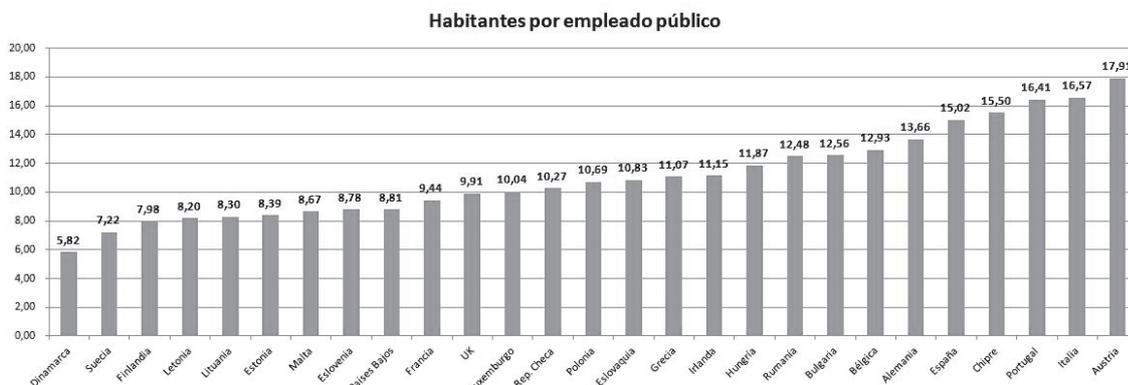
(*) Tercer trimestre

Fuente: INE. Encuesta de Población Activa.

¿Son muchos o pocos? Según la Organización Internacional del Trabajo en España había en 2010 un empleado público por cada 15,02 habitantes. En el CUADRO 2 que se inserta a continuación se ve la relación en otros países europeos:

CUADRO 2.

HABITANTES POR EMPLEADO PÚBLICO EN PAÍSES EUROPEOS



Fuente: Organización Internacional del Trabajo (Departamento de Estadística). 2010.

Debemos tener presente que la población en España (tercer trimestre de 2012) según el INE es de 45.8881.900 personas y las mayores de 16 años (edad legal para trabajar) es de 38.420.300 personas. En el CUADRO 3 podemos ver estos datos junto con los de la población ocupada y la población desocupada:

CUADRO 3.

POBLACIÓN OCUPADA, DESOCUPADA Y EMPLEADOS PÚBLICOS EN ESPAÑA

	A POBLACIÓN		B OCUPADOS		C PARADOS		D EMPLEADOS PÚBLICOS		
	NÚMERO	%	NÚMERO	%	NÚMERO	%	NÚMERO	% -A	% -B
TOTAL	45.881.900	100					2.991.700	6,52	
> 16 A	38.420.300	83,73	17.320.300	75,98	5.778.400	25,02	2.991.700	7,78	17,27

Fuente: INE. Encuesta de Población Activa. Cuarto trimestre 2012.

Quizás lo importante no es el número absoluto del número de empedados públicos, sino su distribución por áreas funcionales y territoriales: administración general, sanidad, enseñanza, servicios sociales, seguridad (defensa, policía, bomberos), etc. Quizás sobran en algunos sectores y faltan en otros. No todos los empleados públicos son intercambiables (sanitarios, profesores, policías, por ejemplo). No obstante, sí muchos (administrativos, juristas, economistas, arquitectos, ingenieros, etc.). Un problema para la flexibilidad y la movilidad es la compartimentación de las funciones públicas (de la Administración General del Estado, de las diecisiete Administraciones de las Comunidades Locales, de las más de ocho mil Entidades Locales), es decir, la fragmentación de las Administraciones públicas. Recordemos que con la aparición de nuevos niveles de Administración, no se suprimen las estructuras preexistentes, sino que tienden a coexistir; el fenómeno se repite, Administración de las Comunidades Autónomas y Administración del Estado, Administración de la Comunidad Autónoma y Comarcas, etc.

PERO, ¿LOS JÓVENES ESPAÑOLES QUIEREN SER FUNCIONARIOS?
Estudio del “Consejo Social de la Universidad Complutense” (2011): <p style="text-align: right;">> 30 % de los encuestados</p>
Informe de la consultora “Círculo Formación” (2012): <p style="text-align: right;">26 % de los encuestados</p>
Encuesta del portal de empleo “Monster” (16.7.2010): a un 72% de los españoles le gustaría ser empleado público

3. Tipos de personal. Además del número de empleados públicos hay que detenerse en el tipo de personal de las Administraciones públicas. No basta la contraposición entre funcionarios y laborales. Quizás la summa divisio es entre

políticos (electivos y no electivos) y empleados públicos. Es importante considerar los políticos porque ejercen funciones directivas e incluso ejecutivas. La diferencia entre funcionarios y laborales se ha intentado establecer con el criterio del ejercicio de potestades públicas (*imperium*) por los primeros y de oficios por los segundos. Cualquiera que se aproxime a la realidad de una Administración, los laborales ejercen funciones públicas, pese a lo dispuesto en el artículo 9.2 LEBEP¹. Por otra parte esta Ley renunció a establecer criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral (artículo 11.2).

Dentro de los funcionarios hay que diferenciar los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos. La regulación de éstos en la Ley estatal del Estatuto Básico del Empleado Público supone reintroducir casi la figura del contratado administrativo. Junto a los tradicionales supuestos de cobertura de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera o la sustitución transitoria de los titulares, la Ley ha introducido la posibilidad de nombrar interinos para la ejecución de programas de carácter temporal y para cubrir el exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses. Los interinos plantean diversos problemas, sobre todo los “de larga duración”, ya que las Administraciones públicas periódicamente tienen que organizar pruebas restringidas para solucionar el “problema” de los interinos; así, por ejemplo, los diversos procesos de consolidación de empleo temporal (también laborales) a los que se ha pretendido dar cobertura legal por la propia Ley en una disposición viciada, en mi opinión, de inconstitucionalidad (disposición transitoria cuarta).

Respecto al personal eventual, de confianza o asesoramiento político la Ley estatal del Estatuto Básico del Empleado Público renunció no ya a prohibir este tipo de personal, sino que ni se atrevió a limitar su número o introducir criterios de limitación. El personal directivo es otra de las figuras mal diseñadas en la Ley; no se sabe si son altos funcionarios o personal laboral con régimen de alta dirección.

En la Administración emplea a otro tipo de personal. Los becarios de los que se sirven las Administraciones, que carecen de regulación alguna, salvo en el ámbito de la investigación. A través de contratos administrativos de servicios numerosos consultores externos prestan servicios a las Administraciones públicas con la difícil justificación en la carencia de personal propio, entre sus funcionarios y personal laboral. Sin agotar todas las posibilidades, aun habría que considerar el préstamo de personal en las encomiendas de gestión inter o intradministrativas. Más compleja es, todavía, la situación creada por el uso de personal de otras organizaciones públicas en contratos in house (cesión de trabajadores, etc.)

1. Es más, han comenzado las excepciones legales. El apartado 2 del artículo 9 LEBEP no es aplicable al personal de los organismos portuarios por la disposición adicional 23^a (“Especialidad en la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público”) del texto refundido de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre.

4. Ocasión perdida. La Ley del Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 fue una ocasión perdida para establecer un régimen estatutario de los funcionarios públicos. Mantiene la dicotomía funcionarios/laborales, intentando unificar su régimen jurídico. Profundiza en la supresión de los cuerpos funcionariales ya iniciada por la Ley de medidas para la reforma de la función pública de 1984. En realidad establece un régimen jurídico abierto. Es una ley de reenvío a una posterior ley estatal y a leyes autonómicas, que en cinco años de vigencia de la Ley de 2007 no se han aprobado.

5. La crisis y su proyección en la función pública. La crisis manda. La crisis económica que se manifestó en 2007 —y que todavía perdura, sin que se atisbe el fin del ciclo— ha tenido una proyección inmediata sobre el empleo público, por la imposición al Gobierno de la Nación, desde instancias europeas. Lo primero que se ha intentado es reducir el gasto público en el capítulo I del presupuesto de gastos de todas las Administraciones públicas: la rebaja retributiva en el ejercicio 2010, la congelación de las retribuciones en los ejercicios 2011 y 2012; la reforma de 2012 de la reforma de 2007: reducción de los permisos, suspensión y modificación unilateral de convenios colectivos, acuerdos y pactos, régimen retributivo (supresión de la paga extra diciembre en el ejercicio 2012², incapacidad temporal), redistribución de efectivos, jubilación, posibilidad de expedientes de regulación de empleo para los laborales, supresión de ofertas de empleo público, no incorporación de interinos, etc.

6. Derecho de la crisis y crisis del Derecho: su reflejo en el grupo normativo de la función pública. La crisis ha tenido un reflejo en el sistema de fuentes del Derecho. En nuestro país la fuente por excelencia utilizada ha sido la legislación de urgencia, el decreto-ley. También en el grupo normativo de la función pública: se han modificado por decreto-ley estatal las leyes anuales de presupuestos (normas sobre gasto público) y la propia Ley del Estatuto Básico del Empleado Público de 2007³. También se han dictado decretos-leyes autonómicos⁴. Se ha dado un fenómeno de “transposición” de la legislación básica estatal, modificada por decreto-ley, por leyes autonómicas⁵.

2. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 30 de octubre actual, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 5736-2012, promovido por el Parlamento de Navarra, contra el artículo 2 (“Paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 del personal del sector público”) del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. «BOE» núm. 270, de 9.11.2012.

3. Me refiero al Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público; al Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público; y al Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

4. Por ejemplo, Decreto-ley 3/2010, de 29 de mayo, de medidas urgentes para la contención de gasto y en materia fiscal para la reducción del déficit público [DOGC núm. 5639, de 31-5-2010], aprobado por el Consejo de Gobierno de la Generalidad de Cataluña y del Decreto-ley 2/2010, de 28 de mayo, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público andaluz [BOJA núm. 105, de 1-6-2010], aprobado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.

5. Por ejemplo, en Aragón: la Ley 5/2010, de 24 de junio, por el que se adoptan medidas extraordinarias en el sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón para la reducción del déficit público y la Ley 7/2012, de 4 de octubre,

En cualquier caso es una regulación fragmentaria y fragmentada, que origina problemas. Por ejemplo, la estatización del personal funcionario sanitario asistencial es una aberración jurídica, es inconstitucional y es una medida cara e ineficiente; me refiero a la disposición adicional 16ª de la Ley estatal 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, añadida por el artículo 10, cuatro, del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (y su corrección de errores).

7. Cinco disfunciones e inexistencias y una imposibilidad. Sólo las enumero, sin desarrollarlas. Cinco disfunciones: 1ª convivencia de vínculos: nombramiento y contrato laboral; 2ª confianza, libre designación y designación libre; 3ª comisiones de servicios: ¿sistema de provisión extraordinario?; 4ª los interinos y el derecho fundamental de acceso a la función pública (la Sentencia de 29 de octubre de 2010, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (recurso de casación 2448/2008); y, 5ª sindicatos verticales y horizontales. Cinco inexistencias: 1ª la planificación de recursos humanos en las AAPP; 2ª las relaciones de puestos de trabajo; 3ª la carrera profesional y la carrera horizontal inmóvil; 4ª la responsabilidad de los gestores de recursos humanos en las Administraciones públicas; y, 5ª la formación continua. Y una imposibilidad: la evaluación del desempeño, al menos en la Administración general.

8. Algunas propuestas. Enuncio algunas propuestas para la reforma de la función pública.

Primera. Vuelta al “funcionarismo”. Necesidad de una burocracia profesional: es necesario tejer de nuevo el modelo weberiano [valga el juego de palabras: *der Weber*, en alemán, es el tejedor]: por la neutralidad y eficacia indiferente del funcionario profesional. *De lege lata*: prohibición legal del personal eventual y del personal laboral en las Administraciones públicas.

Segunda. Necesidad de poner a “dieta” unas Administraciones públicas “obesas”: vuelta a la Administración pública de base territorial; supresión de la Administración institucional (organismo autónomos, entidades de Derecho público, entidades públicas empresariales, agencias); supresión de la actividad “industrial” del Estado (Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales): supresión de sociedades mercantiles y fundaciones. Repercusión en su personal: planes de empleo, expedientes de regulación de empleo⁶ y sucesión de empresa. El personal de las Administraciones independientes.

Tercera. Ingreso en la Función pública: sólo por oposición; supresión del concurso y del concurso-oposición; la prohibición legal de pruebas restringidas y su supresión de medidas extraordinarias en el sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón para garantizar la estabilidad presupuestaria.

6. Disposición adicional vigésima del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (“Aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público”), añadida por Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y artículos 34-48 y disposición adicional 4ª del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre (BOE núm. 261, de 30.10.2012).

real, ¿una quimera?; selección heterónoma de los funcionarios: por la Administración pública superior (primero voluntaria, después obligatoria); no incorporación de interinos; éstos en todo caso, con un nombramiento a término (doce meses).

Cuarta. Del libre nombramiento a la libre designación; de la libre designación al concurso de méritos; y, del concurso de méritos específico al concurso de méritos genérico.

Quinta. A vuelta con las incompatibilidades. ¿Se enervan o se endurecen?

9. Cuestiones procesales de la materia “personal” en la vía contencioso-administrativa. El Proyecto de ley por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, en tramitación parlamentaria^{7 y 8}, deroga el apartado 3 del artículo 23 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [disposición final segunda], es decir, la excepción de postulación para los funcionarios públicos en las cuestiones de personal que no impliquen su separación. En la Exposición de motivos se afirma que la excepción carece ya de sentido y que la práctica demuestra como la falta de representación técnica acaba siendo un obstáculo a un desarrollo del proceso más ágil y eficaz.

En relación con los funcionarios públicos se establece la exención de la tasa en los procesos contencioso-administrativos en materia de personal (defensa de sus derechos estatutarios) [artículo 4.1.d)], equiparándose su posición a la de los trabajadores en general (y los trabajadores de la Administración) en el orden social. Hay una diferencia: en el orden contencioso administrativo cabría interpretar que la exención se da en todas las instancias (apelación) y grados (casación), mientras que en el orden social sólo hay una exención del 60 % de la tasa en el recurso de suplicación y en el de casación [artículo 4.3].

10. Dos ejemplos disfuncionales: los interinos un problema estructural, y las modificaciones normativas irreflexivas y extravagantes. A continuación me detendré en dos experiencias reales disfuncionales: *a)* la situación de los interinos y las ofertas de empleo público, abordada en la Sentencia de 29 de octubre de 2010, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (recurso de casación 2448/2008) [II]; y *b)* la estatutarización forzosa o, al menos, forzada, del personal funcionario sanitario asistencial por la disposición adicional 16ª de la Ley estatal 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, añadida por el artículo 10, cuatro, del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (y su corrección de errores) [III].

7. Texto aprobado por la Comisión de Justicia, con competencia legislativa plena, «Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados». Serie A, número 18-4, de 6.11.2012, pp. 1-12.

8. El Proyecto de Ley de tasas judiciales (disposición final cuarta) modifica el artículo 3 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, para adaptar la supresión de la paga extraordinaria establecida en el Real Decreto-ley 20/2012 a la realidad de las carreras judicial y fiscal y de los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia y que la disminución que experimenten estos funcionarios en sus retribuciones anuales sea equivalente a la que resulte para los restantes funcionarios públicos. Y, añade un nuevo artículo 5 bis al Real Decreto-ley 20/2012 sobre el régimen aplicable a las cuotas de las Mutualidades Generales de Funcionarios y de derechos pasivos del mes de diciembre de 2012.

II.- INTERINOS Y DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA.

La infracción del derecho fundamental al acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, establecido en el artículo 23.2 de la Constitución Española de 1978, al no incluir la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón todas las plazas desempeñadas por funcionarios interinos y laborales eventuales, en la Oferta de Empleo Público, a las que legalmente está obligada, según la legislación básica estatal de función pública (artículo 10 de la Ley estatal 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público) y autonómica de desarrollo (artículo 7.4 del texto refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón de 1991) fue objeto del recurso contencioso administrativo número 209/2007, seguido por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, ante la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, interpuesto por una asociación de funcionarios (la Asociación para la Defensa de la Función Pública de Aragón) contra la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, impugnando el Decreto 67/2007, de 8 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para 2007.

En este recurso se dictó la Sentencia de 8 de mayo de 2008, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, desestimatoria del recurso. Esta Sentencia fue casada por la Sentencia de 29 de octubre de 2010, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (recurso de casación 2448/2008; ponente: Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado) [*Westlaw, RJ 2010\8233*]. En el fallo de esta Sentencia del Alto Tribunal se estima el recurso contencioso administrativo y se anula el Decreto 67/2007, en tanto que omitía la inclusión de todas las plazas vacantes cubiertas por funcionarios interinos.

La importancia de la Sentencia es la declaración de la vulneración del citado derecho fundamental a partir de una clara vulneración de la legalidad ordinaria.

1. *Los hechos.* El Gobierno de Aragón, en su reunión de 8 de mayo de 2007 aprobó el Decreto 67/2007, por el que se aprobó la Oferta de Empleo Público para 2007 en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, publicado en el «*Boletín Oficial de Aragón*» número 62, de 25 de mayo de 2007, páginas 8109-8112. Este Decreto incluía un total de 534 plazas vacantes dotadas de las relaciones de puesto de trabajo de dicha Administración pública (artículo 2 «Número de plazas incluidas en la Oferta de Empleo Público»). El Decreto 67/2007 no recoge toda la Oferta de Empleo Público para 2007, ya que la Diputación General de Aragón (DGA) escinde en tres Reglamentos distintos la autorización o aprobación de su Oferta de Empleo para 2007: el citado Decreto 67/2007, que incluye las plazas de la que podemos denominar convencionalmente «Administración General»; el Decreto 68/2007, aprobado en la misma sesión del Gobierno de Aragón, por el que se aprobó la Oferta de Empleo Público del

personal estatutario del Servicio Aragonés de Salud para el año 2007 («BOA» núm. 62, de 25-5-2007); y, el Decreto 38/2007, de 27 de marzo, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para 2007, de personal docente no universitario («BOA» núm. 38, de 30-3-2007). Esta aprobación no unitaria es una vulneración de la legalidad ordinaria (del artículo 23 del texto refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón [en adelante, LOFP], aprobado por el Decreto legislativo 1/1991, de 19 de febrero, que no fue objeto del recurso, por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales.

2. Respecto a la obligación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón de aprobar la oferta anual de empleo público, el hecho es que desde el año 2000 se ha incumplido esta obligación legal, con la excepción de los ejercicios 2003 y 2004. Durante los años 2001, 2002, 2005 y 2006 no se ha aprobado oferta de empleo público para la Administración General, como puede comprobarse en el «Boletín Oficial de Aragón». Además, todavía no se han convocado la mayor parte de los procesos selectivos correspondientes a la oferta de empleo público de 2004 y tampoco se han terminado algunos de los procesos previstos en la oferta de Empleo Público de 2003.

Esta omisión del deber de aprobar la oferta anual de empleo público (en el primer trimestre de cada año), de convocar los procesos selectivos dentro de los tres meses siguientes y de terminar los procesos selectivos en el plazo de seis meses (artículo 24 LOFP) ha provocado un alto grado de desempeño de puestos de trabajo por funcionarios interinos y por personal laboral eventual (temporal).

3. En el propio expediente de elaboración del Decreto impugnado, en las diversas respuestas de los Departamentos y organismos autónomos a los requerimientos de la Dirección General de la Función Pública, sobre vacantes y necesidades de personal constan, consolidando los datos, los siguientes que incluyen plazas y puestos vacantes y vacantes ocupadas por interinos:

ESCALAS- CLASES DE ESPECIALIDAD- CATEGORÍAS PROFESIONALES	A/ ACCESO LIBRE	B/ PROMOCIÓN INTERNA	C/ PROMOCIÓN CRUZADA	D/ PROMOCIÓN HORIZONTAL	E/ TOTAL	F/ NECESIDADES DPTOS.	G/ PORCENTAJE TOTAL / NECESIDADES
TOTAL OFERTA	336	99	80	19	534	1033	51,69

Con carácter general, se redujeron las necesidades manifestadas por los Departamentos de 1.033 plazas a 534, es decir, un 51,69 %. Las necesidades manifestadas por los Departamentos reflejaban los puestos vacantes y puestos vacantes desempeñados por interinos y laborales eventuales —desconocemos si todos los legalmente obligados a ser incluidos en la Oferta de Empleo Público—. Hay que destacar es que esta restricción introducida en la propuesta de Oferta de Empleo Público por la Dirección General de Función Pública carece de una motivación adecuada y suficiente. No es tal la referencia genérica a la potestad de autoorga-

nización y a la necesaria periodificación de los procesos selectivos que hacen que “no sea deseable un agotamiento de los puestos”. Hay que considerar que estamos en presencia de un derecho fundamental (el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad) cuya restricción por los Poderes Públicos requiere una motivación reforzada, que se omitió en el procedimiento de elaboración del Decreto impugnado.

Es preciso recordar la obligación legal de incluir estas plazas desempeñadas por funcionarios interinos y laborales eventuales, en la Oferta de Empleo Público, según el artículo 7.4 del texto refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón y el artículo 56 del VII Convenio Colectivo para el personal laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón («BOA» número 95, de 18-8-2006), como más adelante se argumentará y de las consecuencias de un incumplimiento sobre el derecho fundamental vulnerado.

4. El derecho fundamental lesionado o afectado, de los susceptibles de amparo *ex* artículo 53.2 CE, cuya tutela se pretendía era el derecho al acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, establecido en el artículo 23.2 CE. El motivo de la vulneración del derecho era que el Decreto impugnado no incluía todas las plazas vacantes dotadas presupuestariamente desempeñadas por funcionarios interinos y por trabajadores temporales eventuales.

Esta restricción de las plazas vacantes dotadas que figuraban en las relaciones de puestos de trabajo y que estaban desempeñadas por funcionarios interinos debían ser incluidas legalmente en la Oferta de Empleo Público, según el artículo 7.4 del texto refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por el Decreto legislativo 1/1991, de 19 de febrero —con la salvedad de las desempeñadas por gozar su titular de una reserva de puesto—. Dispone el artículo 7.4 de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón lo siguiente: «Las plazas ocupadas por interinos serán incluidas en la primera oferta de empleo público que se apruebe, salvo los casos de sustitución de funcionarios».

Esta norma legal ha sido mantenida por la legislación básica estatal de función pública, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Su artículo 10, referido a los «Funcionarios interinos» en su apartado 4, dispone: «En el supuesto previsto en la letra a) del apartado 1 de este artículo, las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización». El apartado 1 del mismo artículo establece que «Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera».

Es decir, la Ley estatal del Estatuto Básico del Empleado Público ha previsto la misma norma vigente en la legislación autonómica de desarrollo, con una suerte

de “penalización”: si no se incluyen los puestos desempeñados por interinos en la oferta anual de empleo público del mismo año en que se produce el nombramiento como interino o, excepcionalmente, en la siguiente (en el año siguiente), deben amortizarse, es decir, suprimirse de la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo y Anexo de Personal del Presupuesto.

La norma legal básica ha recogido el parecer de la Comisión de Expertos presidida por el Catedrático de Derecho administrativo y especialista en Función Pública, el Profesor Miguel SÁNCHEZ MORÓN (*Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, MAP, Madrid, abril 2005, pp. 59-62).

5. Idéntica obligación existe convencionalmente, según el artículo 56 del VII Convenio Colectivo para el personal laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, para los trabajadores temporales eventuales, en la oferta anual de empleo público —con la misma salvedad: no deben ser incluidas las desempeñadas por gozar su titular de una reserva de puesto—. Dispone el citado artículo del Convenio Colectivo, en sus dos primeros apartados lo siguiente: «1. La selección de personal de nuevo ingreso, a través de la Oferta de Empleo Pública, incluirá las necesidades de personal laboral que no puedan ser atendidas con los efectivos existentes. 2. Se incluirán en la Oferta de Empleo Pública, los puestos de trabajo de personal laboral de carácter permanente que no resultaron provistos mediante los procedimientos de movilidad establecidos en el presente Convenio, en los términos y condiciones que fije el Gobierno de Aragón».

6. La no inclusión de todas las plazas vacantes cubiertas por funcionarios interinos y por los trabajadores temporales eventuales lesiona el derecho fundamental de ciudadanos reconocido por el artículo 23.2 CE. Los ciudadanos no tienen opción o posibilidades (o son muy limitadas) a incorporarse a la Función Pública de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón al ser exigua la autorización de la oferta de plazas cuyas pruebas podrán ser convocadas en aplicación de la autorización que supone el Decreto.

Esta infracción del mencionado derecho fundamental ha sido apreciada por el Tribunal Supremo en la Sentencia comentada. En su fundamento jurídico segundo se afirma:

“Entrando en el análisis del recurso planteado por la Asociación para la Defensa de la Función Pública de Aragón, se alega por esta, al amparo de lo dispuesto en el artículo 88.1.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la vulneración de lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Constitución Española de 1978.

Ha de acogerse este motivo de casación por las razones siguientes. En primer lugar, como sostiene la recurrente, el derecho de acceso al empleo público es un derecho fundamental de configuración legal, tal como expresamente dispone el artículo 23.2 de nuestra norma constitucional. Pues bien, ha sido en desarrollo de ese derecho constitucional de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, mérito y capacidad, que el Estatuto Básico del Empleado Público dispone en su artículo 10.4

que :“En el supuesto previsto en la letra a) del apartado 1 de este artículo, las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento, y si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización”; y en el apartado 1 de este precepto se dispone que :“ Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera “.

Por su parte, el artículo 7.4 de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón sostiene que “ las plazas ocupadas por interinos serán incluidas en la primera oferta de empleo público que se apruebe, salvo los casos de sustitución de funcionarios”.

La claridad de estos preceptos no dejan duda de la ilegalidad del acuerdo impugnado, en este punto, al que restringe la recurrente el recurso de casación, y único en el que podemos entrar en consecuencia. Ahora bien, la cuestión es si nos encontramos ante una simple ilegalidad, o por el contrario la misma afecta al derecho fundamental. Y hemos de admitir que así es, pues no hay mayor negación del derecho consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución que la negación de los procesos públicos de selección legalmente establecidos. Frente a dichos preceptos no cabe admitir los argumentos de la Administración recogidos en la sentencia de que el hecho de no sacar todas las plazas de interinos se debía a la razón de mejorar los procesos selectivos futuros, impidiendo que bajara la calidad de los seleccionados y que en el futuro no pudieran haberse ofertas públicas, al no existir vacantes. Pero ello ocurrirá si los Tribunales calificadoros no cumplen con el rigor de la exigencia de la capacidad y mérito necesario a la hora de seleccionar, no teniendo porque cubrirse todas las vacantes en el mismo proceso de selección.

Tampoco cabe alegar motivos económicos y de autoorganización, pues las plazas están presupuestadas y ocupadas por funcionarios interinos. En consecuencia, lo que no puede alegarse es el incumplimiento de la ley, cuando es clara y precisa, en desarrollo precisamente del derecho fundamental alegado por los recurrentes”.

7. El Decreto impugnado en el recurso vulneraba el artículo 23.2 de la Constitución Española de 1978. La Oferta de Empleo Pública impugnada cercenaba la libre concurrencia a los puestos vacantes en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, a la Función Pública aragonesa, por el procedimiento de no incluir los puestos vacantes en una Oferta de Empleo Público, aunque la Administración está obligada a ello, e incluir unos y otros no, sin una motivación reforzada. Estos contenidos de la Oferta impugnada eran una actuación arbitraria, contraria al artículo 9.3 de la CE y una vulneración del derecho fundamental reconocido por el artículo 23.2 de la CE, el derecho de los ciudadanos al acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos. El acceso en condiciones de igualdad tiene como *prius* lógico la posibilidad del acceso a la Función Pública, y ésta que la citada Oferta de Empleo Público incluya todos puestos que debe incluir.

La vulneración del derecho fundamental y de la norma constitucional debía ser corregida por el Tribunal Supremo en el recurso de casación contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, en su función de tutelar y amparar los derechos fundamentales, dada la posición prevalente de éstos en el Ordenamiento jurídico. Los argumentos que sustentan la anterior afirmación son los siguientes:

a) *El derecho de acceso al empleo público es un derecho fundamental de configuración legal.*

El derecho reconocido en el artículo 23.2 CE conforme a su propia formulación, ha de calificarse como un derecho de configuración legal. Es la ley, por remisión expresa del precepto constitucional, la que ha de establecer los elementos del citado derecho fundamental, es decir, delimitar el contenido del derecho y fijar las condiciones concretas de su ejercicio. En concreto, el citado artículo 23.2 señala que los ciudadanos *“tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”*.

El hecho de que un determinado derecho fundamental de los reconocidos por la Constitución sea de configuración legal no lo priva de la protección que conlleva la indisponibilidad de su contenido esencial por parte del legislador, pues, como luego señalaremos, no es posible cualquier regulación legal de un derecho fundamental de tal naturaleza.

El legislador queda necesariamente vinculado, conforme al artículo 53.1 de la Constitución, por el contenido esencial del derecho, ese haz de facultades imprescindibles para hacer reconocible el derecho y asegurar la protección de los intereses jurídicos a los que atiende la propia formulación del derecho, interés jurídico que, anunciamos desde este momento, no es sino el de garantizar la posibilidad de todos los ciudadanos de intervenir profesionalmente en la gestión de los intereses generales, mediante un sistema que asegure el ingreso en la función pública en condiciones de igualdad para todos, asegurando con ello el óptimo funcionamiento del Estado de Derecho, como elemento diferenciado y complementario del Estado democrático.

En los derechos de configuración legal es el legislador, por expresa habilitación de la Constitución, el que configura el alcance del derecho fundamental, de forma que éste sólo podrá —y deberá— ejercerse en los términos establecidos por la norma legal establecida a tal fin —como serían, a efectos del derecho que contemplamos, la Ley estatal del Estatuto Básico del Empleado Público o la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón—, pero no por ello esa configuración legal reduce la citada regulación en simple legalidad ordinaria, desprovista de relevancia constitucional, sino que, por el contrario, la lesión de esa legalidad implica también, como señala nuestra mejor doctrina constitucionalista [*cfr.* Ignacio VILLAVARDE MENÉNDEZ, *“El legislador de los derechos fundamentales”* en FRANCISCO J. BASTIDA FREIJEDO, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 151-178; y, Luis María Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Cívitas, Madrid, 2003], la lesión del derecho fundamental que configura.

No cabe, considerar que la no inclusión en la Oferta de Empleo Público aprobada por el Gobierno de Aragón de aquellos puestos de trabajo cubiertos por funcionarios interinos y no reservados a funcionarios de carrera constituya una mera infracción de la legalidad ordinaria, porque el contenido necesario que establece la Ley para la aprobación de la Oferta de Empleo Público, como instrumento de ordenación de la selección de personal de nuevo ingreso en una Administración, no puede ser objeto de inaplicación por el órgano de gobierno al que corresponde su aprobación, sin vulnerar el propio derecho fundamental reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución.

Es evidente, como se dirá más adelante, que una Oferta de Empleo Público que no se ajuste a la Ley vulnera el principio de legalidad y, consiguientemente, el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas, pues éste ha de hacerse en las condiciones que fije la Ley.

La Ley impone que unos determinados puestos de trabajo hayan de ofertarse necesariamente al conjunto de los ciudadanos que cumplan los criterios de mérito y capacidad exigidos para acceder a ellos.

Esta restricción de las plazas vacantes dotadas que figuran en las relaciones de puestos de trabajo y que están desempeñadas por funcionarios interinos deben ser incluídas legalmente en la Oferta de Empleo Público, según el artículo 7.4 del texto refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por el Decreto legislativo 1/1991, de 19 de febrero, —con la salvedad de las desempeñadas por gozar su titular de una reserva de puesto—, y el artículo 10.4 de la Ley estatal 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, como hemos expuesto más arriba.

Al haber configurado el contenido concreto del derecho fundamental, las citadas Leyes cuentan con indudable relevancia constitucional y su infracción debe reputarse igualmente infracción del derecho constitucional, razón por la cual su protección cabe efectuarla a través de la vía del artículo 53.2 CE.

En el ya citado *Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público* (MAP, Madrid, abril 2005, pp. 83-85), se considera que

«El acceso al empleo público debe considerarse, sin duda, una de las piezas clave de todo el sistema de empleo público. Además, guarda estrecha relación con principios fundamentales del Estado de Derecho que deben ser estrictamente garantizados en todas las Administraciones ya lo largo de todo el territorio [...].

Aún a fuer de reiterar principios [generales del acceso] que están ya inscritos en la Constitución (y –no se olvide– en los textos internacionales de protección de los derechos humanos–) o que son también ordenadores del conjunto del sistema del empleo público, ya enunciados en este Informe, la Comisión no considera superfluo que el Estatuto Básico del Empleado Público destaque los que deben presidir por entero y sin excepción alguna el acceso al empleo público. Estos principios son los siguientes:

[...]

- Libre concurrencia e igualdad, de acuerdo con los requisitos generales de acceso al empleo público y con los requerimientos propios del perfil que corresponde al contenido funcional del puesto o grupo profesional correspondiente».

Cercenar la libre concurrencia a los puestos vacantes por el expeditivo procedimiento de no incluírlos en una Oferta de Empleo Público, aun estando la Administración obligada a ello, como es el supuesto de puestos desempeñados por funcionarios interinos y trabajadores eventuales (elemento no discrecional de su política de personal) e incluir unos y otros no, sin una motivación reforzada, es una actuación arbitraria y una vulneración del derecho fundamental reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución, que debe ser corregida por el Tribunal, en su función de tutelar y amparar los derechos fundamentales, dada la posición prevalente de éstos en el Ordenamiento jurídico.

b) *Carácter indisponible de los derechos fundamentales: no es posible cualquier regulación legal de un derecho.*

Un elemento definitorio de todo derecho fundamental es su carácter indisponible por parte del legislador, al tener éste la obligación de respetar su contenido esencial, como bien se señala en el artículo 53.1 de la Constitución.

Tal carácter indisponible es igualmente consecuencia del sometimiento del legislador a la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico, debiéndose subrayar la privilegiada posición que, dentro de la norma constitucional, ocupan los derechos fundamentales, en la medida en que suponen una decisión del poder constituyente para limitar a los poderes constituidos y garantizar la autonomía y la posición que corresponde a los ciudadanos frente a los poderes públicos.

Los derechos fundamentales son un límite que el Estado de Derecho establece al Estado democrático. Ninguna mayoría está legitimada para privar a ningún ciudadano de un derecho fundamental constitucionalmente garantizado. Por lo tanto, los derechos fundamentales constituyen un límite a la facultad de decisión y de acción de los poderes públicos o, en sentido positivo, un objetivo que debe informar su propia actividad, según se trate de un derecho de autonomía o un derecho de prestación.

Es evidente que el derecho de acceso a las funciones públicas no es un derecho de libertad sino de participación de los ciudadanos en la organización institucional de la comunidad política. De ahí, que se perfile como un derecho de configuración legal, pero ello no legitima al legislador para establecer cualquier legislación, sino aquella que precisamente asegure la realización efectiva del derecho. De ahí la importancia de que el poder ejecutivo se ajuste estrictamente a la regulación legal establecida para el ejercicio del derecho, pues el aseguramiento de tal derecho no impone una abstención del poder político, sino una actuación positiva.

Por tal motivo, la no aprobación de la Oferta de Empleo Pública —o su aprobación insuficiente, como en el presente caso, a juicio del recurrente— han de reputarse incumplimiento del derecho fundamental, pues con ello el poder eje-

cutivo no garantiza adecuadamente el ejercicio del derecho constitucionalmente reconocido, al no ajustarse a la regulación legal establecida para el mismo.

Precisamente porque el legislador ha tenido que establecer aquel régimen de ejercicio del derecho respetuoso con el contenido esencial del derecho, y no otro, la aplicación de dicho régimen ha de ajustarse estrictamente a tal regulación legal. Si la Ley exige, como garantía del régimen de acceso al empleo público, que todos los puestos de trabajo cubiertos por personal interino se incluyan en la Oferta de Empleo Público para su provisión por funcionarios de carrera de nuevo ingreso, su no inclusión constituye un incumplimiento de la Ley, y por lo tanto una vulneración del derecho fundamental, al no respetarse su contenido esencial, en los términos en que legalmente ha quedado configurado.

Los contenidos obligados de la Oferta de Empleo Público, conforme al régimen legal establecido, son elemento esencial del disfrute del derecho, sin que puedan entenderse sujetos a criterios de libre apreciación en cuanto a su necesidad, pues tal obligación ya viene directamente expresada por el legislador, sin margen de discrecionalidad alguna en cuanto a su grado de aplicación o cumplimiento.

c) *El principio constitucional de igualdad sólo puede operar dentro de la legalidad.*

La legalidad constituye una exigencia insoslayable del principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución y especificado, para el acceso al empleo público, en el artículo 23.2 de la Constitución. Quiere ello decir que no cabe entender respetado el principio de igualdad de los ciudadanos cuando los poderes públicos no ajustan su actuación al ordenamiento jurídico.

No puede entenderse conforme al principio de igualdad ante la ley la igual posición frente a la vulneración de la ley por los poderes públicos. No es esa la garantía que establece nuestra Norma constitucional ni tal situación puede considerarse jurídicamente admisible en un Estado de Derecho. Es más, admitir tal tesis supondría un radical vaciamiento de la principal exigencia del Estado de Derecho, cual es el sometimiento de los poderes públicos al principio de legalidad.

Por ello, la falta de aprobación de Oferta de Empleo Público o su aprobación incompleta o parcial, sin incluir la totalidad de los puestos que exige la Ley, al constituir una infracción del ordenamiento jurídico —pues el carácter anual de la oferta viene expresamente establecido tanto por la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón como por la Ley estatal del Estatuto Básico del Empleado Público y, antes, por la Ley estatal 30/1984—, no puede entenderse no lesivo del principio de igualdad ante la ley.

La igual lesión del derecho para todos los afectados por un proceso selectivo no hace desaparecer tal lesión. La lesión individualizada es perfectamente identificable dentro de la vulneración colectiva a todos los ciudadanos que implica la inaplicación del régimen legal establecido para el disfrute del derecho de acceso a las funciones públicas reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución.

La igualdad ante la ley exige, como requisito consustancial a la misma, el respeto de la ley, pues en caso contrario la ilegalidad igual para todos podría cali-

ficarse como igualdad antijurídica. La igualdad ante la ley ha de producirse, en todo caso, dentro de la ley, pues la igualdad ante la ley requiere la presencia y el eficaz cumplimiento de la ley, cumplimiento que ha de producirse en condiciones de igualdad para todos los destinatarios de la misma.

d) *No cabe que la potestad de autoorganización pueda limitar el ejercicio de derechos fundamentales.*

No cabe invocar la potestad de autoorganización como elemento limitador del contenido de un derecho fundamental. Los límites al pleno ejercicio de los derechos fundamentales han de estar expresamente previstos, sin que el poder público pueda restringirlos con la invocación de cláusulas generales como son las apelaciones a la potestad de autoorganización o al gasto público. Tales consideraciones han de tener su reflejo, en todo caso, en la aprobación de las relaciones de puestos de trabajo o en la dimensión de efectivos propios de una organización, pero no pueden constituir una excusa para desvirtuar las condiciones de acceso al empleo público, tal y como ha sido configurado este derecho fundamental por las leyes de función públicas aplicables a cada una de las Administraciones Públicas.

Ni la Constitución ni las leyes de Función Pública han previsto que la potestad de autoorganización pueda constituir un posible límite al derecho de acceso a las funciones públicas. Por ello, tal facultad debe referirse a la definición y estructuración de tales funciones, pero una vez definida la correspondiente estructura administrativa, mediante los reglamentos de estructura orgánica y las relaciones de puestos de trabajo, el acceso a los correspondientes puestos de trabajo queda plenamente incluido en el ámbito propio del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución.

Cabrá, en el ejercicio de tal potestad, apreciar si se produce o no la necesidad y la urgencia para cubrir un puesto vacante, y proceder al nombramiento de un funcionario interino para su desempeño, acogiéndose así al artículo 7.1 de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, pero de tal opción y valoración la ley establece una consecuencia obligada, cual es la inclusión de tal plaza en la primera Oferta de Empleo Público que se apruebe, excluyendo únicamente los casos de sustitución de funcionarios, tal y como expresamente se expresa el apartado cuarto del artículo 7 de la Ley aragonesa de Ordenación de la Función Pública —y sin perjuicio de los límites cuantitativos y temporales de las leyes de presupuestos—.

e) *Las necesidades de cobertura de los puestos deben plasmarse al aprobar la oferta anual de empleo público.*

Las necesidades de cobertura no pueden ser y no ser a un mismo tiempo: no pueden invocarse para acudir al nombramiento de funcionario interino y desaparecer, luego, en el momento de confección de la oferta anual de empleo público. Dicha interpretación debe reputarse arbitraria y lesiva del derecho de acceso a las funciones públicas, pues las necesidades a atender con la Oferta anual no permite apreciación administrativa discrecional en aquellos supuestos que expresamente

el legislador impone de forma directa, como es la preceptiva inclusión de todos los puestos ocupados por interinos.

Así, cuando la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón establece, en su artículo 7.4, que *“las plazas ocupadas por interinos serán incluidas en la primera oferta de empleo público que se apruebe, salvo los casos de sustitución de funcionarios”*, está imponiendo una obligación al Gobierno de Aragón, en el momento de aprobación de la Oferta anual de Empleo Público, sin que, en consecuencia, el Gobierno de Aragón pueda invocar frente a tal inclusión preceptiva la facultad de autoorganización.

Cuando el artículo 23 de la citada Ley señala que *“la Diputación General de Aragón aprobará la oferta anual de empleo público, que incluirá las plazas dotadas cuya provisión se considere necesaria, durante el ejercicio presupuestario, para el adecuado funcionamiento de los servicios”*, no está facultando al Gobierno de Aragón para no incluir plazas cubiertas por funcionarios interinos, pues el mandato legal de su inclusión, fijado en el artículo 7.4 de la Ley, no contiene salvedad alguna, y ha de entenderse que tal interpretación es la única congruente pues si la Oferta ha de incluir las plazas cuya provisión resulte necesaria, entre ellas han de figurar obligadamente las plazas cubiertas por funcionarios interinos, al haberse producido su cobertura por *“razones de necesidad y urgencia”*, como expresamente señala el artículo 7.1 de la Ley.

La necesidad que legitima el nombramiento de un funcionario interino es la misma que impone la inclusión de la plaza ocupada por dicho interino en la Oferta anual de Empleo Público que corresponde aprobar al Gobierno de Aragón, sin que dicha necesidad pueda quedar sujeta a la discrecional decisión del Gobierno de Aragón, pues tal posibilidad viene excluida por los términos en que el artículo 7.4 de la Ley señala la obligatoriedad de su inclusión. La capacidad de apreciación del Gobierno de Aragón para incluir o no una determinada plaza ha de entenderse, por lo tanto, referida exclusivamente a puestos de trabajo vacantes, pero no a puestos cubiertos por personal interino, pues la necesidad de cobertura de los mismos es la razón que ha justificado el propio nombramiento del funcionario interino que lo ocupa.

En consecuencia, la no inclusión en la Oferta de puestos cubiertos por interinos ha de reputarse arbitraria y antijurídica, y vulnera la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón y, por lo tanto, del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución, al tratarse de un derecho de configuración legal.

f) Necesidad de motivación reforzada para aplicar limitaciones al ejercicio de un derecho fundamental.

La propia Constitución debe habilitar al poder público para limitar derechos fundamentales. En el sistema constitucional español sólo el legislador está habilitado para tal fin (artículos 81.1 y 53.1 de la Constitución). La Administración pública no puede crear límites a los derechos fundamentales (excepto en el caso de los reclusos ex artículo 25.2 de la Constitución). La función de la Administración

(y del Poder judicial) es aplicar los concretos límites que el legislador a creado y en los estrictos términos legales. El acto aplicativo de los límites requiere una expresa habilitación legal y ser un acto especialmente motivado y sometido al principio de proporcionalidad.

La disposición impugnada en su día imponía unos límites al derecho fundamental reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución que no figuran en la Ley —ni en la Ley estatal del Estatuto Básico del Empleado Público ni en la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón—.

Como hemos dicho más arriba, la vulneración del derecho fundamental y de la norma constitucional ha sido corregida por el Tribunal Supremo en el recurso de casación contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, en su función de tutelar y amparar los derechos fundamentales, dada la posición prevalente de éstos en el Ordenamiento jurídico.

III.- ESTATUTARIZACIÓN FORZOSA O FORZADA DEL PERSONAL FUNCIONARIO SANITARIO ASISTENCIAL.

1. Desde el 24 de abril de 2012 está vigente una nueva disposición adicional decimosexta de la Ley estatal 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de Salud, añadida por el artículo 10, cuatro, del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. El citado Real Decreto-ley fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* número 98, de 24.4.2012, páginas 31278-31312 y entró en vigor el mismo día de su publicación (disposición final novena).

2. La disposición adicional decimosexta (“Integración del personal funcionario al servicio de instituciones sanitarias públicas”) de la Ley estatal 55/2003, establece lo siguiente:

1. Los médicos, practicantes y matronas titulares de los servicios sanitarios locales que presten sus servicios como médicos generales, practicantes y matronas de los servicios de salud, y el resto del personal funcionario que preste sus servicios en instituciones sanitarias públicas, dispondrán hasta el 31 de diciembre de 2012 para integrarse en los servicios de salud como personal estatutario fijo. A tal fin, las comunidades autónomas establecerán los procedimientos oportunos.

2. En caso de que este personal opte por permanecer en activo en su actual situación, en los cuerpos y escalas en los que ostenten la condición de personal funcionario, las comunidades autónomas adscribirán a este personal a órganos administrativos que no pertenezcan a las instituciones sanitarias públicas, conforme a las bases de los procesos de movilidad que, a tal fin, puedan articularse.

En el *Boletín Oficial del Estado* número 116, de 15 de mayo de 2012, páginas 35407 a 35411, se ha publicado una corrección de errores del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones,

publicado en el *Boletín Oficial del Estado* número 98, de 24 de abril de 2012, páginas 31278-31312.

Entre las setenta y tres correcciones de errores —algunas de ellas múltiples y con diverso alcance: sustitución de términos, de fechas, adiciones de frases o locuciones, supresiones, signos de puntuación, etc.—, que ocupan cinco densas páginas del *Boletín Oficial*, se inserta una corrección del artículo 10, cuatro, del Real Decreto-ley, que añadió la nueva disposición adicional decimosexta (“Integración del personal funcionario al servicio de instituciones sanitarias públicas”) de la Ley estatal 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de Salud.

La corrección de errores de este precepto se ha efectuado en los siguientes términos:

Advertidos errores en el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» núm. 98, de 24 de abril de 2012, se procede a efectuar las oportunas rectificaciones:

[...]

En la página 31306, artículo 10, apartado cuatro (apartado 1 de la disposición adicional decimosexta que se añade), en la tercera línea, debe añadirse la palabra «sanitario» tras la expresión «personal funcionario»; en la cuarta línea, donde dice: «... hasta el 31 de diciembre de 2012...», debe decir: «...hasta el 31 de diciembre de 2013...»; en la quinta línea, tras la expresión «...integrarse en los servicios de salud como personal estatutario fijo», debe añadirse el inciso «, sin perjuicio de los derechos consolidados.».

[...].

El texto vigente de la disposición adicional decimosexta (“Integración del personal funcionario al servicio de instituciones sanitarias públicas”) de la Ley estatal 55/2003, consolidado con la rectificación, es el siguiente:

*1. Los médicos, practicantes y matronas titulares de los servicios sanitarios locales que presten sus servicios como médicos generales, practicantes y matronas de los servicios de salud, y el resto del personal funcionario **sanitario** que preste sus servicios en instituciones sanitarias públicas, dispondrán hasta el 31 de diciembre de **2013** para integrarse en los servicios de salud como personal estatutario fijo **sin perjuicio de los derechos consolidados**. A tal fin, las comunidades autónomas establecerán los procedimientos oportunos.*

2. En caso de que este personal opte por permanecer en activo en su actual situación, en los cuerpos y escalas en los que ostenten la condición de personal funcionario, las comunidades autónomas adscribirán a este personal a órganos administrativos que no pertenezcan a las instituciones sanitarias públicas, conforme a las bases de los procesos de movilidad que, a tal fin, puedan articularse.

La corrección de errores o rectificación (en puridad, modificación) de la disposición adicional decimosexta (“Integración del personal funcionario al servicio de

instituciones sanitarias públicas”) de la Ley estatal 55/2003 es triple, con la nota común que es la adición de texto o la modificación de una fecha:

a) La adición del adjetivo “sanitario” referido al ámbito subjetivo del otro personal que preste sus servicios en instituciones sanitarias públicas. Es una modificación que acota con precisión el ámbito, aunque estaba implícito en el hecho de que el personal funcionario que decida mantener esta condición perdía sus funciones asistenciales, por lo que el precepto sólo podía referirse a personal funcionario sanitario. El “corrector” del Gobierno de la Nación se ha olvidado en la rectificación modificar el título de la disposición adicional decimosexta de la Ley estatal 55/2003; en lugar de “Integración del personal funcionario al servicio de instituciones sanitarias públicas” debería haber dicho “Integración del personal funcionario *sanitario* al servicio de instituciones sanitarias públicas”, por coherencia o congruencia interna con la adición del adjetivo “sanitario” en el apartado 1 de la misma.

b) Se modifica la fecha para ejercer la opción de la integración como personal estatutario: se amplía un año, del 31 de diciembre de 2012 a la misma fecha del año 2013. Parece que responde a conferir un plazo mayor a las Comunidades Autónomas para que organicen sus servicios regionales de salud, por las repercusiones organizativas que tiene la decisión normativa estatal. Sobre esta modificación volveremos más abajo.

c) Se añade una cláusula “sin perjuicio”, en este caso “sin perjuicio de los derechos consolidados”. Este tipo de salvaguardias se caracterizan por su imprecisión: ¿qué son derechos consolidados?; y, ¿cuáles son los derechos consolidados? Posiblemente sólo la retribución ligada a la antigüedad (trienios), derecho que en ningún caso había sido “expropiado” por el cambio normativo. No tiene, en mi opinión, ningún otro alcance, aunque facilitará, en su caso, recursos judiciales según se articule la “integración”.

3. Esta disposición tiene un ámbito subjetivo delimitado en razón de un determinado vínculo (médicos, practicantes y matronas titulares de los servicios sanitarios locales que presten sus servicios como médicos generales, practicantes y matronas de los servicios de salud y el resto del personal funcionario) y una prestación de servicios (en instituciones sanitarias públicas).

Lo cierto es que la transferencia de los funcionarios de los antiguos Cuerpos de la Sanidad Local a los entes preautonómicos primero y a las Comunidades Autónomas después ha hecho desaparecer estos Cuerpos. Sus miembros se integraron en los cuerpos o escalas sanitarias asistenciales de las Administraciones de las Comunidades Autónomas. Posiblemente, en sentido literal, la disposición sería de contenido imposible: no existen ya médicos, practicantes y matronas titulares de los servicios sanitarios locales.

No obstante la finalidad de la norma es clara: unificar el régimen del personal asistencial de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas bajo la condición de personal estatutario, regulado en la Ley estatal 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de Salud, a una fecha determinada (el 31 de diciembre de 2013).

Se fija esta fecha como límite temporal para que los funcionarios de carrera afectados opten por integrarse como personal estatutario o se verán abocados a ser privado del contenido asistencial sanitario de su prestación de servicios profesionales ya que si optan por mantener el vínculo funcional, deben ocupar puestos burocráticos en la Administración sanitaria de la correspondiente Comunidad Autónoma, participando en unos procesos de movilidad que deben organizar y convocar las Comunidades Autónomas.

Más adelante realizaremos algunas consideraciones sobre este mandato legal y su incidencia limitativa de la potestad autoorganizativa de las Comunidades Autónomas y sobre las consecuencias económicas que este mandato legal tendrá (o puede tener) sobre el capítulo I (“gastos de personal”) de los presupuestos de gastos de las Comunidades Autónomas. Avanzamos que el mandato legal es contrario a la potestad de autoorganización y es contrario a los principios de racionalidad, cohesión del sistema, economía, eficacia y eficiencia (estos dos últimos principios estructurales y de actuación de las Administraciones públicas *ex* artículo 103.1 CE) que se dice que inspiran el Real Decreto-ley 16/2012 (*cfr.* su exposición de motivos).

4. Para el conjunto del Real Decreto-ley 16/2012 se afirma por el Gobierno que los títulos competenciales del Estado es el artículo 149.1 de la Constitución Española de 1978 [en adelante, CE], apartados 16^a (bases y coordinación general de la sanidad; legislación sobre productos farmacéuticos), 17^a (legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas), 18^a (las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas) y 30^a (regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia). Establece la disposición final primera (“Título competencial”) de esta Norma gubernamental, con valor de ley, lo siguiente:

Este real decreto-ley se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.2.^a, 149.1.16.^a, 149.1.17.^a, 149.1.18.^a y 149.1.30.^a de la Constitución Española.

Lógicamente, referido al artículo 10, cuatro, del Real Decreto-ley, por el que se añade la disposición adicional 16^a a la Ley estatal 55/2003, de los títulos competenciales invocados, hay que entender que el título competencial estatal específico es la competencia del Estado para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios (artículo 149.1.18^a CE). Por dos motivos: primero por el contenido de la norma; y, en segundo lugar, porque ésta fue la habilitación competencial invocada por las Cortes Generales al aprobar la Ley estatal 55/2003 —ahora modificada con la adición de la disposición—. Establece la disposición final primera, párrafo primero, de la Ley estatal 55/2003:

Las disposiciones de esta Ley se dictan al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución, por lo que las mismas constituyen bases del régimen estatutario del personal incluido en su ámbito de aplicación.

5. El Real Decreto-ley 16/2012 incurre en un grave defecto de técnica normativa. Vulnera las directrices de técnica normativa —Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa, publicado en el BOE núm. 180, de 29.7.2005, que no son una norma jurídica— ya que introduce una disposición adicional nueva —la 16^a— cuando la norma modificada la contenía una sobre la misma materia, con un contenido normativo distinto.

En efecto, la disposición adicional quinta (“Integraciones de personal”) de la Ley estatal 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de Salud, disponía:

Al objeto de homogeneizar las relaciones de empleo del personal de cada uno de los centros, instituciones o servicios de salud, y con el fin de mejorar la eficacia en la gestión, las Administraciones sanitarias públicas podrán establecer procedimientos para la integración directa, con carácter voluntario, en la condición de personal estatutario, en la categoría y titulación equivalente, de quienes presten servicio en tales centros, instituciones o servicios con la condición de funcionario de carrera o en virtud de contrato laboral fijo.

Asimismo, se podrán establecer procedimientos para la integración directa del personal laboral temporal y funcionario interino en la condición de personal estatutario temporal, en la categoría, titulación y modalidad que corresponda.

El contenido material de la nueva disposición adicional 16^a y de la anterior disposición adicional 5^a de la Ley estatal 55/2003 es el mismo: se refieren a la integración del personal funcionario sanitario con funciones asistenciales en instituciones sanitarias públicas como personal estatutario. En un caso, integración potestativa o voluntaria (adicional 5^a) en otro caso forzosa o con mayor precisión voluntaria con penalización —cambio del contenido funcional o de tareas: de asistenciales sanitarias a burocráticas— (adicional 16^a). En buena técnica normativa, la modificación normativa no debía haberse producido con la adición de una nueva disposición adicional, sino modificando el contenido (modificando la redacción) de la disposición ya existente, la quinta, con un mismo objeto.

Existe una clara antinomia entre los dos preceptos. Se resuelve en virtud del principio *lex posterior, anterior derogat* (artículo 2.2 del Código Civil: *Las Leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la Ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior*) o de derogación por incompatibilidad material (disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 16/2012: *[Quedan derogadas] [...] cuantas otras disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en el presente real decreto-ley*].

6. La nueva disposición adicional 16^a de la Ley estatal 55/2003 es una norma básica. No se califica expresamente así por el Gobierno de la Nación en el Real

Decreto-ley 16/2012. Pero dado el título competencial y la modificación implícita de la disposición adicional 5ª de la misma Ley —que tenía tal carácter de base o norma básica del régimen estatutario de los funcionarios— tal es su naturaleza. Más abajo expondremos alguna consideración sobre el carácter de la base o norma básica. Por el momento, basta con resaltar que esta es la naturaleza que hay que predicar de la norma.

7. Como es conocido el decreto-ley es una norma gubernamental, con rango de ley, dictadas en caso de extraordinaria y urgente necesidad. Dice el artículo 86 CE:

1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título Primero, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al derecho electoral general.

2. Los Decretos-Leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.

3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de Ley por el procedimiento de urgencia.

Es por esencia una norma temporal: tiene una vigencia de treinta días, salvo que el Congreso lo convalide expresamente, en una votación sobre el conjunto del decreto-ley, es decir, sin enmiendas (artículo 151 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 1982). Una vez convalidado un real decreto-ley, un grupo parlamentario puede solicitar que se tramite como proyecto de ley. Si la Cámara se pronuncia a favor, se tramita como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, sin que sean admisibles las enmiendas de totalidad de devolución (artículo 151.4 del citado Reglamento).

El Pleno del Congreso de los Diputados convalidó en la sesión plenaria celebrada del 17 de mayo de 2012, el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (punto 26 del apartado IV del orden del día; número de expediente 130/000017). El debate se recoge en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* número 31, de 17 de mayo de 2012, páginas 56-80. El resultado de la votación en la página 85. La votación de convalidación fue la siguiente: 315 votos emitidos; a favor, 178; en contra, 137. El Real Decreto-ley queda convalidado. La votación sobre su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia arrojó el siguiente resultado: 315 votos emitidos; a favor, 139; en contra, 176, en consecuencia, el Real decreto-ley no se tramitó como proyecto de ley.

En el *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, Serie D, número 96, de 24 de mayo de 2012, páginas 13-37, se publicó el Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones —y el texto consolidado del Real Decreto-ley—. En el *Boletín Oficial del Estado* número 125, de 25 de mayo de 2012, página 37694, se publicó la Resolución de 17 de mayo de 2012, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones

Dice así:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Constitución, el Congreso de los Diputados, en su sesión del día de hoy, acordó convalidar el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» número 98, de 24 de abril de 2012, y corrección de errores publicada en el «Boletín Oficial del Estado» número 116, de 15 de mayo de 2012.

Se ordena la publicación para general conocimiento.

Palacio del Congreso de los Diputados, 17 de mayo de 2012.— El Presidente del Congreso de los Diputados, Jesús Posada Moreno.

8. Es necesario examinar si concurre el supuesto habilitante (“extraordinaria y urgente necesidad”) del artículo 86.1 CE en la adición de la disposición adicional 16ª de la Ley estatal 55/2003 por el artículo 10, cuatro, del Real Decreto-ley 16/2012. Avanzamos nuestra conclusión: no concurre el presupuesto de hecho: la “extraordinaria y urgente necesidad”. A continuación expones las razones para mantener esta conclusión.

9. La “extraordinaria y urgente necesidad” es un concepto jurídico indeterminado que emplea el artículo 86.1 CE. Su concurrencia o no, en cada caso concreto, puede ser revisada por el Tribunal Constitucional (SSTC 29/1982, 6/1983, 29/1986 y 228/1993). Su contenido puede ser precisado, en parte. La “necesidad extraordinaria” tiene un triple contenido: en primer lugar, debe tratarse de un supuesto de hecho no ordinario, esto es, inusual o de producción infrecuente; en segundo lugar, debe tratarse de una necesidad acaecida de modo imprevisible o difícilmente previsible, previsión no exigible a un Gobierno atento; y, en tercer lugar, debe tratarse de una necesidad de importancia o gravedad singular.

La “necesidad urgente” requiere tres circunstancias acumulativas: primero, la situación ha de ser inaplazable, es decir, que requiera la adopción inmediata de medidas legislativas de efectos inmediatos o instantáneos, de tal modo que, de no adoptarse, se produciría una grave daño a los intereses públicos; segundo, el lapso temporal en el que tales medidas deben adoptarse para evitar el daño debe ser de tal brevedad que impida acudir al procedimiento legislativo, incluido las modalidades más abreviadas (por ejemplo, un proyecto de ley, de tramitación

urgente por el procedimiento de lectura única); y, tercero, debe existir una total coherencia o conexión de sentido —como dice el Tribunal Constitucional— entre la urgencia de la situación y la naturaleza de las medidas adoptadas; es decir, limitarse a los aspectos inaplazables del problema a abordar, no de aquellos otros cuya regulación puede hacerse, más tarde, por los cauces ordinarios de producción de leyes.

El Tribunal Constitucional suele ser muy respetuoso con el margen de apreciación política del Gobierno al controlar la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad, sin que le corresponda al Tribunal enjuiciar la bondad técnica, la oportunidad o la eficacia de las medidas adoptadas e impugnadas (SSTC 29/1982, 6/1983, 111/1983, 29/1986, 60/1986, 93/1988, 117/1990, 225/1993, 228/1993, 182/1997, 11/2002, 137/ /2003, 189/2005, 332/2005).

10. La modificación de la Ley estatal 55/2003, con el añadido de la disposición adicional 16^a, por el artículo 10, cuatro, del Real Decreto-ley 16/2012, no puede reputarse como un supuesto de “extraordinaria y urgente necesidad”.

La integración del personal funcionario asistencial como personal estatutario se difería al 31 de diciembre de 2012 (al 31 de diciembre de 2012, tras la corrección de errores publicada). Diecinueve meses y seis días después de la entrada en vigor del Real Decreto-ley promulgado. La convivencia entre personal funcionario y personal estatutario en las instituciones sanitarias (servicios regionales de salud) no es una situación imprevisible para el Gobierno de la Nación. Es más, fue querida por el Parlamento nacional (disposición adicional 5^a de la Ley estatal 55/2003). Tampoco se aprecia que la integración forzosa sea una necesidad de importancia o gravedad singular. No concurre la “necesidad extraordinaria”.

Por dicha circunstancia temporal tampoco concurre la “necesidad urgente”. No se dan ninguna de las tres circunstancias acumulativas. Ni es una medida que sea adopte de modo inmediato, con efectos instantáneos; el lapso temporal en el que tales medidas deben adoptarse no impide acudir al procedimiento legislativo de las Cortes Generales; y, por último, la integración del personal funcionario en estatutario no es un aspecto inaplazable su regulación puede hacerse, más tarde, por los cauces ordinarios de producción de leyes.

La modificación de la fecha para ejercer la opción de la integración como personal estatutario ampliando el término un año, hasta el 31 de diciembre de 2013, confirma el juicio vertido antes. Podemos calificar que, antes de la modificación, vía corrección de errores, la “necesidad urgente” era una urgencia “demorada”, al 31 de diciembre de 2012. Ahora es una “necesidad urgente demorada y pospuesta” al 31 de diciembre de 2013. Demorada y pospuesta diecinueve meses y seis días después de la entrada en vigor del Real Decreto-ley.

Esta ampliación del plazo —que es la prueba del nueve de la no concurrencia del presupuesto fáctico-temporal de la “urgencia” de la medida legislativa gubernamental—, ofrece la ventaja de que el Gobierno y los Grupos parlamentarios de las Cortes Generales disponen de un mayor plazo para ejercer la iniciativa legislativa para derogar el artículo 10, cuatro, del Real Decreto-ley por una ley

estatal aprobada por las Cortes Generales o por un decreto-ley aprobado por el Gobierno de la Nación posterior. Dicha norma legal, específica o inserta en otra más genérica, debería entrar en vigor, ahora, tras la rectificación, antes del 31 de diciembre de 2013.

11. El presupuesto real habilitante del Real Decreto-ley en cuestión —al igual que el de los quince precedentes publicados en 2012 y los veinte publicados en el BOE en 2011— es luchar contra la crisis económica. Pero el Gobierno de la Nación no puede aprovechar la ocasión para modificar varias leyes ordinarias en aspectos no vinculados con el gasto público sanitario.

Es más, si la razón última de la norma gubernamental es reducir el gasto público sanitario (por ejemplo con las medidas sobre la delimitación de la condición de asegurado, la definición de una cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, medidas sobre la prestación farmacéutica y la aportación económica de los beneficiarios en el momento de la dispensación ambulatoria de ésta, etc.), la medida de la integración forzosa de los funcionarios sanitarios asistenciales como personal estatutario o el mantenimiento de su condición de funcionarios con funciones burocráticas, pero privándoles de sus tareas asistenciales sanitarias a la población es contraria a los principio constitucional de eficacia, que es un principio estructural y de actuación de las Administraciones públicas (artículo 103.1 CE: “*La Administración Pública [...] actúa de acuerdo con los principios de eficacia [...]*”).

En la hipótesis de que los funcionarios concernidos por la disposición adicional 16ª no optasen mayoritariamente por integrarse como estatutarios antes del 31 de diciembre de 2013, llegada esta fecha un “ejército” de funcionarios sanitarios pasaría desempeñar tareas burocráticas no queridas o innecesarias en sus Servicios regionales de salud o en la Administración sanitaria de la respectiva Comunidad Autónoma.

En lugar de un ahorro del gasto público se incrementaría éste, los gastos de personal (desempeño de tareas burocráticas por funcionarios sanitarios y selección y provisión de puestos asistenciales por nuevo personal estatutario).

Dudo que el Estado haya consultado el Registro Central de Personal para saber el número de funcionarios afectados. En Aragón, quizás más de 400 funcionarios, a razón de unos 48.000 € año/funcionario del grupo A1 y de unos 35.000 €/funcionario del grupo A2, lo que puede representar un incremento del gasto de personal en 17 millones de euros por año. En las diecisiete Comunidades Autónomas, la integración afecta a más de 25.000 funcionarios, lo que representaría en el supuesto maximalista quizás un montante de incremento del gasto del capítulo 1 del presupuesto del conjunto de las Comunidades Autónomas en unos 1.000 millones de euros por año.

Desde la perspectiva económica tampoco concurre el presupuesto de hecho: la “extraordinaria y urgente necesidad” de luchar contra la crisis económica, reduciendo los gastos de personal de las Administraciones públicas. El efecto es el contrario. El Gobierno de la Nación ha cometido un craso error. En este caso

el Tribunal Constitucional sí debería entrar a enjuiciar la eficacia de la medida adoptada por ser contraria al artículo 103.1 CE y al artículo 86.1 CE.

12. Analizaremos a continuación la incidencia de la disposición adicional 16ª de la Ley estatal 55/2003 sobre diversas normas legales y reglamentarias del Ordenamiento jurídico aragonés que se refieren a la integración del personal funcionario sanitario (asistencial) como personal estatutario del Servicio Aragonés de Salud.

Las normas legales y reglamentarias del Ordenamiento jurídico aragonés que se refieren a la integración del personal funcionario sanitario (asistencial) como personal estatutario del Servicio Aragonés de Salud son las siguientes:

1) El artículo 55.2 de la Ley aragonesa 2/1989, de 21 de abril, del Servicio Aragonés de Salud, modificado por la disposición final primera de la Ley aragonesa 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón:

2. Con objeto de homogeneizar las relaciones de empleo del personal del Servicio Aragonés de Salud y mejorar la eficacia de la gestión, el Departamento responsable de Salud, sin perjuicio de lo que determine con carácter básico el estatuto marco al que se refiere la Ley General de Sanidad, podrá establecer procedimientos para la integración directa en la condición de personal estatutario de quienes presten servicio en dicho organismo autónomo como funcionarios de carrera o en virtud de contrato laboral fijo.

Asimismo, se podrán establecer procedimientos para la integración directa del personal interino y laboral temporal en la condición de personal estatutario temporal, en la modalidad que corresponda de acuerdo con la duración del contrato de origen.

2) El Decreto 115/2003, de 3 de junio, del Gobierno de Aragón, sobre plantillas orgánicas del personal de los centros sanitarios adscritos al Servicio Aragonés de Salud:

Su artículo 6 (“Efectos de la aprobación”) dispone:

1. La aprobación de las Plantillas Orgánicas de Personal, así como sus modificaciones tendrán efectos desde su aprobación por el órgano competente, sin perjuicio de su ulterior publicación.

2. Los puestos de personal estatutario, se proveerán conforme a la forma de provisión prevista legalmente y definida en las plantillas orgánicas de cada centro sanitario de destino con estricta sujeción a los requisitos para su desempeño.

3. Los puestos de trabajo actualmente ocupados por personal funcionario o laboral se clasificarán como propios de personal estatutario, sin perjuicio de su desempeño por los titulares actuales. Una vez cesada la prestación de servicios, sin reserva de puesto, se proveerán por personal estatutario conforme a la definición del concreto puesto.

4. Aquellos puestos de trabajo de personal estatutario incluidos en las plantillas orgánicas de personal que figuren vacantes u ocupados por personal interino serán

incluidos en la Oferta Pública de Empleo y el correspondiente procedimiento de provisión de puestos de trabajo.

La disposición transitoria primera (“Mantenimiento de la condición jurídica”) establece que

Quienes en el momento de aprobarse las plantillas orgánicas de personal del correspondiente centro sanitario de destino en sustitución de la Relación de Puestos de Trabajo, como personal funcionario de carrera o laboral fijo, presten servicio en dichos centros, continuarán prestando los mismos con idénticas condiciones retributivas, de prestación del servicio y requisitos, sin perjuicio de las modificaciones de definición del puesto que puedan realizarse en la aprobación de las plantillas del centro correspondiente.

Y la disposición transitoria cuarta (“Movilidad del personal funcionario”) completa la anterior previsión, en los siguientes términos:

El personal funcionario de carrera y personal laboral fijo al que hace referencia la disposición transitoria primera y que se halle prestando servicios en los centros sanitarios de destino podrá participar en los procesos de provisión de puestos de trabajo que a tal efecto se convoquen para el personal estatutario manteniendo su condición de personal funcionario o laboral. Las sustituciones de este personal se realizarán por personal estatutario temporal en la modalidad que proceda.

3) El Decreto 51/2004, de 9 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se establece el procedimiento de integración en la condición de personal estatutario del Servicio Aragonés de Salud, con un sistema de opción anual (artículo 2 y artículo 3).

El ámbito subjetivo está determinado en el artículo 2 (“Personal susceptible de integración en la condición de personal estatutario”) que prevé:

1. Podrán optar a su integración en la condición de personal estatutario los funcionarios de carrera de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón que pertenezcan a las Escalas y Clases de especialidad y se hallen prestando servicios en los centros, instituciones o servicios sanitarios que se relacionan en el Anexo I del presente Decreto.

Dicha opción corresponderá igualmente al personal laboral con contrato indefinido fijo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón perteneciente a las categorías profesionales y que, asimismo, se halle prestando servicios en los centros, instituciones o servicios sanitarios señalados en el Anexo I de este Decreto.

2. También podrán optar a dicha integración aquellos funcionarios de escalas sanitarias que, pese a no hallarse prestando servicios en los centros, instituciones o servicios sanitarios del Servicio Aragonés de Salud, se hallen en servicio activo y reúnan las condiciones para acceder al desempeño de plazas o puestos de trabajo en los centros, instituciones o servicios del Servicio Aragonés de Salud, a través de su participación en los procesos de movilidad.

El artículo 3 regula el procedimiento de integración, en los siguientes términos:

1. *El procedimiento de integración voluntaria del personal funcionario de carrera o personal laboral con contrato indefinido fijo al que se reconoce la facultad de adquirir la condición de personal estatutario se efectuará conforme a los presentes criterios:*

a) *Anualmente, el Departamento competente en materia de salud, realizará una convocatoria pública para la posible integración de personal funcionario de carrera y laboral con contrato indefinido fijo en la condición de personal estatutario.*

b) *Las citadas convocatorias concederán un plazo mínimo de veinte días para la presentación de solicitudes de integración por parte de los empleados públicos susceptibles de integración, utilizando a tal efecto el modelo de solicitud que se apruebe oficialmente por la Dirección General de la Función Pública.*

c) *Dichas solicitudes deberán ser resueltas expresamente por el Departamento competente en materia de salud, en el plazo máximo de un mes desde el agotamiento del plazo señalado para las solicitudes. La opción de integración únicamente podrá ser rechazada por no reunir el solicitante los requisitos de Escala, Clase de especialidad o categoría profesional requeridos o, en su caso, por no hallarse prestando servicios en los centros, instituciones o servicios del Servicio Aragonés de Salud.*

d) *Quienes adquieran la condición de personal estatutario por hallarse prestando servicios en plazas o puestos de trabajo de los centros, instituciones o servicios sanitarios del Servicio Aragonés de Salud, tomarán posesión sin solución de continuidad en el mismo puesto de trabajo que vinieren ocupando en su condición de personal funcionario de carrera o contratado laboral indefinido fijo.*

2. *Tras producirse la integración en la condición de personal estatutario, el empleado público estatutarizado quedará sometido al régimen estatutario que le resulte de aplicación, siéndole igualmente de aplicación las previsiones contenidas en el artículo 4 de este Decreto.*

4) Y, por último, el artículo 39.4 del Decreto 37/2011, de 8 de marzo, del Gobierno de Aragón, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en los centros del Servicio Aragonés de Salud:

1. *Podrá participar en el concurso de traslados el personal estatutario fijo de la correspondiente categoría, y, en su caso, especialidad, que se encuentre desempeñando o tenga reservada plaza en centros dependientes de los Servicios de Salud, así como el personal que se encuentre en situación distinta a la de activo procedente de plaza de tales servicios.*

El personal en situación de reingreso provisional en plaza de centros sanitarios dependientes del Servicio Aragonés de Salud estará obligado a participar en los concursos de traslados que se convoquen.

2. *Además de los anteriores, serán requisitos para ser admitidos en el concurso:*

a) *Para el personal en servicio activo o con reserva de plaza: haber tomado posesión en la plaza desempeñada con un año de antelación, como mínimo, a la finalización del plazo de presentación de instancias. Este requisito no se exigirá a los aspirantes que opten a plazas desde destino obtenido mediante redistribución o reas-*

ignación de efectivos, ni a quienes vieran demorada su última toma de posesión por hallarse en alguna de las situaciones que justifican la falta de incorporación efectiva.

b) Para el personal en situación distinta a la de activo y que no ostente reserva de plaza: reunir los requisitos exigidos para incorporarse al servicio activo el último día del plazo establecido para la presentación de instancias.

3. El personal de cupo o de zona o del servicio de urgencia podrá participar en los concursos de traslados de la respectiva categoría o en su caso especialidad, siempre que cumpla los requisitos previstos en la convocatoria, lo cual implicará, en el supuesto de obtención de destino, la integración en el servicio jerarquizado o equipo de atención primaria correspondiente.

4. El personal funcionario de carrera y personal laboral fijo de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón que se hallen prestando servicios en los centros sanitarios del Servicio Aragonés de Salud podrá participar en los concursos de traslados, siempre que cumpla los requisitos previstos en la convocatoria.

Igualmente el personal funcionario de carrera y personal laboral fijo de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón que pertenezca a las escalas y clases de especialidad y a las categorías profesionales contenidas en el anexo I del Decreto 51/2004 de 9 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se establece el procedimiento de integración en la condición de personal estatutario del Servicio Aragonés de Salud, podrá participar en los concursos de traslados, siempre que cumpla los requisitos previstos en la convocatoria. De resultar adjudicatarios, pasarán a integrarse automáticamente en la condición de personal estatutario con efectos de la fecha de toma de posesión.

Los funcionarios de la Escala Sanitaria Superior del Cuerpo de Funcionarios Superiores a que se refiere la Disposición Adicional Primera de la Ley 6/2002, de 15 de abril (LARG 2002, 235), de Salud de Aragón, podrán acceder a plazas de Licenciado o Diplomado Sanitario de las plantillas de los centros sanitarios para las que no se exija título de especialista en ciencias de la salud, a través de los procedimientos de movilidad voluntaria. De resultar adjudicatario, dicho personal pasará a integrarse automáticamente en la condición de personal estatutario con efectos de la fecha de toma de posesión

5. No podrán participar en los concursos que se convoquen quienes se encuentren en situación de suspensión firme de funciones en tanto dure la suspensión.

6. Por razones de convivencia familiar, cuando dos solicitantes que reúnan los requisitos exigidos pudieran estar interesados en las vacantes que se anuncien en un determinado concurso para una misma localidad, podrán condicionar sus peticiones al hecho de que ambos obtengan destino en ese concurso en ese mismo municipio, o en su caso, zona de salud, entendiéndose, en caso contrario, efectuada la renuncia a las peticiones formuladas por ambos. El personal que se acoja a esta petición condicional deberá hacerlo constar expresamente en su solicitud de participación y acompañar fotocopia de la solicitud del otro solicitante.

13. Dado el carácter de norma básica de la disposición adicional 16ª de la Ley estatal 55/2003, según hemos sostenido más arriba, su efecto es desplazar, por

incompatibilidad las normas legal y reglamentarias aragonesas enumeradas, que tienen la naturaleza de legislación de desarrollo. Esta legislación aragonesa de desarrollo era congruente y respetuosa con la norma básica contenida en la disposición adicional 5ª de la Ley estatal 55/2003, que hay que entender derogada por la nueva disposición adicional 16ª de la misma Ley, por las razones antedichas más arriba. La disposición adicional 16ª de la Ley estatal 55/2003, desplaza por incompatibilidad las normas legal y reglamentarias aragonesas, previas, sobre la integración voluntaria del personal funcionario sanitario asistencial del Servicio aragonés de Salud como personal estatutario del Organismo autónomo (y por conexión las normas sobre movilidad indistinta de los funcionarios y estatutarios a las plazas asistenciales de estatutarios de las plantillas orgánicas del Servicio Aragonés de Salud).

14. Este efecto de desplazamiento —en la práctica, efecto “derogatorio” *ipso iure* por la norma estatal básica posterior, aunque no formal, por ser normas de ordenamientos jurídicos distintos, relacionadas por el principio de competencia, pero teniendo en cuenta que la norma básica estatal, por la fuerza de las cosas se halla en una posición supraordenada de modo intrínseco respecto a las normas autonómicas de desarrollo— obliga a preguntarse si la añadida norma básica en cuestión —posterior en el tiempo a las normas de desarrollo autonómicas— respeta la distribución de competencias entre el Estado (bases estatales; artículo 149.1.18ª CE) y de la Comunidad Autónoma de Aragón (legislación de desarrollo y ejecución; artículo 75.13ª de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón) sobre el régimen estatutario de sus funcionarios.

15. Analicemos el carácter básico de la disposición adicional 16ª de la Ley estatal 55/2003 y sus límites. La determinación de lo básico ofrece problemas insuperables. Lo básico es una entelequia. Puede ser lo que quiera el Parlamento nacional en cada momento, según las circunstancias políticas o lo que determine el Gobierno de la Nación mediante una norma gubernamental con valor de ley o con un reglamento estatal. Cuestiones consideradas básicas en un momento en otro pueden no serlo (cambio de circunstancias, cambio de planteamientos técnicos, cambio del partido político en el poder). No obstante, el Tribunal Constitucional puede declarar inconstitucionales y anular normas estatales calificadas como básicas que ostensiblemente no lo sean. Teóricamente cabe señalar algunos rasgos para determinar lo básico.

En primer lugar, la norma básica estatal es la traducción de los principio de unidad y de interés general nacional en una materia, hecha por el constituyente en el artículo 149.1 CE. Es una regulación normativa uniforme y de vigencia común en toda la Nación, para asegurar un común denominador normativo a partir del cual cada Comunidad Autónoma pueda establecer las peculiaridades que le convengan (SSTC 1/1982, 44/1982 y 32/1983).

En segundo lugar, la norma básica no puede ni debe ser agotadora ni uniformadora. Las Comunidades Autónomas deben poder desarrollar políticas u opciones propias, a partir de las bases o establecer ordenamientos complementa-

rios. Excede de lo básico la ordenación que por su minuciosidad y detalle no deja espacio alguno a la competencia de desarrollo legislativo, ya que se vulneraría la competencia autonómica y haría perder a lo básico tal condición; la potestad normativa de las Comunidades Autónomas no es meramente reglamentario (SSTC 32/1981, 49/1988, 147/1991, 225/1993; 197/1996, 50/1999).

16. Esta delimitación positiva y negativa de lo básico nos permite afirmar que la disposición adicional 16ª de la Ley estatal 55/2003 no deja espacio alguno a la competencia autonómica de desarrollo legislativo, ya que es una regulación agotadora y uniformadora: todo el personal sanitario asistencial de los servicios regionales de salud, a partir del 1 de enero de 2013, debe ostentar la condición de personal estatutario, sin permitir que las Comunidades Autónoma opten por un régimen funcional "a futuro" (caso del Servicio Navarro de Salud; *cfr.* artículo 30 de la Ley Foral 11/1992, de 20 de octubre, reguladora del régimen específico del personal adscrito al Servicio Navarro de Salud-*Osasunbidea*, en la redacción dada por la Ley foral 10/2001, de 24 de mayo, aunque conviven los dos regímenes; *cfr.* artículo 70 de la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud) o mixto (por ejemplo el aragonés, de definición de los puestos como estatutarios en el Servicio Aragonés de Salud, pero que pueden ser desempeñados indistintamente por funcionarios o por personal estatutario).

Además, la norma básica estatal impone la creación de puestos burocráticos no asistenciales para los funcionarios que no se integren como personal estatutario.

La disposición adicional 16ª de la Ley estatal 55/2003 vulnera la competencia autonómica sobre legislación de desarrollo y ejecución del régimen estatutario de los funcionarios de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 75.13ª del Estatuto de Autonomía de 2007). Por el contrario, la disposición adicional 5ª de la Ley 55/2003, que era básica, sí permitía diferentes opciones legislativas a las Comunidades Autónomas, al establecer como una posibilidad la integración voluntaria.

En definitiva, la disposición adicional 16ª de la Ley estatal 55/2003 es una norma inconstitucional, en nuestra opinión, y debería ser declarada así por el Tribunal Constitucional si ejerce el control de constitucionalidad de la misma (vía recurso o cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 10, cuatro del Real Decreto-ley 16/2012) y anulada por exceder de lo básico (se anularía la norma que innova el Ordenamiento jurídico, adicionando la disposición, es decir, el citado artículo 10, cuatro del Real Decreto-ley).

17. La incidencia de la disposición adicional 16ª de la Ley estatal 55/2003 sobre la potestad autoorganizativa de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y sobre sus competencias en materia de su propia función pública es clara.

Acabamos de afirmar que la norma básica estatal analizada impone la creación de puestos burocráticos no asistenciales para los funcionarios que no se integren como personal estatutario.

Esta consecuencia impuesta por la norma básica estatal, además del incremento del gasto público apuntado más arriba, supone vulnerar la potestad de organizativa de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 71.1ª del Estatuto de Autonomía de 2007). Esta cuestión no requiere mayor esfuerzo de argumentación.

18. Ya hemos afirmado más arriba que la norma estatal básica invade la competencia autonómica sobre legislación de desarrollo y ejecución del régimen estatutario de los funcionarios de la Comunidad Autónoma (artículo 75.13ª del Estatuto de Autonomía de 2007).

19. Examinemos la vías de reacción frente a la modificación del régimen jurídico del personal funcionario al servicio de instituciones sanitarias públicas operada por el Real Decreto-ley 16/2012. La modificación de la Ley estatal 55/2003 objeto de ese Informe se ha operado por el artículo 10, cuatro, del Real Decreto-ley 16/2012. Al ser una norma gubernamental con valor de ley, sólo puede ser objeto de control por el Tribunal Constitucional, bien por el cauce de un recurso de inconstitucionalidad [artículo 161.1.a) CE], interpuesto por un sujeto legitimado [artículo 162.1.a) CE y artículo 31 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional —en adelante, LOTC—], o bien por el cauce de una cuestión de inconstitucionalidad [artículo 163 CE y artículos 35-37 LOTC], planteada por un juez de lo contencioso administrativo al resolver un recurso contencioso administrativo contra un acto de aplicación del citado artículo 10, cuatro, del Real Decreto-ley.

Los sujetos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad son el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas [artículo 162.1.a) CE y artículo 32 LOTC].

El plazo del que disponían los sujetos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad era de tres meses desde la publicación del Real Decreto-ley (artículo 33.1 LOTC). El plazo finalizó el 24 de julio de 2012, ya que la norma con valor de ley fue publicada en el *Boletín Oficial del Estado* número 98, de 24.4.2012.

El Consejo de Gobierno del Principado de Asturias y el de la Junta de Andalucía han interpuesto sendos recursos de inconstitucionalidad contra el artículo 10, cuatro, del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril —además de contra otros preceptos de la norma gubernamental—, admitidos a trámite por el Tribunal Constitucional, por providencias de 13 de septiembre de 2012, anunciados en el «*Boletín Oficial del Estado*» número 228, de 21 de septiembre de 2012, páginas 66608 y 66609, bajo los número de recurso de institucionalidad 4530-2012 y 4585-2012.

Además, se podía solicitar al Justicia de Aragón que, en ejercicio de sus funciones estatutarias de defensa del Estatuto de Autonomía y de tutela del Ordenamiento jurídico aragonés [artículo 59.1.b) y c) del Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007] instase al Gobierno de Aragón y a las Cortes de Aragón que interpongan el recurso. Así lo hizo el sindicato Federación Aragonesa de Sindicatos y Asociaciones de Médicos Titulares y de Atención Primaria (FASAMET). El Justicia de Aragón dirigió una recomendación al Gobierno de Aragón para que pre-

sentase recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-Ley 16/2012, en lo referente a la integración del personal sanitario funcionario al servicio de instituciones sanitarias públicas por invasión de competencias, en caso de no prosperar la negociación previa en el marco de la Comisión Bilateral Aragón-Estado⁹. Por cierto, hasta la fecha el Gobierno de Aragón no ha publicado esta recomendación en el *Boletín Oficial de Aragón*, pese a la obligación legal de insertarla (artículo 27.2 de la Ley del Justicia de Aragón de 1985).

En el *Boletín Oficial del Estado* número 248, y en el *Boletín Oficial de Aragón* número 200, ambos de 15.10.2012, se ha publicado el acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado en relación con el Real Decreto-ley 16/2012, por el que se inician las negociaciones para resolver las discrepancias en relación con su artículo 10.4 y se comunica al Tribunal Constitucional, a los efectos del artículo 33.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

20. El artículo 10, cuatro, del Real Decreto-ley podría ser derogado —debería ser derogado, en mi opinión— por una ley estatal aprobada por las Cortes Generales o por un decreto-ley aprobado por el Gobierno de la Nación posterior. Dicha norma legal, específica o inserta en otra más genérica, debería entrar en vigor antes del 31 de diciembre de 2013, tras la corrección de errores del Real Decreto-Ley.

IV.- NOTA BIBLIOGRÁFICA.

1. Sobre la burocracia, Alejandro NIETO, *La organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1984; ídem, *La 'nueva' organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 134-174; ídem, *El desgobierno de lo público*, Ariel, 1ª ed., Barcelona, 2008, pp. 181-214; 2ª ed., 2012, pp. 223-258; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “La organización y sus agentes: revisión de estructuras”, en *La Administración española*, Alianza Editorial, Madrid, 1972, pp. 101-129; David OSBORNE y Meter PLASTRICK, *La reducción de la burocracia. Cinco estrategias para reinventar el gobierno*, Paidós, Barcelona, 1998. Sobre el modelo weberiano y su recuperación: Max WEBER, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura de Económica, México, 2ª ed., 1964; Carlos MOYA, *Burocracia y sociedad industrial*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1972, Alejandro NIETO, *La burocracia. I. El pensamiento burocrático*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976; Paul DU GAY, *In praise of bureaucracy. Weber, Organization, Ethics*, 2000 [hay traducción española: *Elogio de la burocracia. Weber, organización, ética*, Siglo XXI, Madrid, 2012].

2. En general sobre el régimen jurídico de la función pública, véase María Jesús MONTORO CHINER, “Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones”, *Revista de Administración Pública*, 136 (1995), pp. 179-199; Iñigo MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, *El ocaso de la función pública española: la reforma del régimen jurídico funcional de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre*, Cívitas, Madrid, 1995; Silvia DEL SAZ, *Contrato laboral y función pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995; Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 6ª ed., Madrid, 2011; Ramón PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo II. Organización y empleo público*, Marcial

9. El Justicia de Aragón. Expediente DI-1011/2012-4.

Pons, 22ª ed. Madrid, 2012, pp. 347-564; Francisco A. CASTILLO BLANCO, *Manual de Empleo Público*, Iustel, Madrid, 2009; Alberto PALOMAR OLMEDA, *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, 9ª ed., Madrid, 2011. Sobre algunas de las disfunciones de la función pública, con su elegancia característica, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “¿Méritos o Botín? Pervivencias del *spoils system* en la España actual”, en *Méritos o Botín y otros retos jurídicos de la democracia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2000, pp. 27-70. La cuestión terminológica es analizada por José María HERNÁNDEZ DE LA TORRE, “Sobre el uso y el abuso del término ‘empleado público’”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 25 (2004), pp. 233-242.

3. La crisis económica y el Derecho es abordada con brillantez por Luis María CAZORLA PRIETO, *Crisis económica y transformación del Estado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009; Antonio EMBID IRUJO, *Del Derecho de la crisis económica*, Universidad de Zaragoza, 2010; ídem, *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 2012. La crisis económica y su proyección sobre la función pública ya ha sido objeto de reflexión doctrinal en Josefa CANTERO y Jesús A. FUENTETAJA PASTOR (directores), *Crisis económica y Función Pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

4. Sobre el Estatuto Básico del Empleado Público, Miguel SÁNCHEZ MORÓN (presidente), *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, MAP, Madrid, abril 2005; ídem, “Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del Empleado Público”, *Justicia Administrativa*, 36 (2007), pp. 5-23; ídem, “La actual situación del empleo público” en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 10 (2010); ídem (director), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, 2007; Salvador DEL REY GUANTER (director), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008; AA.VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2009.

5. Dos comentarios a la Sentencia de 29 de octubre de 2010, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (recurso de casación 2448/2008) son debidos a Miguel SÁNCHEZ MORÓN, “Informe jurídico sobre el deber de las Administraciones públicas de incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporal y publicar en plazo las correspondientes convocatorias de selección”, *Revista de Administración Pública*, 187 (2012) y a José Manuel ASPAS ASPAS, “Interinos y acceso a la función pública. A propósito de la Sentencia de 29 de octubre de 2010, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (recurso de casación 2448/2008)”, en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Ricardo ALONSO GARCÍA, *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial, Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Cívitas, Madrid, 2012, vol. I, pp. 537-557, reproducido, parcialmente, en el presente texto.

Zaragoza, 11 de noviembre de 2012.

LA REFORMA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN ARAGÓN

ILMO. SR. D. IGNACIO MURILLO GARCÍA-ATANCE

Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios.

Gobierno de Aragón

SUMARIO: I.- FUNCIÓN PÚBLICA Y CRISIS. II.- LA FUNCIÓN PÚBLICA EN ARAGÓN. PROBLEMAS ESTRUCTURALES. 1. **Aspecto competencial.** 1.1. Competencias estatutarias. 1.1.1. Función pública; 1.1.2. Administración Local. 1.2. Proceso de traspasos. 2. **Financiación del sistema.** 3. **Laberinto organizativo.** 4. **Incompleta y, en ocasiones, deficiente regulación de esta materia.** 4.1. Plano de las normas con rango de Ley; 4.2. Plano de desarrollo reglamentario; 4.3. El complejo mundo de las circulares, instrucciones y criterios. 5. La parálisis del sistema. III.- HACIA UNA LEY DE FUNCIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN.

I.- FUNCIÓN PÚBLICA Y CRISIS.

Resulta muy difícil sustraer el análisis de la función pública del actual contexto global, que lleva a buscar una relación directa de los problemas que afectan a cualquier ámbito de actividad con la crisis económica mundial originada en 2008 y cuyos graves efectos padecemos desde entonces.

Cierto es que la crisis económico-financiera, que incide de modo muy intenso sobre España, tiene un peso notable en la actual definición y ejecución de las políticas en materia de empleo público. Baste recordar el impacto que ha representado la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y su desarrollo en nuestra Comunidad Autónoma a través de la Ley 5/2012 de 7 de junio, de Estabilidad Presupuestaria de Aragón; o el efecto que, en relación con la regulación del empleo público, han tenido diversas normas con rango de ley como los Reales Decretos Leyes 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo, 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud o 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garanti-

zar la estabilidad presupuestaria y fomento de la competitividad. Estas medidas pueden tener muy diferente recorrido y magnitud. En muchos casos estamos ante decisiones puramente coyunturales¹, aunque en ocasiones tienen un mayor alcance, ajustándose al ciclo de recesión económica del que traen causa².

Sin embargo, la crisis de la función pública en España no responde de modo exclusivo al grave contexto económico que se ha descrito de modo somero. Existen también importantes factores, no económicos, que afectan al empleo público y cuya extraordinaria relevancia no puede ser ignorada:

- Crisis del modelo político-administrativo español (impacto de la integración en la Unión Europea; replanteamiento del Estado de las Autonomías; integración de los distintos niveles –europeo-estatal-autonómico-local-...)

- Crisis del modelo de Estado-Nación (desarrollo de organizaciones supranacionales, globalización, retroceso del Estado...)

Todo ello en un contexto de revolución tecnológica cuya verdadera dimensión seguramente no somos todavía capaces de medir³.

II.- LA FUNCIÓN PÚBLICA EN ARAGÓN. PROBLEMAS ESTRUCTURALES.

El primer problema de la gestión del personal al servicio de las Administraciones Públicas se resume en una palabra: **complejidad**. La diversidad de regímenes jurídicos aplicables, la multiplicidad de entes y órganos existentes, la variedad de tipos de personal, los cambios organizativos... constituyen factores que dificultan, sin duda, la adecuada gestión de los recursos humanos disponibles.

Esta nota es también predicable en el caso de la función pública aragonesa. Algunos datos permiten valorar la magnitud de las dificultades con las que hay que enfrentarse:

1. Aspecto competencial.

1.1. Competencias estatutarias.

1.1.1. Función pública.

El art. 149.1.18 CE atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de “bases del régimen estatutario” de los funcionarios de las Administraciones Públicas. Las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por

1. Como supuesto más característico puede citarse el art. 2 del RDL 20/2012, de 13 de julio, que suprime la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 del personal del sector público.

2. Tal es el caso regulado en el art. 9 del RDL 20/2012, de 13 de julio, Artículo 9. relativo a “prestación económica en la situación de incapacidad temporal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, organismos y entidades dependientes y órganos constitucionales”.

3. En una conferencia impartida el 26 de octubre de 2012 dentro del Seminario de Modernización y Apertura de la Administración Pública, organizado por el IAAP, el profesor SUBIRATS HUMET sostenía que la revolución tecnológica de nuestros días podía considerarse como una situación parangonable a la introducción de los telares o a la producción en cadena.

la denominada «*vía rápida*» pudieron asumir competencias dentro del marco del art. 149 CE sin necesidad de esperar al transcurso de 5 años, como se establecía para las CCAA que accedieron a la autonomía por la denominada «*vía lenta*»⁴

No obstante la claridad del marco así definido, que parecía imposibilitar que las CCAA de «*vía lenta*» adoptaran medidas legislativas en esta materia, al menos mientras no se procediera a la reforma de sus Estatutos, una vez transcurridos 5 años desde su aprobación, la realidad fue bien distinta. Así, desde el primer momento, las CCAA se encontraron en la necesidad de ordenar el régimen jurídico de sus funcionarios, complementado y adaptando el contenido del régimen estatal de función pública a sus nuevas estructuras administrativas.

Las dificultades que generaba la falta de título competencial eran evidentes. Los Estatutos de las CCAA de «*vía lenta*» no ofrecían otro recurso que el de la posible utilización de títulos competenciales relacionados. Así, en Aragón, como señala HERNÁNDEZ DE LA TORRE⁵ *“el primer EAAr no mencionaba sobre esta materia más competencia de la CAAr que la que pudiera entenderse implícita en las más genéricas de la exclusiva para la “organización de sus instituciones de autogobierno” (art. 35) y la de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado sobre las “especialidades del régimen jurídico-administrativo derivadas de la organización propia de la Región” (art. 36), si bien precisaba que la Admón. Autonómica “se organizará sobre la base de evitar la duplicidad de cargos o funciones y la proliferación de la burocracia”*

Es evidente que la situación no estaba bien resuelta. Por ello, fue necesario que el legislador estatal abriera una vía, explícita, al amparo de la norma básica habilitante contenida en el artículo 11 de la Ley estatal 30/1984, de Medidas para la reforma de la Función Pública, en virtud de la cual *“Las Comunidades Autónomas procederán a ordenar mediante Ley de sus respectivas Asambleas Legislativas, su Función pública propia”*.

En desarrollo de esta habilitación, las Cortes de Aragón aprobaron la Ley 1/1986, de 20 de febrero, de medidas para la ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

La solución definitiva a este problema de carencia competencial no llegó hasta 10 años después de la aprobación de la Ley aragonesa. En efecto, fue

4. Así, por ejemplo, el art. 10.1.a) del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 (conocido como Estatuto de Sau) incluía como competencia de la Generalidad *“el desarrollo legislativo y la ejecución de...el régimen estatutario de sus funcionarios”* en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que aquella legislación establezca

Sin embargo, para las CCAA de «*vía lenta*» operaba la limitación establecida en el art. 148 CE que, tras enumerar el catálogo de competencias que podían ser asumidas por éstas en sus Estatutos, señalaba a continuación en su apartado segundo:

“2. Transcurridos cinco años, y mediante la reforma de sus Estatutos, las Comunidades Autónomas podrán ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido en el artículo 149”

5. HERNANDEZ DE LA TORRE GARCÍA, José María: *“La Administración aragonesa ante el nuevo Estatuto de Autonomía de Aragón: Génesis, evolución y perspectiva”*, en **Estatuto de Autonomía de Aragón. Políticas públicas ante el nuevo marco estatutario**, VVAA, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2010, pág. 291

la reforma de 1996 del Estatuto de Autonomía de Aragón la que finalmente otorgó a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de:

“3. Régimen estatutario de los funcionarios de la Comunidad Autónoma de Aragón, y de su Administración Local, sin perjuicio de lo dispuesto en el número dieciocho del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución.” (art. 35.1.3 EAAr 1996).⁶

1.1.2. Administración Local.

La CAAr careció en un principio de competencias en materia de Administración local. Hasta la reforma estatutaria de 1996 no se introdujo un título competencial específico (art. 35.1.2 EAAr 1996). El proceso de interiorización de los entes locales aragoneses en la Comunidad Autónoma se completó formalmente tras la aprobación de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, que ha dado desarrollo legislativo a dicha competencia estatutaria.

Con posterioridad, la interiorización se ha acentuado a través de la creación de entes locales por la propia Comunidad Autónoma: las Comarcas. El impacto de esta nueva organización administrativa local en la regulación de la función pública de la CAAr es evidente, como se pondrá de manifiesto a continuación.

1.2. Proceso de traspasos.

De acuerdo con el diseño constitucional del Estado de las Autonomías, la efectiva asunción de las competencias por parte de las Comunidades Autónomas requiere de un complejo proceso de traspaso a través del cual las funciones, servicios y medios personales y materiales que se vinculan al ejercicio de cada concreta competencia pasan a ser ejercidas de modo efectivo por éstas.

En el caso de Aragón, este proceso de reordenación competencial se llevó inicialmente a cabo en dos niveles:

- Estado-CAAr

- 96 Reales Decretos de traspasos entre 1982 y 2011

- Diputaciones Provinciales-CAAr

- 20 Decretos de traspasos

De modo adicional, la efectiva creación de las Comarcas (32 Leyes aprobadas entre 2000 y 2003) obligó a una nueva reordenación competencial, esta vez en sentido inverso, que ha llevado a traspasar las funciones, servicios y medios personales y materiales necesarios desde el ámbito organizativo de la Administración de la CAAr hasta los nuevos entes locales comarcales.

- CAAr-Comarcas

- 32 Decretos de traspasos entre 2002 y 2005

6. El Estatuto de Autonomía de 2007 introdujo una nueva redacción sobre la materia en su art. 75.13, considerándola una “competencia compartida”:

“Régimen estatutario de los funcionarios de la Comunidad Autónoma de Aragón y de su administración local y las especialidades del personal laboral derivadas de la organización administrativa y la formación de este personal”

Todos estos procesos han sido muy dilatados en el tiempo y han incrementado el grado de complejidad de la función pública aragonesa por el conjunto de consecuencias que, sobre el personal afectado, han tenido los traspasos.

2. Financiación del sistema.

A nadie puede escapar la dificultad añadida que, para el diseño y gestión de la función pública aragonesa, ha supuesto el complejísimo sistema de financiación autonómica⁷ y los problemas que ha conllevado la asunción de algunas de las competencias con mayor carga de personal (Sanidad, Educación...)⁸.

3. Laberinto organizativo.

Hay un considerable número de factores cuya incidencia sobre el régimen de los empleados públicos provoca un notable enmarañamiento de su régimen jurídico, no sólo por la dispar naturaleza de los mismos sino por el complejo modo en el que la evolución del modelo de organización del Estado alumbrado por la Constitución de 1978 ha llevado a combinarlos, lo que ha generado múltiples contradicciones. Basta señalar, entre otros, los siguientes:

- El desigual desarrollo del Estado de las Autonomías, su carácter abierto y el impacto de la doctrina constitucional (SSTC 4/1981, 32/1981, 18/1982, 25/1983, 76/1983 –LOAPA-, 29/1986, ... así como la reciente STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña).

- El variable alcance de lo básico, también, en materia de función pública. Las oscilaciones han llegado a ser, en ocasiones, muy radicales. Puede citarse, como ejemplo, el contraste sobre lo que debe entenderse como legislación básica en materia de vacaciones, permisos y licencias o sobre jornada de trabajo, entre el criterio mantenido en el EBEP de 2007 y la vigente regulación aprobada por RDL 20/2012.

7. La Constitución española garantiza a las CC.AA. **autonomía financiera** para el desarrollo y ejecución de sus competencias (art. 156 CE). La financiación de las CC.AA. se regula por la Ley Orgánica 8/1980, de Financiación de las CC.AA. (LOFCA) y por el Estatuto de Autonomía de cada una de dichas Comunidades Autónomas.

En razón del régimen económico financiero, se puede clasificar a las CC.AA. en dos grupos:

* Comunidades Autónomas de régimen común

* Comunidades Autónomas de régimen especial. Disposición Adicional 1ª CE (derechos históricos territorios forales: Navarra y País Vasco) y DD.AA. 1ª y 2ª LOFCA.

Aragón se incluye dentro del grupo de las CC.AA. de régimen común, si bien su Estatuto de Autonomía de 2007 tiene dos preceptos específicos que posibilitarían, en caso de desarrollarse, una aproximación al grupo de régimen especial:

Art. 108 EAAr: previsión de suscripción de acuerdo bilateral económico-financiero con el Estado.

Disposición Adicional 3ª EAAr: Posibilidad de actualización de los derechos históricos de Aragón en el marco de la Disposición Adicional 1ª CE.

El nuevo sistema de financiación autonómica, a partir de 1997 y de modo más intenso desde 2001, está articulado en torno a los tributos cedidos por el Estado a las CC.AA. y a la asunción por éstas de competencias normativas sobre los mismos. Las transferencias del Estado juegan, desde entonces, un papel secundario.

8. La asunción efectiva de las competencias en materia de enseñanza no universitaria (Real Decreto 1982/1998, de 18 de septiembre) supuso más que doblar el tamaño de la Administración aragonesa. El impacto del traspaso de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud (Real Decreto 1475/2001, de 27 de diciembre) significó otro tanto, superando con creces cada uno de dichos traspasos la cifra de 10.000 empleados públicos.

- Todo ello puede llegar a provocar irregulares “despliegues” y “repliegues” tanto de la legislación autonómica como de la legislación estatal que, en unas ocasiones, genera vacíos y, en otras, colisiones⁹.

- Los constantes cambios en el diseño organizativo de la Administración. Así, en el ámbito de la Diputación General de Aragón, desde 1982 se han aprobado 187 Decretos de estructura orgánica.

- La complejidad del régimen de Administración Local, sobre el que actúan el Estado y las CCAA¹⁰, sin perjuicio de la autonomía de los entes locales, garantizada constitucionalmente (art. 137 CE). A ello debe añadirse que las CCAA han acometido en los últimos años un proceso activo de interiorización de los entes locales existentes en sus respectivos territorios. Ello es especialmente relevante en Aragón por el proceso de comarcalización¹¹

- El intenso fenómeno de “huida del Derecho Administrativo”, que ha llevado a la creación de amplios sectores públicos autonómicos con una variada tipología de entes (sociedades mercantiles, fundaciones, asociaciones, consorcios, fondos carentes de personalidad jurídica...) y un complejo régimen jurídico del personal que presta sus servicios en ellos, de modo que se combinan -en cada caso de forma distinta- elementos privados y públicos para gestionar funciones que muchas veces se encuentran en los límites del ejercicio de potestades públicas¹²

- La tipología del personal al servicio de las AAPP

9. La tentación de acometer la resolución de problemas contemplados desde el singular punto de vista de una Administración concreta, renunciando a una visión global o de conjunto puede conducir a situaciones muy complejas. Así, a modo de ejemplo, la reforma introducida en la Ley 53/1984, de incompatibilidades, por la Ley 31/1991, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, al adicionar el art. 16.4 (de carácter básico) permitió reconocer compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñara puestos de trabajo que comportasen la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no superara el 30 por 100 de su retribución básica. Esta regulación tuvo un evidente impacto sobre el sistema de compatibilidades estructurado en Aragón, no sobre criterios cuantitativos, sino cualitativos, sobre la base de la distinción entre dos tipos de complemento específico, A y B, el segundo de los cuales conllevaba la especial dedicación e incompatibilidad.

10. Así, la STC 84/1982, de 23 de diciembre, se refería al “carácter bifronte del régimen jurídico de las autonomías locales...” lo cual “...no es contradictorio con la naturaleza que a las entidades locales atribuye la Constitución”

11. Ley 10/1993, de 4 de noviembre, de Comarcalización de Aragón; Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón; Ley 23/2001, de 26 de diciembre, de Medidas de Comarcalización; TR de la Ley de Comarcalización de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2006, de 27 de diciembre.

12. Cabe citar, a modo de ejemplo, la Recomendación realizada por el Justicia de Aragón en relación con una queja (expediente DI-391/2005-4) formulada con motivo de la intervención de veterinarios contratados por la empresa pública SIRASA en la atención de las urgencias veterinarias producidas fuera del horario habitual de trabajo de las Oficinas Comarcales del Departamento y en los siguientes supuestos:

- a) accidentes de vehículos que transportan animales vivos,
- b) accidentes provocados por animales de producción,
- c) situaciones de catástrofes en explotaciones ganaderas (incendios, derrumbes, inundac. etc.)
- d) apoyo a la inmovilización de vehículos de tpte. de ganado por parte de agentes de la autoridad

La Recomendación ponía de manifiesto que todas estas situaciones pueden comportar la adopción de decisiones administrativas en el ejercicio de las potestades de que el ordenamiento dota a la Administración Pública, mientras que la naturaleza mercantil de la empresa pública SIRASA sólo permitía a sus empleados la realización de trabajos técnicos o profesionales desvinculados del ejercicio de estas potestades.

- Diferentes regímenes jurídicos
 - Funcionarios
 - de carrera
 - interinos
 - eventuales
 - Laborales
 - fijos
 - indefinidos no fijos
 - temporales
 - Personal estatutario
- Diferentes ámbitos funcionales
 - Adm. General
 - Adm. de Justicia
 - Adm. Sanitaria
 - Adm. Educativa
 - Adm. Investigadora

Junto a ello, son abundantes las relaciones jurídicas que pueden presentar, en ocasiones, perfiles próximos a los de una relación de empleo:

- contratos para la realización de trabajos específicos y concretos, no habituales, regidos por la LCSP¹³
- encomiendas de gestión y encargos de ejecución realizados a entidades y empresas del sector público¹⁴
- becas de formación, prácticas o colaboración¹⁵

13. STS 12 de febrero de 1999 "...esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha convertido en doctrina jurisprudencial unificada lo que ya había declarado en sentencia de 13 de abril de 1989 sobre competencia de la Jurisdicción social en supuestos en que la apariencia formal de un contrato administrativo... deja ver de manera clara la realidad subyacente de un contrato de trabajo en el objeto del contrato no es un resultado específico, sino una actividad genérica llevada a cabo en régimen de subordinación..."

14. En ocasiones, se han utilizado los encargos de ejecución para amparar una cesión ilegal de trabajadores. Entre la jurisprudencia más reciente, cabe citar la STS de 19 de julio de 2012 (sala de lo Social):

"Pero la realidad era que la demandante desde mayo de 2005 a 2009, además de llevar a cabo su actividad en la forma y finalidad antes descrita, llevó a cabo otros trabajos fuera del ámbito de esa encomienda, como los de tramitación y control administrativo de documentación de alegaciones y expedientes, control y archivo de documentación, tramitación de subrogaciones, preparación de salidas e inspecciones de campo, actas de control de campo, tramitación de recursos de alzada, control y archivo, documentación nóminas certificación viñedo, trámites de audiencia viñedo ilegal, inspecciones y comprobaciones, grabación solicitudes pago único, atención al público sobre dudas del pago único y recursos de reposición, tal y como se afirma en el incontrovertido hecho probado noveno de la sentencia de instancia.

De todo ello se desprende que realmente se produjo esa cesión ilícita de la trabajadora desde Vaersa a la Consejería de Agricultura de la Generalidad encuadrable en la descripción que lleva a cabo el antes transcrito artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, solución que no se ve afectada por el hecho cierto de que -como afirma la sentencia recurrida para negar que exista esa cesión- el encargo de apoyo técnico encomendado a Vaersa no implicaba la toma de decisiones, que la Administración siempre se reservaba, pues lo relevante en la cesión ilícita no es realmente que la empresa cedente sea capaz de tomar por sí decisiones que afecten al ámbito de actuación de la cesionaria, sino que realmente la actividad del personal cedido se confunda y alcance una identidad básica con el que llevan a cabo los trabajadores, los funcionarios de la Administración, más allá además de los términos de la contrata, pues afirmar lo contrario impediría aplicar las previsiones del artículo 43 del ET a las Administraciones Públicas, cuyo ámbito de decisión en las materias que son de su competencia exclusiva -como es el caso- no cabe contratarlo con terceros". (FJ 6º)

15. STS 7 julio de 1998 "...La finalidad perseguida en la concesión de becas no estriba en beneficiarse de la actividad del becario, sino en la ayuda que se presta en la formación profesional. La jurisprudencia de esta Sala ha declarado que el rasgo diferencial de la beca como percepción es su finalidad primaria de facilitar el estudio y la incorporación del becario y no la de incorporar los resultados

4. Incompleta y, en ocasiones, deficiente regulación de esta materia.

4.1. Plano de las normas con rango de ley.

1.- La legislación preconstitucional (Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964) ha mantenido su vigencia parcial durante muchos años. La Ley 30/1984, de Medidas para la reforma de la Función Pública, nacida con una vocación de tránsito a un nuevo modelo de función pública¹⁶, se consolidó durante más de dos décadas como pieza clave del sistema de empleo público en España.

El Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Ley 7/2007, nace con la voluntad de superar esta situación de “provisionalidad”. Sin embargo, buen número de los preceptos del EBEP (entre otros, los relativos a carrera profesional, derechos retributivos y provisión de puestos) sólo producirán efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de función pública que los desarrollen. Mientras no se apruebe la ley aragonesa, esta parte concreta del EBEP carece de eficacia, cinco años después de su aprobación por las Cortes Generales¹⁷.

También debe tenerse en cuenta la incidencia de Leyes de objeto específico como las que regulan el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (Ley 53/1984, de 26 de diciembre), el reconocimiento de servicios previos (Ley 70/1978, de 26 de diciembre), la seguridad social de los funcionarios civiles del Estado (Ley 29/1975, de 27 de junio) o el régimen de clases pasivas (TR aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril), así como las normas sectoriales como, por ejemplo, las del ámbito sanitario (Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre, ...), las de ámbito docente (Ley Orgá-

o frutos del estudio o trabajo de formación realizados al patrimonio de la persona que la otorga, la cual no adquiere la posición de empleador o empresario jurídico-laboral respecto del becario (STS 13 junio 1988)."

16. Esta vocación de “provisionalidad” se plasmó en la propia Exposición de Motivos de la Ley 30/1984:

“El Gobierno cree que el horizonte de todo cambio en la legislación funcionarial ha de venir establecido por las bases del Régimen Estatutario de los Funcionarios Públicos, que, en desarrollo del artículo 149.1.18 de la Constitución, es preciso dictar. Tales bases, referidas al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, constituirán el nuevo marco de la Función Pública derivado de nuestra Constitución. El Gobierno se propone sin tardanza abordar su elaboración y envió a las Cámaras.

No obstante, la construcción del Estado de las Autonomías, por una parte, y la propia obsolescencia de muchas de las normas por las que se rige nuestra Función Pública, dictadas hace cerca de veinte años, obligan a abordar, siquiera sea parcialmente, la reforma del régimen funcionarial y, en consecuencia, dar carácter de bases a algunos de los preceptos que se contienen en la presente Ley que ahora se presenta. Tienen estos preceptos, necesariamente, carácter provisional, hasta que se desarrolle en su integridad el mandato constitucional.

17. EBEP. Disposición Final Cuarta.-

“... 2. No obstante lo establecido en los Capítulos II (derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. Evaluación del desempeño) y III del Título III (derechos retributivos), excepto el artículo 25.2 (trienios interinos), y en el Capítulo III del Título V (provisión de puestos de trabajo y movilidad) producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.

La disposición final tercera 2 del presente Estatuto producirá efectos en cada Administración Pública a partir de la entrada en vigor del Capítulo III del Título III con la aprobación de las Leyes de Función Pública de las Administraciones Públicas que se dicten en desarrollo de este Estatuto. Hasta que se hagan efectivos esos supuestos la autorización o denegación de compatibilidades continuará rigiéndose por la actual normativa.

3. Hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto.”

nica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, ...) o las de Administración de Justicia (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ...).

No debe olvidarse la aplicación de la legislación laboral (Estatuto de los Trabajadores -TR aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995-) y de seguridad social (Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio) y la compleja relación entre estas normas y las específicas de función pública (por ejemplo, en aspectos tan importantes como el de acceso¹⁸, provisión de puestos de trabajo o jubilación).

A todo lo dicho debe añadirse que la aprobación del EBEP, que debería haber traído un mayor orden y claridad a la regulación estatal de la materia, ha constituido, sin embargo, un factor adicional de complejidad. Baste citar, a modo ilustrativo la redacción de la Disposición Derogatoria Única de dicha norma básica¹⁹, máxime, si la combinamos con la Disposición Final Cuarta, apartados 2 y 3 del mismo texto legal, transcrita en la nota 17.

Como corolario de la situación descrita, la respuesta legislativa a la crisis económica de 2008 ha traído consigo en los últimos años un buen número de reformas de mucho calado, aprobadas normalmente por la vía de la legislación de urgencia (de modo especial los RRDDL 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público y 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad)

2.- Desde la perspectiva de la normativa aragonesa, la Función Pública ha sido objeto de una intensa actividad legislativa:

a) En su redacción originaria -Ley 1/1986, de 20 de febrero, de medidas para la ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón-, fue afectada de modo notable por la Ley 2/1991, de 4 de enero, aprobada con la

18. La colisión entre los principios reguladores del acceso a la función pública y las normas laborales provocó una larga polémica jurisprudencial y doctrinal que fue resuelta por la STS -Sala de lo Social- de 20 de enero de 1998 dictada en un recurso de casación para unificación de doctrina (ponente: Desdentado Bonete) que sostiene que las Administraciones Públicas están situadas en una posición especial en materia de contratación laboral, en la medida en que las irregularidades de los contratos temporales, no pueden dar lugar a la adquisición de fijeza.

19. "Quedan derogadas con el alcance establecido en la disposición final cuarta las siguientes disposiciones:

a) De la Ley de Funcionarios Civiles del Estado aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, los artículos 1, 2, 3, 4, 5.2, 7, 29, 30, 36, 37, 38, 39.2, 40, 41, 42, 44, 47, 48, 49, 50, 59, 60, 61, 63, 64, 65, 68, 71, 76, 77, 78, 79, 80, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 102, 104 y 105.

b) De la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, los artículos 3.2.e) y f); 6; 7; 8; 11; 12; 13.2, 3 y 4; 14.4 y 5; 16; 17; 18.1 a 5; 19.1 y 3; 20.1, a) b) párrafo primero, c), e) y g) en sus párrafos primero a cuarto, e i), 2 y 3; 21; 22.1 a excepción de los dos últimos párrafos; 23; 24; 25; 26; 29, a excepción del último párrafo de sus apartados 5, 6 y 7; 30.3 y 5; 31; 32; 33; disposiciones adicionales tercera, 2 y 3, cuarta duodécima y decimoquinta, disposiciones transitorias segunda, octava y novena.

c) La Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas excepto su artículo 7 y con la excepción contemplada en la disposición transitoria quinta de este Estatuto.

d) La Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre incorporación a la función pública española de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea.

e) De la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local, el artículo 92 y el Capítulo III del Título VII.

f) Del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, el Capítulo III del Título VII.

g) Todas las normas de igual o inferior rango que contradigan o se opongan a lo dispuesto en este Estatuto"

finalidad de adecuarla a la modificación de la Ley 30/1984 efectuada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, con el fin de ajustarla a la nueva redacción de aquellas bases y a los pronunciamientos de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1987. La Disposición Final Segunda de la Ley 2/1991 autorizó al Consejo de Gobierno para dictar un Decreto Legislativo en el que, de acuerdo con las modificaciones de la Ley 1/1986 aprobadas por la misma, quedase fijado el texto refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

b) El TR de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la CAAr, aprobado por Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, de la Diputación General de Aragón pretendió fijar la normativa aragonesa de función pública. Sin embargo, las modificaciones y reformas han sido muy numerosas desde entonces:

- Ley 3/1993, de 15 de marzo, de modificación de la Ley 3/1984, de 22 de junio, del Presidente, de la Diputación General y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón. (Artículo 12 (apdo. 2, letras h y j)).
- Ley 11/1996, de 30 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (Artículos 11 (apdo. 2, letra g) y 12 (apdo. 2, letras g e i), Disposiciones adicional octava y adicional novena).
- Ley 12/1996, de 30 de diciembre, de modificación de la Ley de ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón. (Artículos 26, 38, 40, 41 y 43; Disposiciones adicional segunda y transitoria quinta).
- Ley 11/1997, de 26 de noviembre, sobre medidas urgentes en materia de personal (artículo 13).
- Ley 12/1998, de 22 de diciembre, de Medidas Tributarias, Financieras y Administrativas (Disposición transitoria segunda).
- Ley 13/2000, de 27 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas (Artículos 17, 19, 21, 23, 32 y 43; Disposiciones adicional quinta, décima, undécima y duodécima).
- Ley 26/2001, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas (Artículos 33 (apdo. 4), 39 (apdo. 1) y 44 (apdo. 2); Disposiciones adicional quinta (apdo. 1), adicional sexta y adicional decimotercera).
- Ley 26/2003, de 30 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas. Artículos 17 (apdo. 2), 19 (apdo. 1), 21 (apdo. 3) y 37 (apdo. 4), Disposiciones adicional octava (último párrafo), adicional decimocuarta, adicional decimoquinta y transitoria quinta (último párrafo)
- Ley 12/2004, de 29 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas (Artículo 17 (párrafo en apdo. 2); Disposiciones adicional decimosexta, adicional decimoséptima, transitoria quinta (párrafo) y transitoria octava
- Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón. (artículos 7 (apdo. 5), 17 (apdo. 7), 32 y 43; Disposición adicional decimoctava

- Ley 7/2012, de 4 de octubre, de medidas extraordinarias en el sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón para garantizar la estabilidad presupuestaria. (Disposición adicional decimonovena)

- Ley 10/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículos 10, 13, 30, 33 (apdo. 4), 40 (apdo. 1), 43, Disposiciones adicional quinta (apdo. 2), adicional decimonovena (apdo. 2), adicional vigésima y adicional vigesimoprimera)

3.- Esta abundante producción normativa ha sido objeto de diferentes pronunciamientos del TC, en alguno de los cuales se han puesto de manifiesto deficiencias desde el plano de su constitucionalidad²⁰:

- La STC nº 174/1998, de 23 de julio dictada en las cuestiones de inconstitucionalidad números 2.275/1993 y 1002/1995 (acumuladas) planteadas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, respecto de la Disposición Adicional duodécima de la Ley de Cortes de Aragón 6/1992, de 4 de mayo, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma para 1992, declara inconstitucional y nula esta Disposición que establecía lo siguiente:

"Con carácter excepcional, los funcionarios Sanitarios Locales interinos que vinieran prestando servicios a la Comunidad Autónoma de Aragón con anterioridad al 18 de mayo de 1989, fecha de entrada en vigor de la Ley 2/1989, de 21 de abril, podrán acceder a la condición de funcionarios de carrera, mediante la superación de un concurso oposición, en el que con garantía de los principios generales de mérito y capacidad, se valoren los servicios prestados, en tres convocatorias anuales sucesivas.

Quienes no superen estas pruebas y los funcionarios interinos de los citados cuerpos que hubieran sido nombrados con posterioridad al 18 de mayo de 1989, y hasta el momento de entrada en vigor de la presente Ley, gozarán de preferencia para la adjudicación de las vacantes que se vayan produciendo, y mantendrán este derecho siempre que concurren como aspirantes a las sucesivas convocatorias de pruebas selectivas para el ingreso en las correspondientes escalas de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón".

Esta norma ha sido derogada, con posterioridad al planteamiento y tramitación de las cuestiones, por la Disposición derogatoria 2.^a de la Ley 11/1997, de 26 de noviembre. El TC la declara, en todo caso, inconstitucional al "... no poder considerarse comprendida la materia regulada por la norma dentro del contenido que constitucionalmente corresponde a las Leyes de Presupuestos...".

20. Junto a estos pronunciamientos, existen otros en los que se confirma la adecuación a la Constitución de normas aragonesas de función pública. Tal es el caso de la cuestión de inconstitucionalidad suscitada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Zaragoza en relación con el inciso final del apartado segundo del art. 17.2 del texto refundido de la Ley de ordenación de la función pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/1991 de 19 de febrero en la redacción dada al mismo por la Ley 26/2003 de 30 de diciembre por posible vulneración del artículo 24.1 de la Constitución, en cuanto impide a los empleados públicos al servicio de la Administración autonómica aragonesa instar la revisión de las relaciones de puestos de trabajo que estimen lesivas de sus derechos subjetivos o intereses legítimos reservando esa función exclusivamente a la Administración. El TC, mediante auto de 21 de noviembre de 2006, inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por entender que la previsión de que un determinado procedimiento administrativo se inicie únicamente de oficio, excluyéndose por tanto su incoación a instancia de parte, no excluye per se el control jurisdiccional sobre el ejercicio de la concreta potestad administrativa que se actúa en ese procedimiento ya que es posible interponer un recurso contra determinados extremos de las relaciones de los puestos de trabajo, cuya eventual estimación dará lugar a la apertura del procedimiento de modificación previsto en el cuerpo legal en el que se inserta el precepto cuestionado.

- La STC 62/2001, de 1 de marzo, dictada en relación con el recurso de inconstitucionalidad nº 2.481/1993, promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley 7/1993, de 4 de mayo, de Presupuestos de la Comunidad para 1993 (en concreto, sus artículos 17, 19.2 y 22 y las Disposiciones Adicional Duodécima y Transitoria Primera). Lo que se impugnó en este recurso fue el incremento retributivo del personal al servicio de la Comunidad Autónoma de Aragón (I.P.C. interanual a 30 de noviembre de 1992, más el 1,25 por ciento).

El Tribunal Constitucional dictó el siguiente fallo: *“Estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra determinados preceptos de la Ley de Cortes de Aragón 7/1993, de 4 de mayo, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma para 1993 y, en su virtud: 1º Declarar inconstitucionales y nulos los arts. 17.1, 19.2 y 22.1, el apartado 1 de la Disposición adicional duodécima y el inciso final de la Disposición transitoria primera (<<incrementadas en el porcentaje que con carácter general se apruebe para el personal funcionario en la presente Ley>>), todos ellos de la Ley autonómica impugnada. 2º Desestimar el recurso de inconstitucionalidad en todo lo demás”*.²¹

4.- Un problema relevante es el del grado de aplicación del sistema normativo autonómico en otros ámbitos de la CAAR, en especial, el de su Administración Local. El encaje de las normas básicas estatales de régimen local y de función pública con las específicas aragonesas de régimen local y de función pública ha resultado, en la práctica, especialmente complicado.

Debe tenerse en cuenta que, hasta la reforma estatutaria de 1996, la Comunidad Autónoma de Aragón no asumió competencias en materia de Administración Local (artículo 35.1.2º EAAr 1996) y en materia de régimen estatutario de los funcionarios de su Administración Local (artículo 35.1.3º EAAr 1996). Al amparo

21. Para llegar a esta Sentencia el Tribunal Constitucional se apoyó en la doctrina constitucional sentada en las sentencias 63/1986, de 21 de mayo; 96/1990, de 24 de mayo; 237/1992, de 15 de diciembre; 171/1996, de 30 de octubre y 103/1997, de 22 de mayo. Afirma el TC lo siguiente (FJ 4º): *“...en principio hemos señalado que el establecimiento, por parte del Estado, de topes máximos al incremento del volumen global de las retribuciones de los empleados públicos halla su justificación tanto en el título competencial contenido en el art. 149.1.13 CE, como en el principio de coordinación, que opera como límite de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas (art. 156.1 CE), con el alcance previsto en el art. 2.1.b) LOFCA (STC 103/1997, FJ 1). En efecto, la fijación de tales límites constituye <<una medida económica general de carácter presupuestario dirigida a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público>> (STC 63/1986, FJ 11), de tal modo que dicha decisión coyuntural y de eficacia limitada en el tiempo resulta constitucionalmente justificada <<en razón de una política de contención de la inflación a través de la reducción del déficit público>> (ibidem, FJ 11). La fijación de estos techos salariales <<encuentra su apoyo en la competencia estatal de dirección de la actividad económica general (ex art. 149.1.13)>> (STC 96/1990, FJ 3), y su establecimiento está encaminado <<a la consecución de la estabilidad económica y la gradual recuperación del equilibrio presupuestario>> (STC 237/1992, FJ 3). Por todo ello, nada cabe objetar desde el punto de vista competencial a que el Estado adopte esta decisión en la Ley de Presupuestos, máxime cuando ésta, lejos, de ceñirse a ser un mero conjunto de previsiones contables, opera como <<un vehículo de dirección y orientación de la política económica que corresponde al Gobierno (SSTC 27/1981, FJ 2; 76/1992, FJ 4a), por todas>> (STC 171/1996, FJ 2). Por otra parte, la imposición de estos topes máximos por parte del Estado también encuentra su fundamento en el límite a la autonomía financiera que establece el principio de coordinación con la Hacienda estatal del art. 156.1 CE, con el alcance previsto en el art. 2.1.b) LOFCA, el cual exige a las Comunidades Autónomas la acomodación de su actividad financiera a las medidas oportunas que adopte el Estado <<tendientes a conseguir la estabilidad económica interna y externa>>, toda vez que a él corresponde la responsabilidad de garantizar el equilibrio económico general (SSTC 171/1996, FJ 2; 103/1997, FJ 1). Con base en el principio de coordinación delimitado por la LOFCA cabe, pues, justificar, que el Estado acuerde una medida unilateral con fuerza normativa general susceptible de incidir en las competencias autonómicas en materia presupuestaria, siempre que aquélla tenga una relación directa con los mencionados objetivos de política económica. En este sentido, resulta justificado que, en razón de una política de contención de la inflación a través de la reducción del déficit público, y de prioridad de las inversiones públicas frente a los gastos consuntivos, el Estado establezca topes máximos globales al incremento de la masa retributiva de los empleados públicos. Por el contrario, desde la perspectiva de los objetivos de política económica general, no aparece fundamentado que aquél predetermine unilateralmente los incrementos máximos de las cuantías de las retribuciones de cada funcionario dependiente de las Comunidades Autónomas, individualmente considerado, debiendo referirse tal límite al volumen total de las retribuciones (SSTC 63/1986, FJ 11; 96/1990, FJ 3; 171/1996, FJ3)”*.

de las mismas, las Cortes de Aragón aprobaron la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón (LALA), cuyo art. 235 determinó la aplicación de la legislación aragonesa de función pública “*en todo lo no previsto por la legislación básica de régimen local, por la legislación básica de funcionarios de las Administraciones Públicas...*” o por lo regulado en la propia LALA.

La aplicación de la legislación aragonesa de función pública en el ámbito local aragonés ha encontrado notables dificultades. Baste citar como ejemplo el tratamiento dado por muchos entes locales a los puestos de auxiliar administrativo en sus relaciones de puestos de trabajo (RPTs)²², cuestión sobre la que el Justicia de Aragón ha tenido ocasión de pronunciarse en distintas ocasiones o el perfil laboral sobre el que se han construido muchos puestos en las administraciones municipales y comarcales aragonesas, que también ha dado lugar a varios pronunciamientos del Justicia de Aragón.

4.2. Plano del desarrollo reglamentario.

Podemos distinguir dos periodos de notable actividad normativa: una primera fase, entre los años 1986-1992, vinculada a la aprobación de la Ley de Ordenación de la Función Pública de 1986 y de su Texto refundido de 1991, y un segundo impulso, llevado a cabo en la segunda mitad de los años 90.

Muestra de ello son las siguientes normas:

- Decreto 122/1986, de 19 de diciembre, regulador del Instituto Aragonés de Administración Pública y de la Selección, Formación y perfeccionamiento del Personal de la Comunidad Autónoma de Aragón, modificado por D. 25/1988, de 1 de marzo.

- Decreto 170/1987, de 24 de noviembre, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Personal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA núm. 139, de 16 de diciembre; c. de e. en BOA núm. 3, de 13 de enero de 1988).

- Decreto 14/1992, de 18 de febrero, por el que se distribuyen entre los distintos órganos las competencias en materia de personal (derogado)

- Decreto 172/1992, de 17 de septiembre, por el que se reglamentan la provisión de puestos de trabajo, la carrera administrativa y la promoción profesional de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (derogado)

22. De acuerdo con el artículo 5 de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, “... los puestos de trabajo de la Administración... serán desempeñados por funcionarios”. El artículo 8 del mismo texto legal detalla los puestos que, por excepción, pueden ser desempeñados por personal laboral. Entre ellos se incluyen los puestos de naturaleza no permanente, los puestos cuyas actividades sean propias de oficios o los puestos de carácter instrumental correspondientes a diversas áreas funcionales (mantenimiento y conservación de edificios, artes gráficas, protección civil, expresión artística, servicios sociales o protección de menores). Obsérvese que la regulación de la Comunidad Autónoma de Aragón difiere en este punto de la establecida para la Administración General del Estado, ya que en esta última era posible crear con carácter laboral “puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y de apoyo administrativo”, de acuerdo con el artículo 15.1.c) de la Ley 30/1984, que es un precepto que no tiene el carácter de básico, mientras que la Ley aragonesa de Ordenación de la Función Pública, aplicable a la ordenación de los entes locales aragoneses, no permite esta posibilidad.

- Decreto 140/1996, de 26 de julio, sobre relaciones de puestos de trabajo de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA núm. 93, de 5 de agosto de 1996).

- Reglamento de provisión de puestos de trabajo, carrera administrativa y promoción profesional de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por D 80/1997, de 10 de junio (BOA núm. 67, de 13 de junio), y objeto de diversas modificaciones (Decretos 101/1998, 193/2000, 118/2009).

- Decreto 208/1999, de 17 de noviembre, por el que se distribuyen competencias en materia de personal entre los diferentes órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA núm. 155, de 3 de diciembre).

No siempre ha resultado pacífica la aplicación de este conjunto de normas. Los tribunales aragoneses han tenido diversas ocasiones para pronunciarse acerca de su adecuación a derecho, confirmándola en la mayor parte de los casos. Por excepción, algunos preceptos han sido anulados en todo o en parte. Entre otros podemos citar los siguientes:

- El artículo 38.2 del Reglamento de provisión de puestos de trabajo, carrera administrativa y promoción profesional de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 80/1997, de 10 de junio, del Gobierno de Aragón, en su redacción anterior al Decreto 101/1998, de 19 de mayo fue declarado nulo por ser contrario al contenido del artículo 29 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, al no garantizarse el cumplimiento del requisito de publicidad (Sentencia del TSJA, Sala de lo Contencioso nº 425/2000).

- El Decreto 140/1996, sobre relaciones de puestos de trabajo fue anulado parcialmente, así como las relaciones de puestos de trabajo de los diversos Departamentos de la Diputación General de Aragón *“en cuanto excluyen con carácter general a los funcionarios docentes para determinados puestos, debiendo la Administración demandada eliminar de todos ellos el código o expresión indicativos de exclusión general de los citados funcionarios para concurrir a los puestos a que se refieren”*. (Sentencia del TSJA, Sala de lo Contencioso nº 715/2000).

- En fechas muy recientes, el art. 31 bis y la parte final de la Disposición adicional Primera del Reglamento de Provisión de puestos de trabajo, carrera administrativa y promoción profesional, en la redacción dada por Decreto 118/2009, en relación con la comisión de servicios en distinta escala o clase de especialidad. La Sala entiende que esta regulación colisiona con el artículo 40.4 del TR de la Ley aragonesa de Ordenación de la Función Pública en cuanto establece que *“los funcionarios sólo podrán desempeñar puestos de trabajo clasificados en los niveles de intervalo de su respectivo Cuerpo y Escala”*, puesto que dicho precepto no distingue entre desempeño definitivo o temporal. (Sentencia del TSJA, Sala de lo Contencioso, de 16 de enero de 2013²³)

23. Sentencia muy reciente que, dada su importancia, creo adecuado reseñar en este trabajo y que introduzco durante el proceso de corrección de pruebas.

Las normas reglamentarias aragonesas han coexistido con otras dictadas por el Estado, que tienen aplicación en el ámbito de la CAAR al amparo de una de las dos siguientes vías:

- Materias reguladas por el Estado en virtud de su competencia (por ej. RR.DD. de desarrollo del Estatuto de los Trabajadores)

- Materias en las que la CAAR carece de regulación propia y aplica, al amparo del 149.3 CE, normas dictadas para la AGE, al objeto de colmar el vacío normativo existente: Por ejemplo, cabe citar el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, aprobado por RD 365/1995, de 10 de marzo (BOE núm. 85, de 10 de abril), o el RD 456/1986, por el que se fijan las retribuciones de los funcionarios en prácticas.

4.3. El complejo mundo de las instrucciones, circulares y criterios.

Como es bien sabido, los órganos administrativos dirigen las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones, criterios, órdenes de servicio...²⁴

Como afirma de modo reiterado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, SSTs de 24 de mayo de 1989 y de 27 de noviembre de 1997), las Circulares e Instrucciones constituyen resoluciones administrativas que se engarzan en el ámbito propio de organización administrativa con base en el principio de jerarquía normativa que gobierna su estructura, con un contenido y finalidad específicos en cuanto actos y directrices no incluibles en el ejercicio de la potestad reglamentaria, precisando la STS de 7 de junio de 2006 que *“el carácter normativo o no que haya de atribuirse a una determinada decisión de un órgano administrativo no depende sólo de la clase de materia sobre la que verse. Lo verdaderamente decisivo es el alcance y significación que su autor otorgue a dicha decisión”*.

La complejidad organizativa y normativa que presenta la función pública aragonesa, de la que se deja reflejo en esta ponencia, ha facilitado, sin duda, el reiterado recurso a estos mecanismos de ordenación y dirección de la actividad administrativa.

Existe un muy abundante “corpus” de Instrucciones, Circulares, criterios y resoluciones aprobadas en los diferentes ámbitos sectoriales de la Administración aragonesa, en momentos temporales distintos y bajo el amparo de normas cambiantes, cuyo conocimiento, interpretación y utilización no siempre resulta fácil.

Además, no podemos ignorar que, en ocasiones, una inadecuada práctica administrativa ha llevado a que, bajo la apariencia de circulares o instrucciones, se hayan escondido elementos propios de un verdadero reglamento, produciendo efectos no sólo en el ámbito interno, sino también “ad extra”, llegando incluso a contradecir el contenido de normas legales o reglamentarias (en tal sentido, vid.

24. “1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio. Cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda.

2. El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir.” (Art. 21 LRJAP-PAC)

sentencia JCA nº 2 de Zaragoza de 5 de julio de 2006 y STSJA de 19 de noviembre de 2007)

5. La parálisis del sistema.

El diagnóstico sobre el estado de la función pública aragonesa debe completarse con la constatación de la situación de parálisis a la que el sistema se ha visto abocado como consecuencia de la concatenación de los siguientes factores:

1.- Limitación en el acceso a la función pública mediante el desarrollo de Ofertas de Empleo Público.

- En varias ocasiones durante la última década no se han aprobado Ofertas de Empleo Público –salvo en algún ámbito específico, como el docente- (2001, 2002, 2005, 2006, 2008...).

- En los casos en que sí se ha aprobado Oferta, las restricciones introducidas en los últimos años por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado limitando las plazas a ofertar en función de valores referenciados a la tasa de reposición de efectivos, han conllevado una notable reducción en el número de puestos de trabajo ofertados por la Administración aragonesa.

- La gestión de los procesos selectivos derivados de las Ofertas aprobadas ha encontrado notables dificultades, prolongándose en ocasiones durante años la ejecución de los mismos. Esta situación ya fue constatada por el Justicia de Aragón en Recomendación realizada como consecuencia de la tramitación del expediente de queja DI-1359/2005-4, en el que se denunciaba que diversos procesos selectivos derivados de la Oferta de 2003 continuaban en tramitación dos años después, afirmando en tal sentido que *“Una duración tan dilatada en el tiempo supone un nuevo desajuste del sistema general que proyecta consecuencias indeseadas sobre el buen orden que debe exigirse a la Diputación General de Aragón en su organización interna”*.²⁵

- Un problema de especial relevancia es el relativo a la naturaleza de las plazas que deben ser incluidas en la Oferta de Empleo. En este sentido, tiene especial relevancia la STS de 29 de octubre de 2010, recaída en recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación para la Defensa de la Función Pública contra el Decreto 67/2007, de 8 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprobó la Oferta de Empleo Público para 2007. La sentencia del TS declara el Decreto contrario a derecho, y lo anula y deja sin efecto *“en tanto omite en la misma todas las plazas vacantes cubiertas por funcionarios interinos”*.

2.- Restricciones a la movilidad interna de los funcionarios de carrera.

La movilidad de los funcionarios de carrera se articula a través de los procedimientos de provisión ordinaria –curso de méritos y libre designación- y extraordinaria de los puestos de trabajo. Diversas circunstancias han motivado que en los últimos 15 años la movilidad ordinaria se haya reducido al mínimo y que el recurso a los procedimientos de provisión extraordinaria –comisión de servi-

25. La situación se ha repetido en estos últimos años. Así, diversos procesos selectivos derivados de las OEP de 2007, 2009 y 2010 no han podido ser completados hasta 2012.

cios, atribución temporal de funciones,...-, se haya convertido en regla general²⁶. La situación se pretende corregir a través de la convocatoria, en procesos sucesivos que se desarrollarán a lo largo de 2013, de todos los puestos singularizados ocupados de forma provisional por funcionarios de carrera para su provisión definitiva mediante los procedimientos ordinarios de concurso de méritos (1.200 puestos de trabajo) y libre designación (200 puestos de trabajo).

4.- Alta tasa de provisionalidad en el desempeño de empleos públicos.

El impacto combinado de los anteriores factores trae como consecuencia una situación de notable provisionalidad en la Administración aragonesa. Con datos referidos a final de 2011, en el ámbito de Administración General, podía cifrarse en un 40,63% sobre el total de puestos ocupados (funcionarios y laborales). Cifras muy cercanas se reproducen en los ámbitos docente y sanitario.

5.- Carrera administrativa

Los intentos de articular mecanismos de carrera horizontal que permitan la progresión profesional de los funcionarios de carrera sin que ello deba comportar un cambio de puesto de trabajo han sido escasos y, además, discontinuos e inconexos. Ya en 1988 se adoptaron diversas iniciativas en relación con el personal de naturaleza técnica, que no tuvieron continuación en el tiempo. La cuestión fue abordada por el Justicia de Aragón en Sugerencia realizada con motivo de la tramitación del expediente DI-365/1998-4). Con posterioridad, y a partir del Acuerdo de 26 de mayo de 2005 de la Mesa Sectorial de Administración General de adecuación de las condiciones retributivas, implantación de un sistema de perfeccionamiento profesional y otros aspectos, se han desarrollado diversas medidas de carácter provisional en tanto se da pleno desarrollo al marco general sobre carrera profesional regulado en el EBEP. En resumen, 25 años de medidas provisionales que no han abordado más que de forma tangencial esta importante cuestión.

III.- HACIA UNA LEY DE FUNCIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN.

Ante la situación que acabamos de describir, ¿cabe plantearse la conveniencia o, incluso, la necesidad de una reforma del sistema de empleo público aragonés?

En mi opinión, la respuesta ha de ser, sin duda, afirmativa:

En primer lugar, por la propia obligación de dar cierre al modelo diseñado por el EBEP, norma básica que vincula a la Comunidad Autónoma de Aragón, y que, como antes ha sido puesto ya de manifiesto, se encuentra necesitado de desarrollo autonómico²⁷

26. Con datos referidos a 2012, el porcentaje de puestos de funcionarios de carrera en comisión de servicios o adscripción provisional superaba el 18% del total de puestos ocupados.

27. Recordemos que buen número de los preceptos del EBEP (entre otros, los relativos a carrera profesional, derechos retributivos y provisión de puestos) sólo producirán efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de función pública que los desarrollen. Mientras no se apruebe la ley aragonesa, esta parte concreta del EBEP carece de eficacia, cinco años después de su aprobación por las Cortes Generales.

En segundo lugar, entiendo que, tras un largo proceso de crecimiento vinculado a la incorporación de un importante conjunto de funciones, servicios y medios personales y materiales que le permiten ejercer un amplio elenco de competencias definidas en el EAAR de 2007, la Comunidad Autónoma de Aragón ha alcanzado un grado de desarrollo y de complejidad que hace necesaria la aprobación de una norma que regule el empleo público de todo el sector público desde una visión integral que contemple

- La Administración de la Comunidad Autónoma
- y su sector público
- Las AAPP locales aragonesas
- La Universidad

En último término, por la imposibilidad de continuar con la inseguridad jurídica que genera la actual situación.

¿Cómo debe ser esta Ley aragonesa de desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público?

Entiendo que debería partir de un diseño general tendente a la consecución de los objetivos sobre los que existe una mayor coincidencia, vinculados a la realización efectiva del derecho de los ciudadanos a una **buena administración**:

- Mayor transparencia
- Rendición de cuentas
- Reducción de la discrecionalidad.
- Simplificación de estructuras y procedimientos

Como objetivos específicos, resulta necesario abordar la redacción de una ley de consenso, que cuente con el mayor respaldo posible tanto entre los grupos políticos como de las organizaciones sindicales. Se trataría de aprobar una Ley con vocación de permanencia.

Junto a ello, creo adecuado defender una ley que responda a un modelo de función pública, una ley no reglamentista²⁸, que vaya acompañada de un conjunto de Reglamentos que se deberían elaborar y tramitar de modo simultáneo para facilitar su entrada en vigor coordinada con la de la propia Ley (Reglamentos de Selección, Provisión, Acceso de discapacitados, Situaciones administrativas, Registro, Formación, Régimen disciplinario...).

Entiendo muy importante la modernización de los sistemas de acceso al objeto de que puedan proporcionar a la Administración no sólo los funcionarios más capaces, sino también los más idóneos para el desempeño de las funciones públicas que tienen encomendadas.

Parece necesario también acometer en este momento el reto del desarrollo profesional de los empleados públicos estableciendo mecanismos que permitan la adecuada relación entre formación, evaluación y desempeño de puestos, mejorando la racionalidad y eficiencia de los sistemas de provisión ordinaria de los mismos y potenciando la carrera profesional horizontal.

28. El borrador que manejamos en la actualidad se sitúa en torno a 125 artículos.

La crisis no debe ser un obstáculo, sino, antes bien, un acicate, ya que nos obliga a redoblar esfuerzos para conseguir una Administración más preparada para prestar los servicios que demandan los ciudadanos del modo más eficiente posible. No podemos permitirnos excusas. He aquí el reto que se nos presenta.

